



Jurisprudência

Direito Administrativo



Mazé Leite

APELAÇÃO CÍVEL
0010504-44.2003.4.03.6110
(2003.61.10.010504-1)

Apelante: MARIA MARLENE GAZONATO
Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SOROCABA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: AC 1563980
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/01/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO. ECT. ATRASO NA ENTREGA. FALTA DE DOCUMENTOS. RETENÇÃO NA ALFÂNDEGA. EQUIPAMENTOS PROFISSIONAIS DECLARADOS COMO PRESENTES. RESPONSABILIDADE DA REMETENTE. AVARIAS. VALOR DECLARADO. SEGURO. INDENIZAÇÃO DOS DANOS COMPROVADOS. DANO MORAL. MERO DISSABOR. NÃO CABIMENTO.

1. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos realiza a atividade de serviço postal, de competência exclusiva da União (CF, art. 21, X), em regime de monopólio. Nessa condição, aplica-se a ela o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição da República.

2. Portanto, em regra, a ECT responde objetivamente pelos danos causados a terceiros. E ainda que assim não fosse, restaria configurada na espécie a relação de consumo, a ensejar também a responsabilidade do fornecedor (CDC, art. 14), independentemente da ocorrência de culpa.

3. Assim também, a responsabilidade civil objetiva desonera a parte autora da prova da existência de culpa, mas não lhe retira o ônus de comprovar a conduta, o dano e o nexo causal.

4. Na hipótese dos autos, a autora procurou os serviços da empresa ré para postagem de equipamentos de fisioterapia, devidamente descritos e com valor declarado - *aparelho de ultrassom, aparelho de infravermelho e aparelho de ondas curtas* (fls. 48/49). Nesta oportunidade, informou que os itens eram presentes destinados a uma moradora da cidade de Queluz, Portugal. Sustenta, ainda, que pagou a taxa de seguro e realizou o correto condicionamento dos equipamentos, com utilização de plástico-bolha, isopor e espuma compactada, ademais sinalizou que os produtos eram frágeis, conforme comprovado pelas fotos colacionadas (fls. 46/47).

5. No entanto, os itens foram retidos, por mais de um mês, na alfândega em Portugal em razão da ausência de fatura pró-forma. Somente após a regularização dos documentos a entrega foi realizada, porém os equipamentos apresentavam avarias e não puderam ser utilizados para os fins profissionais aos quais se destinavam.

6. A autora declarou que os referidos bens se inseriam na categoria *presentes*, não mencionando em nenhum momento os fins profissionais aos quais se destinavam. Assim, os funcionários da empresa ré não atuaram de forma errônea ao deixar de informar acerca da necessidade de documentos alfandegários.

7. Neste sentido, o depoimento da testemunha José Augusto Pivetta, antigo gerente da agência dos Correios em que foi realizada a postagem (fls. 341/342).

8. Ademais, os termos e condições de aceitação de objetos postais internacionais destaca, expressamente, que é obrigação do remetente *assegurar-se de que todas as leis e regulamentos aplicáveis, inclusive as leis alfandegárias de importação, exportação e outras leis e regulamentos de todos os países nos quais o Objeto Postal Internacional possa transitar, foram devidamente cumpridos, devendo o remetente prover aos Correios a respectiva documentação, caso necessário* (fls. 123).

9. No mesmo documento há informação de que os Correios não se responsabilizam por qualquer ato ou omissão de qualquer pessoa fora dos Correios, tais como: do Remetente dos Objetos Postais (declaração incorreta da carga, embalagem ou endereço inadequados ou insuficientes), do Destinatário, de um terceiro interessado, de oficiais da alfândega ou de outros oficiais governamentais.

10. Desta forma, a retenção dos equipamentos em sede alfandegária e a consequente demora na realização da entrega não ocorreram por falta dos funcionários dos correios, visto que era da autora a responsabilidade pelo correto preenchimento dos formulários e pela juntada dos documentos necessários para o ingresso regular dos bens no país de destino.

11. O funcionário dos correios relata que recebeu a mercadoria da autora devidamente embalada (fl. 235).

12. As fotos de fl. 45/47 demonstram que o aparelho de ondas curtas, com valor declarado de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), apresenta danos evidentes. No entanto, não é possível determinar a existência de avarias nos demais equipamentos, pois a simples alegação de que deixaram de funcionar não é meio de prova suficiente. Ressalto, ainda, que a autora deixou de apresentar, por exemplo, recibos do conserto realizado.

13. Diante destes fatos, a reparação pretendida só pode ser realizada em face do aparelho de ondas curtas, segurado nos termos de fl. 49, mediante o pagamento de R\$ 9,50 (nove reais e cinquenta centavos).

14. Nos termos dos avisos fixados na agência dos correios, a ECT paga indenização nos casos em que ocorrer a avaria parcial dos objetos registrados, além de restar evidenciado que *a responsabilidade da ECT cessa quando o objeto postal ou a importância confiada à ECT tenha sido entregue a quem de direito ou restituído ao remetente, mediante recibo, sem ressalvas* (fls. 72).

15. Assim, diante da responsabilidade da ECT, especialmente considerada a contratação de seguro, deve ser concretizada a indenização prevista nos termos do item 10.1 dos termos e condições de aceitação de objetos internacionais (fl. 125).

16. Quanto à pretensão reparatória requerida a título de danos morais, não vislumbro nos autos qualquer prova a justificá-la. A indenização por danos morais tem por finalidade compensar os prejuízos ao interesse extrapatrimonial sofridos pelo ofendido, que não são, por sua natureza, ressarcíveis e não se confundem com os danos patrimoniais, estes sim, suscetíveis de recomposição ou, se impossível, de indenização pecuniária.

17. No presente caso, embora a demora na entrega de mercadoria e, posteriormente, a constatação de danos nos equipamentos devam ter causado aborrecimento, inexistente demonstração inequívoca da alegada ofensa à parte autora, não sendo possível concluir que do ato ou omissão da ré tenha resultado efetivamente prejuízo de ordem moral, configurado em abalo psicológico, perturbação, sofrimento profundo, transtorno grave, mácula de imagem e honra, ou a perda de sua credibilidade, não se traduzindo a falha na prestação de serviço, por si só, em conduta capaz de ensejar indenização a

título de danos morais.

18. Ademais, pela análise dos elementos probatórios constantes dos autos, entendo que a autora concorreu para o atraso na entrega dos equipamentos e para a retenção dos mesmos na alfândega estrangeira, sendo forçosa, portanto, a exclusão da relação de causalidade, requisito indissociável do dever do Estado de indenizar, sendo de rigor a manutenção da r. sentença recorrida.

19. Assim, a sentença deve ser parcialmente reformada, somente para determinar a condenação da ECT ao pagamento de indenização, prevista em contrato de seguro, relativa ao equipamento de ondas curtas, com valor declarado de R\$ 2.000,00.

20. O *quantum* fixado deverá ser corrigido monetariamente, a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do C. STJ), com a incidência de juros moratórios a partir da citação, nos termos do art. 406, do CC/2002, utilizando-se os índices previstos na Resolução nº 267/2013 do CJF, *in casu*, aplicação da Taxa SELIC, vedada a cumulação com qualquer outro índice de correção monetária e de juros de mora.

21. Tendo a parte ré decaído de parte mínima do pedido, mantenho a condenação em honorários advocatícios como previsto na r. sentença, visto que em consonância com o entendimento desta Turma.

22. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelação em sede de ação de rito ordinário, ajuizada por Maria Marlene Gazonato em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, objetivando a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da demora na entrega de equipamentos profissionais e da presença de avarias nos referidos bens, bem como o pagamento do seguro contratado.

A autora sustenta que na data de 13 de junho de 2003 procurou os serviços da ré para realizar a postagem e remessa de três aparelhos de fisioterapia usados, em perfeito estado de conservação, para a destinatária Márcia Maria Baldini residente em Portugal. Afirma que os equipamentos estavam condicionados em embalagens apropriadas, conforme as normas de pesos, medidas e condições de embalagem informadas pelos correios, com anotações de que o conteúdo era frágil. Nesta oportunidade, optou pelo envio na modalidade expresso aéreo, com prazo de entrega de até 05 (cinco) dias, efetuando o pagamento de taxa de seguro.

Aduz que, no entanto, a ré não informou a necessidade de envio do documento denominado *fatura pró forma*, cujo formulário é disponibilizado pela própria ré e que deveria acom-

panhar as mercadorias, o que motivou a retenção dos bens na Alfândega de Portugal por aproximadamente um mês, gerando atraso na entrega e danos aos equipamentos.

A empresa ré apresentou defesa (fls. 97/123), aduzindo, preliminarmente, inépcia da inicial por ausência de causa de pedir. No mérito, alegou inexistência de danos, inadequado acondicionamento da mercadoria sendo a culpa exclusiva da autora e ausência de responsabilidade pelos danos alegados.

Intimadas as partes acerca das provas que pretendiam produzir, a autora e a parte ré requereram a produção de prova testemunhal, o que foi deferido pelo juiz de primeiro grau.

Oitiva das testemunhas às fls. 277/280 e 340/342.

Alegações finais da autora às fls. 349/354 e da ré às fls. 355/371.

O r. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de ausência de nexo causal entre o dano e a conduta do ofensor, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, devidamente atualizado nos termos da Resolução nº 561/2007 do Conselho da Justiça Federal, desde a data da propositura da ação até a data do efetivo pagamento.

Apelou a parte autora, aduzindo em suas razões que as mercadorias foram avariadas, porém o prêmio do seguro contratado não foi pago. Alega, ainda, que restaram evidentes os vícios na relação de consumo entre a parte autora e a ré, sendo cabível a recomposição dos valores dispendidos com a remessa dos bens, além da indenização pelos danos morais suportados. Por fim, pugna pela redução dos honorários advocatícios.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos realiza a atividade de serviço postal, de competência exclusiva da União (CF, art. 21, X), em regime de monopólio. Nessa condição, aplica-se a ela o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 37. (...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Portanto, em regra, a ECT responde objetivamente pelos danos causados a terceiros.

E ainda que assim não fosse, restaria configurada na espécie a relação de consumo, a ensejar também a responsabilidade do fornecedor (CDC, art. 14), independentemente da ocorrência de culpa.

Assim também, a responsabilidade civil objetiva desonera a parte autora da prova da existência de culpa, mas não lhe retira o ônus de comprovar a conduta, o dano e o nexo causal.

Nesse sentido, o seguinte precedente jurisprudencial:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. ECT. MONOPÓLIO. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXTRAVIO ENCOMENDA VIA POSTAL. ECT. VALOR DO CONTEÚDO NÃO DECLARADO. FALTA COMPROVAÇÃO DE DANO E NEXO CAUSAL. RESSARCIMENTO DO VALOR DA POSTAGEM. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA DO DANO INDENIZÁVEL.

1. A responsabilidade da pessoa jurídica de direito público e de empresa pública prestadora de serviço de mesma natureza - em especial em regime de monopólio - é, em princípio, objetiva, tanto por ato próprio como por ato de seus prepostos (agentes), como prevê o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

2. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, na condição de concessionária de serviços públicos, obriga-se a indenizar os usuários de seus serviços pelos danos causados pela ineficiência na entrega da mercadoria enviada (art.5º, V, c/c art.37, *caput* da CF/88). O serviço postal é disciplinado pela Lei nº 6.538/78 e o seu, § 2º, art. 33, regulamenta a forma de fixação do valor de indenização pago pela ECT). (...)

5. *A circunstância de a responsabilidade da ECT ser objetiva apenas afasta do autor a necessidade de comprovar a existência de culpa daquela, mas não lhe retira o ônus de provar a existência do dano e o nexo de causalidade. In casu*, os autores só conseguiram provar a existência de dano e nexo causal em relação ao valor da postagem. A ausência de declaração de conteúdo e do respectivo seguro não pode ensejar responsabilidade da ECT. (...)

(TRF3, AC nº 00155279820034036100, Juiz Leonel Ferreira, Judiciário em dia - Turma D, DJ 29/09/2011) (Grifei)

Na hipótese dos autos, a autora procurou os serviços da empresa ré para postagem de equipamentos de fisioterapia, devidamente descritos e com valor declarado - *aparelho de ultrassom, aparelho de infravermelho e aparelho de ondas curtas* (fls. 48/49). Nesta oportunidade, informou que os itens eram presentes destinados a uma moradora da cidade de Queluz, Portugal. Sustenta, ainda, que pagou a taxa de seguro e realizou o correto condicionamento dos equipamentos, com utilização de plástico-bolha, isopor e espuma compactada, ademais sinalizou que os produtos eram frágeis, conforme comprovado pelas fotos colacionadas (fls. 46/47).

No entanto, os itens foram retidos, por mais de um mês, na alfândega em Portugal em razão da ausência de fatura pró-forma. Somente após a regularização dos documentos a entrega foi realizada, porém os equipamentos apresentavam avarias e não puderam ser utilizados para os fins profissionais aos quais se destinavam.

Não obstante, analisando o caso concreto, não se verifica nexo de causalidade entre a apreensão dos equipamentos na alfândega estrangeira e a conduta da ECT.

A autora declarou que os referidos bens se inseriam na categoria *presentes*, não mencionando em nenhum momento os fins profissionais aos quais se destinavam. Assim, os funcionários da empresa ré não atuaram de forma errônea ao deixar de informar acerca da necessidade de documentos alfandegários.

Neste sentido, o depoimento da testemunha José Augusto Pivetta, antigo gerente da agência dos Correios em que foi realizada a postagem (fls. 341/342):

(...) O depoente acredita que no caso dos autos como a embalagem seguiu o destino, que ela atendia aos padrões de exigência e normas para postagem internacional. O depoente não atendeu diretamente a autora quando esta compareceu na agência para postagem do objeto dos autos. Indagado se há algum funcionário do Correio encarregado de orientar o preenchimento do documento de fls. 48/49, respondeu que a preocupação do Correio é que não haja campos em branco sem o devido preenchimento no referido documento, sendo certo que o conteúdo

das informações é de responsabilidade do remetente. Indagado se existe alguma consequência jurídica diversa quanto ao preenchimento do item 4 do documento de fls. 48/49, no sentido de ser o objeto a ser transportado presente ou mercadoria, respondeu que quando o objeto a ser postado é indicado como mercadoria, há exigência de apresentar notas fiscais e outros documentos para controle da alfândega, ao passo que, em se tratando de presente é dispensada a exigência de apresentar documentos fiscais (...).

Ademais, os termos e condições de aceitação de objetos postais internacionais destaca, expressamente, que é obrigação do remetente *assegurar-se de que todas as leis e regulamentos aplicáveis, inclusive as leis alfandegárias de importação, exportação e outras leis e regulamentos de todos os países nos quais o Objeto Postal Internacional possa transitar, foram devidamente cumpridos, devendo o remetente prover aos Correios a respectiva documentação, caso necessário* (fls. 123).

No mesmo documento há informação de que os Correios não se responsabilizam por *qualquer ato ou omissão de qualquer pessoa fora dos Correios, tais como: do Remetente dos Objetos Postais (declaração incorreta da carga, embalagem ou endereço inadequados ou insuficientes), do Destinatário, de um terceiro interessado, de oficiais da alfândega ou de outros oficiais governamentais*.

Desta forma, a retenção dos equipamentos em sede alfandegária e a consequente demora na realização da entrega não ocorreram por falha dos funcionários dos correios, visto que era da autora a responsabilidade pelo correto preenchimento dos formulários e pela juntada dos documentos necessários para o ingresso regular dos bens no país de destino.

Passo a analisar a reparação material em face das avarias nos equipamentos.

O funcionário dos correios relata que recebeu a mercadoria da autora devidamente embalada (fl. 235).

Por sua vez, a destinatária informou em seu depoimento (fls. 278) *que, ditos bens haviam sido adquiridos um ano antes, isto é em 2002, estando, portanto, em plenas condições de uso e funcionamento (...) que, já em solo português, ao receber a declarante as caixas com os equipamentos, de cara, constatou amassamentos nas caixas, como se tivessem caído de algum lugar; que ao abrir as caixas, rasgando-as, foi que a declarante constatou que os equipamentos estavam danificados; que não foi feita perícia, em seguida à constatação de danos nos equipamentos; que, para surpresa da declarante, quando ligados na eletricidade não funcionaram; que, em consequência, teve a declarante que mandar consertar ditos maquinários, muito embora não tivesse o controle correto de sua amperagem*.

As fotos de fl. 45/47 demonstram que o aparelho de ondas curtas, com valor declarado de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), apresentou danos evidentes. No entanto, não é possível determinar a existência de avarias nos demais equipamentos, pois a simples alegação de que deixaram de funcionar não é meio de prova suficiente. Ressalto, ainda, que a autora deixou de apresentar, por exemplo, recibos do aludido conserto dos bens.

Diante destes fatos, a reparação pretendida só pode ser realizada em face do aparelho de ondas curtas, segurado nos termos de fl. 49, mediante o pagamento de R\$ 9,50 (nove reais e cinquenta centavos).

Nos termos dos avisos fixados na agência dos correios, a ECT paga indenização nos casos em que ocorrer a avaria parcial dos objetos registrados, além de restar evidenciado que *a responsabilidade da ECT cessa quando o objeto postal ou a importância confiada à ECT tenha sido*

entregue a quem de direito ou restituído ao remetente, mediante recibo, sem ressalvas (fls. 72).

Assim, diante da responsabilidade da ECT, especialmente considerada a contratação de seguro, deve ser concretizada a indenização prevista nos termos do item 10.1 dos termos e condições de aceitação de objetos internacionais (fl. 125), *in verbis*:

Quando não for obrigatório, em decorrência de regulamento específico, os Correios recomendam que o Remetente faça seguro para os Objetos Postais Internacionais. Os Correios poderão providenciar um seguro mediante solicitação do Remetente. Caso o remetente queira fazer o seguro, deverá preencher a informação “Valor Segurado” em nosso Airway Bill. Será cobrado a alíquota de 0,5% sobre esse valor segurado. O seguro limita-se a esse valor segurado.

Quanto à pretensão reparatória requerida a título de danos morais, não vislumbro nos autos qualquer prova a justificá-la.

Nesse diapasão, peço vênica para conceituar e delimitar o alcance dos danos morais, que são considerados, segundo ensinamento de Yussef Said Cahali:

Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito, à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.

(Dano Moral, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 21).

Acresça-se à conceituação acima as lições de Cleyton Reis:

É inquestionável que os padecimentos de natureza moral, como, por exemplo, a dor, a angústia, a aflição física ou espiritual, a humilhação, e de forma ampla, os padecimentos resultantes em situações análogas, constituem evento de natureza danosa, ou seja, danos extrapatrimoniais.

Todavia, esse estado de espírito não autoriza a compensação dos danos morais, se não ficar demonstrado que os fatos foram consequência da privação de um bem jurídico, em que a vítima tinha um interesse juridicamente tutelado.

(Avaliação do Dano Moral, 4ª edição, Editora Forense, pág. 15)

Do acima exposto, percebe-se que a indenização por danos morais tem por finalidade compensar os prejuízos ao interesse extrapatrimonial sofridos pelo ofendido, que não são, por sua natureza, ressarcíveis e não se confundem com os danos patrimoniais, estes sim, suscetíveis de recomposição ou, se impossível, de indenização pecuniária.

No presente caso, embora a demora na entrega de mercadoria e, posteriormente, a constatação de danos nos equipamentos devam ter causado aborrecimento, inexistente demonstração inequívoca da alegada ofensa à parte autora, não sendo possível concluir que do ato ou omissão da ré tenha resultado efetivamente prejuízo de ordem moral, configurado em abalo psicológico, perturbação, sofrimento profundo, transtorno grave, mácula de imagem e honra, ou a perda de sua credibilidade, não se traduzindo a falha na prestação de serviço, por si só, em conduta capaz de ensejar indenização a título de danos morais.

Conforme entendimento sedimentado pelo E. Superior Tribunal de Justiça, acarreta dano moral a conduta causadora de violação à integridade psíquica ou moral da pessoa humana de forma mais extensa do que o mero aborrecimento, chateação ou dissabor:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DEFEITO NO VEÍCULO. INDEVIDO ACIONAMENTO DE AIR BAG. FATO DO PRODUTO. MERO DISSABOR.

- O indevido acionamento de air bag constitui fato do produto e, portanto, a empresa deve indenizar o consumidor pelos danos materiais daí advindos.
- Não cabe indenização por dano moral quando os fatos narrados estão no contexto de meros dissabores, sem humilhação, perigo ou abalo à honra e à dignidade do autor.
- A despeito da existência de frustração, o indevido acionamento de air bag não é causa ensejadora de compensação por danos morais.
- Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, REsp nº 1.329.189/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, j. 13/11/2012, DJe 21/11/2012).

Ademais, pela análise dos elementos probatórios constantes dos autos, entendo que a autora concorreu para o atraso na entrega dos equipamentos e para a retenção dos mesmos na alfândega estrangeira, sendo forçosa, portanto, a exclusão da relação de causalidade, requisito indissociável do dever do Estado de indenizar, sendo de rigor a manutenção da r. sentença recorrida.

Assim, a sentença deve ser parcialmente reformada, somente para determinar a condenação da ECT ao pagamento de indenização, prevista em contrato de seguro, relativa ao equipamento de ondas curtas, com valor declarado de R\$ 2.000,00.

O *quantum* fixado deverá ser corrigido monetariamente, a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do C. STJ), com a incidência de juros moratórios a partir da citação, nos termos do art. 406, do CC/2002, utilizando-se os índices previstos na Resolução nº 267/2013 do CJF, *in casu*, aplicação da Taxa SELIC, vedada a cumulação com qualquer outro índice de correção monetária e de juros de mora.

Tendo a parte ré decaído de parte mínima do pedido, mantenho a condenação em honorários advocatícios como previsto na r. sentença, posto que em consonância com o entendimento desta Turma.

Em face de todo o exposto, *dou parcial provimento à apelação.*

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0004531-74.2004.4.03.6110
(2004.61.10.004531-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: RAIMUNDO RODRIGUES DA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SOROCABA - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LEILA PAIVA
Classe do Processo: AC 1279596
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2017

EMENTA

RESPONSABILIDADE DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMISSÃO DE CPF EM DUPLICIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZOS NA ESFERA EXTRAPATRIMONIAL DO AUTOR. RECONHECIMENTO DE DANO MORAL “IN RE IPSA”. IMPOSSIBILIDADE. APELO DA UNIÃO PROVIDO.

- Afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela União Federal, pois, a Secretaria da Receita Federal, instituição responsável pela emissão e controle da “inscrição da pessoa física” (Instrução Normativa RFB nº 1548), configura órgão pertencente à União (art. 1º da Lei 11.457/2007), razão pela qual cabe a esta responder por eventuais danos oriundos da atividade.

- A jurisprudência desta Colenda Sexta Turma é pacífica em assentar que a emissão de CPF em duplicidade pode acarretar danos morais, desde que os interessados comprovem a efetiva ocorrência de prejuízo no seu âmbito extrapatrimonial decorrente dessa falha, como, por exemplo, uma imerecida inscrição em cadastro de inadimplentes, necessidade de peregrinação extrajudicial ou judicial para regularização do CPF, a não concessão de acesso a créditos ou outros serviços e produtos, entre o mais.

- Ainda que incontroverso o erro do Poder Público em conferir o CPF do autor a um homônimo, não foi comprovado que tal situação gerou qualquer dano relevante na sua esfera extrapatrimonial, sendo importante sublinhar, nesse ponto, que as principais situações descritas na exordial - imerecida inscrição em cadastro de inadimplentes e indevido saque na conta do PIS - restaram fragilizadas pela prova documental coligida.

- A caracterização do dano moral *in re ipsa*, ou seja, independentemente de comprovação, dado importar em extraordinário enaltecimento do instituto “dano moral”, só tem lugar nas hipóteses em que, vista a dimensão do fato, se torna impossível imaginar que o prejuízo deixou de acontecer, o que não ocorre na espécie, mormente porque dissabores, desconfortos e frustrações de expectativa fazem parte da vida moderna, em sociedades cada vez mais complexas e multifacetadas, não se podendo aceitar que qualquer estímulo que afete negativamente a vida ordinária configure dano moral. Precedentes.

- Apelo da União Federal provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de janeiro de 2017.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON (Relatora): Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL nesta ação ordinária contra ela promovida por RAIMUNDO RODRIGUES DA SILVA, pela qual se objetivou, em síntese, condenação por danos morais.

Petição inicial: resumidamente, sustenta o autor que por falha da Secretaria da Receita Federal, órgão vinculado à ré, seu número de inscrição no CPF foi concedido a outra pessoa, o que acabou lhe ocasionando diversos prejuízos, como imerecida inscrição em cadastro de inadimplentes e levantamento do seu crédito do PIS por terceira pessoa. Requereu, assim, condenação da União no pagamento de 60 (sessenta) salários mínimos a título de ressarcimento por danos materiais, bem como indenização por danos morais (fls. 02/07). Acostou documentos (fls. 08/14).

Aditamento à inicial: o autor desistiu do pedido referente a danos materiais, bem como estimou o seu prejuízo moral em 60 (sessenta) salários mínimos (fls. 23).

Contestação às fls. 35/66.

Réplica às fls. 71/72.

As partes foram intimadas sobre o respectivo interesse em produzir provas (fls. 72), tendo o autor deixado transcorrer *in albis* o seu prazo (certidão: fls. 73) e a ré pugnado pelo julgamento antecipado da lide (fls. 76).

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de danos morais no importe de 10 (dez) salários mínimos, corrigidos nos termos do provimento 64/2005 da Corregedoria da Justiça Federal da 3ª região, desde a data do ajuizamento até o efetivo pagamento. Impôs, ainda, sucumbência recíproca e custas “ex lege” (fls. 79/91).

Razões de apelação da União Federal: preliminarmente, arguiu ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, apontou que “a duplicidade de CPF, por si só, não é capaz de causar lesões por danos morais. Faz-se providencial que em razão dele efetivos prejuízos, ainda que de índole moral, acometam a pessoa cadastrada, que, ‘in casu’ não os demonstrou através dos meios de prova hábeis para tanto, como ônus que lhe competia” (fls. 95/100).

O recurso de apelação foi recebido no duplo efeito (fls. 101).

Contrarrazões às fls. 103/104.

Remetidos os autos a esta instância, sobrevieram petições do apelado requerendo prioridade no julgamento deste recurso (fls. 108/111 e 113).

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON (Relatora): Cinge-se a controvérsia em verificar se o autor, ora recorrido, sofreu danos morais em razão de seu número de inscrição no CPF ter sido, por equívoco, concedido a um homônimo.

Inicialmente, afasta-se a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pela União Federal.

Com efeito, a Secretaria da Receita Federal, instituição responsável pela emissão e controle da “inscrição da pessoa física” (Instrução Normativa RFB nº 1548), configura órgão pertencente à União (art. 1º da Lei 11.457/2007), razão pela qual cabe a esta responder por eventuais danos oriundos da atividade. Nesse sentido, os seguintes julgados desta Egrégia Corte Regional: Quarta Turma, Apelação Cível 0003954-27.2012.4.03.6107, Rel. Desembargador Federal Andre Nabarrete, j. em 13/08/2015; Terceira Turma, Apelação Cível 0003740-42.2003.4.03.6110, Rel. Juíza Convocada Eliana Marcelo, j. em 05/06/2014; Quarta Turma, Apelação Cível 0009622-09.2008.4.03.6110, Rel. Juíza Convocada Raecler Baldresca, j. em 26/07/2012; Terceira Turma, Apelação Cível 0005766-28.2004.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal Nery Junior, j. em 20/09/2012.

Quanto à matéria de fundo, a jurisprudência desta Colenda Sexta Turma é pacífica em assentar que a emissão de CPF em duplicidade pode acarretar danos morais, desde que os interessados comprovem a efetiva ocorrência de prejuízo na sua esfera extrapatrimonial decorrente dessa falha, como, por exemplo, uma imerecida inscrição em cadastro de inadimplentes, necessidade de peregrinação extrajudicial ou judicial para regularização do CPF, a não concessão de acesso a créditos ou outros serviços e produtos, entre o mais. Confirmam-se os precedentes:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMISSÃO DE CPF EM DUPLICIDADE. CONFIGURAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO, DANOS E NEXO CAUSAL.

1. Para a caracterização da responsabilidade objetiva do agente público, ensejadora da indenização por dano moral e patrimonial, é essencial a ocorrência de três fatores: o dano, a ação do agente e o nexo causal.
2. Para a caracterização da responsabilidade objetiva do agente público, ensejadora da indenização por dano moral e patrimonial, é essencial a ocorrência de três fatores: o dano, a ação do agente e o nexo causal.
3. Trata-se de expedição de CPF com o mesmo número para duas pessoas diferentes, homônimas, uma delas a autora, por erro cometido pela União, sendo este fato já analisado e reconhecido em sede administrativa (fls. 112 e 116).
4. O Cadastro de Pessoas Físicas da Receita Federal do Brasil, CPF é um documento importante na vida do cidadão brasileiro, a simples irregularidade de seus dados pode causar diversos transtornos de intensidade variável, sendo necessário analisar as peculiaridades de cada caso.
5. Na espécie, a expedição errônea de número de CPF em duplicidade, a um homônimo do autor, situação de responsabilidade exclusiva da autoridade administrativa, detentora de todos os dados e da obrigação da correta prestação de serviços, causou danos morais fartamente comprovados, que transcendem os simples aborrecimentos decorrentes da mera retificação de um documento.
6. Houve a necessidade de ajuizamento da presente ação para a devida correção e para a regularização da inscrição da autora no PIS, que se viu impedida de sacar seu abono anual. Ademais, há comprovação nos autos de que a autora encontrava-se desempregada, o que evidencia a necessidade destes valores na época dos fatos (fls. 20).

7. Configurados a ação, o dano moral e o nexo de causalidade, reconhecida a responsabilidade objetiva da Administração Pública que emitiu um número de CPF em duplicidade.
 8. Assim, é inegável o dever de indenizar os danos morais provocados pela conduta culposa em montante que respeite o binômio de mitigação do sofrimento pelo dano moral, penalizando o ofensor, sem que se configure o enriquecimento ilícito da parte.
 9. O montante a ser fixado a título de danos morais deve respeitar deve levar em conta a mitigação do sofrimento causado pelo dano, penalizando o ofensor, sem que se configure o enriquecimento ilícito da parte. A reparação do dano moral não pode ser irrisória nem exorbitante, devendo ser fixado em patamar razoável.
 10. Nesse aspecto, entendendo adequado o valor fixado pelo r. Juízo *a quo*, no montante de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), em conformidade com julgados desta C. Turma.
 11. O *quantum* fixado deverá ser corrigido monetariamente, a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do C. STJ), com a incidência de juros moratórios desde o evento dano so (Súmula 54 do C. STJ), utilizando-se os índices previstos na Resolução nº 267/2013 do CJF, excluídos os índices da poupança, tendo em vista que o C. STF entendeu pela inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, adotando o posicionamento de que a eleição legal do índice da caderneta de poupança para fins de atualização monetária e juros de mora ofende o direito de propriedade (ADI 4357, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014). Nesse sentido: RE 798541 AgR, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014.
 12. Condeno a parte ré em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.
 13. Apelação provida.
- (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2182359 - 0002519-63.2013.4.03.6113, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 20/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 07/11/2016)

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DA UNIÃO. EMISSÃO EM DUPLICIDADE DE CPF, QUE TROUXE EVIDENTES DISSABORES PARA A “VÍTIMA” DA INCÚRIA DO PODER PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA: DEVER DE INDENIZAR DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO ADESIVO DO AUTOR PROVIDO. APELAÇÃO DA UNIÃO IMPROVIDA.

1. Ação de indenização por danos morais, com pedido de antecipação de tutela, interposta em 9/6/2008 por ADRIANO DA SILVA em face da UNIÃO FEDERAL, pleiteando o pagamento de R\$ 50.000,00 a título de dano moral, experimentado pela indevida emissão em duplicidade do mesmo número de CPF.
2. A necessidade de regularização do CPF do autor deveu-se à incontestável negligência da Administração Pública, que não tomou os necessários cuidados para averiguar se o homônimo de ADRIANO DA SILVA era de fato o titular do CPF nº 308.797.088-32, dando azo à duplicidade de emissão e, conseqüentemente à inscrição do autor em órgãos de proteção ao crédito, acarretando-lhe graves transtornos, donde é inegável o dever de indenizar.
3. São evidentes os dissabores sofridos pelo autor, que teve seu nome e reputação indevidamente negativados, teve seu crédito abalado e recusado na praça comercial, foi obrigado a peregrinar por instituições na faina de desvendar e solucionar o imbróglio que envolvia sua pessoa, além de passar por situações vexatórias e pela angústia justificada na revolta de ter sua honra e bom conceito destruídos. Ademais, é fato notório que a vida civil, precipuamente financeira, do titular de um CPF que se encontra em situação irregular, fica praticamente paralisada.
4. Majoração da indenização por danos morais fixada na r. sentença para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em observância aos princípios da razoabilidade, moderação e proporcionalidade.

Precedentes dessa Corte: AC 0006751-03.2003.4.03.6103, SEXTA TURMA, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, j. 7/4/2016, e-DJF3 19/4/2016; AC 0003954-27.2012.4.03.6107, QUARTA TURMA, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, j. 13/8/2015, e-DJF3 8/9/2015.

5. Revela-se perfeitamente razoável a fixação dos honorários advocatícios realizada em primeiro grau de jurisdição - 10% sobre o valor total da condenação - em atendimento ao critério da equidade (art. 20, § 4º, do CPC) e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1628973 - 0000698-39.2008.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 21/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/08/2016)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO (ART. 37, § 6º, DA CF) - HOMÔNIMOS - CPF EM DUPLICIDADE - NEXO DE CAUSALIDADE E PREJUÍZOS EXTRAPATRIMONIAIS COMPROVADOS - INDENIZAÇÃO CABÍVEL - *QUANTUM* DA INDENIZAÇÃO - MANUTENÇÃO - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - JUROS DE MORA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SÚMULA 326 DO C. STJ.

1. A hipótese enquadra-se na teoria da responsabilidade objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF.

2. Incontroversa a duplicidade de inscrição junto ao Cadastro de Pessoas Físicas, fato afirmado pela própria ré em sua peça defensiva e corroborado pela prova documental produzida nos autos.

3. Por força da inscrição dúplice no Cadastro de Pessoas Físicas, a autora foi investigada pela prática de estelionato, tendo inclusive recebido a visita de agentes policiais em sua residência.

4. Constatado o dano e o nexo de causalidade entre a conduta lesiva e os prejuízos de cunho extrapatrimonial suportados pela autora, é cabível a indenização por danos morais.

5. O *quantum* de indenização deve considerar o sofrimento causado e o comportamento lesivo, observadas a proporcionalidade e a vedação do enriquecimento sem causa. Manutenção em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

6. O art. 1º-F da Lei nº 9494/97, em sua redação original, contemplava tão somente os juros de mora incidentes sobre verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, hipótese distinta da dos autos. Esse dispositivo, no entanto, foi alterado pela Lei nº 11.960/09, de 29.06.09, de forma que todas as condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, passaram a sofrer a incidência de seus mandamentos. Incidência da norma a partir de sua vigência. Precedente do C. STJ.

7. Em se tratando de compensação de danos morais, o arbitramento de valor inferior ao pleiteado pela parte autora não importa em sucumbência recíproca. Inteligência da Súmula nº 326 do C. Superior Tribunal de Justiça.

8. Apelação parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1398710 - 0010473-02.2004.4.03.6106, Rel. JUIZ CONVOCADO HERBERT DE BRUYN, julgado em 07/11/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 18/11/2013)

In casu, está incontroverso nos autos que o recorrido *Raimundo Rodrigues da Silva*, filho de *Maria Rodrigues da Silva*, é o legítimo portador do CPF nº 3.411.558-70 e que, mesmo assim, por erro da recorrente, uma segunda via desse documento acabou sendo emitida para o homônimo *Raimundo Rodrigues da Silva*, filho de *Severina Zulmira da Conceicao*. Confiaram-se, a respeito, os documentos colacionados às fls. 51/54 e 90/91.

Resta apurar, portanto, se tal falha acarretou danos morais em desfavor do apelado, sempre lembrando que, mesmo no contexto da responsabilidade objetiva, a caracterização do dano moral não prescinde da conjugação dos requisitos ação, nexo causal e dano.

Pois bem. Às fls. 10 consta cópia de Boletim de Ocorrência pelo qual o recorrido, unilateralmente, noticiou que seu número de CPF estava sendo utilizado por outra pessoa (que fez compras nas Casas Bahia), bem como que, por tal motivo, seu nome constava indevidamente em cadastro de inadimplentes mantido pelo Serviço de Proteção ao Crédito - SPC.

Posterior declaração emitida pelo SPC (fls. 12), por sua vez, atestou que nenhuma restrição constava em nome do apelado, tendo informado, ainda, que (*verbis*) “as informações de consultas anteriores não são desabonadoras, portanto não deverão ser transmitidas ao cliente como fator de restrição ao crédito”.

Na petição inicial, se chegou a apontar que o homônimo, dispondo indevidamente do CPF, acabou sacando o PIS do autor. O extrato às fls. 13, entretanto, apenas comprova que o saldo relativo ao PIS do recorrido, vinculado desde 01.12.1976, estava zerado em 07.03.2003, mas nada esclarece acerca de eventual crédito anterior ou o responsável pelo saque. Nesse ponto, pesa ainda a constatação que o autor, antes da citação da ré, desistiu do pedido referente à indenização por danos materiais, por “falta de condições para a sua quantificação” (*verbis*, fls. 22), o que induz a certa perplexidade, eis que, no cenário dos autos, tem-se um interesse em condenação por danos morais em virtude do suposto e indevido saque do crédito do PIS, mas não no correspondente ressarcimento.

Às fls. 30/31, observa-se petição do apelante informando ter descoberto a qualificação e endereço do homônimo que usava seu CPF, requerendo a sua oitiva como testemunha. Ocorre que, à vista de posterior despacho proferido pelo MM. Juízo *a quo* para que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir, bem como, no caso da prova testemunhal, indicassem se era possível que comparecessem independentemente de intimação (fls. 72), tem-se que o autor restou silente, tornando preclusa a possibilidade de produção da prova (certidão: fls. 73).

Como se pode verificar, ainda que irrefragável o erro do Poder Público em conferir o CPF do autor a um homônimo, não foi comprovado que tal situação gerou qualquer dano relevante na sua esfera extrapatrimonial. Ademais, importante sublinhar que as principais situações descritas na exordial - imerecida inscrição em cadastro de inadimplentes e indevido saque na conta do PIS - restaram fragilizadas pela prova documental coligida.

A bem ver, observa-se que a r. sentença, mesmo admitindo que a inscrição do autor no SPC não restou configurada e deixando de sinalizar qualquer outro acontecimento moralmente desabonador, reconheceu a ocorrência de danos morais *in re ipsa*, sob o fundamento de que “O CPF é documento individual, pessoal e intransferível. O seu fornecimento em duplicidade é certamente danoso” (fls. 84).

Ocorre que a caracterização do dano moral *in re ipsa*, ou seja, independentemente de comprovação, dado importar em extraordinário enaltecimento do instituto “dano moral”, só tem lugar nas hipóteses em que, vista a dimensão do fato, é impossível deixar de imaginar que o prejuízo aconteceu, o que não ocorre na espécie, mormente porque dissabores, desconfortos e frustrações de expectativa fazem parte da vida moderna, em sociedades cada vez mais complexas e multifacetadas, não se podendo aceitar que qualquer estímulo que afete negativamente a vida ordinária configure dano moral. Nesse sentido: STJ, REsp 1615440, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe: 14.09.2016; REsp 1.426.710, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe: 09.11.2016.

Isto posto, dá-se provimento à apelação para julgar improcedente o pedido inicial, fixados honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (um mil reais), observada a gratuidade de

justiça deferida em favor do vencido (fls. 16) e o disposto no artigo 12 da lei nº 1.050/1960.

É como voto.

Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA MORRISON - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000557-34.2006.4.03.6118
(2006.61.18.000557-4)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
 Apelada: JULIANA CALIXTO DE CASTRO
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARATINGUETÁ - SP
 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
 Classe do Processo: AC 1787833
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2017

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ESTÁGIO DE ADAPTAÇÃO À GRADUAÇÃO PARA SARGENTOS DA AERONÁUTICA. EAGS-B. REPROVAÇÃO EM EXAME DE SAÚDE. BAIXA ACUIDADE VISUAL. MIOPIA. LAUDO MÉDICO EM SENTIDO DIVERSO. AUTORA SATISFAZ OS CRITÉRIOS DE ACUIDADE VISUAL DAS INSTRUÇÕES TÉCNICAS DAS INSPEÇÕES DE SAÚDE NA AERONÁUTICA. NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO

1. Caso em que a autora pretende provimento jurisdicional que vise assegurar em definitivo a validação de todas as fases do concurso de admissão no Estágio de Adaptação à Graduação para Sargentos da Aeronáutica (EAGS-B/2006), bem como garantir todas as prerrogativas inerentes à sua condição de aluna, em igualdade de condições aos demais alunos do referido estágio, uma vez que foi declarada inapta na Inspeção de Saúde do Comando da Aeronáutica. Consta dos autos que o motivo da inabilitação foi em decorrência de a autora apresentar MIOPIA, deficiência de ordem oftalmológica.
2. As Instruções Específicas para o Exame de Admissão ao Estágio de Adaptação à Graduação de Ensino da Aeronáutica (IE/EA EAGS-B) estabelecem os seguintes requisitos visuais: “Anexo 3, item 1.4 Requisitos Visuais: 1.4.1 Acuidade visual a 06 (seis) metros - visão igual a 0,5 (20/40), no mínimo, em cada olho, separadamente, sem correção, *desde que, com uso de lentes corretoras, atinja 01 (20/20).*”
3. *In casu*, a autora carrou aos autos relatórios médicos que atestam sua capacidade de enxergar 100%, sem óculos, de perto, bem como 100%, de longe, por meio de lentes corretivas (óculos ou lentes de contato), concluindo que a autora “pode exercer qualquer atividade que necessite visão perfeita para perto (e.g. atividades burocráticas/administrativas) com ou sem óculos e qualquer atividade que exija visão perfeita para longe com óculos ou lentes de contato.”
4. Ademais, embora a inspeção de saúde da Aeronáutica a tenha considerado como “incapaz para o fim a que se destina”, o laudo da perita judicial chegou a entendimento diverso, concluindo pela aptidão da autora, afirmando que as atividades podem ser desempenhadas com uso de lentes corretoras, sendo que sua acuidade visual para longe, com lentes de correção, em ambos os olhos é de 20/20, ou seja, atendendo, integralmente, os requisitos visuais exigidos no edital.
5. Cabe ressaltar, ainda, que a autora candidatou-se a cargo para desempenhar funções administrativo-burocráticas, mais uma razão para concluir que ser portadora de miopia, passível de correção por meio de lentes corretivas, não justifica a eliminação da autora do concurso, em homenagem ao Princípio da Razoabilidade.

6. Assim, diante da expressa conclusão do lauto da perita judicial, terceira imparcial, de que a autora enquadrou-se nos limites exigidos pelo edital, forçoso concluir pela ilegalidade do ato administrativo que redundou na exclusão da autora do certame.
7. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto pela *União Federal* em ação ordinária ajuizada por *Juliana Calixto de Castro*, objetivando provimento jurisdicional que vise anular o ato administrativo que excluiu a autora do concurso de admissão no Estágio de Adaptação à Graduação para Sargentos da Aeronáutica (EAGS-B/2006).

Alega a autora que, após ter sido aprovada em prova objetiva e classificada em 2º lugar para o cargo na especialidade de Administração (SAD), foi considerada “incapaz para o fim a que se destina” na inspeção de saúde, realizada pela Junta Médica do Comando da Aeronáutica, por ser portadora de MIOPIA.

A presente demanda foi distribuída por dependência à ação cautelar inominada nº 2006.61.18.000418-1, na qual foi deferido o pedido de antecipação de tutela (f. 31), garantindo a participação da autora nas demais fases do concurso. A União Federal interpôs agravo de instrumento contra a referida decisão, naqueles autos, tendo sido convertido em agravo retido por esse E. Tribunal Federal.

Ao final, pautado em perícia judicial, o juízo *a quo* julgou procedente a demanda, para “condenar a ré a reconhecer o direito da autora de prosseguir nas etapas subsequentes à inspeção de saúde do curso de Exame de Admissão (Modalidade B) ao Estágio e Adaptação à Graduação de Sargento da Aeronáutica - IE/EA EAGS Turma B -2006 da Escola de Especialistas de Aeronáutica - EEAR, assegurada sua matrícula, se adimplidas todas as condições impostas pelo edital afora a questão discutida nestes autos, com os mesmos direitos e garantias outorgados aos demais candidatos matriculados, inclusive diplomação, formatura e graduação a Terceiro-Sargento, na hipótese de aproveitamento, com êxito, do aludido curso”.

Em apelação, alegou a ré, em apertada síntese, que a autora não preenchia os requisitos visuais determinados pelo edital, para o exercício das atividades militares, na ocasião da Inspeção de Saúde, bem assim que a ré agiu respaldada pela legalidade, pleiteando, dessa forma, a inversão dos ônus das custas processuais e da verba honorária.

Com contrarrazões, vieram os autos a essa Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): A autora pretende provimento jurisdicional que vise assegurar em definitivo a validação de todas as fases do concurso de admissão no Estágio de Adaptação à Graduação para Sargentos da Aeronáutica (EAGS-B/2006), bem como garantir todas as prerrogativas inerentes à sua condição de aluna, em igualdade de condições aos demais alunos do referido estágio, uma vez que foi declarada inapta na Inspeção de Saúde do Comando da Aeronáutica. Consta dos autos que o motivo da inabilitação foi em decorrência de a autora apresentar MIOPIA, deficiência de ordem oftalmológica.

A regulamentação atinente à capacidade física dos que pretendem ingressar nos Cursos de Formação de Sargentos da Aeronáutica consta da Portaria DEPENS nº 214/DE2, 29/08/2005.

As Instruções Específicas para o Exame de Admissão ao Estágio de Adaptação à Graduação de Ensino da Aeronáutica (IE/EA EAGS-B) estabelece os seguintes requisitos visuais: “Anexo 3, item 1.4 Requisitos Visuais: 1.4.1 Acuidade visual a 06 (seis) metros - visão igual a 0,5 (20/40), no mínimo, em cada olho, separadamente, sem correção, *desde que, com uso de lentes corretoras, atinja 01 (20/20).*”

In casu, a autora carrou aos autos relatórios médicos que atestam sua capacidade de enxergar 100%, sem óculos, de perto, bem como 100%, de longe, por meio de lentes corretivas (óculos ou lentes de contato), concluindo que a autora “pode exercer qualquer atividade que necessite visão perfeita para perto (e.g. atividades burocráticas/administrativas) com ou sem óculos e qualquer atividade que exija visão perfeita para longe com óculos ou lentes de contato.” (f. 18-20).

Ademais, embora a inspeção de saúde da Aeronáutica a tenha considerado como “incapaz para o fim a que se destina”, o laudo da perita judicial, realizado no curso desta ação, em 13.11.2009, chegou a entendimento diverso, concluindo pela aptidão da autora, afirmando que as atividades podem ser desempenhadas com uso de lentes corretoras, sendo que sua acuidade visual para longe, com lentes de correção, em ambos os olhos é de 20/20, ou seja, atendendo, integralmente, os requisitos visuais exigidos no anexo 3, item 1.4 do edital do EAGS-B. (f. 131-136)

Cabe ressaltar, ainda, que a autora candidatou-se a cargo para desempenhar funções administrativo-burocráticas, mais uma razão para concluir que ser portadora de miopia, passível de correção por meio de lentes corretivas, não justifica a eliminação da autora do concurso, em homenagem ao Princípio da Razoabilidade.

Assim, diante da expressa conclusão do laudo da perita judicial, terceira imparcial, de que a autora enquadrou-se nos limites exigidos pelo edital, forçoso concluir pela ilegalidade do ato administrativo que redundou na exclusão da autora do certame.

Nesse sentido, colaciono os seguintes julgados:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MIOPIA. AUTORA SATISFAZ OS CRITÉRIOS DE ACUIDADE VISUAL DAS INSTRUÇÕES TÉCNICAS DAS INSPEÇÕES DE SAÚDE NA AERONÁUTICA. NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO. 1 - Afasto a alegação da apelante de que a autora deveria insurgir-se no momento da publicação do edital, porquanto o momento oportuno para a reclamação ocorre com a publicação do resultado médico. 2 - A autora foi considerada inapta por possuir miopia e astigmatismo no olho esquerdo, apre-

sentando acuidade visual de 20/150, sem correção, no olho esquerdo, conforme documento de folha 147. 3 - Embora o edital preveja, no item 3.1, a necessidade de acuidade visual a 6 metros de (20/40), desde que, com uso de lentes corretoras, atinja visão de (20/20), as Instruções Técnicas das Inspeções de Saúde na Aeronáutica - ICA 160-6/2006 - exigem apenas 20/200 e 20/30 respectivamente, critério que é satisfeito pela autora. 4 - Saliente-se que, conforme documento de folha 14, a autora possui acuidade visual de 20/20 com as lentes corretoras. 5 - Por fim, ressalto que a autora candidatou-se ao cargo de enfermagem, sendo que o uso de lentes corretoras não lhe causará qualquer empecilho ao exercício da atividade. 6 - Negado provimento à apelação. (AC 00004083820064036118, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/08/2016) (Destaquei)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA OFICIAL DA AERONÁUTICA - COMAER. REPROVAÇÃO EM EXAME DE SAÚDE. BAIXA ACUIDADE VISUAL. ICA 160-6/2004. ADEQUAÇÃO DO EDITAL À PREVISÃO NORMATIVA. VERBA HONORÁRIA FIXADA EM VALOR EXCESSIVO. REMESSA OFICIAL TIDA POR OCORRIDA E APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDAS. *A autora, ora apelada, inscreveu-se no Exame de Admissão ao Curso de Formação de Sargentos da Aeronáutica - CFS "B" 1/2005, tendo sido considerada "incapaz para o fim a que se destina" na "inspeção de saúde", porquanto apresentou acuidade visual abaixo do parâmetro exigido no edital. O item 1.4 do edital do certame estabelece os requisitos que compõem a inspeção de saúde e os parâmetros exigidos para a obtenção da menção "apto", quais sejam: acuidade visual a 06 (seis) metros - visão igual a 0,5 (20/40), no mínimo, em cada olho, separadamente, sem correção, desde que, com uso de lentes corretoras, atinja 01 (20/20). A ICA (Instruções Técnicas das Inspeções de Saúde na Aeronáutica) nº 160-6 de 2004 estabelece 05 (cinco) requisitos distintos para a aferição de acuidade visual, de acordo com a especialidade do cargo pretendido. A previsão do edital refere-se à modalidade de Aeronavegantes (Requisito Visual nº 02 da ICA 160-6 de 2004), o que não se amolda ao cargo pleiteado pela ora apelada através do Concurso em questão. Tendo sido diagnosticada a apelada com miopia de 20/200 em ambos os olhos, sem correção, conforme fls. 196/216, é evidente haver sido atendida integralmente a indigitada exigência do Requisito Visual nº 03. A regra prevista no edital para a aferição da capacidade visual dos candidatos deve amoldar-se à previsão legal supramencionada. Em relação à verba honorária, o valor fixado na sentença a quo (10% sobre o valor da causa - R\$ 100.000,00, fl. 09) mostra-se excessivo, especialmente em razão da pouca complexidade da matéria envolvida, bem como da ausência de apresentação de contrarrazões de recurso (fl. 352v), razão pela qual é razoável a fixação em 1% sobre o valor da causa, em consonância ao entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, adotado por esta Quarta Turma. Remessa oficial, tida por ocorrida, e apelação parcialmente providas. (AC 00016258720044036118, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/09/2015) (Destaquei)*

Dessa forma, diante do exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação, mantendo a sentença tal como lançada.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002938-44.2007.4.03.6000
(2007.60.00.002938-0)

Apelante: CONEXÃO ESPAÇOS PUBLICITÁRIOS LTDA.
Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: AC 1656378
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2017

EMENTA

AÇÃO DE COBRANÇA - PRORROGAÇÃO TÁCITA DE CONTRATO ADMINISTRATIVO - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - VALORES DEVIDOS PELO USO DE ÁREA PÚBLICA - APELAÇÃO DESPROVIDA.

1- O contrato não é de constituição de renda, mas de concessão de uso de área pública. O negócio jurídico tem natureza jurídica de direito público. Trata-se de contrato administrativo.

2- Não há norma específica reguladora da prescrição em contratos administrativos. Incide o artigo 205, do Código Civil, de 2002. Os débitos venceram nos anos 2001 e 2002. A ação foi proposta em 2007. Não ocorreu a prescrição.

3- A prova indica a prorrogação tácita do contrato administrativo. A condenação deve ser mantida, sob pena de enriquecimento ilícito da apelante, que permaneceu utilizando-se da área pública do aeroporto, para veicular propaganda.

4- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

Trata-se de ação ordinária destinada a viabilizar a cobrança de valores previstos em contrato administrativo.

A autora, ora apelada, sustenta que houve prorrogação verbal do contrato administrativo de concessão de uso de área pública inadimplido pela apelante.

A r. sentença julgou procedente o pedido inicial, para condenar a apelante a pagar o valor de R\$ 38.070,052, acrescidos de correção monetária, a partir do ajuizamento da ação, e juros de mora, desde a citação, de 1% ao mês, nos termos do artigo 406, do Código Civil.

Determinou que deverá ser abatido o valor dos quatro painéis pertencentes à apelante, que estão em poder da INFRAERO.

A apelante sustenta a improcedência da ação, sob os seguintes fundamentos: prescrição; o contrato não foi prorrogado; é nulo o contrato verbal; não manteve os painéis no aeroporto, após o término do contrato.

As contrarrazões foram apresentadas.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO (Relator):

A preliminar de prescrição não é pertinente.

O contrato não é de constituição de renda, mas de concessão de uso de área pública (fls. 26/39). O negócio jurídico tem natureza jurídica de direito público. Trata-se de contrato administrativo.

A jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DE ÁREA EM AEROPORTO FEDERAL. CONTRATO DE NATUREZA PÚBLICA. - Cuidando-se de contrato firmado pela Infraero com empresa privada, envolvendo imóvel de propriedade da União Federal, a natureza do pacto é de direito público, aplicando-se o Decreto-Lei 9.760/46. Ademais, os bens da Infraero na área de atividades aeroportuárias, como é o caso dos autos, sujeitam-se às regras de direito público.

(TRF-4 - AC: 30841 PR 2006.70.00.030841-2, Relator: SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Data de Julgamento: 16/09/2009, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 28/09/2009).

As obrigações que deram origem à ação de cobrança venceram na vigência do Código Civil de 1916 (fl. 54). Entretanto, o prazo prescricional é regulado pelo Código Civil de 2002, nos termos do artigo 2.028:

Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Não há norma específica reguladora da prescrição em contratos administrativos. Incide o artigo 205, do Código Civil, de 2002:

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Os débitos venceram nos anos 2001 e 2002. A ação foi proposta em 2007. Não ocorreu a prescrição.

O contrato tinha prazo de doze meses, com término fixado em 30 de abril de 2001 (fl. 54).

As partes iniciaram as tratativas para a renovação do negócio jurídico (fls. 43/47). Houve expressa manifestação de vontade, no sentido da prorrogação do contrato.

Entretanto, a apelante não conseguiu providenciar a documentação exigida para a formalização do contrato.

A apelante alega que o contrato foi encerrado em 30 de abril de 2001, mas os painéis permaneceram no aeroporto e veiculavam propaganda.

Em julho de 2001, admitiu a existência de débitos perante a apelada.

A conduta da apelante revela que considerou prorrogado o contrato.

Portanto, a prova indica a prorrogação tácita do contrato administrativo. A condenação deve ser mantida, sob pena de enriquecimento ilícito da apelante, que permaneceu utilizando-se da área pública do aeroporto, para veicular propaganda.

Por estes fundamentos, nego provimento à apelação.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004280-11.2012.4.03.6002
(2012.60.02.004280-3)

Apelante: ANTONIO JOSÉ DE CAVALHO E SILVA
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE DOURADOS - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: AC 2158196
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/01/2017

EMENTA

SERVIDOR. REAJUSTE GERAL ANUAL. INDENIZAÇÃO POR OMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A iniciativa para procedimento legislativo para fins de concessão de revisão geral anual a servidores públicos é ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, não cabendo indenização na hipótese de omissão, que representaria a própria concessão de reajuste sem previsão legal. Precedentes do STF, do STJ e desta Corte.
2. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de novembro de 2016.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Trata-se de ação ordinária proposta por Antonio José de Carvalho e Silva em face da União objetivando o pagamento de indenização por danos morais e materiais, proporcionais aos reajustes remuneratórios não concedidos, em razão de alegada omissão estatal em proceder à revisão geral anual prevista constitucionalmente.

Às fls. 101/103-verso, sentença julgando improcedente a ação.

Apela o autor às fls. 105/118, sustentando, em síntese, que “a não concessão do reajuste anual acarreta sim em uma diminuição do patrimônio jurídico do servidor, pois ano a ano o servidor deixa de ter seus valores remuneratórios reajustados, ao passo que a inflação anualmente se renova” (fl. 108) e que “o estado sendo causador do dano deve criar meios, condições para socorrer o direito do servidor, pois trata-se do princípio da soberania estatal ante ao território e seu povo” (fl. 109). Aduz, ainda, que “foi reconhecido repercussão (sic) geral a respeito do tema, e que tramita perante o Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário

565.089/SP ao qual através do voto do relator Marcos (sic) Aurélio (ao qual acima já mencionamos), se demonstrou tendencioso em reconhecer os danos causados pelo estado diante da omissão estatal em não regulamentar o disposto no artigo 37, X, da CF” (fl. 111). Alega, ainda, que “o dano moral se configura pela inércia estatal que não realiza o reajuste anual garantido pela constituição, o que faz com que o servidor/trabalhador sofra os dissabores do exercício da atividade pública vendo o estado lesar seu patrimônio” (fl. 112). Por fim, aduz que “não há o que se falar no caso em tela que o judiciário está invadindo competência do executivo ou do legislativo, ao sanar tamanho abuso por parte do estado, mas que somente está cumprindo com o disposto no texto constitucional no que tange ao princípio da inafastabilidade do poder judiciário” (fl. 114) e que “a iniciativa do presidente da república em regulamentar o disposto no artigo 37, X, da CF trata-se de ato administrativo vinculado e não discricionário como fundamentou o juiz monocrático, e que sua mora em regulamentar o texto constitucional acarreta prejuízos enormes ao patrimônio jurídico dos servidores públicos” (fl. 117).

Com contrarrazões (fls. 120/123) subiram os autos.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator):

Cinge-se a controvérsia à possibilidade, ou não, de se impor à União o dever de pagar indenização por danos morais e materiais a servidor público federal (lotado no INCRA) por alegada omissão do Chefe do Executivo em propor projeto de lei regulamentando o direito de revisão geral anual nas remunerações dos servidores públicos, previsto no art. 37, X, da Constituição.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se em sentido contrário a tal pretensão, tendo em vista que eventual condenação implicaria na própria concessão do reajuste pretendido:

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. *I - A iniciativa para desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual aos servidores públicos é ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário suprir sua omissão. II - Incabível indenização por representar a própria concessão de reajuste sem previsão legal. III - Agravo improvido.* (RE-AgR 553231, RICARDO LEWANDOWSKI, 1ª Turma, 13.11.2007, STF)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REVISÃO GERAL ANUAL DE VENCIMENTOS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO. DEVER DE INDENIZAR. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A ausência de assinatura no recurso interposto, desde que o procurador esteja devidamente identificado, com procuração nos autos e atuando no processo, há de ser tida como mero erro material. 2. *Não compete ao Poder Judiciário deferir pedido de indenização no tocante à revisão geral anual de servidores, por ser atribuição privativa do Poder Executivo.* (RE 528965 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 31/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00054 EMENT VOL-02282-16 PP-03207 RT v. 96, n. 865, 2007, p. 132-134)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO - *SERVIDORES PÚBLICOS - REMUNERAÇÃO - REVISÃO GERAL ANUAL (CF, ART. 37, X) - ALEGADA INÉRCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - PRETENDIDA INDENIZAÇÃO CIVIL EM FAVOR DO SERVIDOR PÚBLICO COMO DECORRÊNCIA DA OMISSÃO ESTATAL - NÃO-RECONHECIMENTO DESSE DIREITO - PRECEDENTES* - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE 509795 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/03/2007, DJe-032 DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007 DJ 08-06-2007 PP-00045 EMENT VOL-02279-06 PP-01137)

No mesmo sentido a jurisprudência do C. STJ:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO. REVISÃO GERAL ANUAL. OMISSÃO LEGISLATIVA. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. 1. Verifica-se que o Tribunal de origem decidiu o mérito da controvérsia à luz de fundamento eminentemente constitucional, matéria insuscetível de ser examinada em recurso especial. 2. Ainda que superado o referido óbice, *o aresto atacado encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que “a inércia do Chefe do Poder Executivo em desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual não acarreta direito à indenização em favor do servidor público, pois o acolhimento de pretensão desta natureza representa a própria concessão de reajuste, não podendo o Judiciário atuar como legislador positivo”* (AgRg no REsp 1.319.350/AP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRESP 201101411333, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 24/11/2014 ..DTPB:.)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL DE REMUNERAÇÃO (ART. 37, X, DA CF). INDENIZAÇÃO POR OMISSÃO LEGISLATIVA. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. *Firmou-se, nesta Corte Superior de Justiça, o entendimento de que é incabível a concessão, pelo Poder Judiciário, de indenização aos servidores públicos em decorrência de omissão legislativa referente à revisão geral anual de vencimentos, uma vez que a pretensão recai, na realidade, em concessão de aumento remuneratório (reajuste), carente de previsão legal.* 2. *O Princípio da Separação de Poderes impede que o Judiciário obrigue o Chefe do Poder Executivo a apresentar projeto de lei de sua iniciativa privativa e discricionária. Precedentes do STJ.* 3. Agravo regimental improvido. (AGRESP 200701238190, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 24/10/2014 ..DTPB:.)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. REAJUSTE GERAL ANUAL. OMISSÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. *O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que a inércia do Chefe do Poder Executivo em desencadear o procedimento legislativo para a concessão do reajuste geral anual não acarreta direito à indenização em favor do servidor público, pois o acolhimento de pretensão dessa natureza representa a própria concessão de reajuste, não podendo o Judiciário atuar como legislador positivo. Precedentes.* 2. *O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança e nem produz efeitos patrimoniais pretéritos, a teor das Súmulas nº 269 e 271 do STF.* 3. Agravo regimental não provido. (AROMS 200701347677, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA: 26/08/2014 ..DTPB:.)

Esta E. Corte adota posicionamento no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA EM APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL DA REMUNERAÇÃO. MORA DE INICIATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. *Malgrado de fato a Corte Suprema já haver declarado a mora legislativa do Executivo Federal em proceder ao desencadeamento do processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, não pode o Judiciário exigir sua realização, tampouco pode fixar índice de reajuste dos vencimentos dos servidores públicos.* 2. *O STF assentou o entendimento de que é descabida a indenização aos servidores públicos pela omissão do Chefe do Poder Executivo em enviar o projeto de lei prevendo a revisão geral anual dos vencimentos prevista no art. 37, inciso X, da Constituição Federal. O pedido da parte autora de ser indenizada pelo não reajuste de seus rendimentos representaria, na prática, a própria concessão do reajuste de vencimentos sem lei* 3. Não havendo lei específica prevendo percentual definido de reajuste, não se há falar em dano patrimonial indenizável, ainda porque não sendo possível, pela via do controle abstrato, obrigar o ente público a tomar providências legislativas necessárias para prover omissão declarada inconstitucional - na espécie, o encaminhamento de projeto de lei de revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos -, com mais razão não poderia fazê-lo o Judiciário, por via oblíqua, no controle concreto de constitucionalidade, deferindo pedido de indenização para recompor perdas salariais em face da inflação. 4. *A pretensão da parte autora refoge à alçada do Judiciário, dado ser-lhe defesa a atuação como legislador positivo, não possuindo a almejada função de determinar o aumento dos vencimentos dos servidores, ainda que sob o fundamento da isonomia, na linha do quanto prescrito pela Súmula 339/STF, corroborada pela Súmula-Vinculante 37/STF, pena de ferimento ao princípio da independência dos Poderes da União.* 5. Agravo legal desprovido. (AC 00079523220054036112, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/03/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL. ARTIGO 37, INCISO X, DA CF. NECESSIDADE DE LEI PARA A CONCESSÃO DO REAJUSTE. ATO DISCRICIONÁRIO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. DESCABIMENTO DE INDENIZAÇÃO EM FACE DA OMISSÃO NO ENVIO DO PROJETO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Conquanto assegurada a periodicidade da remuneração dos servidores públicos, o comando constitucional, previsto no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, com a redação alterada pela Emenda Constitucional nº 19/98, impõe a necessária regulamentação por meio de lei específica. Trata-se da Lei nº 10.331, de 18.12.2001, cujo teor remete ao artigo 169 da Constituição Federal e à Lei Complementar nº 101/2000. 2. Cotejo entre os dispositivos citados que leva à necessária previsão orçamentária para a concessão do aumento vindicado, matéria na qual o Judiciário não se encontra autorizado a adentrar, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, incumbindo ao Chefe do Poder Executivo, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, nos termos do artigo 61, § 1º, inciso II, alínea a, da Constituição Federal, deflagrar o processo de elaboração da norma. 3. *É entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal o de que a iniciativa da lei para a concessão do reajuste constitui ato discricionário do Presidente da República, descabendo a pretensão de indenização em face da omissão no envio do projeto, sob pena de implicar, de forma reflexa, a própria concessão do benefício pleiteado.* 4. *Agravo legal a que se nega provimento.* (APELREEX 00080034320054036112, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA - 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REVISÃO GERAL ANUAL. OMISSÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. I - O fundamento pelo qual a apelação foi julgada nos termos do artigo 557, do CPC, se deu pela ampla discussão da matéria já pacificada pelo E. Supremo Tribunal Federal e/ou Superior Tribunal de Justiça e por esta C. Corte, o que se torna perfeitamente possível devido à previsibilidade do dispositivo. *II - A concessão de indenização, com fundamento na mora do chefe do Poder Executivo em dar efetividade ao artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, redundaria na concessão do próprio reajuste, o que, segundo remansosa jurisprudência, é vedado ao Poder Judiciário. Precedentes.* III - Agravo legal improvido. (AC 00243318420054036100, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 21/06/2012 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0013147-82.2015.4.03.6100

(2015.61.00.013147-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: ERICA BARBOSA E SILVA

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO GUERRA

Classe do Processo: AMS 364927

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2017

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. OFICIAL DE REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS E TABELIÃO DE NOTAS. INVESTIDURA EM CARÁTER ORIGINÁRIO. CNPJ. NOVA INSCRIÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A impetrante foi investida no cargo público em caráter originário e não possui qualquer relação com o notário anterior.
2. Nos termos pacificados pela Turma julgadora, “os serviços notariais e de registro foram definidos no artigo 236 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 8.935/94. Da interpretação sistemática dos dispositivos conclui-se que o serviço notarial e de registro é prestado por pessoa física, não tendo o cartório personalidade jurídica própria” - AMS 2013.61.00.013486/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 05/03/2015, D.E. 19/03/2015.
3. Nesse diapasão, impende anotar que os cartórios não possuem personalidade jurídica, respondendo os notários e oficiais de registro, pessoalmente, pelos danos causados.
4. Reconhecido o direito de expedição de novo CNPJ.
5. Precedentes: AMS 2011.61.00.022493-4/SP, Relator Desembargador Federal NERY JÚNIOR, Terceira Turma, j. 22/01/2015, D.E. 28/01/2015; e AI 2015.03.00.026352-8/MS, Relator Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA, Quarta Turma, j. 03/08/2016, D.E. 31/08/2016.
6. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de dezembro de 2016.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA (Relator):

Cuida-se de mandado de segurança em que a impetrante objetiva o reconhecimento do direito à obtenção de novo CNPJ, em razão de sua investidura como Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do 47º Subdistrito - Vila Guilherme da Comarca da Capital/SP.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, concedendo a segurança para determinar que a autoridade coatora expeça nova inscrição junto à Receita Federal. Submeteu ao reexame necessário.

Irresignada, apelou a União Federal, sustentando, em apertada síntese, a legalidade do procedimento administrativo adotado.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento da remessa necessária e da apelação.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA (Relator):

A apelação e a remessa oficial não merecem prosperar.

Sobre o tema, deve ser anotado que a Constituição Federal, no artigo 236, trata dos serviços notariais e de registro, a saber, *verbis*:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

O referido artigo 236, da Constituição Federal, foi regulamentado pela Lei nº 8.935/94, a qual assim fixou em seus artigos 3º e 22, *verbis*:

Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. (Redação dada pela Lei nº 13.286, de 2016).

Parágrafo único. Prescreve em três anos a pretensão de reparação civil, contado o prazo da data de lavratura do ato registral ou notarial. (Redação dada pela Lei nº 13.286, de 2016).

Tal como flagrado pela MM^a Julgadora de primeiro grau, em sua bem lançada sentença de fls. 58 e ss. do presente *mandamus*, “(...) assim, portanto, conclui-se que o serviço notarial e de registro é prestado por pessoa física, não tendo o cartório personalidade jurídica própria. No caso dos autos, a parte impetrante foi investida no cargo público, conforme Termo de Outorga de Delegação às fls. 16, e, sendo assim, não possui qualquer vinculação com o notário anterior. Dessa forma, se mostra razoável nova inscrição do cartório no CNPJ, com a mudança de titularidade, evitando-se, com isso, confusão indevida das obrigações civis, comerciais, trabalhistas, previdenciárias e tributárias assumidas pelo titular anterior. Não há regramento específico que impeça a nova inscrição em decorrência da mudança de titularidade, mostrando-se abusiva a negativa da autoridade impetrada em fornecer nova inscrição, tendo em vista a finalidade do cadastro de facilitar o controle e a fiscalização da arrecadação dos tributos devidos. Em suma, os dispositivos constitucionais e legais preceituam a individualidade da delegação do exercício da atividade de tabelião e de registro, não atribuindo à serventia personalidade jurídica. Dessa forma, não possuindo o tabelionato personalidade jurídica e sendo a inscrição no CNPJ realizada levando-se em consideração a pessoa física do Tabelião, nada mais razoável que este número seja individual, por meio de uma nova inscrição.”, no que foi secundada pelo I. Parquet, em seu judicioso parecer de fls. 94 e ss., que analisando a legislação de regência, notadamente a indigitada Lei nº 8.935/94, concluiu no sentido de que “exsurge claramente da leitura dos artigos 3º e 5º que os serviços notariais e registrais são titularizados por tabeliães e oficiais de registros (profissionais do direito), o que só recrudesce a força argumentativa do já exposto no sentido de que se trata de atividade exercida por pessoa física, não tendo o cartório personalidade jurídica”.

Assim, conforme pleiteado, já à inicial, pela ora impetrante, e acolhido pela MM^a Juíza *a quo*, a investidura por meio de concurso público de provas e títulos se concretiza de forma originária, sem vinculação à outorga que lhe foi antecedente, refugindo, assim, da figura da sucessão tributária de que cogita o artigo 133 do Código Tributário Nacional, e não se justificando, dessa forma, a exigência aqui guerreada no que toca à manutenção, em relação à serventia que conta com novo titular, do mesmo número de cadastro junto ao CNPJ.

Impende observar, a bem aclarar a questão, que os cartórios não possuem personalidade jurídica, respondendo os notários e oficiais de registro pessoalmente pelos danos causados.

No caso apresentado nos autos a impetrante foi aprovada em Concurso de Provas e Títulos para Outorga do Estado de São Paulo, tendo recebido a outorga da delegação correspondente ao serviço de Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do 47º Subdistrito - Vila Guilherme da Comarca da Capital/SP - cópia do Título de Outorga de Delegação à fl. 16.

Dessa forma, considerando que a impetrante, ora apelada, foi investida no cargo público em caráter originário e não tendo qualquer relação com o notário anterior, é de rigor o reconhecimento do direito à expedição de novo CNPJ.

Nesse exato sentido, aliás, vem decidindo esta C. Corte, conforme aresto que ora colho, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA - CARTÓRIO DE REGISTROS E NOTAS - CADASTRO NACIONAL DE PESSOA JURÍDICA - CNPJ - NOVA INSCRIÇÃO

O artigo 236 da Constituição Federal prevê que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público; regulado pelo parágrafo 3º, o ingresso na atividade, que se dá através de concurso público de provas e títulos.

Sobre a responsabilidade civil dos notários e oficiais de registro, a Carta Magna deixou a cargo

do legislador ordinário, que veio a regulamentar o artigo 236 do texto constitucional através do artigo 22 da Lei nº 8.935/94.

Verifica-se que os notários e oficiais de registro respondem, pessoal e objetivamente pelos danos causados por eles ou por seus prepostos.

Infere-se a necessidade de individualização da Serventia de Notas e Registros, já que à pessoa do oficial é atribuída a responsabilidade por atos lesivos a direitos alheios, independentemente de culpa ou dolo.

O Cartório de Registros e Notas não detém personalidade jurídica, dando-se a inscrição perante a pessoa física do serventuário.

Não se pode impor ao novo titular do cartório a vinculação ao CNPJ anterior, ante a possibilidade de transtornos, em decorrência de ajuizamento de demandas contra si, com fundamento em atos praticados pelo antigo tabelião.

Faz-se necessário assegurar ao novo responsável pelo cartório uma nova inscrição no Cadastro Nacional de Pessoal Jurídica - CNPJ.

Não há dispositivo legal que vede tal autorização. Jurisprudências.

Apelação provida.

(AMS 2011.61.00.022493-4/SP, Relator Desembargador Federal NERY JÚNIOR, Terceira Turma, j. 22/01/2015, D.E. 28/01/2015)

E ainda esta C. Turma julgadora, em recentes julgados, *verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS NOTARIAIS. INVESTIDURA EM CARÁTER ORIGINÁRIO. CNPJ. NOVA INSCRIÇÃO. POSSIBILIDADE.

O impetrante, ora agravado, foi investido no cargo público em caráter originário e não possui qualquer relação com o notário anterior.

A própria União Federal, ora agravante, admite que os cartórios não possuem personalidade jurídica, respondendo os notários e oficiais de registro, pessoalmente, pelos danos causados.

Reconhecido o direito de expedição de novo CNPJ.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AI 2015.03.00.026352-8/MS, Relator Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA, Quarta Turma, j. 03/08/2016, D.E. 31/08/2016)

MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO NO CNPJ. REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. TABELIÃO. VINCULAÇÃO À PESSOA FÍSICA. NOVO REGISTRO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL DESPROVIDAS.

1. Os serviços notariais e de registro foram definidos no artigo 236 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 8.935/94. Da interpretação sistemática dos dispositivos conclui-se que o serviço notarial e de registro é prestado por pessoa física, não tendo o cartório personalidade jurídica própria.

2. No caso, o impetrante foi investido no cargo público em caráter originário, não possuindo qualquer vinculação com o notário anterior, posto que o registro por esse efetuado junto à Receita Federal refere-se à pessoa física e não à serventia.

3. Não há regramento específico que impeça a nova inscrição em decorrência da mudança de titularidade.

4. Mostra-se abusiva a negativa da autoridade impetrada em negar a possibilidade de nova inscrição, tendo em vista a finalidade do cadastro de facilitar o controle e a fiscalização da arrecadação dos tributos devidos, tais como encargos trabalhistas e previdenciários.

5. Apelação da União e remessa oficial a que se nega provimento.

(AMS 2013.61.00.013486/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 05/03/2015, D.E. 19/03/2015)

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial, mantendo a r. sentença em seus exatos termos.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MARCELO GUERRA - Relator

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

0000440-78.2017.4.03.0000

(2017.03.00.000440-4)

Requerentes: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E UNIÃO FEDERAL

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 24^a VARA DE SÃO PAULO - SP

Interessados: NEILSON PAULO DOS SANTOS E DENISE GALVES DE SOUZA

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES – PRESIDENTE

Classe do Processo: SLAT 3033

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2017

DECISÃO

Vistos,

Trata-se de pedido de suspensão de tutela ajuizado conjuntamente pelo Município de São Paulo e pela União em face de decisão proferida pelo Juízo da 24^a Vara Federal da Subseção Judiciária da Capital nos autos do processo nº 0009914-43.2016.403.6100, envolvendo a popularmente conhecida “Feira da Madrugada”.

Alegam, em síntese, que novamente foram obrigados a ajuizar o pedido de contracautela diante de nova decisão liminar, proferida em 13.01.2017, que suspendeu os trabalhos para regularização da chamada “Feira da Madrugada”.

Afirmam ser necessário o deferimento da medida para “assegurar o respeito e a efetividade das decisões proferidas em sede de Suspensão pela Presidência desta Egrégia Corte, pois, como tem ocorrido, o mesmo MM. Juízo Federal da 1^a instância tem deferido sucessivas tutelas provisórias no mesmo contexto, que têm consequências já tidas por lesivas a relevantes interesses públicos pelo Órgão de cúpula da Justiça Federal da 3^a Região - SP”.

Dizem que a liminar mais recente ofende as ordens administrativa, social e econômica, de forma tão ou mais gravosa que as anteriores medidas suspensas por esta Presidência porque “A nova decisão liminar faz uso de repetição compilada, repisando argumentos que já foram enfrentados pela nobre Presidência nos casos anteriores”, ponderando que “os motivos que fundamentaram as anteriores suspensões são de todo aplicáveis ao caso presente, uma vez incontestes as ofensas aos bens jurídicos tutelados pela norma”.

Argumentam que a liminar sequer se atém ao que constitui o objeto da ação popular, pois a validade da concorrência já foi assegurada judicialmente, exaurindo, assim, o objetivo da ação popular. Caberia ao juízo, portanto, extinguir sem resolução do mérito pela superveniente perda de interesse processual a ação coletiva que ensejou o presente pedido.

Alegam que as inúmeras decisões liminares proferidas pelo mesmo juízo colocam em xeque o esforço comum que a Administração Pública, em suas esferas municipal e federal, vem fazendo para que o local esteja sob a égide da lei e da ordem, sob o controle do poder público e atendendo às finalidades do interesse público, uma vez que o próprio concessionário já reportou, por meio de ofícios, o cenário de insegurança que as decisões têm gerado, inclusive mencionando depredação e ameaças a comerciantes por pessoas mal intencionadas.

Como risco de lesão à ordem pública apontam que a paralisação das obras obsta o regular cumprimento das cláusulas e prazos relacionados ao Contrato de Concessão, podendo tornar indevidas as verbas a serem pagas pelo Concessionário por desequilíbrio econômico-

financeiro, já que a exploração do futuro empreendimento será fonte nodular de receita para o particular contratado. Por outro lado, a execução do contrato permite à União receber a receita prevista na cessão de uso do Pátio do Pari ao Município, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor pago pelo concessionário.

Além do mais, continuam, a decisão determinou que a administração do local seja restituída ao município, o que implica evidente lesão à ordem econômica diante do alto custo para manter o centro de compras operando.

Também apontam risco à ordem administrativa em face dos atrasos nos cronogramas provocados pelas decisões, que vem subvertendo os desígnios da Administração e obstando todo o planejamento administrativo para o uso da área.

É o relatório.

Decido.

Primeiramente saliento causar-me espécie a existência dessa ação popular, de nº 0009914-43.2016.403.6100, bem como a sua liminar, pois me parece se tratar de repetição de outra ação coletiva já em curso.

Com efeito, no início de 2015 foi ajuizada a ação popular nº 0023086-86.2015.4.03.6100, que tramitou pela E. 19ª Vara Federal da Capital, objetivando (fl. 529):

Trata-se de ação popular, com pedido de liminar, objetivando a parte autora obter provimento jurisdicional que determine aos réus que se abstenham de celebrar o contrato de concessão previsto no Edital de Concorrência Pública nº 01-B/SDTE/2014 com o consórcio denominado Circuito São Paulo, ligado ao grupo Rodway Centro Comercial S.A, liderado pela empresa Mais Invest Empreendimentos e Incorporações, vencedora do certame. Ao final, pleiteia a declaração de nulidade da Licitação referente ao Edital de Concorrência Pública nº 01-B/SDTE/2014 e, consequentemente, todos os atos dela decorrentes.

Aduzida ação teve a liminar deferida e impugnada nesta Corte por meio de Suspensão de Liminar (SLAT), de nº 0029987-37.2015.4.03.0000. Nesta, foi proferida decisão que autorizou “a formal e efetiva contratação da concessão de obra pública para a implantação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras, dos projetos associados e de outras obrigações acessórias, sem as restrições impostas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo” (fls. 542/561).

Não obstante, o mérito da ação popular nº 0023086-86.2015.4.03.6100 foi apreciado por meio de sentença, que julgou *improcedente o pedido* (fls. 529/540). Temos, então, uma sentença de mérito dispondo de forma clara que não houve nenhuma ilegalidade com a licitação aberta pelo Edital de Concorrência Pública nº 01-B/SDTE/2014, sendo possível, por conseguinte, a assinatura do contrato.

Paralelamente a esse processo temos uma *outra ação popular*, de nº 0009914-43.2016.403.6100 - e da qual decorre a SLAT em apreço -, em trâmite na 24ª Vara Federal de São Paulo, objetivando que sejam “invalidados todos os atos praticados pelos réus em relação à Concorrência Pública para a Concessão de Obra Pública para a Construção, Implantação, Operação, Manutenção e Exploração Econômica do Circuito das Compras - Edital de Concorrência Pública nº 01-B/SDTE/2014 - Processo nº 2013-0.363.235-3”.

Assim, temos uma primeira ação popular julgada improcedente por não vislumbrar nenhuma ilegalidade com a licitação e uma outra ação coletiva, posterior, objetivando a in-

validação de todos os atos referentes à licitação.

Nesse contexto penso, sem realizar um exame profundo dos fundamentos jurídicos de ambas as demandas, que haveria conexão entre elas, ou, até, quiçá, litispendência.

Com relação a este instituto, conquanto não seja o caso de triplíce identidade processual porque os autores das ações populares não coincidem, saliento ser entendimento da Corte Cidadã que “Em se tratando de ações coletivas, a aferição da litispendência deve ser feita sob a ótica dos beneficiários dos efeitos da sentença, ainda que, em princípio, as partes processuais sejam diferentes no momento da impetração” (AgRg nos EmbExeMS nº 6864/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 14.08.2014, DJe 21.08.2014).

Tanto numa como noutra ação popular em trâmite os autores são pequenos comerciantes presumivelmente afetados pela licitação. São, assim, beneficiários dos efeitos das decisões judiciais, o que permitiria, em caso de identidade de outros fatores, o reconhecimento da litispendência.

Litispendência à parte, entendo, como já me pronunciei em outros casos envolvendo a “Feira da Madrugada”, que a decisão que determinou a suspensão do contrato de concessão de obra pública, com a reassunção da administração do local pelo Município de São Paulo, deve ser suspensa.

A execução de decisão judicial proferida em desfavor do Poder Público pode ser suspensa pelo Presidente do Tribunal a que compete o julgamento dos recursos, sempre que a decisão tiver o potencial de causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (art. 4º, Lei nº 8.437/92).

Nos dizeres do Superior Tribunal de Justiça, “A *suspensão de segurança configura-se em medida processual de excepcionalidade absoluta*, uma vez que investe o Presidente do Tribunal competente de um poder extraordinário capaz de suspender a eficácia de uma liminar ou a própria execução de um mandado de segurança concedido. Diante da magnitude, inclusive constitucional, do mandado de segurança, que consubstancia instrumento processual célere destinado a viabilizar a defesa de direito líquido e certo de uma pessoa em face de eventual ação arbitrária do Estado, *a utilização do pedido de suspensão de segurança deve-se restringir a situações de extrema gravidade, sob pena de colocar em total descrédito o procedimento e a eficácia da ação mandamental.*” (AgRg na SS nº 1.328, Corte Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, v.u., j. 19/05/04, DJ 07/06/04) - grifo e destaque meus.

As hipóteses de cabimento dessa estreita via processual são previstas em lei e, a princípio, divorciadas do mérito da causa. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. REFINARIA. PETRÓLEO. ICMS. REGIME TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO. LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS.

1. A agravante não logrou infirmar ou mesmo elidir os fundamentos adotados para o deferimento do pedido de suspensão.
2. No presente caso, a manutenção do tratamento tributário diferenciado concedido à agravante pelo Decreto estadual 37.486/2005, revogado pelo Decreto estadual 40.578/2007, provoca o desequilíbrio da concorrência e dificulta a administração tributária estadual.
3. *Na suspensão de segurança não se aprecia, em princípio, o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.*
4. Agravo regimental improvido.

(STF, SS 3273 AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie (Presidente), j. 16.04.2008, DJe 19.06.2008) - sublinhei.

Consoante ensina a doutrina especializada, “O legislador, ao criar o instituto do pedido de suspensão, o fez na tentativa de resolver uma colisão entre princípios: de um lado, os princípios da efetividade das decisões judiciais, da celeridade, e, mais amplamente, do acesso à justiça; e, de outro, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a proteção de determinados valores relevantes anteriormente escolhidos”. Prossegue: “E o legislador optou por solucionar esse dilema da seguinte maneira: quando a decisão que causar perigo de lesão aos valores expressados na norma possuir caráter provisório, deve prevalecer o interesse público e a proteção dos valores sobre o interesse privado e a garantia da efetividade das decisões judiciais.” - Caio Cesar Rocha, *in* Pedido de Suspensão de decisões contra o Poder Público, Saraiva, 2012, págs. 169-270.

Pois bem, o presente pedido de suspensão de liminar decorre de decisão judicial provisória proferida em sede de ação popular (processo nº 0009914-43.2016.403.6100), que determinou (fls. 40/68):

Isto considerado e pelo mais que dos autos consta, DETERMINO A SUSPENSÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA PARA A CONSTRUÇÃO, IMPLANTAÇÃO, OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO E EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DO CIRCUITO DAS COMPRAS (Contrato nº 013/2015/SDTE), com consequente restituição de posse e administração do Pátio do Pari para o Município de São Paulo, a ser executada no prazo de 30 dias contados da intimação desta decisão.

Ora, a suspensão do contrato, como já destacada em outras decisões afetas a esta matéria, certamente trará *prejuízos de ordem econômica* para a Administração Pública. À União porque deixará de receber parte do repasse de verbas decorrentes do contrato; ao Município, porque além da nada receber terá que reassumir a administração da “Feira da Madrugada”, com todos os impactos financeiros oriundos dessa responsabilidade, estimados em R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) mensais.

Não obstante, a indecisão sobre quem administra a feira enseja dúvidas entre os próprios comerciantes do local, que não saberão quais regras devem seguir e tampouco a quem pagar pela locação dos boxes. Essa indefinição ocasiona transtorno à *ordem administrativa*, já que o Poder Público tem o poder-dever de regulamentar o uso de bem público e o comércio realizado no âmbito de seus limites territoriais.

Ainda no tocante à *ordem administrativa*, é de interesse público a manutenção de contrato precedido de licitação regularmente aberta, instruída e encerrada. Uma vez firmado o contrato entre a Administração e o particular, há interesse subjetivo de todos os envolvidos no cumprimento do pacto.

É sabido que, diante das limitações materiais, não raras vezes a Administração Pública se vê obrigada a adotar um plano estratégico, priorizando as atividades que entende mais relevantes para garantia do interesse público e cumprimento de suas atribuições. No caso em apreço a municipalidade houve por bem conceder o uso da propriedade imóvel a particular, incumbindo este de administrar o local e explorá-lo de acordo com a finalidade indicada no edital de concorrência pública.

Desse modo, mais uma vez destaco que não cabe, em princípio, ao Poder Judiciário to-

mar o lugar da Administração na escolha de quais sejam as ações prioritárias, sob pena de se imiscuir na atividade administrativa, violando o fundamental princípio da separação dos poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição Federal.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

1. O Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, deve observância aos princípios constitucionais, inclusive ao da independência e harmonia entre poderes (art. 2º, CF).

2. A observância das normas constitucionais delimita a interpretação e o âmbito de aplicação da legislação infraconstitucional.

3. *Não compete ao Judiciário, no seu mister, editar normas genéricas e abstratas de conduta, nem fixar prioridades no desenvolvimento de atividades de administração.*

4. *Ao Poder Executivo compete analisar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas administrativas.*

5. Agravo desprovido.

(AgRg no REsp 261.144/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2001, DJ 10/03/2003, p. 143) - grifos inexistentes no original.

Assim, estando convencida de que a liminar deferida pelo douto juízo *a quo* causará violação aos bens tutelados pela Lei nº 8.437/92, de rigor a sua suspensão.

Ante o exposto, *DETERMINO* a suspensão da tutela deferida nos autos do processo nº 0009914-43.2016.403.6100, da 24ª Vara Federal de São Paulo, *até que seja proferida a sentença*.

Diante do efeito multiplicador, com fulcro no § 8º do artigo 4º da Lei nº 8.437/92 *estendendo os efeitos desta decisão a todas as liminares e antecipações de tutela supervenientes* em ações idênticas a que ensejou o presente pedido e proferidas no âmbito da jurisdição deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, consoante precedente firmado na STA nº 828 do STF.

Comunique-se. Intimem-se. Publique-se.

Depois, à Procuradoria Regional da República.

Decorrido o prazo legal sem a interposição de recurso, archive-se.

São Paulo, 27 de janeiro de 2017.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Presidente

Direito Constitucional



APELAÇÃO CÍVEL
0010622-98.2004.4.03.6105
(2004.61.05.010622-9)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: JOSÉ PEDRO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Parte Ré: BPLAN CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. (massa falida)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: AC 1572333
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/10/2016

EMENTA

AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL DE IMÓVEL URBANO. DESERÇÃO. PRAZO PARA COMPLEMENTAÇÃO CONCEDIDO. PARTE INERTE. RECURSO DA MASSA FALIDA BPLAN CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA NÃO CONHECIDO. CEF PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. POSSE USUCAPIENDA DEMONSTRADA PELO AUTOR - LAPSO LEGAL À PRESCRIÇÃO AQUISITIVA.

1. No que respeita à ocorrência de deserção do recurso de apelação da Massa Falida BPLAN Construtora e Incorporadora Ltda., vejo que tal decisão há de ser mantida na íntegra, eis que, conforme fls. 1.07/1.204, ao interpor o mencionado recurso, a empresa não chegou a anexar o devido comprovante de recolhimento das custas legais, a par de ter sido concedido prazo para tal complementação. Assim, é caso de não conhecimento do recurso então manejado.
2. No que respeita ao recurso de apelação da Caixa Econômica Federal, afasto sua alegação preliminar de ilegitimidade passiva, em razão de haver garantia hipotecária em seu favor sobre o bem imóvel que é objeto de usucapião.
3. De fato, na própria contestação da CEF faz constar que a unidade objeto da presente ação de usucapião - assim como outras unidades residenciais do Condomínio - foi dada pela proprietária BPLAN CONSTRUTORA em garantia de contrato de mútuo havido entre ela e a Caixa Econômica Federal (fls. 510/516).
4. Daí despontar seu total interesse no resultado da presente lide, até mesmo para o efeito de restar mantida ou não a mencionada garantia hipotecária oferecida pela empresa construtora.
5. No mérito, vejo que a posse alegada pelo autor na inicial preenche todos os requisitos enunciados pelo art. 1.240 do Código Civil, quais sejam, seu exercício para fins de moradia ou de sua família por mais de 05 anos contínuos; tratar-se de imóvel urbano não superior a 250 metros quadrados; não ocorrência de oposição ou interrupção pelo período e a inexistência de outra propriedade imóvel rural ou urbana.
6. A posse usucapienda alegada e demonstrada pelo autor - o qual vem se responsabilizando por todas as taxas incidentes sobre o bem imóvel - data de julho de 1998 até Abril de 2004, perfazendo, desta forma, o lapso legal à prescrição aquisitiva, assim também tratado no art. 183 da Carta Magna.
7. Não há prova nos autos de qualquer oposição em relação à posse do autor, diferentemente do que é alegado pela recorrente. O imóvel em tela tem aproximadamente 44

metros quadrados, de natureza popular.

8. No mais, vem o autor contribuindo para o término da construção do imóvel por conta própria, adquirindo materiais para tanto, em vista do abandono por parte da empresa vendedora, sobre a qual foi decretada sua falência.

9. Recurso da Massa Falida BPLAN Construtora e Incorporadora Ltda não conhecido, por deserção.

10. Recurso da Caixa Econômica Federal desprovido. preliminar rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer do recurso da da Massa Falida BPLAN Construtora e Incorporadora Ltda, rejeitar a preliminar aduzida e negar provimento ao recurso da CEF, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de outubro de 2016.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de Ação de Usucapião Especial de imóvel urbano com pedido de liminar de manutenção de posse, movida por JOSÉ PEDRO DE OLIVEIRA JÚNIOR em face da MASSA FALIDA DE BPLAN CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA e da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, visando declarar o domínio sobre o imóvel usucapiendo, situado na Avenida Maria Clara Machado, nº 50, apto. 03, Bloco L, Condomínio Residencial Domingos Jorge Velho, Jardim Santa Cruz, em Campinas-SP, cuja área está escrita na matrícula de nº 108.973 do 3º Registro de Imóveis de Campinas-SP. O autor sustenta estar ocupando o imóvel desde julho de 1998, alegando que exerce a posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel em questão há mais de cinco anos e, em síntese, que atende aos requisitos legais para a pretensão. Aduz que a construtora ré abandonou o imóvel e, consequentemente, o autor, em conjunto com os demais moradores resolveram assumir a obra e finalizá-la. Alega ainda, que o condomínio recebeu carta precatória expedida dos autos do processo falimentar da construtora-ré para fins de constatação dos atuais ocupantes de todos os apartamentos, bem como que os mesmos apresentassem documentação pertinente e que autorizasse a posse.

A Caixa Econômica Federal apresentou contestação, alegando, em síntese, a ausência de pressupostos para a usucapião especial, pugnando pela improcedência do pedido.

A Massa Falida de BPLAN CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, por sua vez, apresentou contestação, sustentando preliminarmente que o processo deveria ser remetido à Justiça do Estado, aduzindo que a CEF não guardaria interesse na demanda e, requerendo no mérito a improcedência do pedido.

Às fls. 573/575 consta manifestação do Ministério Público Federal.

O Município de Campinas, o Estado de São Paulo e a União Federal comunicaram não terem interesse na causa às fls. 597/599, 610 e 612.

Foi deferida liminar para manter o autor na posse do imóvel, determinando-se às rés que se abstivessem da prática de quaisquer providências tendentes a turbá-la, bem como foi determinada a produção de provas (fls. 614/616).

A CEF manifestou-se às fls. 836, alegando que o autor exerce a posse com má fé e de forma clandestina. Posteriormente, o Ministério Público Federal deixou de opinar no mérito, aduzindo ausência de interesse a justificar a sua intervenção.

Sentença: Julgou procedente o pedido de usucapião, com fulcro no artigo 269, I, do CPC, para declarar o domínio do autor sobre a área descrita na inicial e, confirmando a liminar concedida, para manter o autor na posse do imóvel, tudo de conformidade com os preceitos do art. 183 da CF/88, art. 1.240 do Código Civil e art. 941 e seguintes do CPC. Ressaltou que a posse do autor é ininterrupta e pacífica, com *animus domini*, por mais de cinco anos e que o imóvel é utilizado para moradia do autor, não possuindo este outro imóvel, bem como sustentou que o autor comprovou de modo satisfatório preencher os requisitos da usucapião requerida. Ressaltou que o registro deverá ser realizado mediante a abertura da matrícula da gleba, com a descrição da unidade e da fração ideal a ela vinculada, sustentando que os dados devem ser apurados, se necessário, na fase de liquidação de sentença. Ademais, ressaltou ser a r. sentença título para matrícula, oportunamente, no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca. Custas *ex lege*. Por fim, condenou as rés ao pagamento de honorários advocatícios que fixou em 10% sobre o valor dado à causa devidamente atualizado, bem como determinou a realização, com o trânsito em julgado, de expedição de mandado para registro, no Registro de Imóveis da Comarca.

Apelação da Caixa Econômica Federal, às fls. 1057.

Apelação de Massa Falida de BPLAN CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA. às fls. 1070.

Devidamente processados os recursos, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

No que respeita à ocorrência de deserção do recurso de apelação da *Massa Falida BPLAN Construtora e Incorporadora Ltda.*, vejo que tal decisão há de ser *mantida* na íntegra, eis que, conforme fls. 1.07/1.204, ao interpor o mencionado recurso, a empresa não chegou a anexar o devido comprovante de recolhimento das custas legais, a par de ter sido concedido prazo para tal complementação. Assim, é caso de não conhecimento do recurso então manejado.

No que respeita ao recurso de apelação da *Caixa Econômica Federal*, afasto sua alegação preliminar de ilegitimidade passiva, em razão de haver garantia hipotecária em seu favor sobre o bem imóvel que é objeto de usucapião.

De fato, na própria contestação da CEF faz constar que a unidade objeto da presente ação de usucapião - assim como outras unidades residenciais do Condomínio - foi dada pela proprietária BPLAN CONSTRUTORA em garantia de contrato de mútuo havido entre ela e a Caixa Econômica Federal (fls. 510/516).

Daí despontar seu total interesse no resultado da presente lide, até mesmo para o efeito

de restar mantida ou não a mencionada garantia hipotecária oferecida pela empresa construtora.

No mérito, vejo que a posse alegada pelo autor na inicial preenche todos os requisitos enunciados pelo art. 1.240 do Código Civil, quais sejam, seu exercício para fins de moradia ou de sua família por mais de 05 anos contínuos; tratar-se de imóvel urbano não superior a 250 metros quadrados; não ocorrência de oposição ou interrupção pelo período e a inexistência de outra propriedade imóvel rural ou urbana.

A posse usucapienda alegada e demonstrada pelo autor - o qual vem se responsabilizando por todas as taxas incidentes sobre o bem imóvel - data de julho de 1998 até Abril de 2004, perfazendo, desta forma, o lapso legal à prescrição aquisitiva, assim também tratado no art. 183 da Carta Magna.

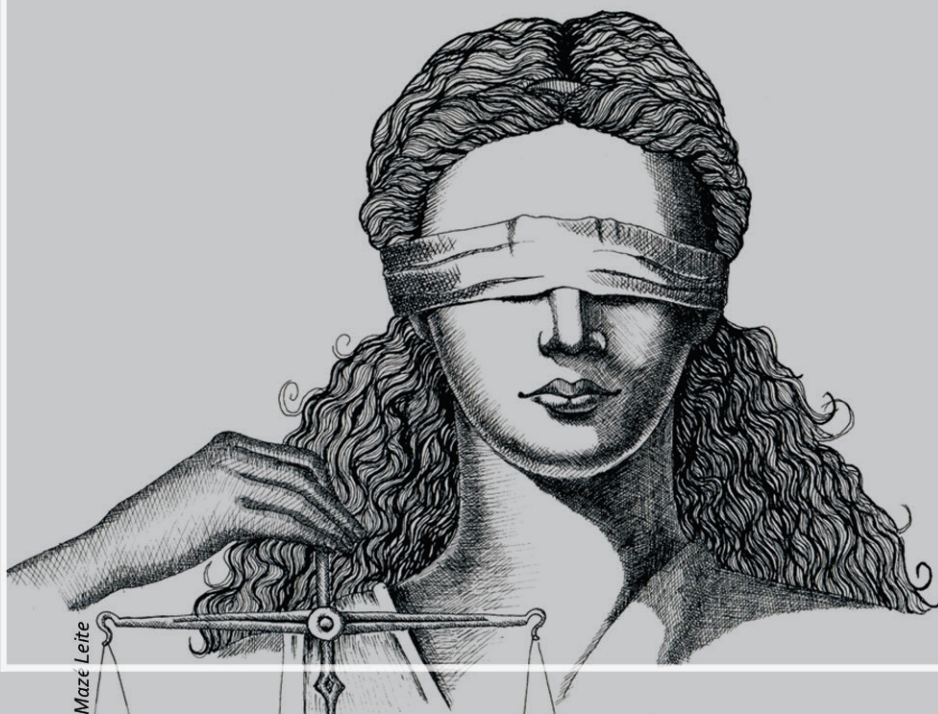
Não há prova nos autos de qualquer oposição em relação à posse do autor, diferentemente do que é alegado pela recorrente. O imóvel em tela tem aproximadamente 44 metros quadrados, de natureza popular.

No mais, vem o autor contribuindo para o término da construção do imóvel por conta própria, adquirindo materiais para tanto, em vista do abandono por parte da empresa vendedora, sobre a qual foi decretada sua falência.

Assim sendo, mantenho a decisão de não conhecimento do recurso da Massa Falida BPLAN Construtora e Incorporadora Ltda, por deserção e, em relação ao recurso da Caixa Econômica Federal, rejeito a preliminar suscitada e, no mérito, *nego provimento*.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0008234-03.2005.4.03.6102
(2005.61.02.008234-3)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E NILTON CÉSAR DE LIMA

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Classe do Processo: ACr 69071

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSO ALICIAMENTO DE TRABALHADORES DE UM LOCAL PARA OUTRO DO TERRITÓRIO NACIONAL. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS

1. Por não haver trânsito em julgado para a acusação, a prescrição é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito, nos termos do art. 109 do Código Penal. A pena máxima prevista para o delito do art. 207, *caput* e § 1º, do Código Penal, é de 3 (três) anos de detenção, cujo prazo prescricional é de 8 (oito) anos, a teor do inciso IV do art. 109 do Código Penal.

2. Entre o fato (04.02.05, fl. 95) e o recebimento da denúncia (25.06.09, fl. 98) transcorreu período aproximado de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses. Entre o recebimento da denúncia (25.06.09, fl. 98) e a publicação da sentença condenatória (02.12.15, fl. 554), decorreram 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias. Contado o prazo prescricional a partir da publicação da sentença condenatória (02.12.15, fl. 554), a prescrição está prevista para ocorrer em 01.12.23. Portanto, não está prescrita a pretensão punitiva estatal com base na pena prevista em abstrato.

3. A materialidade delitiva está satisfatoriamente comprovada quanto ao recrutamento de trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, mediante cobrança de qualquer quantia, conforme decorre dos seguintes elementos de convicção: a) termos de declaração e de interrogatório do réu, condutor do veículo; b) termos de declaração dos trabalhadores; c) termos de declaração e de oitiva do policial rodoviário federal que interceptou o veículo.

4. Em 04.02.05, policial rodoviário federal interceptou caminhão em cujo compartimento de carga, coberto por lona, eram transportadas 5 (cinco) trabalhadores. O policial rodoviário federal afirmou que a interceptação ocorreu na BR 101, em Alagoas, e que os documentos de identidade de todos os transportados estavam em poder do condutor do veículo (fls. 18/19). As declarações do policial rodoviário federal foram por ele confirmadas em sede judicial.

5. Malgrado os trabalhadores tenham declarado à Autoridade Policial que se organizaram para entrar em contato com o condutor do veículo, a ele prestando contribuição financeira espontânea que variou entre R\$ 20,00 (vinte reais) e R\$ 30,00 (trinta reais) (fls. 8/17), as circunstâncias da apreensão do veículo comprovam que o transporte foi realizado com a finalidade de recrutar trabalhador para execução de serviço fora da localidade.

6. O réu declarou à Autoridade Policial ser motorista autônomo (transporte de carga

e de passageiros). Alegou ter realizado o transporte de pertences de vários trabalhadores, de Batatais (SP) para Quipapá (PE) e que, para não voltar de caminhão vazio, decidiu transportar os trabalhadores, deles cobrando apenas os custos com combustível e hospedagem (fl. 7). Em Juízo, o réu apresentou versão diversa. Afirmou que trabalhava para a empresa Anatur, sediada em Goiás e que, em fevereiro de 2005, havia transportado turistas para Alagoas, aproveitando a viagem para visitar parentes em Pernambuco. Na data da interceptação do veículo (ocorrida em 04.02.05), “tinha voltado ao Nordeste para transportar arame da empresa Morlan (em Orlândia, SP) e roçadeiras da empresa Baldan (em Matão, SP), para os municípios de Feira de Santana, BA, e Catende (PE)”. Embora admita conhecer os trabalhadores transportados, aduz que os “apanhou” na viagem de retorno e negou saber que iriam “cortar cana” em Batatais (fl. 176v).

7. As declarações do réu não encontram respaldo nos autos, à míngua de elementos que comprovem a realização de fretes para as empresas e que esclareçam os motivos pelos quais estava na posse dos documentos de identidade dos trabalhadores. O fato de apenas um dos trabalhadores, ter sido localizado e ouvido em juízo não permite infirmar as circunstâncias em que ocorreu a interceptação do veículo, suficientes para a comprovação da autoria delitiva. No mesmo sentido, a alegação do réu de que as testemunhas referidas na sentença recorrida referem-se a processo diverso.

8. Em observância ao art. 59 do Código Penal, o Juízo *a quo* fixou a pena-base no mínimo legal, 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa. Na ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes e causas de aumento ou de diminuição, a pena foi tornada definitiva. Fixado o regime inicial de cumprimento aberto e o valor unitário do dia-multa em 1/10 (um décimo) do salário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

9. A acusação apela da dosimetria da pena e requer a majoração da pena-base em razão das circunstâncias do crime, da personalidade e maus antecedentes do réu. Passo a rever a dosimetria da pena. Justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerando-se o número de trabalhadores transportados e a significativa distância entre a localidade em que foram recrutados (Quipapá, Pernambuco) e a localidade na qual executariam o trabalho (Batatais, São Paulo), a indicarem a maior reprovabilidade da conduta do réu.

10. Os documentos juntados aos autos pelo Ministério do Trabalho, embora mencionem “Nilton” com condutor de um veículo que transportava trabalhadores para Batatais, não são suficientes para afirmar tratar-se do réu, à míngua de maior individualização da pessoa indicada. Ademais, não consta que tenha sido instaurado inquérito policial ou que o réu tenha sido denunciado pelos fatos que são referidos às fls. 243/281 (inquérito policial instaurado contra José Roberto da Silva). Acrescente-se ser vedada a utilização de inquéritos e processos em curso para agravar a pena-base (STJ, Súmula nº 444).

11. Assim, a pena-base deve ser fixada 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes e causas de aumento ou de diminuição, torna-se definitiva a pena. À míngua de recurso das partes, e em razão da pena definitiva fixada, mantendo o regime inicial de cumprimento aberto e o valor unitário do dia-multa em 1/10 (um décimo) do salário mínimo, bem como a substituição da pena privativa de liberdade

por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

12. Apelação do réu não provida. Apelação do Ministério Público Federal provida em parte, para majorar a pena-base e condenar o réu à pena definitiva de 1 (um) ano e 2 (quatro) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa, mantida, no mais, a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação do réu e dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal para majorar a pena-base e condenar o réu à pena definitiva de 1 (um) ano e 2 (quatro) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de apelações criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e por Nilton César de Lima contra a sentença de fls. 552/553v., que julgou improcedente o pedido para absolver João do Nascimento da imputação de prática do delito do art. 207, *caput* e § 1º, do Código Penal, e que julgou procedente o pedido para condenar Nilton César de Lima pela prática do delito do art. 207, *caput* e § 1º, do Código Penal, à pena de 1 (um) anos de detenção em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/10 (um décimo) do salário mínimo, substituída a pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Aduz a acusação restar comprovada a prática do delito e requer a majoração da pena-base aplicada a Nilton César de Lima em razão das circunstâncias do crime e de sua personalidade e maus antecedentes (fls. 569/571).

Nilton César de Lima alega não ter praticado o delito, fundamentando-se o decreto condenatório em auto de prisão em flagrante e em depoimentos de testemunhas que dizem respeito a João Roberto da Silva, por conduta que não guarda conexão alguma com o apelante. Acrescenta ser descabida a condenação com base somente em elementos do inquérito policial e requer seja reconhecida a prescrição, nos termos dos arts. 107, IV, e 109, V, do Código Penal (fls. 586/592).

Foram apresentadas contrarrazões pela defesa (fls. 593/596) e pela acusação (fls. 606/608).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso da defesa e pelo provimento em parte do recurso ministerial, para majoração da pena-base para mais de 2 (dois) anos (fls. 610/613).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Imputação. Nilton César de Lima e João do Nascimento foram denunciados pela prática do delito do art. 207, *caput*, e § 1º, do Código Penal, nos seguintes termos:

Em 04 de fevereiro de 2005, nos municípios de São Benedito do Sul e Quipapá, ambos no Estado de Pernambuco, os denunciados JOÃO e NILTON CÉSAR, em concurso e com unidade de desígnios, aliciaram cinco trabalhadores lá residentes (nominados no rol de testemunhas), com o escopo de trazê-los para labor na colheita de cana-de-açúcar operada pela empresa CANAGRIL CANA AGRÍCOLA LTDA na região de Batatais/SP.

JOÃO foi o mandante e NILTON CÉSAR o executor. Este último deslocou-se de caminhão até os municípios pernambucanos acima mencionados, onde encontrou os trabalhadores. Estes embarcaram na caçamba do caminhão, que dispunha de uma lona para ser coberta e, assim, afastar a fiscalização rodoviária. NILTON CÉSAR cobrou de cada um dos trabalhadores quantias que oscilaram entre R\$ 20,00 (vinte reais) e R\$ 30,00 (trinta reais).

Quando passava por Alagoas, a Polícia Rodoviária Federal interceptou o caminhão dirigido por NILTON CÉSAR e constatou que cinco trabalhadores eram transportados no compartimento de carga, que estava coberto pela lona. (fl. 95)

Prescrição. Em apelação, pleiteia a defesa de Nilton César de Lima a extinção da punibilidade em razão da prescrição.

Por não haver trânsito em julgado para a acusação, a prescrição é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito, nos termos do art. 109 do Código Penal.

A pena máxima prevista para o delito do art. 207, *caput* e § 1º, do Código Penal, é de 3 (três) anos de detenção, cujo prazo prescricional é de 8 (oito) anos, a teor do inciso IV do art. 109 do Código Penal.

Entre o fato (04.02.05, fl. 95) e o recebimento da denúncia (25.06.09, fl. 98) transcorreu período aproximado de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses. Entre o recebimento da denúncia (25.06.09, fl. 98) e a publicação da sentença condenatória (02.12.15, fl. 554), decorreram 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 7 (sete) dias.

Contado o prazo prescricional a partir da publicação da sentença condenatória (02.12.15, fl. 554), a prescrição está prevista para ocorrer em 01.12.23.

Portanto, não está prescrita a pretensão punitiva estatal com base na pena prevista em abstrato.

Do processo. Recebida a denúncia, o feito teve regular seguimento. Em alegações finais, o Ministério Público Federal postulou a absolvição de João do Nascimento, por não ter sido possível comprovar que teria sido ele quem contratou Nilton César de Lima para o transporte dos trabalhadores (fls. 513/523). O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido em relação a João do Nascimento e o absolveu nos termos do art. 386, V, do Código de Processo Penal (fls. 553/553v.).

Materialidade. A materialidade delitiva está satisfatoriamente comprovada quanto ao recrutamento de trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, mediante cobrança de qualquer quantia, conforme decorre dos seguintes elementos de convicção:

a) termos de declaração e de interrogatório de Nilton César de Lima, condutor do veículo (fls. 6/7 e 176/176v.);

b) termos de declaração dos trabalhadores (fls. 8/17, 203/204);

c) termos de declaração e de oitiva de Juarez Elias da Silva, Policial Rodoviário Federal (fls. 18/19 e mídia, fl. 464).

Autoria. Em 04.02.05, Juarez Elias da Silva, Policial Rodoviário Federal, interceptou caminhão em cujo compartimento de carga, coberto por lona, eram transportadas 5 (cinco) trabalhadores.

O policial rodoviário federal esclareceu que a interceptação ocorreu na BR 101, em Alagoas, e que os documentos de identidade de todos os transportados estavam em poder de Nilton César de Lima, condutor do veículo (fls. 18/19). As declarações do policial rodoviário federal foram por ele confirmadas em sede judicial.

Malgrado os trabalhadores tenham declarado à Autoridade Policial que se organizaram para entrar em contato com Nilton César de Lima, a ele prestando contribuição financeira espontânea que variou entre R\$ 20,00 (vinte reais) e R\$ 30,00 (trinta reais) (fls. 8/17), as circunstâncias da apreensão do veículo comprovam que o transporte foi realizado com a finalidade de recrutar trabalhador para execução de serviço fora da localidade.

Nilton César de Lima declarou à Autoridade Policial ser motorista autônomo (transporte de carga e de passageiros). Alegou ter realizado o transporte de pertences de vários trabalhadores, de Batatais (SP) para Quipapá (PE) e que, para não voltar de caminhão vazio, decidiu transportar os trabalhadores, deles cobrando apenas os custos com combustível e hospedagem (fl. 7).

Em Juízo, Nilton César de Lima apresentou versão diversa. Afirmou que trabalhava para a empresa Anatur, sediada em Goiás e que, em fevereiro de 2005, havia transportado turistas para Alagoas, aproveitando a viagem para visitar parentes em Pernambuco. Na data da interceptação do veículo (ocorrida em 04.02.05), “tinha voltado ao Nordeste para transportar arame da empresa Morlan (em Orlândia, SP) e roçadeiras da empresa Baldan (em Matão, SP), para os municípios de Feira de Santana, BA, e Catende (PE)”. Embora admita conhecer os trabalhadores transportados, aduz que os “apanhou” na viagem de retorno e negou saber que iriam “cortar cana” em Batatais (fl. 176v).

As declarações de Nilton César de Lima não encontram respaldo nos autos, à míngua de elementos que comprovem a realização dos fretes para as empresas Morlan e Baldan e que esclareçam os motivos pelos quais o réu estava na posse dos documentos de identidade dos trabalhadores.

O fato de apenas um dos trabalhadores, Adeildo Terto Lopes (cf. fl. 203), ter sido localizado e ouvido em Juízo não permite infirmar as circunstâncias em que ocorreu a interceptação do veículo, suficientes para a comprovação da autoria delitiva. No mesmo sentido, a alegação do réu de que as testemunhas referidas na sentença recorrida referem-se a processo diverso.

Dosimetria. Em observância ao art. 59 do Código Penal, o Juízo *a quo* fixou a pena-base no mínimo legal, 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa. Na ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes e causas de aumento ou de diminuição, a pena foi tornada definitiva. Fixado o regime inicial de cumprimento aberto e o valor unitário do dia-multa em 1/10 (um décimo) do salário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

A acusação interpôs apelação para a majoração da pena-base em razão da culpabilidade, circunstâncias do crime, da personalidade e maus antecedentes de Nilton César de Lima (fls. 569/571v.).

Assiste-lhe parcial razão.

Justifica-se a fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerando-se o número de trabalhadores transportados e a significativa distância entre a localidade em que foram recrutados (Quipapá, Pernambuco) e a localidade na qual executariam o trabalho (Batatais, São Paulo), a indicarem a maior reprovabilidade da conduta do réu.

Os documentos juntados aos autos pelo Ministério do Trabalho, embora mencionem “Nilton” com condutor de um veículo que transportava trabalhadores para Batatais, não são suficientes para afirmar tratar-se do réu, à míngua de maior individualização da pessoa indicada. Ademais, não consta que tenha sido instaurado inquérito policial ou que o réu tenha sido denunciado pelos fatos que são referidos às fls. 243/281 (inquérito policial instaurado contra José Roberto da Silva).

Acrescente-se ser vedada a utilização de inquéritos e processos em curso para agravar a pena-base (STJ, Súmula nº 444).

Assim, fixo a pena-base 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes e causas de aumento ou de diminuição, torno a pena definitiva.

À míngua de recurso das partes, e em razão da pena definitiva fixada, mantendo o regime inicial de cumprimento aberto e o valor unitário do dia-multa em 1/10 (um décimo) do salário mínimo, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* à apelação do réu e *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação do Ministério Público Federal, para majorar a pena-base e condenar o réu à pena definitiva de 1 (um) ano e 2 (quatro) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa, mantida, no mais, a sentença.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0009730-53.2007.4.03.6181
(2007.61.81.009730-4)

Apelantes: SHEILA ROGERIO, MARCELO NABHAN COSTA E REGINALDO MISAEL DOS SANTOS

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Classe do Processo: ACr 686000

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/02/2017

EMENTA

PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. GESTÃO FRAUDULENTA. GERENTE DE AGÊNCIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. EXERCÍCIO CONCRETO DE PODERES EFETIVOS DE GESTÃO. AGENTE ENQUADRADO NO ART. 25 DA LEI 7.492/86. AUTORIA E MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. DOLO. EXISTÊNCIA. DEMAIS CORRÉUS. PARTICIPAÇÃO. CÓDIGO PENAL. ARTIGO 29. CONDENAÇÕES MANTIDAS. DOSIMETRIA ALTERADA.

1. Recursos de apelação interpostos por três corréus contra sentença em que foram eles condenados pela prática do delito tipificado no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86.

2. Para que condutas fraudulentas tomadas dentro de instituição financeira possam ser consideradas “gestão fraudulenta”, deve ser o praticante alguém com poderes de gestor, de administrador, de diretor. Tais cargos, embora com diversas configurações, trazem como ponto comum o poder de decisão sobre séries de atos de administração e atividade da instituição, seja em âmbito territorialmente restrito, mas com competência materialmente ampla (caso dos gerentes-gerais de agência de banco de varejo), seja em âmbito territorialmente amplo, mas materialmente restrito (caso dos diretores de área da instituição financeira), seja ainda, com competências materialmente amplas e territorialmente abrangentes (caso do diretor-presidente de uma instituição).

3. Esse poder significa alguma capacidade de implementação de políticas de gestão e atos balizadores da conduta institucional da empresa (seja sob o prisma material, seja sob o prisma territorial), e não apenas a prática de atos esparsos sem necessidade de autorização de chefias imediatas (ou sujeitos apenas a ratificação posterior por estas), salvo nos casos excepcionais em que um mero ato solitário tomado fora de uma cadeia de comando possa ser de grande impacto em parcela da instituição. O exercício de tal capacidade pela ré que exercia a gerência-geral da agência da CEF referida nos autos foi devidamente comprovado nos autos.

4. No caso concreto, comprovou-se um amplo e sistemático conjunto de irregularidades, a constituírem, em seu todo, verdadeira política de gestão à margem dos procedimentos mínimos de segurança e regularidade exigidos pelas normas pertinentes, com o uso, inclusive de fraudes, tudo visando a maximizar artificialmente a produtividade e atividade da agência bancária cuja gerente-geral era uma das corrés. Comprovada *in concreto* a ocorrência de gestão fraudulenta. Os demais apelantes atuaram como partícipes, praticando atos de auxílio material na execução da conduta típica.

5. Materialidade objetiva e subjetiva, bem como autoria, comprovadas. Condenações mantidas.

6. Dosimetria. Alterações.

6.1 A previsão do art. 29, § 1º, do Código Penal, constitui causa de diminuição de pena, e não atenuante, motivo pelo qual pode ela ser aplicada ainda que isso implique fixação da pena aquém do patamar mínimo previsto no preceito secundário do tipo. Causa de diminuição aplicada com relação a um dos partícipes, de ofício, com redução da pena em um sexto.

6.2 Penas de multa alteradas, para que sua fixação seja feita com observância dos mesmos critérios utilizados no estabelecimento das penas privativas de liberdade.

6.3 Reduzidas as prestações pecuniárias fixadas como penas restritivas de direitos (em substituição às penas privativas de liberdade).

7. Determinado o início da execução da pena imposta aos réus, após esauridos os recursos cabíveis no âmbito desta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer dos recursos de apelação e, no mérito: a) Dar parcial provimento aos interpostos por Marcelo Nabhan Costa e Reginaldo Misael dos Santos, apenas para reduzir a prestação pecuniária a eles imposta como pena substitutiva, e, no caso do último, também a pena de multa; b) Negar provimento ao interposto por Sheila Rogério; c) De ofício: reduzir a prestação pecuniária imposta como pena substitutiva a Sheila Rogério; aplicar a causa de diminuição prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal, na dosimetria da pena cominada a Marcelo Nabhan Costa; reduzir as penas de multa cominadas a Marcelo Nabhan Costa e Sheila Rogério; fixar a União como beneficiária das prestações pecuniárias cominadas nestes autos; d) Deferir o pedido ministerial para determinar a expedição de carta de sentença, bem como a comunicação do juízo de origem, após esgotados os recursos nesta Corte, para início da execução das penas impostas no presente feito, tudo nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Trata-se de recursos de apelação, interpostos por Sheila Rogério, Marcelo Nabhan Costa e Reginaldo Misael dos Santos contra sentença de fls. 938/951, por meio da qual foram eles condenados pela prática do delito tipificado no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, nos autos de ação penal pública incondicionada em face deles ajuizada pelo Ministério Público Federal.

Narrou-se na exordial acusatória (fls. 540/556) que, entre os meses de julho de 2005 e julho de 2006, “a denunciada SHEILA, na qualidade de gerente geral da Agência Shopping Interlar Aricanduva da Caixa Econômica Federal (CEF), pré-ajustada e com unidade de desígnios com os denunciados MARCELO, EDILSON EDUARDO, conhecido simplesmente como

EDUARDO, NIVALDO e REGINALDO, geriu fraudulentamente instituição financeira.” (Fl. 541.)

Teria a acusada Sheila Rogério conduzido diversos procedimentos de concessão de créditos a novos clientes da instituição. Os denunciados Edilson Eduardo Ramos, Nivaldo Vicente Timpani e Reginaldo Misael dos Santos que agiriam sob suas ordens, teriam a função de captar clientes, “cobrando, para tanto, uma comissão de cerca de 10% (dez por cento) do valor do crédito concedido. EDILSON EDUARDO, NIVALDO E REGINALDO apresentavam-se para as empresas, por vezes, como ‘consultores’ ou ‘correspondentes bancários’ da CEF, embora não tivessem nenhum vínculo formal com a instituição financeira” (fl. 542). O acusado Marcelo Nabhan Costa, empregado da CEF, auxiliaria na operação do mecanismo delitivo.

Os denunciados que não ostentavam vínculo com a CEF teriam chegado a comparecer a reuniões com a gerente geral da referida agência bancária. Teriam os intermediários informais (chamados de “pasteiros”) chegado, inclusive, a falsificar documentos relativos a clientes. Especificaram-se casos em que esse procedimento ocorreu; citaram-se provas de autoria e materialidade delitivas. Teriam os denunciado se associado de maneira estável com o fim específico de cometer o delito.

Ao fim, requereu o Ministério Público Federal o recebimento da denúncia, o processamento do feito e a condenação dos acusados Sheila Rogério, Marcelo Nabhan Costa, Edilson Eduardo Ramos, Nivaldo Vicente Timpani e Reginaldo Misael dos Santos pela prática dos delitos tipificados no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, e no art. 288 do Código Penal, na forma do art. 29 deste último diploma.

Denúncia rejeitada com relação a Nivaldo Vicente Timpani, e recebida com relação aos demais, em 20 de maio de 2014 (fl. 561).

Suspensos o processo e o prazo prescricional com relação ao réu Edilson Eduardo Ramos, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, tendo sido desmembrada a acusação a ele referente (fls. 714/717v).

Após seguimento do processo, sobreveio sentença condenatória (fls. 938/951). Entendeu o Juízo de primeiro grau terem sido comprovadas autoria e materialidade delitivas quanto às condutas amoldadas ao art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, mas não no que se refere à imputação de prática do delito tipificado no art. 288 do Código Penal. No dispositivo, julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, para: a) Absolver os réus da imputação de prática do crime descrito no art. 288 do Código Penal; b) Condenar os réus, pela prática do delito tipificado no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, à pena (para cada corréu) de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 100 (cem) dias-multa, tendo estes o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. Substituiu as penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, consistentes (para cada condenado) em: (i) prestação de serviços à comunidade, nos termos legais; (ii) prestação pecuniária, no valor de 30 (trinta) salários mínimos, em favor de entidade assistencial a ser definida pelo Juízo de Execuções Penais competente. Réus condenados a pagar as custas processuais.

Sentença publicada em 19 de abril de 2016 (fl. 952).

Interposto recurso de apelação por Marcelo Nabhan Costa (fls. 965/966), de cujas razões (fls. 967/975) constam, em síntese, os seguintes argumentos em lastro aos pleitos recursais:

- Não haveria provas suficientes de autoria delitiva pertinentes ao réu, visto que se teria apurado que não competia a ele a análise de veracidade dos documentos, e não se teria confirmado que ele confeccionou documentos falsos ou inseriu dados falsos nos sistemas da CEF;

- Subsidiariamente, se mantida a condenação, deveria ser reduzida a prestação pecuniária cominada como pena substitutiva, com a qual o apelante não teria condições de arcar.

Ao fim, requer o provimento do recurso, para: a) Reformar a sentença, absolvendo o réu; b) Subsidiariamente, reduzir a pena de prestação pecuniária imposta no édito.

Interposto recurso de apelação por Reginaldo Misael dos Santos (fl. 976), de cujas razões (fls. 977/994) constam, em síntese, os seguintes argumentos em favor dos pedidos ali lançados:

- O recorrente teria apenas intermediado a concessão de empréstimos e atuado como consultor financeiro de clientes de bancos, sem participação em ilícitos. Seus clientes não estariam entre os inadimplentes junto à instituição financeira federal;

- O apelante jamais teria se apresentado como funcionário da CEF, “mas sim, como consultor financeiro de negócios”, e não teria havido “qualquer interferência de sua parte para a aprovação de créditos” (fl. 979);

- O crime de gestão fraudulenta seria crime de mão própria, de modo que não poderia o réu (que não é gestor de instituição financeira) praticá-lo;

- A sentença deveria ser anulada, pois não consta de seu dispositivo a “inserção do artigo 29, do CP” (fl. 980);

- A prova testemunhal produzida no processo corroboraria suas teses;

- Subsidiariamente, em caso de manutenção da condenação, argumenta que seriam excessivas tanto a pena de multa quanto a prestação pecuniária fixada na sentença.

Ao cabo, requer o provimento do recurso, para: a) Reformar a sentença, absolvendo-o; b) Em caso de manutenção da condenação, diminuir as penas de multa e de prestação pecuniária.

Interposto recurso de apelação por Sheila Rogério (fl. 995). Nas razões recursais (fls. 996/1.037), alega-se, em apertado resumo, o quanto segue:

- Seria excepcional a possibilidade de condenação de gerente de agência bancária pela prática do crime de gestão fraudulenta; no caso concreto, não se caracterizaria o delito de gestão fraudulenta;

- A apelante não ostentaria poderes de gestão da instituição, e, portanto, não poderia ser sujeito ativo do crime de gestão fraudulenta;

- Não se teria caracterizado o dolo, mas apenas negligência ou imprudência por parte da apelante, de modo que não haveria o elemento subjetivo do crime;

- Teria havido mero descumprimento de normas internas da CEF, e não gestão fraudulenta;

- Não teria havido a devida individualização das condutas da ré, nem tampouco se teria acervo probatório apto a ensejar condenação;

- Não seria possível haver concurso formal ou material entre os crimes de gestão fraudulenta e de quadrilha ou bando (o primeiro absorveria o segundo).

Ao fim, requer-se o provimento do recurso, para: a) Reformar a sentença, absolvendo a recorrente; b) Subsidiariamente, desclassificar a conduta para a figura de gestão temerária de instituição financeira, “em seu patamar mínimo” (fl. 1.037).

Contrarrazões do Ministério Público Federal (fls. 1.050/1.057), pugnando pelo desprovimento dos recursos.

Parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 1.069/1.075v), em que se opina pelo não conhecimento do recurso interposto por Sheila Rogério, por intempestividade (ou, supe-

rado isso, pelo seu conhecimento parcial e, nessa medida, por seu desprovimento); no mérito, pelo desprovimento dos recursos interpostos por Sheila Rogério e Marcelo Nabhan Costa, e pelo parcial provimento do recurso interposto por Reginaldo Misael dos Santos, para reduzir a pena de multa cominada (fazendo-se o mesmo, de ofício, no caso dos demais apelantes). Requereu-se a imediata execução provisória da pena.

É o relatório.

Processo sujeito a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator):

Em seu parecer, a Procuradoria Regional da República opinou pelo não conhecimento do recurso interposto por Sheila Rogério, por intempestividade. No entanto, o recurso não se afigura intempestivo.

Conforme previsto no art. 392, II, do Código de Processo Penal, em se tratando de réu solto, a intimação da sentença condenatória pode ser feita ao réu, pessoalmente, ou ao seu defensor constituído, o que se dá por publicação oficial. No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes do C. STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENÇÃO. INTIMAÇÃO DA SENTENÇA. RÉU SOLTO. INTIMAÇÃO EXCLUSIVA DO ADVOGADO. ART. 392 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUBSTABELECIMENTO COM RESERVA DE PODERES. INTIMAÇÃO DO PATRONO SUBSTABELECIDO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos termos do art. 392, II, do Código de Processo Penal, em se tratando de réu solto, é suficiente a intimação do defensor constituído a respeito da sentença condenatória para a garantia do contraditório e da ampla defesa. 2. Hipótese em que o anterior defensor do paciente substabeleceu, com reservas de poderes, ao ora impetrante. E este foi intimado da sentença condenatória. Não pode a Defesa pretender que o anterior advogado, que inclusive havia falecido, como informa a inicial, fosse intimado da sentença. 3. Conforme pacífica e reiterada jurisprudência desta Corte, na hipótese de substabelecimento com reservas de poderes, quaisquer dos advogados - substabelecente ou substabelecido - podem ser intimados dos atos processuais, desde que não haja pedido expresse de intimação exclusiva de algum deles. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 201301777684, REL. MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:29/10/2014.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU SOLTO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. INTIMAÇÃO, VIA IMPRENSA OFICIAL, DO DEFENSOR. SUFICIÊNCIA. ARTIGO 392, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - Consoante o entendimento desta Corte e literalidade da lei - art. 392, II, do Código de Processo Penal - no caso de réu solto, é suficiente a intimação de seu defensor constituído, via imprensa oficial, da sentença condenatória. II - A decisão agravada não merece reparos, porquanto proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior. III - Agravo Regimental improvido. (AGRRHC 201302963265, REL. MIN. REGINA HELENA COSTA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 29/08/2014.)

No caso dos autos, a intimação se deu tanto aos defensores, mediante publicação no Diário Eletrônico de Justiça, quanto aos réus pessoalmente (certidões de fl. 958). A disponibilização do édito no DJe se deu em 21 de junho de 2016, considerando-se como data da publicação o dia 22 de junho de 2016. Assim, o quinquídio legal (CPP, art. 593) para interposição se encerraria, considerado apenas esse fato, em 27 de junho de 2016, sendo que o recurso foi interposto em 1º de julho de 2016 (fl. 995). Ocorre que também se procedeu à intimação pessoal da ré Sheila Rogério, o que se efetivou em 06 de agosto de 2016 (fls. 1.065/1.066). Tendo em vista a existência de dupla intimação, o prazo para interposição deve ser considerado encerrado apenas após decorrido o quinquídio legal a partir da data da última intimação.

Sintetizo: em tese, e em casos como o presente, seria possível a intimação exclusiva do defensor (CPP, art. 392, II). Porém, havendo a dupla intimação - que, ressalte-se, prestigia em grau máximo os princípios da ampla defesa e do contraditório -, não se pode considerar apenas o primeiro ato de intimação, nem tampouco fracionar os prazos de maneira a se considerar que apenas seria válida a interposição no prazo de cinco dias contados de cada intimação. Ocorrendo dupla intimação, e a interposição de recurso no lapso temporal entre as intimações, deve o recurso ser conhecido, em obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e em respeito aos próprios atos de intimação, tendo em vista que interpretação outra terminaria por negar eficácia a ato processual válido e devidamente executado.

No mesmo sentido, transcrevo ementa de precedente do STJ:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. APELAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL DO RÉU E DO DEFENSOR. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DE AMBOS. CONTAGEM DO PRAZO DA ÚLTIMA INTIMAÇÃO. RECURSO PREMATURO. ADMISSIBILIDADE. SURGIMENTO DO ATO JURÍDICO COM A PUBLICAÇÃO EM CARTÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, o que não ocorre na espécie. 2. No que tange às decisões de primeiro grau de jurisdição, o art. 577, caput, do CPP consagra a legitimidade recursal autônoma do defensor e do acusado, motivo pelo qual ambos devem ser individualmente intimados da prolação de sentença condenatória ou absolutória imprópria, iniciando-se a contagem do prazo recursal para a defesa no dia útil seguinte à derradeira intimação (CPP, art. 798, § 1º e 5º, "a"). Nesse diapasão, mostra-se incompatível com a ampla defesa as restrições ao exercício da demanda recursal pelo réu, nas hipóteses em que se exige apenas a intimação do defensor (CPP, art. 392, II). 3. Malgrado o prazo recursal defensivo somente se inicie no dia útil seguinte à última intimação, independente da ordem de execução, a decisão judicial existe validamente como ato processual com a publicação em cartório, momento em que passa integrar a ato jurídico complexo, que é o procedimento, e a gerar repercussão na relação jurídica processual, criando uma situação jurídica aos sujeitos processuais. Portanto, se a parte tomou ciência do ato processual e de seu conteúdo, nada impede o aviamento recursal, até porque se hauriu o interesse recursal e, além disso, o lapso temporal de interposição apenas tem como função estabelecer o marco preclusivo, consectário da natureza sucessiva dos atos processuais. 4. Nesse sentido aponta o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 218, § 4º, segundo o qual será considerado tempestivo o ato processual praticado antes do termo inicial do prazo, regra essa plenamente aplicável ao processo penal, diante do vácuo normativo (CPP, art. 798 c/c art. 3º). Não se desconhece a incidência da regra tempus regit actum à seara processual, motivo pelo qual inaplicável a norma processualista civil ao caso, contudo, plenamente possível utilizá-la como parâmetro interpretativo, para priorizar o direito à ampla defesa do acusado: se o recurso

não seria inadmitido no âmbito civil, a fortiori, teratológica seria a adoção de maiores rigores formais ao âmbito penal, ultima ratio dentre os ramos do direito, pois tutela a liberdade de locomoção do indivíduo. 5. A intempestividade do recurso prematuro implicaria, além de grave prejuízo à ampla defesa, aplicação indevida de sanção ao advogado cauto, que se antecipou à formalidade processual de intimação, para defender os interesses do representado e, de forma mediata, contribuir para a razoável duração do processo. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o conhecimento do recurso de apelação inadmitido pelo Tribunal *a quo*. (HC 201400323045, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:28/06/2016 ..DTPB:.)

É o recurso, pois, tempestivo. Ademais, o apelo deve ser conhecido na íntegra. Isso porque, muito embora haja parcela da argumentação recursal referente à imputação de prática de quadrilha (com relação à qual houve absolvição, sem recurso ministerial), trata-se apenas de argumentos laterais, que não lastrearam qualquer pedido recursal. Dessa maneira, no que tange aos fundamentos essenciais e, em especial, aos pleitos recursais, há interesse recursal, porquanto se referem eles à condenação (pela prática do delito previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86) e à reprimenda concreta. Registro, desde já, que esse argumento não será especificamente analisado, por não ter pertinência em relação aos pedidos recursais, bem como em relação à própria decisão recorrida.

Com tais considerações, e preenchendo os demais recursos os requisitos de admissibilidade, conheço das apelações contidas nestes autos, e passo ao seu exame.

I - Da preliminar

Não prospera a alegação, lançada de forma breve no arrazoadado recursal de Reginaldo Misael dos Santos, de que haveria nulidade na sentença. A alegação baseia-se especificamente no fato de que não houve menção ao artigo 29 do Código Penal no dispositivo do édito. Tal comando legal prevê a autoria em sentido amplo (coautoria e participação em delitos), e o parâmetro de que as punições por práticas delitivas se deem “na medida” da culpabilidade de cada um dos envolvidos. É certo que a própria fundamentação, em que se explica qual o grau de concorrência (na visão do prolator) de cada um dos corréus na execução do crime, bem como o dispositivo em que se menciona qual o delito praticado, são suficientes para a caracterização da autoria e da própria tipificação dada aos fatos comprovados nos autos (com base em que se comina a sanção penal concreta). A indicação eventual de que os autores estão punidos “na forma do artigo 29” do Código Penal atenderia a mera finalidade explicativa, mas não é de forma alguma necessária para que seja válida uma decisão em que se condenam vários réus. Se foram condenados, extrai-se necessariamente que foi por terem sido considerados autores do crime (na forma da fundamentação da sentença), e sua punição se dá na forma como foi fundamentada a dosimetria, isto é, considerada a medida de sua culpabilidade, e obedecidos os parâmetros abstratos fixados no preceito secundário do tipo penal cuja ocorrência enseja a própria cominação concreta da sanção. Não há, em suma, nulidade alguma, e nem mesmo impropriedade técnica, em não se ter menção expressa ao artigo 29 do Código Penal no dispositivo da sentença recorrida. Já no que tange à não aplicação do art. 29, § 1º, do Código Penal, tal fato foi fundamentado na sentença (fl. 949v), não se tendo nulidade, mas questão relativa ao mérito (é dizer, avaliação pertinente ao conteúdo da decisão e sua correção); portanto, o eventual exame da questão não tem pertinência com a análise acerca de nulidades processuais. Registro, ainda, que a sentença foi devidamente fundamentada, e o processo correu em obediência ao ordenamento jurídico, inexistindo nulidades no caso em tela.

Posto isso, rejeito a preliminar, e examino as alegações pertinentes ao mérito do julgado.

II - Da materialidade e da autoria delitivas

Foram os apelantes condenados em primeiro grau pela prática do crime de gestão fraudulenta, previsto no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86.

De início, consigno que um gerente-geral de agência bancária - cargo ocupado pela ré Sheila Rogério ao tempo dos fatos descritos na denúncia (e a partir do qual se deu a capitulação das condutas imputadas a ela e aos demais recorrentes) - pode, em tese, cometer o crime de gestão fraudulenta, desde que disponha de efetivos poderes de gestão e a partir deles pratique os atos que caracterizam em concreto a figura típica contida no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86. Nesse sentido, trago precedente do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. ART. 25 DA LEI N. 7.492/1986. NUMERUS 1200183. GESTÃO TEMERÁRIA. GERENTE DE AGÊNCIA BANCÁRIA. AGENTE ATIVO. ADEQUAÇÃO LEGAL. 1. Gerente de agência bancária é passível de imputação de gestão fraudulenta de instituição financeira, nos termos da Lei n. 7.492/1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. 2. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 3. Agravo regimental improvido. (AGRESP 200700086802, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:19/09/2011 ..DTPB:.)

Quanto à conduta típica prevista em abstrato no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86, pode-se conceituar o ato (ou série de atos) de gestão fraudulenta como o(s) ato(s) de gestão que se caracteriza(m) por expedientes de fraude ou engodo, em desacordo com as normas que regem a boa governança e a regularidade das instituições financeiras, de modo a burlar um ou mais enunciados normativos que compõem o plexo regulatório atinente a instituições financeiras, enganando e iludindo as autoridades regulatórias e/ou os próprios mecanismos de controle interno de uma instituição. Trata-se, a gestão fraudulenta, em suma, de manobra ilícita, conduzida por pessoas com efetivos poderes de gestão (administração/direção) sobre uma instituição financeira ou parte dela, de modo a fraudar ou adulterar a correta gestão da pessoa jurídica ou de uma sua parcela.

Pelas considerações expendidas até o ponto, vê-se que o exame de mérito da presente ação penal depende de se darem contornos ao que significa a ideia de “efetivos poderes de gestão/direção/administração”; em seguida, se os elementos do caso concreto permitem amoldar o contexto em exame a tais contornos, e se foi a acusada Sheila Rogério (com possível auxílio dos demais apelantes) a pessoa a praticar tais atos.

O conceito de efetivos poderes de gestão pode estar atrelado, a meu sentir, a dois círculos de hipóteses:

a) O agente exerce poder global dentro de uma área de atuação ou departamento de instituição financeira, ou ainda (é claro), de toda a instituição. Trata-se de figuras como as dos diretores (ou vice-presidentes, a depender do organograma da sociedade empresária) de áreas da instituição, pessoas com amplo poder de deliberação e decisão sobre todo aquele setor na instituição tomada em seu todo (vice-presidente jurídico, de relações institucionais, de varejo, *et cetera*), e também (por óbvio), o presidente de uma instituição financeira. A depender do organograma, isso pode incluir diretores em nível regional. Pode haver, ainda, pessoas sem comando sobre grande contingente, mas que, por si só, possuem poder tal que as permite praticar solitariamente atos de envergadura de gestão, ou de grande impacto no dia-a-dia de

setor da instituição;

b) O agente exerce poder/autoridade global sobre uma célula relativamente autônoma de instituição financeira. É o caso claro dos gerentes-gerais de agência ou superintendentes/gestores de grupos de agências (ainda uma vez, a depender do organograma da instituição), nos casos em que tais cargos gozam de real autonomia decisória dentro da estrutura organizacional de uma instituição financeira. Tais pessoas não exercem um poder sobre um setor da instituição financeira globalmente considerada, mas sim um poder global sobre uma parcela (ainda que pequena, como uma agência de grande banco de varejo) relativamente autônoma da instituição financeira.

Esses dois grandes gêneros de gestores, como busquei salientar ao longo da própria explicação acima, admitem diferenças de nomenclatura e de atribuições específicas, mas há um fio condutor que os une: o poder de decisão sobre séries de atos de administração e atividade da instituição, seja em âmbito territorialmente restrito, mas com competência materialmente ampla (caso dos gerentes-gerais de agência), seja em âmbito territorialmente amplo, mas materialmente restrito (caso dos diretores de área da instituição financeira), seja ainda, com competências materialmente amplas e territorialmente abrangentes (caso do diretor-presidente da instituição).

Esse poder significa alguma capacidade de implementação de políticas de gestão e atos balizadores da conduta institucional da empresa (reitere, seja sob o prisma material, seja sob o prisma territorial), e não apenas a prática de atos esparsos sem necessidade de autorização de chefias imediatas (ou sujeitos apenas a ratificação posterior por estas), salvo nos casos excepcionais em que um mero ato solitário tomado fora de uma cadeia de comando possa ser de grande impacto em parcela da instituição (como, hipoteticamente, em alguns atos de alguém com atribuições de controladoria e que não tivesse um departamento a si vinculado, mas que exercesse ampla fiscalização interna na instituição).

Entendo que isso deva ser bem esclarecido (ainda que os breves esclarecimentos *supra* de forma alguma esgotem ou tornem unívocas as definições e circunstâncias atinentes ao tipo de gestão fraudulenta). Isso porque, se a tão-só prática de atos específicos por funcionário dotado de alguma autonomia de apreciação de casos puder, em tese, caracterizar o delito de gestão fraudulenta, ter-se-á de pronto um alargamento implausível dos conceitos de “diretores” e “gerentes”, vocábulos expressamente utilizados pelo texto normativo da Lei 7.492/86 para limitar com algum grau de clareza a responsabilidade penal das condutas previstas naquela lei a figuras de comando, pessoas aptas a tomar decisões que caracterizem os tipos. Isso se aplica em especial nos casos dos tipos em que se impõe como caractere da própria figura delitiva a “gestão”, é dizer, ato ou série de atos praticados por detentor de autonomia e comando. Este alguém deve ser apto (formal ou substancialmente) a praticar um ato que envolva “gestão”, que envolva administração de interesses da corporação de forma minimamente relevante dentro do contexto de cada instituição financeira.

Isso pode se caracterizar de formas muito diversas a depender do tamanho e da espécie de instituição financeira envolvida em um caso concreto. Pode-se ter, em uma simples casa de câmbio, que o chefe dos operadores de balcão seja, efetivamente, alguém com real poder de gestão e direção de um setor essencial da atividade ali desenvolvida, embora o título dado a seu cargo pelo estabelecimento não carregue em si tal incumbência. Por outro lado, em um banco de varejo de grande porte, a simples nomenclatura de “gerente” pode não significar a atribuição de poderes de gestor, de pessoa apta a emitir comandos minimamente gerais ou a praticar por si atos de administração de maior escala.

Em síntese: sem os poderes de gestor, de administrador com poder e autonomia suficientes, não se caracteriza nem mesmo a ação de “gerir” (fraudulentamente ou não) a instituição ou parcela desta, o que inviabiliza, mesmo em tese, a tipificação da conduta de um agente sem tal poder e autonomia como amoldada ao art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86. Nesse sentido, trago precedente relevante do E. STJ:

PENAL E PROCESSUAL. CRIME. GESTÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. GERENTE. VÍCIOS EM CONTRATOS DE EMPRÉSTIMOS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 4º, CAPUT, DA LEI 7.492/86. FATOS QUE NÃO COMPROVARAM QUALQUER ATO DE GESTÃO. EXAME DE PROVA. O descumprimento de normas internas da agência bancária, relativas à empréstimos e financiamentos, não legitima a acusação de gerente pelo delito de gestão fraudulenta se os atos não chegaram a compreender o núcleo contido no verbo “gerir”, pelo qual se tem real comprometimento da administração da instituição. No mais, afastado, pela instância de origem, qualquer ingerência de monta na gestão da instituição financeira, resta a questão acomodada no exame fático-probatório, defeso nesta via especial. Recurso não conhecido. (RESP 200602276259, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:29/11/2010 RIOBDPPP VOL.:00066 PG:00110 ..DTPB:.)

Por fim, não é de se excluir a hipótese de que, em um determinado contexto concreto, um gerente-geral de agência (ou um superintendente regional) que de acordo com a estrutura organizacional de um banco não possui poderes efetivos de gestão os exerça materialmente, devido a falhas de fiscalização ou a excesso de autonomia concedido em concreto por superiores ou pela própria estrutura.

Tendo por premissas estas breves considerações de caráter geral, examino os elementos que constam dos autos. A apelante Sheila Rogério exercia, entre os meses de julho de 2005 e julho de 2006 (marcos temporais da imputação, conforme explicitado na denúncia), o cargo de gerente-geral da agência *Shopping Interlar Aricanduva* da Caixa Econômica Federal (em São Paulo/SP), onde teriam se dado os fatos.

Fato relevante a ser destacado desde o início é que foi comprovado que a agência da CEF gerida pela ré Sheila Rogério tinha como um dos meios de captação de clientes os denominados “pasteiros”. Trata-se de vocábulo que, na prática das instituições financeiras, corresponde a intermediários informais, que agiam na busca de clientes que tivessem interesse na obtenção de créditos bancários, e os auxiliavam na formalização de pedidos e na obtenção dos documentos exigidos pelo banco para que se concedessem empréstimos. Por essa atividade, costumavam os “pasteiros” cobrar paga mensurada em percentual do empréstimo obtido. Evidentemente, o pagamento ficava a cargo do cliente, haja vista que esses intermediários não possuíam aval da ou vínculo com a CEF.

Dada a própria natureza informal e não regulada da atividade de “pasteiro”, aqueles que exerciam esse trabalho poderiam agir de diversas maneiras. A testemunha de acusação Vera Lúcia Rodrigues Ferro (gerente aposentada da CEF, mas em atividade à época dos fatos, e que participou do início das apurações administrativas a eles pertinentes - depoimento na mídia digital de fl. 773), por exemplo, os comparou a despachantes, o que não vai de encontro à breve descrição que tracei acima.

Porém, os pasteiros tinham má reputação entre os funcionários da CEF, inclusive porque em alguns casos pressionavam pela liberação dos créditos de seus clientes (não se sabendo se ofereciam algum tipo de vantagem indevida a funcionários responsáveis pela aprovação dos

empréstimos). Nesse sentido, *v.g.*, são as informações do auditor aposentado da CEF Francisco Assis de Medeiros (depoimento judicial contido na mídia de fl. 817; depoimento extrajudicial nas fls. 143/148), que conduziu as apurações dos fatos no âmbito administrativo, e foi um dos signatários do relatório conclusivo do procedimento administrativo instaurado pela CEF com relação às supostas irregularidades cometidas na gestão da agência *Shopping Interlar Aricanduva*. São unânimes as testemunhas que trabalhavam na CEF à época quanto ao fato de os “pasteiros” não serem bem vistos na instituição, e que se recomendava informalmente que não se trabalhasse junto a eles na captação de clientes (nesse sentido os relatos de Vera Lúcia Rodrigues Ferro; Márcia Stow - contido na mídia digital de fl. 817-; Francisco de Assis Medeiros). Registro que o suposto “pasteiro” denunciado nestes autos como responsável por irregularidades, inclusive documentais, é o apelante Reginaldo Misael dos Santos.

Ainda que se tratasse de atividade não regulamentada e de “categoria” que não gozava de boa-fama na instituição, o trabalho junto a “pasteiros”, por si, não caracteriza fraude, e nem mesmo era vedado no âmbito administrativo, como informaram as testemunhas que trabalhavam na CEF. Trata-se, por assim dizer, de método mais arriscado de captação de clientes (sendo o risco, inclusive, o de o “pasteiro” agir de maneira leviana ou mesmo fraudulenta em seu trabalho).

Imputa-se aos réus, mais do que a mera ação de “pasteiros” na agência *Shopping Interlar Aricanduva*, o conluio entre funcionários da CEF e “pasteiros” (especificamente no que tange aos apelantes, entre Sheila Rogério e Marcelo Nabhan Costa, de um lado, e Reginaldo Misael dos Santos, de outro), com o uso de práticas fraudulentas e ardis, para conceder créditos a pessoas jurídicas que não teriam condições (lastro) para recebê-los, o que teria gerado prejuízo apurado pela CEF de cerca de 5,99 milhões de reais em valores de maio de 2007 (denúncia - fl. 542).

Antes de prosseguir na análise do caso dos autos, transcrevo, por oportuno, parcela da sentença em que se descrevem os depoimentos das testemunhas judiciais e o conteúdo dos interrogatórios dos apelantes (fls. 940/942v):

A testemunha de acusação VERA LUCIA foi ouvida em mídia de fl. 773, oportunidade em que afirmou ter a ré SHEILA concedido diversos empréstimos que restaram inadimplidos, totalizando um valor não pago de cerca de quatro milhões de reais. Asseverou, outrossim, que os faturamentos indicados não espelhavam a realidade da empresa contratante, bem como que os relatórios de visita eram mal feitos. Questionada, informou que, de acordo com as normas internas da CEF, incumbia à SHEILA, como gerente geral, avaliar as concessões de empréstimos, podendo determinar sua realização até uma determinada alçada. Acrescentou também que, durante as apurações, percebeu uma transferência de mil reais de um contratante (ou pasteiro), que ficou inadimplente, para a conta corrente de SHEILA, que logo depois de informada, teria feito o estorno da quantia. Esclareceu, por fim, que os empréstimos foram concedidos mediante a ajuda de pasteiros, o que não era formalmente aceito pela CEF. Ouvido por meio de carta precatória perante o Juízo da Comarca de Atibaia/SP (fls. 798/806), EDUARDO KLEIN, sócio da empresa ALFANOVE, afirmou que a abertura de conta bancária e obtenção de financiamento perante a CEF foram intermediadas pelo réu REGINALDO, mediante pagamento de percentual a título de comissão (nove mil reais). Prosseguiu afirmando que SHEILA e REGINALDO visitaram a empresa antes da concessão do crédito, sendo que a ré não se manifestou quanto à possibilidade do cliente obter diretamente o crédito perante a CEF. Ressalta, por outro lado, que teria sido compelido a aceitar um empréstimo em valor superior ao pretendido, em razão de terem afirmado ser inviável um financiamento por valor inferior a cem mil reais. Documento digital contendo o depoimento das testemunhas TÂNIA PARECIDA ALVES

THOMAZ, JOHN EMERSON MURILHO GUIMARÃES, MARCIA STOW CHAVES e FRANCISCO ASSIS DE MEDEIROS, encontra-se à fl. 817. Em depoimento, TÂNIA, sócia da empresa ESCOLA CENA, afirmou ter contratado empréstimo na Caixa Econômica Federal após indicação de pai de um aluno que a apresentou ao réu REGINALDO. Expôs que na primeira visita à escola apenas REGINALDO compareceu, aparentando ser funcionário da instituição financeira, e somente depois trouxe consigo a corré SHEILA. A testemunha afirmou, igualmente, que a empresa precisava de cem mil reais, mas que não possuía condições de pagar as parcelas iniciais, sendo sugerido por REGINALDO deixar as três primeiras parcelas em atraso e a realização de um novo financiamento pelo PROGER, com melhores condições de pagamento. Nesse sentido, depois de concretizado o negócio, a empresa da testemunha teria realizado uma transferência no valor de R\$ 9.600,00 para amortização da dívida e realização de novo contrato. Depois de questionada, a testemunha confirmou que foi solicitada uma declaração de faturamento até 200% superfaturada, mas que esta não chegou a ser confeccionada pela empresa. Por fim, aduziu ter pagado seiscentos reais a funcionário da CEF (possivelmente MARCELO) para resolver pendências com o FGTS, visando possibilitar o financiamento, mas que não lhe entregaram comprovante ou recibo; bem como negou ter realizado contratos com uma empresa de factoring ou conhecer JOSÉ LUIS TISO. Por sua vez, JOHN EMERSON, gerente geral de agência da CEF e contemporâneo de MARCELO na AGÊNCIA INTERLAR, esclareceu que o procedimento de obtenção de um financiamento passa pela análise de um Comitê de Crédito, que pode autorizar ou negar o empréstimo. Em relação ao corréu MARCELO, afirmou que este era assistente pessoa jurídica e tinha por função o assessoramento da gerência pessoa jurídica e da gerência geral da agência, sendo que, algumas vezes, realizava visitas às empresas acompanhando as superiores. Em síntese, sua atribuição era analisar a constância dos documentos para o empréstimo, por meio da conferência de um checklist, não possuindo, contudo, autonomia para conceder o crédito, incumbência que era adstrita somente ao gerente ou Comitê da Agência. Quanto aos pasteiros, afirmou que estes indicavam clientes, sendo que, ao que consta, eram remunerados por isso. Afirmou acreditar que não na época existia uma proibição pontual ou em normativas internas da atuação de pasteiros, como ocorre agora. Por fim, aduz ter ocorrido uma inadimplência estrondosa e rápida na AGÊNCIA INTERLAR, sendo maior na parte em decorrência dos empréstimos realizados às pessoas jurídicas. A testemunha MARCIA STOW informou, em depoimento, que SHEILA era responsável pela prospecção de clientes novos, área cuja inadimplência era muito discrepante da verificada entre os clientes antigos. Afirmou ainda que o pasteiro, atualmente, tornou-se a figura do correspondente bancário e não era formalmente proibido pela CEF. Em relação às apurações internas, indicou que diversas empresas não foram localizadas e por vezes os documentos juntados aos processos de financiamento não correspondiam à realidade. Salientou que a maioria dos processos passaram pelo Comitê; que os pasteiros não influenciavam a análise de crédito, mas os documentos que traziam fundamentava essa análise; bem como que o assistente pessoa jurídica auxiliava o gerente, especialmente com a inserção de dados no SIRIC, mas não decidia quanto à concessão de financiamentos. Aduziu, por fim, que incumbia ao gerente concessor a verificação da veracidade da documentação apresentada e não ao Comitê de Crédito. FRANCISCO DE MEDEIROS, auditor da CEF que atuou no Processo de Apuração de Responsabilidade APUR nº SP.4154.2006.A.000265, entre os anos de 2006-2007, na AGÊNCIA INTERLAR, afirmou que foram feitas concessões a empresas em situação difícil e destacou o caso da ESCOLA CENA, em que REGINALDO recomendou a inflação do faturamento da empresa, alegando ser necessário para a obtenção do financiamento. Outras irregularidades também foram constatadas, como a utilização de contador que não era registrado no órgão de classe; a suspensão temporária do sistema para permitir a aprovação do empréstimo; e a utilização de pasteiros, que auxiliavam e aconselhavam os tomadores a obterem os documentos para o empréstimo, por valores que variavam entre 2 e 10 %. Assim, com as irregularidades apontadas, o Comitê de Crédito tomava posição sobre documentos que não eram consistentes. Concluiu afirmando

que os valores em atraso atingiram seis milhões de reais, que a alteração da configuração de culpa para dolo deveu-se às indicações do departamento jurídico e que não há indícios de vantagem recebida por MARCELO. Foram ouvidas, igualmente, as testemunhas arroladas pelas defesas, GERTY REJANE DE BARROS e JOSÉ LUIZ TISO, conforme documento digital de fl. 828. JOSÉ LUIZ TISO, ex-gerente de empresa de factoring, afirmou ter indicado empresas para consultoria com o réu REGINALDO, lembrando-se, especialmente, das pessoas jurídicas ALFANOVE, FLAFY e ESCOLA CENA. Em relação à última empresa, a tratativa se dava diretamente com ANGELINA, uma das três sócias da instituição de ensino. Informou ainda que esteve na escola com o acusado REGINALDO, não presenciando promessa alguma por parte do réu REGINALDO às sócias da empresa, bem como que o acusado cobraria pela consultoria feita à pessoa jurídica. Finalmente, afirmou que as empresas já estavam em dificuldades financeiras e que indicou REGINALDO justamente porque as pessoas jurídicas precisavam de crédito de longo prazo. Por sua vez, GERTY BARROS, funcionária da CEF, pouco acrescentou às informações já colhidas, apenas indicando o funcionamento de seu trabalho na retaguarda da agência, analisando os dados das propostas de financiamento entregues pelos gerentes, de forma autônoma em relação à Gerência Geral da Agência. Houve preclusão em relação à oitiva da testemunha de defesa JANETE (fl. 772) e desistência em relação ao testemunho de SELMA (fl. 816). Os acusados SHEILA, MARCELO e REGINALDO foram interrogados em 28 de outubro de 2015, conforme documento digital de fl. 828. SHEILA afirmou, em seu interrogatório, que na época em que foi gerente de relacionamento empresarial na Agência 7 de Abril da CEF, participou de uma feira de contadores e, com o auxílio do gerente geral, elaborou uma lista de contadores com o fim de prospectar clientes empresariais. Ali conheceu REGINALDO, que tinha escritório de contabilidade e já trabalhava com a CEF. Asseverou que dificilmente os gerentes bancários eram recebidos pelas empresas sem indicações, justificando, assim, a atuação de intermediários. Negou, por outro lado, a taxa de inadimplência apresentada pela acusação, destacando que apenas cinco dos quarenta milhões de reais financiados restaram inadimplidos. Afirmou, ainda, que havia um sistema de risco de crédito, o qual fornecia o resultado das concessões, cabendo ao gerente apenas visitar a empresa e lançar os valores no sistema. No ponto, aduz que todas as cautelas foram tomadas, inexistindo documentos falsos. Por outro lado, questionada, respondeu que a submissão ao Comitê de Crédito não eximia a responsabilidade do gerente conessor, apenas a compartilhava, bem como que o uso de intermediários era comum e importante para o atendimento de metas da CEF. Quanto ao depósito de mil reais realizado em sua conta corrente, explica que desconhece o motivo que levou EDUARDO a fazê-la, afirmando que somente mantinha a conta para uso de sua mãe, que morava na Baixada Santista, deixando de acompanhar suas movimentações bancárias. Ressaltou que a análise do dossiê passava pelo Comitê de Crédito do ponto de venda, pela Retaguarda de ponto de venda, pela Superintendência Regional, além do controle feito por amostragem, conformando quatro setores independentes que afirmaram que os dossiês estavam conformes. Em relação à liberação de crédito contingencial, por sua vez, explicou que devido a simultaneidade da abertura de conta, os clientes costumavam solicitar a liberação de algum valor no momento. Por fim, ressaltou que não houve prejuízo à CEF, dado a existência de seguro de crédito interno, bem como de garantias do tomador. Em seu interrogatório, MARCELO afirmou, em síntese, que trabalhava na parte operacional da AGÊNCIA INTERLAR, sem poder de concessão do crédito bancário, somente lidando com documentos e transferindo os dados neles constantes para o sistema. Os documentos, segundo o réu, já chegavam prontos, ou seja, preenchidos pela empresa e, via de regra, com a chancela “confere com o original”, mas que, eventualmente, fazia a cópia dos documentos e a aposição da chancela. Aduziu, outrossim, que não verificava os documentos entregues, como a declaração de faturamento, mas apenas os recebia, montava o dossiê e alimentava o sistema com as informações contidas, repassando ao gerente conessor. Ressaltou, por fim, que nunca recebeu valores de clientes, tendo apenas emitido a guia para regularização do FGTS, mas não a pagado diretamente. Por sua vez, REGINALDO asseverou, em seu

interrogatório, que diversos bancos se valem de consultores para indicação de clientes, inclusive a CEF. Explicou que os clientes da CEF procuram um intermediador porque a concessão é um procedimento pesado e técnico que exige muitos documentos, certidões, etc., sendo que outros bancos costumam ser menos exigentes que a CEF. Como consultor também mostrava as vantagens e desvantagens de cada linha de crédito ou banco para o cliente. Em relação às declarações de faturamento, afirma que eram previstas pela CEF em formulário próprio, justificando-se dada a disparidade em relação à declaração fiscal. Ressaltou que não pagou nada para SHEILA e teve pouco contato com MARCELO; que não houve inadimplência das empresas por ele indicadas; que apenas orientou a escola CENA quanto ao financiamento mais adequado e que os valores cobrados das empresas jamais seriam capazes de quebrá-las ou inviabilizar sua adimplência. Finalmente, afirmou que nunca se apresentou como funcionário da CEF ou correspondente bancário, deixando bem claro a atuação apenas como consultor.

Posto isso, examino os principais fatos descritos na denúncia, bem como os elementos de prova constantes do processo. Enumero-os em categorias, para posterior exame conjunto a respeito do preenchimento concreto da conduta típica prevista no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86.

Nº 1 O primeiro exemplo de conduta fraudulenta descrito na exordial diz com a concessão de empréstimo à sociedade empresária *Alfanove Comércio e Representações de Produtos Químicos Ltda.*, cujo sócio administrador era Eduardo Assad Klein, que testemunhou nos autos (depoimento extrajudicial nas fls. 373/376; depoimento judicial transcrito nas fls. 798/806, e sintetizado no excerto *supra*). Segundo descreveu, a pessoa jurídica por ele administrada necessitava de crédito; tinha ele interesse em empréstimo no montante de cinquenta mil reais. A esse tempo, conheceu Reginaldo Misael dos Santos, o qual teria sido indicado por um cliente da *Alfanove*. Segundo narrou extrajudicialmente, Reginaldo dos Santos teria se apresentado como funcionário da CEF. Teria informado ao depoente que só seria possível efetivar empréstimo em valor igual ou superior a cem mil reais, o que foi feito. Conversou com Sheila Rogério, a qual jamais informou que ele poderia tomar o empréstimo sem a intermediação (e os respectivos custos) de Reginaldo Misael dos Santos; ao contrário, teria ela ficado contrariada com questionamentos quanto à comissão a ser paga a Reginaldo dos Santos, e não teria tratado diretamente do tema ou respondido ao depoente a respeito. Além disso, foi dito por Eduardo Assad Klein que os documentos que entregou a Reginaldo dos Santos para que este os remetesse à CEF (e relativos à *Alfanove*) não eram os mesmos que depois descobriu serem os que constavam dos arquivos de posse da Caixa (é dizer, foram entregues outros documentos, não correspondentes à realidade e, portanto, ideologicamente falsificados).

Outro caso de envolvimento do corréu Reginaldo Misael dos Santos se deu na concessão de empréstimo da sociedade empresária *CENA (Centro Educacional Nova Aliança)*. Uma das sócias, Tânia Aparecida Alves Thomas, depôs em juízo, conforme sintetizado *supra* (depoimento registrado na mídia digital de fl. 817). Trata-se de outro caso em que uma pessoa jurídica em dificuldades financeiras foi convencida a tomar empréstimo na ag. *Shopping Interlar Aricanduva* da CEF, tendo como intermediário o referido corréu. Fato relevante narrado pela testemunha é o de que teria sido pedido a ela e às suas sócias que confeccionassem declarações de “faturamento real” mais de 200% superiores ao que haviam declarado previamente. Trata-se de clara tentativa de simular que o *CENA* (uma pequena escola, como explicou a testemunha Tânia Thomas) possuía lastro para arcar com o empréstimo. As declarações de faturamento com claras discrepâncias entre si constam das fls. 142/145 do apenso 01. Na mais antiga delas, datada de 10 de março de 2006 (fl. 144), e relativa ao ano de 2005, constam faturamentos

mensais na casa dos vinte mil reais (com exceção dos últimos dois meses do ano, em que este sobe para valores superiores a trinta mil reais). Na declaração de fl. 145, os valores de faturamento para os mesmos meses sobem para valores próximos a quarenta mil reais mensais; na de fl. 142, os valores de faturamento dos meses de outubro a dezembro de 2005 se encontram na casa dos noventa mil reais. Esta última declaração contém o que seria a assinatura de uma das sócias do *CENA*, mas não se sabe se sua assinatura foi forjada ou se participou ela efetivamente da falsificação do conteúdo da declaração (em que se inserem dados incompatíveis com a realidade do *CENA*, o que logo veio a lume devido à impossibilidade de a escola arcar com os custos de quitação do empréstimo liberado).

Informou a ré Tânia Thomas, também, que lhe foi dito pelos ora apelantes Sheila e Reginaldo que o empréstimo que o *CENA* contraiu (no valor de oitenta mil reais) seria temporário, até que fosse conseguida aprovação de novo e maior empréstimo via PROGER (modalidade com melhores condições de juros e pagamento), com cujos recursos poderia, inclusive, ser pago o primeiro empréstimo. O segundo empréstimo não foi liberado, e o *CENA* tornou-se inadimplente, conseguindo quitar o débito apenas anos depois (e já com renegociação junto à CEF). Registre-se que o PROGER é modalidade de crédito vinculada a investimentos (em especial, aquisição ou locação de imóveis e maquinário, ou formação de capital de giro), de modo que o uso de seus recursos para pagamento de outro empréstimo seria ilícito. Por conseguinte, a apelante Sheila Rogério, no exercício do cargo de gerente-geral da agência bancária em questão, prestou informação absolutamente inidônea a uma cliente do banco, o que poderia inclusive gerar consequências civis e penais no caso de a operação ser levada adiante (o que, repito, não se deu). A testemunha Tânia Thomas declarou, ainda, que o *CENA* pagou nove mil e seiscentos reais a Reginaldo Misael dos Santos pela obtenção do crédito, não lhe tendo sido informado que esse pagamento não era necessário para a aprovação do empréstimo; por fim, que as sócias do *CENA* deixaram claro a Sheila Rogério e Reginaldo dos Santos que a pessoa jurídica não tinha condições de arcar com o regular pagamento do empréstimo nos moldes em que foi proposto e assinado (ou seja, o empréstimo foi selado com a garantia informal de que novo empréstimo em melhores condições seria fornecido em seguida, o que permitiria o pagamento do primeiro débito). O documento juntado na fl. 140 do apenso 02 comprova o pagamento a Reginaldo Misael dos Santos (no valor de R\$ 9.600,00).

As explicações dadas pela testemunha Tânia Thomas são coerentes com o relato feito pelas administradoras do *CENA* desde o ano de 2006 (como se vê, *v.g.*, pelo documento de fl. 146 do apenso 02).

Em ambos os casos, tem-se a participação decisiva dos corréus Reginaldo Misael dos Santos e Sheila Rogério para a efetivação das operações bancárias. O padrão de ganho dos “pasteiros” ligados à então gestora da agência *Shopping Interlar Aricanduva* foi apurado também no âmbito administrativo, visto que, em diversas concessões de crédito, recursos providos dos próprios empréstimos eram rapidamente transferidos ou sacados em favor dos “pasteiros”. O fato foi exposto nas fls. 403/404 do apenso 01, bem como nas fls. 10B, 15, 18 e 20/21 do apenso 02; até mesmo o padrão de “remuneração” dos “pasteiros” (valores em torno de 10% do crédito contratado pelos clientes da CEF intermediados por ele) se repete nas operações.

Até mesmo a conta bancária de uma parente de um dos “pasteiros” com atuação na agência *Shopping Interlar Aricanduva*. Trata-se da sogra de Edilson Eduardo Ramos (originariamente denunciado nestes autos, mas que teve sua ação penal desmembrada, nos termos do art. 366 do CPP - fls. 714/717v). Conforme apurado, cinco pessoas jurídicas diferentes fizeram depósitos em dinheiro em favor da referida pessoa imediatamente depois da concessão de

créditos a elas no âmbito da mesma agência, o que mostra um claro padrão de pagamento aos “pasteiros”. Tal fato demonstra a proximidade e a unidade de desígnios e atuação entre a gerente-geral Sheila Rogério e os “consultores” informais ou “pasteiros”.

Nº 2 Irregularidades graves e recorrentes foram constatadas no que se refere à análise de crédito de diversas pessoas jurídicas (e de documentos pertinentes). Uma das principais se refere aos dados com que se alimentou o Sistema de Risco de Crédito da CEF (SIRIC). De acordo com as informações coletadas em sede administrativa (sintetizadas no relatório que consta das fls. 396/424 do apenso 01), o sistema foi preenchido, constantemente, com dados falsos, o que interferiu na análise relativa à concessão de crédito, seja por sistemas de controle interno, seja pelo comitê de crédito da agência (do qual participava Sheila Rogério, que, conforme relatado nos autos, gozava de alto prestígio profissional entre os funcionários do local, os quais muito confiavam em suas análises). Por isso, não cabe acolher argumentos defensivos no sentido de que os réus não eram responsáveis pela análise referente à concessão dos empréstimos de maior porte, os quais eram aprovados pelo comitê de crédito da agência. Ora, como bem explicado pela funcionária da CEF e testemunha Márcia Stow Chaves (a qual, relembro, sucedeu a ré Sheila Rogério na gerência-geral da agência *Shopping Interlar Aricanduva*), não compete a um comitê de crédito a análise quanto à correção e veracidade dos dados a ele passados, mas sim examinar a viabilidade e segurança da concessão do crédito já com base naqueles dados (é dizer, tomando como premissa o dossiê encaminhado pelos funcionários competentes). Se o comitê de crédito foi mal informado intencional e seguidamente, não há apenas uma série de decisões “ousadas” do ponto de vista operacional, mas sim um mecanismo de fraude consolidado que permitia a concessão de empréstimos que, sem tal mecanismo, não seriam aprovados/liberados.

Os dados inseridos equivocadamente eram referentes a vários fatores relevantes no contexto da liberação de empréstimos. Um deles é o faturamento anual de tomadoras de crédito. No caso da *CWA Transportadora Ltda.*, por exemplo (fls. 10/10B do apenso 02), foi informado no SIRIC da CEF seu faturamento do ano de 2004 (superior a 4,5 milhões de reais). No entanto, os créditos foram concedidos já no primeiro semestre de 2006; seria necessário informar o faturamento atinente ao ano de 2005 (inferior a 1 milhão de reais), o que alteraria substancialmente a análise quanto ao tamanho da empresa e sua capacidade de pagamentos (como mesmo um leigo pode perceber da simples leitura dos números). Além disso, constatou-se que a pessoa jurídica em questão declarou como faturamento no ano de 2005 o triplo do real, ou seja, quase 3 milhões de reais (expediente que se viu também - inclusive nos mesmos patamares de majoração irreal - no caso da escola *CENA*, descrito no item nº 1, *supra*). Os empréstimos concedidos à *CWA* superaram os trezentos mil reais; a análise de risco da pessoa jurídica foi realizada pelo réu Marcelo Nabhan Costa (a quem se acusa, exatamente, de deturpações e inserções deliberadamente falsas de dados, de maneira a denotar que as tomadoras de créditos teriam maior estabilidade e recursos do que na realidade).

Da mesma maneira, dados relativos ao endividamento de pessoas jurídicas foram alterados significativamente, o que também modifica de maneira sensível a análise de sua capacidade de tomar empréstimos (foi o caso, por exemplo, da sociedade empresária *CWA Transportadora*, bem como do sócio Davi Gazani, da pessoa jurídica *Vincoarte Acabamentos Ltda.*, “que possui dívida vencida baixada em prejuízo [...], o que constitui restrição absoluta para a avaliação da empresa” - fls. 10A e 14/15 do apenso 02). Notou-se também a ausência de necessárias (e simples) pesquisas junto a sistemas de consulta como o Sistema de Informações de Crédito do Banco Central - SCR/BACEN, e o Sistema Bancário - SIBAN, cujas informações

mostravam débitos das sociedades empresárias tomadoras de crédito que não constavam dos relatórios elaborados na agência *Shopping Interlar Aricanduva*.

Ainda, dados quanto a pendências tributárias não foram efetivamente pesquisados (ou foram deliberadamente omitidos os resultados das pesquisas e certidões), tendo sido descobertas facilmente dívidas dessa natureza ostentadas por diversos tomadores de crédito da agência *Shopping Interlar Aricanduva*. Um exemplo se deu no caso da sociedade *Fenix Seat Estofamentos Automotivos Ltda.*, cujas pesquisas “contingenciais” foram assinadas, também, pelo réu Marcelo Nabhan Costa (fl. 12 do apenso 02).

Outro mecanismo fraudulento utilizado era a “suspensão”, junto aos sistemas da CEF, de inadimplências das pessoas jurídicas junto ao FGTS. Isso ocorreu em diversos casos, como relatado, por exemplo, pela testemunha judicial Francisco de Assis Medeiros (auditor que participou das apurações administrativas - mídia de fl. 817). O expediente ocorreu, *e.g.*, no caso das pessoas jurídicas *CWA*, *Fenix Seat* e *Francharriere Comércio e Representação Ltda.*, em que débitos junto ao FGTS dos anos de 2000 a 2004 foram declarados “suspensos” no SIRIC sem que as referidas sociedades tivessem comprovado o pagamento correspondente (ou alguma causa extintiva ou suspensiva do débito, devidamente comprovada). Segundo apurado pela auditoria da CEF, o procedimento ocorreu com relação a dezenove pessoas jurídicas.

Diversos outros dados cadastrais de pessoas jurídicas e seus sócios foram alterados ou informados com alterações relevantes em relação à realidade, de modo a espelhar para fins formais (no SIRIC) situação que não correspondia aos fatos (como se mostra nas fls. 10/18 do apenso 02).

Nº 3 Informações relevantes foram omitidas de relatórios de visita realizados no âmbito da agência *Shopping Interlar Aricanduva*, ou incorretamente inseridas. Registro que o “relatório de visitas” é um documento, produzido por funcionários da CEF, como formalização de uma visita feita por eles a um estabelecimento que visa a tomar empréstimo junto à instituição financeira. Trata-se de meio de verificar, *in loco*, a real existência, porte e condição de novos clientes que buscam créditos na CEF (tratando-se, pois, de aferição relevante, em especial para impedir a concessão indevida de créditos, até mesmo para “empresas-fantasma”). Além de “divergências entre dados informados em Relatórios de Visitas e DIPJ e/ou SIRIC” (fl. 401 do apenso 01), tem-se omissões inclusive quanto à efetiva localização de sociedades empresárias. Exemplo dessa última ocorrência se deu no relatório de visitas relativo à *Fenix Seat*, em que não se informou que “a sede da empresa é localizada no município de Cerquilha/SP”, muito além do que seria a área de atuação normal da agência *Shoppinh Interlar Aricanduva* (a cidade nem mesmo faz parte da região metropolitana de São Paulo ou respectivos arredores); trata-se, além disso, de não se ter relatado devidamente quais os endereços da empresa (informação cuja relevância em uma relação de crédito não precisa ser ressaltada).

Nº 4 A auditoria levada a cabo pela CEF constatou “indícios de serem falsos os documentos apresentados para composição dos dossiês”, tendo em vista as seguintes irregularidades aferidas (fl. 400 do apenso 01):

- há dúvidas sobre a autenticidade dos documentos, referentes a 18 empresas, como DIPJ não reconhecidos no “site” da SRF - Secretaria da Receita Federal;
- empresa com 2 alterações na razão social e no ramo de atividade num período de 15 dias (Distr. de Prod Rumo Certo);
- Declaração de Faturamento Fiscal assinada por contador onde este toma por base a DIPJ de empresa do ano anterior, desconsiderando a mudança havida no ramo de atividade;

- Declarações de Faturamento Fiscal assinadas por contadores cujos registros não foram reconhecidos no “site” do CRC para 3 empresas;
- Declarações de Faturamento Fiscal com valores divergentes da DIPJ para 3 empresas;
- ausência de Declarações de Faturamento Fiscal para 12 empresas;
- Declaração de Faturamento Mensal assinada por representante que já havia se retirado da sociedade;
- divergência de assinaturas entre os documentos constitutivos de empresas, FAA - Ficha de Abertura de Autógrafos e contratos de empréstimos.

Além disso, foram encontradas cópias não autenticadas de documentos em diversos dossiês, tendo o próprio corréu Marcelo Nabhan Costa declarado à comissão de apuração da CEF que carimbou “confere com o original” em cópias cujos originais não chegou a ver, apenas por confiar na atuação da gerente-geral Sheila Rogério (e a seu pedido) - fl. 148 do apenso 02 e fl. 400 do apenso 01. As irregularidades constatadas se deram em vinte e três dossiês (fl. 400 do apenso 01).

Todo o contexto narrado acima torna inviável acolher a tese de que houve, no máximo, negligência relativa a formalidades do cotidiano de uma agência bancária. Os fatos, tomados em seu conjunto, demonstram a instituição, pela ré Sheila Rogério, de verdadeira política de gestão à margem dos procedimentos mínimos de segurança e regularidade exigidos pelas normas pertinentes, política esta em que (a) clientes eram deliberadamente mal informados quanto à necessidade de utilizar intermediários para contratação de empréstimos, tudo com o intuito de perenizar o auxílio prestado pelos “pasteiros” na captação de nova clientela, e (b) se escondia deliberada e fraudulentamente a inexistência dos elementos necessários (seja documentais, seja empíricos) para o aperfeiçoamento de diversas operações de crédito, tanto no que tange à formação e formalização dos dossiês quanto no que toca à alimentação do Sistema de Risco de Crédito da Caixa Econômica Federal.

Destaco um fator da maior importância. Os elementos sintetizados ao longo deste voto poderiam, isoladamente considerados, gerar dúvida razoável a respeito da prática delitiva, ou, ao menos, em relação ao dolo dos agentes. No entanto, vistas em seu conjunto, torna-se inequívoco que foram práticas deliberadas, expedientes fraudulentos, que em seu todo formaram, reitero, uma política de atuação daquela célula financeira, tanto na captação de clientes quanto na concessão de empréstimos, política essa planejada e comandada pela gerente-geral Sheila Rogério, a qual, como se vê, possuía efetivos poderes de gestão e comando dentro da instituição financeira na qual trabalhava e os utilizou. Portanto, não apenas é a referida corré apta a ser considerada sujeito ativo do crime tipificado no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86 (e em consonância com o rol do art. 25 do mesmo estatuto legislativo), como também se caracterizou objetiva e subjetivamente a ocorrência do referido crime, pelo conjunto de elementos expostos topicamente, analisados e sintetizados.

Quanto ao pleito de desclassificação da conduta, formulado pela apelante Sheila Rogério, incabível seu acolhimento. Isso porque a tipificação de uma conduta se dá tendo em vista suas próprias características fáticas, e não uma escolha do órgão jurisdicional. No caso, o conjunto de ações tomadas na gestão e condução da agência *Shopping Interlar Aricanduva* da CEF não traz apenas ousadia excessiva ou tomada de riscos em escala incompatível com os parâmetros de gestão do setor financeiro, mas, mais do que isso, a deliberada opção - feita por Sheila Rogério nas condições de espaço e tempo descritas na denúncia - por expedientes de omissão e adulteração de dados e informações com vistas a uma artificial maximização das atividades da agência, com rápidas consequências no que tange à inadimplência de clientes e prejuízos

para a instituição (financeiros e de imagem). Portanto, o que houve foi gestão fraudulenta, não gestão temerária, dando-se o amoldamento da conduta ao texto do *caput* do art. 4º da Lei 7.492/86, e não ao do parágrafo único do mesmo dispositivo.

Não prospera, igualmente, argumento no sentido de que as condutas não geraram efetivo prejuízo, tendo em vista a existência de seguro contra inadimplências. A uma, porque a configuração do crime de gestão fraudulenta independe da comprovação de efetivos prejuízos materiais (os quais, entretanto, existiram, tendo em vista a baixíssima taxa de recuperação dos créditos inadimplidos e referentes à gestão da gerente-geral Sheila Rogério). A duas, porque o mero fato de a vítima direta do crime ter meios de ser ressarcida não altera o fato de ter tido prejuízos; ao contrário, estes são o próprio pressuposto de eventual ressarcimento feito por seguradoras ou entidades que cumpram tal função (o que, de resto, não foi formalmente confirmado nestes autos).

Outrossim, o fato de um primeiro relatório administrativo ter concluído que as condutas adotadas pela ré no exercício do cargo de direção seriam de negligência grave e imprudência, enquanto que o relatório final apontou dolo na conduta, em nada altera os fatos em si. É de se dizer, de saída, que o Poder Judiciário não é vinculado às conclusões ou avaliações feitas em sede administrativas. Além disso, explicou o auditor Francisco de Assis Medeiros (mídia de fl. 817), signatário de ambos os relatórios, que havia divergência entre os auditores quanto à própria conceituação dessas categorias, de modo que essa teria sido a razão da alteração. Independentemente disso, não se nota em tal alteração, por si só, motivo para quaisquer ilações a respeito dos relatórios (amplamente fundamentados) ou seus signatários, os quais, destaque-se, não possuíam qualquer vínculo de inimizade, preconceito ou interesse pessoal com relação à ré Sheila Rogério.

Os demais corréus praticaram atos de auxílio material à prática delitiva, devendo ser punidos na forma do art. 29 do Código Penal (plenamente aplicável, por certo, no contexto do crime em questão). Foram ambos, em suma, partícipes do crime. Marcelo Nabhan Costa, também funcionário da Caixa Econômica Federal, praticou diversas condutas comissivas e omissivas relevantes para que se desse, ao fim, a concessão indevida de créditos. Não prosperam alegações no sentido de que não tinha o réu em questão atribuição de deliberar a respeito da concessão de empréstimos. Seu papel de auxílio na gestão fraudulenta da agência em que trabalhava não era esse, e sim o de deliberadamente instruir de maneira omissa ou incorreta os dossiês de diversas pessoas jurídicas, induzindo em erro os demais funcionários que depois os examinassem, ou que avaliassem via SIRIC o risco envolvido na concessão de créditos. É evidente que relevantes adulterações foram consciente e reiteradamente feitas, como demonstrei ao longo deste voto. Tendo sido Marcelo Nabhan Costa seu autor, e sabendo que diversas buscas e pesquisas necessárias não eram efetivamente realizadas (com sensíveis consequências na avaliação do lastro e das condições econômicas de pessoas jurídicas), não é crível que tenha atuado sem consciência do que estava a ocorrer, inclusive devido ao fato de não ter se tratado de expediente esporádico, mas realizado dezenas de vezes, nas mais diferentes formas (uso de cópias de documentos sem conferência dos originais, omissão na busca da situação de clientes no que tange a dívidas financeiras e tributárias, bem como junto ao FGTS; erros cadastrais de quadro societário e respectivas alterações; *et cetera*).

Marcelo Nabhan Costa argumentou também, em interrogatório judicial (mídia de fl. 828), que não era responsável pela verificação de veracidade dos documentos (apenas ocasionalmente apunha “confere com o original” em cópias), isso não explica inconsistências na alimentação do SIRIC. Quanto a isso, pesquisas claramente incompletas ocorreram reitera-

damente, sendo função do réu proceder a esse trabalho. Note-se: não se está aqui a falar de investigação quanto ao faturamento da empresa (ou seja, se os valores declarados pelo cliente em documento conferiam com seu efetivo faturamento), mas sim da alimentação do SIRIC com informações cuja obtenção incumbia ao próprio réu. Trata-se da busca em sistemas cadastrais e junto a órgãos públicos, nos termos relatados em parte do item “Nº 2”, acima. A reiterada atividade de Marcelo Nabhan Costa no que toca a isso, bem como a própria confiança demonstrada por Sheila Rogério em sua atuação favorável aos seus métodos de gestão (do que dá prova o fato de ele ter sido chamado para com ela trabalhar na agência *Shopping Interlar Aricanduva*, após terem ambos trabalhado na agência *Sete de Abril* da CEF), mostram que o réu auxiliou efetiva e conscientemente no cometimento, por Sheila Rogério, do crime de gestão fraudulenta, sendo punível nesses termos e nessa medida, por força do art. 29 do Código Penal.

Reginaldo Misael dos Santos igualmente auxiliou de forma deliberada e consciente na prática delitiva, auferindo lucro com isso. Resta claro que ele e Sheila Rogério tinham relação profissional de mútua confiança, bem como que esta última sonegava informações, deliberadamente, a clientes, de modo a garantir que estes pagassem as “comissões” a Reginaldo, que assim mantinha seu interesse no arranjo e na captação de clientes para a maximização das atividades. Reitero, quanto a isso, os fatos explicados no item “Nº 1”, folhas acima. Tinha ele, pois, plena ciência quanto ao mecanismo do qual participava e a partir do qual auferiu lucros (“comissões”), sendo ele pessoa relevante para o que foi a finalidade precípua da própria conduta da ré Sheila Rogério: ampliar as atividades da agência e sua clientela, inclusive com o recurso aos expedientes fraudulentos descritos.

Por fim, é de se dizer que não foi comprovado enriquecimento pessoal dos dois ex-funcionários da CEF envolvidos nos fatos descritos na denúncia (Sheila Rogério e Marcelo Nabhan Costa). Ainda assim, vê-se a finalidade de simular uma maior produtividade e atividade da unidade bancária gerida pela autora direta do crime, com participação dos demais corréus, o que ocasionou prejuízos financeiros e de imagem à Caixa Econômica Federal, bem assim maculou a higidez do sistema financeiro e a confiança nele depositada pelos utentes que tomaram contato com os fatos ou deles tiveram ciência.

Postos esses fundamentos, vê-se terem restado devidamente comprovadas autoria e materialidade delitivas (esta última em seus aspectos objetivo e subjetivo), nos termos da denúncia. Provadas autoria e materialidade, e ausentes excludentes de qualquer espécie, devem ser mantidas as condenações dos três apelantes pela prática do delito tipificado no art. 4º, *caput*, da Lei 7.492/86 (a apelante Sheila Rogério na condição de autora, e os demais, na de partícipes).

Passo ao reexame da dosimetria.

III - Da dosimetria

Na primeira fase da dosimetria, foram as penas estabelecidas (para todos os corréus) no mínimo legal: três anos de reclusão. Mantenho a sentença neste ponto, inclusive porque qualquer alteração implicaria inaceitável *reformatio in pejus*.

Inexistem agravantes ou atenuantes pertinentes ao caso. De outro lado, entendo incidir a causa de diminuição prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal, no que tange ao réu Marcelo Nabhan Costa. O e. Magistrado sentenciante reconheceu que a conduta do réu se adequa ao dispositivo em questão, mas deixou de aplicá-lo por entender, em linha com a jurisprudência dos tribunais superiores, que a pena não pode ser estabelecida aquém do piso legal em sede de exame de agravantes e atenuantes. Ocorre que, a meu ver, o art. 29, § 1º, do estatuto penal,

prevê uma causa de diminuição de pena, e não uma atenuante; por conseguinte, é possível sua aplicação concreta, mesmo se isso ensejar o estabelecimento da reprimenda em patamar inferior ao mínimo estabelecido no preceito secundário do tipo penal.

O réu Marcelo Nabhan Costa atuou comprovadamente de maneira omissiva e comissiva no preenchimento incompleto ou incorreto de informações de diversas pessoas jurídicas no Sistema de Risco de Crédito da CEF, conduta que se afigura de menor importância no contexto geral da prática delitiva apurada nestes autos. Não era ele mentor da conduta, seu principal executor e nem mesmo um auxiliador material de maior relevo, embora tenha sem dúvidas tipo participação nos fatos e contribuído com o sucesso da gestão fraudulenta levada a cabo pela então gerente-geral Sheila Rogério. Com tais considerações, e de ofício, reduzo a pena de Marcelo Nabhan Costa nesta terceira fase da dosimetria em um sexto, mantendo as dos demais corréus. Inexistindo outros fatores a serem considerados, torno as penas privativas definitivas nos seguintes patamares:

- Marcelo Nabhan Costa: 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão;
- Reginaldo Misael dos Santos: 03 (três) anos de reclusão;
- Sheila Rogério: 03 (três) anos de reclusão.

O apelante Reginaldo Misael dos Santos requer a redução da pena de multa cominada em primeiro grau. Aplicou-se a pena no patamar de cem dias-multa para cada corréu. Deveras, e como bem apontado pela Procuradoria Regional da República, a pena de multa foi estabelecida sem obediência aos mesmos parâmetros que nortearam a fixação das penas privativas de liberdade. Assim, reduzo as penas de multa, para que a fixação destas se dê com obediência aos mesmos critérios utilizados no estabelecimento das penas privativas, o que faço a pedido no caso do réu Reginaldo Misael dos Santos, e de ofício no que toca aos demais corréus. Assim, ficam as penas definitivas estabelecidas nos seguintes termos:

- *Marcelo Nabhan Costa: 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 08 (oito) dias-multa;*
- *Reginaldo Misael dos Santos: 03 (três) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa;*
- *Sheila Rogério: 03 (três) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa.*

Ante a inexistência de recurso do Ministério Público Federal, mantenho o valor unitário do dia-multa no mínimo legal.

Presentes os requisitos legais autorizadores (Código Penal, art. 44), e inexistindo apelo acusatório, de rigor a manutenção da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Foram estas fixadas no édito recorrido nos seguintes termos (penas a serem cumpridas por cada corréu): (i) prestação de serviços à comunidade, nos termos legais; (ii) prestação pecuniária, no valor de 30 (trinta) salários mínimos, em favor de entidade assistencial a ser definida pelo Juízo de Execuções Penais competente. Os réus Marcelo Nabhan Costa e Reginaldo Misael dos Santos pugnam pela redução da prestação pecuniária imposta.

Entendo caber redução nas penas de prestação pecuniária. Assim, levando em conta os aspectos preventivo e repressivo de fixação das penas, bem como sua proporcionalidade, reduzo as penas de prestação, estabelecendo-as nos seguintes patamares:

- *Marcelo Nabhan Costa: quinze salários mínimos;*
- *Reginaldo Misael dos Santos e Sheila Rogério: vinte salários mínimos.*

No que tange a Sheila Rogério, a minoração deve ser feita de ofício, inclusive por razões isonômicas. *A pena de prestação de serviços à comunidade deve ser mantida, nos termos da*

sentença. Também de ofício, e em linha com o entendimento desta C. Décima Primeira Turma, fixo a União como beneficiária das prestações pecuniárias cominadas nestes autos.

Mantenho o regime inicial aberto para eventual cumprimento das penas privativas de liberdade impostas (Código Penal, art. 33, § 2º, c).

IV - Execução provisória da pena

Em sessão de julgamento de 05 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias, e indeferiu liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

Desse modo, curvo-me ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reinterpreto o princípio da presunção de inocência no julgamento do HC 126.292-SP, reconhecendo que “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.”

Diante desse cenário, independentemente da pena cominada, deve ser determinada a execução provisória da pena decorrente de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação.

Destarte, exauridos os recursos nesta Corte, expeça-se Carta de Sentença, bem como comunique-se ao Juízo de Origem para o início da execução da pena imposta ao réu.

Ante o exposto, conheço dos recursos de apelação e, no mérito: a) Dou parcial provimento aos interpostos por Marcelo Nabhan Costa e Reginaldo Misael dos Santos, apenas para reduzir a prestação pecuniária a eles imposta como pena substitutiva, e, no caso do último, também a pena de multa; b) Nego provimento ao interposto por Sheila Rogério; c) De ofício: reduzo a prestação pecuniária imposta como pena substitutiva a Sheila Rogério; aplico a causa de diminuição prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal, na dosimetria da pena cominada a Marcelo Nabhan Costa; reduzo as penas de multa cominadas a Marcelo Nabhan Costa e Sheila Rogério; fixo a União como beneficiária das prestações pecuniárias cominadas nestes autos. Defiro o pedido ministerial para determinar a expedição de carta de sentença, bem como a comunicação do juízo de origem, para início da execução da pena imposta no presente feito, após esgotados os recursos no âmbito deste TRF-3 ou o prazo para sua interposição.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0006980-05.2008.4.03.6000
(2008.60.00.006980-0)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelada: ROSEMERY FLÁVIO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relatora: DESEMBARGADOR FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: ACr 64459
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/02/2017

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA. DESNECESSIDADE DE INDICIAMENTO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA. PREDA DO CARGO

1 - Trata-se de Agente de Polícia Federal que imputou crimes a outros policiais federais que sabidamente eram inocentes.

2 - O fundamento adotado na r.sentença no sentido de que a ausência de indiciamento dos policiais federais vitimados impediria a configuração do tipo penal não deve prosperar. O artigo 339 do CP é claro em descrever que comete tal crime se o agente der causa à instauração de investigação policial. No caso, o relatório circunstanciado e as declarações da então APF foram suficientes para a instauração do Inquérito, que ao final foi arquivado.

3 - Resta claro que a calúnia era claramente dirigida a alguns membros da Polícia Federal daquela Superintendência, que, inclusive, foram interrogados a respeito dos fatos e efetivamente investigados. A ausência de indiciamento foi decorrente da própria investigação policial, que, ao final, concluiu pela falsidade das denúncias relatadas, não havendo como defender a tese adotada na sentença de que a investigação policial não era contra os referidos policiais.

4 - A falsidade das declarações contidas no Relatório Circunstanciado confeccionado pela ré restou absolutamente comprovada, estando cabalmente comprovada a materialidade do delito de denúncia caluniosa.

5 - Analisada todas as provas, a autoria é indubitosa. A ré não fez mínima prova de que relatou a verdade no Relatório Circunstanciado confeccionado, ou de que o denunciante mentiu, tendo o conjunto probatório, satisfatoriamente e sem a menor dúvida, comprovado a saciedade sua autoria e dolo em imputar crimes a pessoas que sabidamente eram inocentes.

6 - A pena base deve ser fixada acima do mínimo legal, tendo em vista que a ré cometeu o crime valendo-se da qualidade de Agente de Polícia Federal, atendendo denúncias em plantão, profissional e função de extrema relevância para a sociedade e dos quais se espera proteção ou solução para os problemas.

7 - A ré, ao contrário, além de envolver seus colegas de trabalho em crime gravíssimo de que eram inocentes, causou enorme transtorno para o denunciante, que se viu envolvido em processo criminal e, por muito pouco, talvez, não tenha sido lesionado ou assassinado pelo policial caluniado, que num momento de revolta pensou em “cometer uma besteira”.

8 - O motivo do crime também conta em desfavor da ré, eis que cometido por motivo fútil (vingança), já que se sentia perseguida pelos colegas, já tendo sido alvo de vários procedimentos administrativos disciplinares, tendo, inclusive, admitido a determinação do Agente Policial que assim teria agido para atingir o Superintendente.

9 - A conduta social da ré também conta em seu desfavor, diante de seu péssimo comportamento na Polícia Federal relatado por determinado Delegado de Polícia Federal, seu chefe direto por vários anos.

10 - Sopesando todas as circunstâncias judiciais, a pena base deve ser majorada na metade, restando fixada em 03 anos de reclusão e 15 dias-multa, que assim fica estabelecida definitivamente, diante da ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento e diminuição da pena.

11 - O valor do dia-multa deve ser estabelecido no mínimo legal, uma vez que a ré foi demitida do serviço público federal (Portaria nº 1755 de 22/12/2011) e não se tem notícias de sua atual condição econômica.

12 - Diante da pena cominada, o regime inicial deve ser o aberto.

13 - Pena privativa de liberdade substituída por prestação de serviços à comunidade ou entidade social e prestação pecuniária.

14 - A sanção de perda do cargo público encontra total amparo no artigo 92, I, a, do CP.

14 - Apelação ministerial provida. Decretada a perda do cargo com fulcro no artigo 92, I, "a", do CP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, para condenar ROSEMERY FLÁVIO pela prática do crime previsto no artigo 339, *caput*, do Código Penal, à pena de 03 anos de reclusão em regime inicial aberto e 15 dias-multa no valor unitário mínimo, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direito, e decretar a perda do cargo, com fulcro no artigo 92, I, "a", do Código Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Trata-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face da r. sentença de fls. 470/477, que absolveu a ré ROSEMERY FLÁVIO pela prática do crime previsto no artigo 339, do CP, com fundamento no artigo 386, inciso III, do CPP (ausência de comprovação da materialidade delitiva).

Narra a denúncia (recebida em 02/09/2009 - fls. 120) que, no dia 07/05/2006, a então, Agente da Polícia Federal ROSEMERY FLAVIO, durante o serviço de plantão da SR/DPF/MS, aproveitou-se de uma *notitia criminis* de tráfico de entorpecentes formulada por Luiz Douglas

Senna Mota, para, propositalmente, com o objetivo de vingança por fatos pretéritos, inserir os nomes dos policiais federais Delci Carlos Teixeira, Mário Robson Felice Ribas, Jeoval Alves Teixeira e Rubens Grandini, sem que esses tivessem sido citados pelo noticiante, sendo instaurado, no dia 08/05/2006, o inquérito policial de nº 230/2006.

Em seu recurso de apelação, o MINISTÉRIO PÚBLICO requer a condenação da ré nos termos da denúncia, estando comprovada a materialidade, autoria e o dolo. Aduz que a ré deu causa à instauração de Inquérito Policial contra policiais e delegados federais, imputando-lhes crime de que sabia serem inocentes. Ressalta que por esses fatos a ré foi demitida do serviço público federal por Portaria nº 1755 de 22/12/2011. Alega que, embora a Portaria que instaurou o Inquérito Policial para averiguação dos fatos noticiados pela ré não contenha o nome dos policiais vitimados, isso não quer dizer que a denúncia caluniosa não tivesse como vítimas pessoas certas, sendo claro o intuito da ré em instaurar investigação criminal contra os policiais inocentes (fls. 479 e 482/486).

Contrarrrazões apresentadas (fls. 489/503).

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento do apelo (fls. 505/508).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL busca a condenação da apelada ROSEMERY FLÁVIO pela prática do delito do artigo 339 do CP, o qual preceitua o que segue:

Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 10.028, de 2000)

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

Segundo a denúncia, a ré, na qualidade de Agente da Polícia Federal, no dia 07/05/2006, quando estava de plantão na SR/DPF/MS, recebeu uma denúncia formulada por Luiz Douglas Senna Mota acerca de um tráfico de entorpecentes que estava acontecendo na Rua Arquimedes Delia, no Bairro Ana Maria do Couto, em Campo Grande/SP, sendo tal local utilizado como ponto de venda de drogas por uma pessoa conhecida por “Bel”, posteriormente identificada por Izabel Cristina Dias, tendo a ré acrescentado a esta denúncia o nome de alguns policiais federais na prática conjunta de tráfico de drogas.

Após registrar a *notitia criminalis*, a ré pediu para que o denunciante retornasse a ligação em 30 minutos. Nesse ínterim, retirou-se para jantar, entregando para o policial José Bernardes dos Prazeres Junior o relatório circunstanciado por ela confeccionado, informando a ocorrência de tráfico de drogas com envolvimento dos Agentes da Polícia Federal Jeoval Alves Teixeira e Mario Robson Felice Riba e o Delegado da Polícia Federal Rubens Grandini, todos lotados naquela Superintendência Regional.

Por volta das 19h30, o denunciante Luiz Douglas Senna Mota retornou a ligação, sendo, então, atendido pelo APF José Bernardes, que o questionou acerca do envolvimento de policiais federais no crime por ele noticiado, tendo este negado que tivesse mencionado tal participação, que sequer conhecia os nomes Jeoval e Mário Robson, ratificando que os envolvidos eram apenas as pessoas conhecidas por “Bel” e “Fause”, este último identificado posteriormente como José Fausto Arsênio.

Vejamos o teor do Relatório Circunstanciado confeccionado pela ré:

No dia 07 de maio do ano de 2006, às 18;10 (hora marcada no BINA do telefone do número 194) do plantão desta Superintendência Regional um homem se apresentou por telefone como Luis Mota e o identificador de chamadas acusou o número 3363.8751, confirmado pelo denunciante que não quis, segundo ele, permanecer no anonimato.

Ele denunciou que na Rua Arquimedes Delia esquina com Mitsudaime (não sei se a pronúncia está correta), tem uma casa amarela com janela grande de ferro branca no bairro Ana Maria do Couto.

Que neste endereço mora um idoso que já traficou e volta a traficar para policiais federais, tais como Jeoval e Fauzi.

E que a Polícia Federal “dá apoio a esta pessoa” que usa o nome de “BEL”, que ela se garante com amigos da Polícia Federal.

Que ela frequenta a ASSOFEDERAL, que vende drogas para os policiais que frequentam tal local, que tem caso com o DPF Teixeira, que ela sabe que ele “superfaturou” as obras da Delegacia de Dourados/MS e que também “superfaturou” as obras daqui da Superintendência e por isso que vai embora para o Rio de Janeiro.

Que esta “BEL” frequenta a ASSOFEDERAL e é amiga do “Grandini” e que ela vende droga para a “Globo” especificamente para a “Vera Fischer”.

Que o “Grandini” é ex- da civil.

Que essa “BEL” mora na “Ana Maria Couto” e tem um “negão” na polícia federal que dá drogas para ela.

Que ela diz que o DOF já matou seu irmão de nome “Junica” e “tico”.

Que ela diz que chega para o filho do “Mario Robson” da Entorpecentes que sabe da varredura: Que o filho do “Mario Robson” da Polícia Federal já sabe quando o pai vai “dar uma”.

Que o filho do “Mario Robson” põe bandeira verde quando ta livre para passar droga e vermelha quando o pai e o pessoal da polícia ta chegando.

Que o filho do “Mario Robson” é drogado, viciado e não gosta do pai e sabe quando ele vai dar uma de polícia.

Que o filho do “Mario Robson” tem “que pagar” por ser drogado. E o pai trabalhar na “de drogas”.

Que a “Bel” é gorda, loura oxigenada para disfarçar tem mais ou menos 50 anos e é amiga do filho do “Mario Robson”.

Diante disso, a fim de apurar possível ocorrência do delito previsto no artigo 12 da Lei 12.632/1976, bem como o possível envolvimento de policiais federais com o tráfico de entorpecentes, foi instaurado, mediante portaria, o Inquérito Policial nº 230/2006, no dia 08/05/2006 (fls. 02/Apenso I).

Nesse inquérito, ouvido o denunciante Luiz Douglas Senna Motta, este confirmou a denúncia acerca do crime de tráfico de entorpecentes praticado por “BEL” e FAUSE (“negão”), tendo mencionado que BEL frequentava a associação de policiais federais porque trabalhava como cozinheira no local. Negou os demais fatos constante no Relatório Circunstanciado confeccionado pela ré (fls. 08/10/Apenso I).

Foram ouvidos também o APF José Bernardes dos Prazeres Junior, o Delegado da Polícia Federal Delci Carlos Teixeira, Izabel Cristina Dias (BEL), APF Mario Robson Felice Ribas, José Fausto Arcenio, APF Jeoval Alves Teixeira e o Delegado de Polícia Federal Rubens Grandini (fls. 11/13, 29/30, 31/33, 40/42, 51/52, 83/84, 86, 95/97/ todos do Apenso I).

No bojo desse inquérito foi também expedido mandado de busca e apreensão a ser executado na residência de Izabel Cristina Dias (BEL), sendo encontrado no local uma pequena quantidade de maconha (1,22 grama) - fls. 38/39.

Ao final desse Inquérito, a Autoridade Policial concluiu o seguinte (fls. 99/101/Apenso I):

Diante do que se apurou, pode-se concluir que realmente houve uma denúncia feita por Luiz Douglas Senna Motta, mas que os fatos noticiados foram falsamente ampliados pela APF Rosemery Flavio, com o provável intuito de atingir outros policiais federais.

Quanto aos fatos verdadeiramente noticiados pelo denunciante, não foi provado que seus vizinhos denunciados estivessem, naquela época, envolvidos com tráfico de entorpecentes. Apenas JOSÉ FAUSTO ARCENIO teve contra si um Termo Circunstanciado instaurado por possuir substância entorpecente para seu próprio consumo.

Encerrados os trabalhos de Polícia Judiciária, encaminho os presente autos à Justiça.

Dessa forma, o Inquérito Policial de nº 230/2006 foi arquivado, sendo instaurado novo Inquérito para apurar a prática do delito de denúncia caluniosa em tese praticado por ROSEMERY FLAVIO (fls. 104/110).

Eis os fatos.

Inicialmente, entendo que a materialidade do delito restou cabalmente demonstrada.

O fundamento adotado na r.sentença no sentido de que a ausência de indiciamento dos policiais federais vitimados impediria a configuração do tipo penal, a meu ver, não deve prosperar.

O artigo 339 do CP é claro em descrever que comete tal crime se o agente der causa à instauração de investigação policial.

No caso, o relatório circunstanciado e as declarações da então APF ROSEMERY foram suficientes para a instauração do Inquérito, que ao final foi arquivado.

Embora não tenha constado da Portaria que instaurou o IP 230/2006 os nomes dos policiais envolvidos, há clara menção de que as investigações visavam a apuração de envolvimento de policiais federais na prática criminosa, com base na denúncia recebida em plantão na Superintendência recebida em 07/05/2006 (fls. 02/Apenso I). A ré, por sua vez, ao confeccionar o Relatório Circunstanciado que narrou a mencionada denúncia, expressamente nominou os policiais e o Delegado que estariam cometendo os delitos.

Para mim, resta claro que não se trata de calúnia contra pessoas “incertas”, ao contrário, era claramente dirigida a alguns membros da Polícia Federal daquela Superintendência, que, inclusive, foram interrogados a respeito dos fatos e efetivamente investigados.

A ausência de indiciamento foi decorrente da própria investigação policial, que, ao final, concluiu pela falsidade das denúncias relatadas, não havendo como defender a tese adotada na sentença de que a investigação policial não era contra os referidos policiais.

A falsidade das declarações contidas no Relatório Circunstanciado também é evidente.

O denunciante Luiz Douglas Senna Motta foi categórico em negar que tivesse mencionado qualquer envolvimento criminoso de policiais federais no fato narrado (fls. 22/23):

(...) QUE na denúncia realizada o depoente citou o nome de uma mulher chamada BEL, moradora da casa onde havia movimentação suspeita; QUE o depoente quando realizou a denúncia anônima perante a Polícia Federal não citou nome de qualquer policial federal; QUE não citou os nomes do DPF GRANDINI, DPF TEIXEIRA, APF JEOVAL, APF MARIO ROBSON e o seu filho; QUE o depoente quer deixar claro que não citou o nome de qualquer policial federal na denúncia; QUE foi uma mulher que se identificou como policial federal quem atendeu o depoente quando da realização da denúncia; QUE o depoente conversou com a referida policial pro aproximadamente trinta minutos; QUE a referida policial federal determinou que o depoente ligasse mais tarde, no entanto, o depoente não se recorda por qual motivo a policial federal fez tal determinação; QUE mais tarde o depoente ligou novamente para a Polícia Federal e que foi atendido por um policial federal homem; QUE esse policial federal perguntou ao declarante acerca da denúncia de tráfico de drogas e que o depoente reafirmou a denúncia prestada anteriormente policial federal mulher no que se refere ao suposto tráfico de drogas na residência da tal BEL. (...) QUE o depoente esclarece que a APF ROSIMERY FLAVIO mentiu quando afirmou que o declarante denunciara policiais federais por participação com o tráfico de drogas; QUE a denúncia do depoente se restringiu somente a suspeita de que haveria tráfico de drogas na residência da tal da BEL e de seu namorado cujo apelido é FAUZI; (...)

Em juízo, Luiz Douglas Motta confirmou que pediu para a policial federal atendente averiguar o crime de tráfico de drogas em tese praticado por Izabel e Fause, não citando em nenhum momento o nome de qualquer policial federal. Em sua denúncia apenas afirmou que a Izabel trabalhava como cozinheira na Associação da Policia Federal. Aduz que se sentia constrangido em prestar tantos depoimentos e atemorizado, pois soube que um dos policiais no dia seguinte à sua denúncia esteve em sua residência para matá-lo (fls. 398).

O APF José Bernardes dos Prazeres Junior, Chefe do Plantão, na época dos fatos, que atendeu Luiz Motta na ausência da ré, confirmou a negativa do denunciante em mencionar qualquer tipo de prática criminosa por policiais federais nos fatos relatados à ré. Vejamos (fls. 17/18):

(...) QUE no dia 07/05/2006 a APF ROSIMERE afirmou ao declarante que recebera no plantão desta SR denúncia de tráfico de drogas de um tal de LUIZ MOTTA e que haveria inclusive participação de policiais federais; QUE a APF ROSIMERE afirmou que o denunciante voltaria a ligar mais tarde; QUE por volta das 19h30min o tal LUIZ MOTTA ligou no telefone da SR e que o declarante o atendeu; QUE o declarante questionou o tal LUIZ MOTTA acerca do envolvimento dos policiais federais no crime de tráfico de drogas denunciado e que LUIZ MOTTA negou que tenha narrado qualquer participação de policiais federais em crime de tráfico de drogas inclusive afirmou que não conhecia policiais e nome JEOVAL e MARIO ROBSON; (...)

Em juízo, Jose Bernardes acrescentou que a informação da denúncia recebida em plantão é individualizada, isto é, quem recebe a denúncia é quem deve fazer a informação por escrito. Esclareceu que após receber a ligação de Luiz, a ré retornou ao plantão e lhe disse que por orientação do Delegado Donizetti iria fazer o relatório da denúncia recebida (fls. 398).

Dessa forma, a falsidade das declarações relatadas pela ré restou absolutamente comprovada, estando cabalmente comprovada a materialidade do delito de denúncia caluniosa. Vejamos a autoria.

Em sede policial, ROSEMERY afirmou que o denunciante havia narrado a participação de outros policiais federais no crime de tráfico noticiado, confirmando ter sido a autora do Relatório Circunstanciado acima transcrito. Declarou que pediu para o denunciante retornar

a ligação, porque este queria uma solução urgente para o caso, não tendo levado muito a sério a denúncia de Luiz Douglas. Negou que tenha contatado o APF Mario Robson para falar sobre os fatos. Por fim, registrou que não tem raiva do DPF Teixeira ou mágoa de qualquer Policial Federal (fls. 30/32).

Em juízo novamente confirmou que recebeu a denúncia da forma como transcrita no Relatório Circunstanciado e a repassou para o APF Bernardes, esquecendo de mencionar que havia pedido para o denunciante comparecer pessoalmente para confirmar o teor de suas denúncias. Não sabe dizer porque o denunciante Luiz Motta não confirmou as denúncias feitas contra os policiais federais. Não tem nada contra os policiais apontados na denúncia, mas acredita que o APF Jeoval deva ter contra ela, pois no passado foi testemunha num inquérito instaurado para apuração de tráfico de drogas. Sente que é perseguida na Polícia Federal, pois sempre é aberto procedimentos disciplinares em seu desfavor. Por fim declarou que nunca falou sobre a denúncia recebida em plantão com ninguém (fls. 364).

O APF Mario Robson, por sua vez, declarou (fls. 13/14):

(...) QUE no dia em que ROSIMERY FLAVIO recebeu a notícia criminis e confeccionou o relatório circunstanciado a mesma, por volta de oohoomin, ligou para o declarante e solicitou a presença deste na Superintendência da Polícia Federal, pois havia chegado uma denúncia que dizia respeito ao declarante e a seu filho; QUE imediatamente o declarante se deslocou para a superintendência e a ROSIMERY FLAVIO mostrou ao declarante o relatório circunstanciado de fls. 07 e 08; QUE após dar ciência ao declarante do relatório circunstanciado a ROSIMERY FLAVIO pediu novamente ao declarante para trabalhar na área de entorpecentes, pois estaria sendo perseguida nesta Superintendência; QUE o declarante também tem ciência de que meses antes dos fatos que são objeto do presente Inquérito Policial ROSIMERY FLAVIO teria comentado com o APF CLAUS que teria informações que “derrubariam” todo o Departamento de Repressão a Entorpecente desta Superintendência. (...)

Em juízo Mario Robson confirmou suas declarações extrajudiciais, declarou acrescentando que, quando leu a denúncia no computador da ré, ficou atordoado. Pegou o nome e endereço do denunciante e foi até sua casa, com o intuito de fazer alguma besteira, pois ficou muito nervoso por tal pessoa envolver seu nome e de seu filho falsamente. O Delegado notando seu descontrole emocional teve de trancá-lo numa sala na DRE. Momentos depois, soube que o denunciante não tinha citado seu nome e tudo foi esclarecido, mas acredita que por pouco não cometeu uma besteira em sua vida. Disse que não desconfiou que a ré tivesse feito essa falsa acusação, mesmo porque não entende o motivo de tal fato. Esclareceu, ainda, que a ré sempre lhe dizia que queria trabalhar na entorpecente, tendo feito novamente o pedido no dia em que mostrou a denúncia caluniosa em seu nome (fls. 364).

O APF Jeoval Alves Teixeira em suas declarações, afirmou (fls. 20/21):

(...) QUE aproximadamente dois dias após a ROSEMARY FLAVIO ter confeccionado o relatório circunstanciado de fls. 04/05 do citado apenso, a mesma declarou ao declarante que não teve a intenção de prejudicá-lo e nem de prejudicar o pessoal da DRE, inclusive pediu desculpas; QUE nesta oportunidade ROSEMARY afirmou ao declarante que o objetivo da mesma era atingir o Superintendente, DPF TEIXEIRA, pois este determinara a abertura de vários procedimentos administrativos disciplinares contra ROSEMARY; QUE o declarante foi testemunha de acusação contra ROSEMARY em um procedimento disciplinar que apura desvio de documentação de inquérito policial; QUE o declarante também foi testemunha de acusação no inquérito policial em que ROSEMARY desacatou um Delegado de Polícia Civil do Mato Grosso

do Sul e policiais militares que a aprenderam com uma arma de fogo sem registro. QUE em virtude desses fatos, ela foi presa em flagrante e foi instaurado procedimento administrativo nesta SR; QUE a Polícia Civil transferiu ROSEMARY para esta SR/DPF/MS e o DPF TEIXEIRA, na época Superintendente, determinou o recolhimento de ROSEMARY na custódia desta Superintendência; (...)

Em juízo Jeoval confirmou as declarações feitas em sede policial (fls. 398).

O Delegado da Polícia Federal Donizetti Aparecido Tambani, lotado na época na SR/DPFMS esclareceu (fls. 25/26):

(...) QUE a APF ROSEMARY comunicou ao declarante que havia recebido uma denúncia de tráfico de drogas e que haveria a participação de policiais federais lotados nesta superintendência; QUE por uma questão de compartimentação determinou que a referida denúncia não fosse lançada no livro de plantão e que ela fizesse uma informação em apartado para que fosse feita uma investigação a posteriori pelos canais competentes; QUE o declarante não determinou a APF ROSEMARY que o relatório circunstanciado ou informação da denúncia de tráfico de drogas deveria ser assinado também pelo APF BERNARDES, mesmo porque a denúncia fora recebida somente pela mesma; QUE de igual forma orientou ao APF BERNARDES que se tal pessoa voltasse a ligar e que a denúncia contra policiais federais fosse confirmada, que a informação fosse feita em separado, tendo em vista o sigilo da informação e o suposto envolvimento de policiais federais do local; QUE posteriormente o APF BERNARDES recebeu a ligação do denunciante e a informação de que haveria envolvimento de policiais federais no crime de tráfico não foi confirmada; QUE cada Agente de Polícia Federal plantonista é responsável por reduzir a termo a denúncia por ele recebida.

Ouvidos, Izabel Cristina Dias, o APF Gilson Moura Castro e o APF Jorge Luiz Riberio Caldas da Silva nada esclareceram sobre os fatos, tendo os dois últimos negado qualquer fato desabonador da ré (fls. 178).

O Delegado de Polícia Federal Osilaim Campos Santana, Superintendente da região na época, participou da instauração do Inquérito para apuração dos fatos relatados pela ré na denúncia recebida em plantão, não tendo acompanhado o desenrolar das investigações. Ressaltou que trabalhou diretamente com ROSEMARY, podendo afirmar que ela não demonstrava qualquer distúrbio emocional, mas era péssima servidora e uma vergonha para os quadros da Polícia Federal. Sabe dizer que a ré respondia por alguns processos administrativos por más condutas adotadas tanto em sua vida privada, quanto na Polícia (fls. 191/192).

O Delegado de Polícia Federal Rubens Alexandre de França, coordenador dos plantões da Delegacia em que a ré era lotada, declarou que ficou sabendo dos fatos “por ouvir falar”. Afirmou que a ré não era sua subordinada direta, mas que mantinham um relacionamento profissional tranquilo e que nunca recebeu formalmente ou informalmente qualquer reclamação contra ela, não sabendo dizer nada que a desabone (fls. 206/209).

Expostas as provas, a autoria é indubitosa.

A ré em nenhum momento negou que tivesse confeccionado o Relatório Circunstanciado, porém nega veementemente que tenha alterado os fatos relatados pelo denunciante.

A negativa não se sustenta.

O denunciante, que desde o início insistiu em se identificar, não teria motivo em alterar sua versão sobre os fatos, e, em todos os momentos em que foi ouvido, ressaltou que não mencionou o envolvimento de qualquer policial federal em atos criminosos, alegando que sequer os conhecia.

O APF Bernardes confirmou que na segunda ligação feita pelo denunciante, minutos depois da primeira, ao ser questionado, este negou as acusações supostamente feitas contra policiais.

A ré mente em dizer que nunca falou sobre a denúncia recebida com outras pessoas, eis que contatou o APF Mario Robson, no mesmo dia dos fatos, relatando o ocorrido, provavelmente na tentativa de conseguir sua retribuição pelo “favor” prestado, fato que por pouco não ocasionou outro crime pior.

Também não há justificativa para a ré ter pedido ao denunciante que retornasse a ligação, tampouco é crível que num intervalo de 01 hora o denunciante tivesse ligado insistentemente para cobrar solução para o caso, ao menos não se tem prova disso.

Tal pedido, na verdade, mais parece o intuito da ré em fazer prova de que houve de fato uma denúncia, e, talvez, posteriormente, dizer que o denunciante não quis insistir na tese do envolvimento dos policiais, situação que asseguraria alguma veracidade em seu Relatório Circunstanciado.

Ressalta-se, também, a conversa ocorrida entre a ré e o APF Jeoval, no sentido de pedir desculpas pelo ocorrido, e de que sua intenção era atingir o Superintendente, o que demonstra que a ré assim agiu por vingança. Fato comprovado pela declaração do Delegado da Polícia Federal Oslaim Campos Santana, de que a ré era uma péssima servidora e uma vergonha para os quadros da Polícia Federal.

A ré, por sua vez, não fez mínima prova de que relatou a verdade no Relatório Circunstanciado confeccionado, ou de que o denunciante mentiu, tendo o conjunto probatório, satisfatoriamente e sem a menor dúvida, comprovado à saciedade sua autoria e dolo em imputar crimes a pessoas que sabidamente eram inocentes.

Assim, ROSEMARY deve ser condenada pela prática do crime previsto no artigo 339, *caput*, do CP.

Passo a análise da *dosimetria da pena*.

A pena base deve ser fixada acima do mínimo legal, tendo em vista que a ré cometeu o crime valendo-se da qualidade de Agente de Polícia Federal, atendendo denúncias em plantão, profissão e função de extremas relevâncias para a sociedade e das quais se espera proteção ou solução para os problemas.

Entretanto, a ROSEMARY, além de envolver seus colegas de trabalho em crime gravíssimo de que eram inocentes, causou enorme transtorno para o denunciante, que se viu envolvido em processo criminal e, por muito pouco, talvez, não tenha sido lesionado ou assassinado pelo policial caluniado, que num impulso de revolta pensou em “cometer uma besteira”.

O motivo do crime também conta em desfavor da ré, eis que cometido por motivo fútil (vingança), já que se sentia perseguida pelos colegas, já tendo sido alvo de vários procedimentos administrativos disciplinares, tendo, inclusive, admitido ao APF Jeoval que assim teria agido para atingir o Superintendente Teixeira.

A conduta social da ré também conta em seu desfavor, diante de seu péssimo comportamento na Polícia Federal relatado pelo Delegado de Polícia Federal Oslaim, seu chefe direto por vários anos.

Enfim, sopesando todas as circunstâncias judiciais, penso que a pena base deve ser majorada na metade, restando fixada *em 03 anos de reclusão e 15 dias-multa*, que assim fica estabelecida definitivamente, diante da ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento

e diminuição da pena.

O *valor do dia-multa* deve ser estabelecido no *mínimo legal*, uma vez que a ré foi demitida do serviço público federal (Portaria nº 1755 de 22/12/2011) e não se tem notícias de sua atual condição econômica.

Diante da pena cominada, fixo o regime inicial *aberto*.

Presentes os requisitos, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas substitutivas de direito, quais sejam, a) *prestação de serviços à comunidade ou entidade social*, a ser especificada pelo Juízo das Execuções e atender aos critérios estabelecidos no art. 149, §1º, da Lei de Execução Penal, que estabelece o limite de duração de 08 horas semanais e sua realização aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo Juiz, ressaltando que a sua duração deve ser igual à pena corporal substituída; e b) *prestação pecuniária* destinada à entidade de cunho social a ser definida pelo Juízo da Execução Penal, no valor equivalente a *05 salários mínimos*, considerando que se trata do envolvimento de 04 policiais caluniados e um denunciante.

Por fim, destaco que a sanção de perda do cargo público encontra total amparo no artigo 92, I, a, do CP, o qual preceitua o seguinte:

Art. 92 - São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

De fato, *in casu*, à ré foi imposta uma pena de 03 anos de reclusão por ter ela violado seus deveres de probidade e moralidade para com a Administração Pública.

Daí porque, a pena de perda de cargo é de rigor, na forma do artigo 92, I, a, do CP.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, para condenar ROSEMERY FLÁVIO pela prática do crime previsto no artigo 339, *caput*, do Código Penal, à pena de 03 anos de reclusão em regime inicial aberto e 15 dias-multa no valor unitário mínimo, senda a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direito e decreto a perda do cargo, com fulcro no artigo 92, I, “a”, do CP.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL
0002703-50.2012.4.03.6114
(2012.61.14.002703-0)

Apelante: RAQUEL BROSSA PRODÓSSIMO LOPES

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO

Classe do Processo: ACr 64795

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/02/2017

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA. APELAÇÃO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A *denúncia anônima* de fato criminoso é admitida com reservas pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que não é possível requerer a produção de provas com base exclusivamente em escrito apócrifo. Neste contexto, é completamente infundada a alegação de que a requisição ministerial, à semelhança de uma denúncia apócrifa, não permitiria verificar a fonte ou a veracidade das informações neles contidas.
2. O uso de documentos falsos para comprovação da incapacidade total e temporária dos acusados para o exercício laboral é meio eficaz e próprio à consumação do delito de estelionato previdenciário e, por tal razão, não há falar em crime impossível, ainda que a eventual incapacidade laboral tenha sido reconhecida por outros elementos dos autos.
3. O farto conjunto probatório amealhado ao longo da instrução criminal torna indubitável a autoria delitiva.
4. Não se mostra justificável a fixação da pena-base imposta à acusada acima do mínimo legal. Não há contra ela condenações transitadas em julgado, os motivos, as consequências e circunstâncias do delito não se mostraram desproporcionais à espécie. Tampouco a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e sua personalidade permitem a elevação da pena-base acima do mínimo legal.
5. Em razão da inexistência de elementos indicativos da situação sócio/econômico da ré, o valor unitário do dia-multa deve ser mantido em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.
6. Recurso da defesa parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso da defesa para aplicar a pena-base no mínimo legal e reduzir o valor da pena de multa, do que resultam as penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 52 (cinquenta e dois) dias-multa, cada qual no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, nos termos do relatório e

voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Trata-se de apelação interposta pela defesa de *Raquel Brossa Prodóssimo Lopes* contra a sentença que a condenou a 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, regime inicial fechado, e 120 (cento e vinte) dias-multa, valor unitário de 1/2 (metade) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto pelo art. 171, §3º, do Código Penal (por quatro vezes) (fls. 758/762).

A sentença transitou em julgado para a acusação (fls. 776 e 795).

Em razões recursais, a defesa de *Raquel Brossa* aduz (fls. 821/842):

- a) preliminarmente, serem ilícitas as provas que deram origem à investigação criminal;
- b) tratar-se de crime impossível, na medida em que os atestados médicos imputados como falsos não produziram qualquer efeito, em razão de os segurados se submeterem a prévia perícia médica por profissional autorizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social;
- c) que as provas produzidas nos autos não se mostram satisfatórias para o decreto condenatório;
- d) aplicar-se na primeira fase da dosimetria das penas o enunciado constante da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual, pretende a redução das penas que lhe foram impostas;
- e) ser necessária a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade que lhe foi imposta;
- f) ser cabível a redução da pena de multa, já que a condição sócio/econômica da acusada não se apresenta favorável.

Foram oferecidas contrarrazões pela acusação (fls. 851/885).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovisionamento do recurso da defesa (fls. 882/891v.).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAURÍCIO KATO (Relator):

Raquel Brossa Prodóssimo Lopes, *Jonas Prodóssimo* e *Marcos Levi Brossa Prodóssimo* foram denunciados pelo art. 171, § 3º, do Código Penal, porque, em conluio e com identidade de desígnios, obtiveram para si vantagens indevidas em prejuízo do Instituto Nacional do Seguro Social que foi mantido em erro, em razão de instruírem requerimentos previdenciários com laudos médicos falsos (fls. 241/244).

Relata a acusação que Raquel Brossa intermediou requerimentos previdenciários em nome de seu irmão (Marcos Levi), de seu primo (Jonas Prodóssimo) e para si; instruiu-os com atestados médicos falsos e assegurou a todos a indevida percepção de quatro benefícios de auxílio-doença, durante o período de 13.05.05 a 08.01.08, o que resultou prejuízos individuais de aproximadamente R\$20.000,00 (vinte mil reais).

A denúncia foi recebida em 19.04.12 (fl. 247).

A sentença condenatória tornou-se pública em 18.06.15 (fl. 770) e Jonas Prodóssimo e Marcos Levi Brossa Prodóssimo tiveram extintas suas punibilidades, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal (fls. 791/791v.).

Nulidade processual, em razão de notícia-crime apócrifa.

Em razões recursais, a defesa da acusada pugna pela nulidade das provas obtidas por meio de investigações policiais iniciadas em razão de notícia-crime apócrifa.

Sem razão.

De fato, a *denúncia anônima* de fato criminoso é admitida com reservas pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que não é possível requerer a produção de provas com base exclusivamente em escrito apócrifo.

No entanto, no particular, referidas investigações tiveram início em razão do Relatório de Investigações emitido pela Força-Tarefa Previdenciária do Instituto Nacional do Seguro Social em São Paulo/SP que, em sede administrativa, apurou procedimentos fraudulentos para obtenção de benefícios previdenciários indevidos, dentre os quais, destacam-se cerca de quarenta e três atribuídos à apelante.

Trata-se, pois, de informação oficial emitida por órgão administrativo, cujos atos são dotados de credibilidade e consistência. Nenhuma semelhança há, pois, com uma denúncia apócrifa.

Rejeito, pois, esta preliminar.

Crime impossível.

Para a obtenção de benefício previdenciário é imprescindível tanto o preenchimento dos respectivos pressupostos como sua comprovação por meio de documentação idônea.

Com efeito, o uso de documentos falsos para comprovação da incapacidade total e temporária dos acusados para o exercício laboral é meio eficaz e próprio à consumação do delito de estelionato previdenciário e, por tal razão, não há falar em crime impossível, pois o fato de eventual perícia previdenciária concluir pela plena capacidade laboral do segurado não desvirtua o fato de o requerimento previdenciário vir instruído com elementos fictícios para possibilitar a indevida concessão de referido benefício.

Materialidade delitiva.

A materialidade delitiva encontra-se satisfatoriamente comprovada por meio dos requerimentos administrativos em nome de Marcos Levi Brossa Prodóssimo e Jonas Prodóssimo (apenso I), que, instruídos com atestados médicos falsificados (fls. 27/30 e 35), possibilitaram aos segurados o indevido recebimento de R\$77.873,37 (setenta e sete mil, oitocentos e setenta e três reais e trinta e sete centavos) (fls. 12, 67/69 e 81/89).

Autoria delitiva.

A autoria delitiva está satisfatoriamente comprovada.

Embora a acusada tenha negado a autoria delitiva à Autoridade Policial (fls. 163/168) e

ao Juízo (fl. 674 e mídia audiovisual à fl. 676), os demais elementos dos autos indicam a prática delitiva por ela perpetrada.

Conforme se verifica de fls. 67/76, 105/106, 110/112, 115/117, foi *Raquel Brossa* quem instruiu os requerimentos de auxílio-doença com atestados médicos falsos, com o objetivo de obter indevidamente benefícios previdenciários.

Ao Juízo, Jonas Prodóssimo declarou que contratou os serviços de *Raquel Brossa*, para intermediar a concessão do auxílio-doença por ele pleiteado, e lhe pagaria 30% dos valores percebidos mensalmente a título de honorários (fl. 675 e mídia audiovisual à fl. 676).

A fraude, em todos os benefícios concedidos aos acusados, foi verificada por meio de procedimento administrativo, que apontou a falsificação dos atestados médicos apresentados pela acusada (fls. 31/33, 44/47, 58, 81/84, dos apensos).

Referidos atestados, conforme esclarecido pelas testemunhas ouvidas em Juízo (fls. 624/625, 693/694 e mídias audiovisuais às fls. 626 e 695), foram determinantes para a concessão dos benefícios pretendidos pelos acusados, na medida em que as conclusões a que chegam os peritos médicos credenciados pelo Instituto Nacional do Seguro Social são em muitas vezes influenciadas pelos atestados apresentados pelos segurados, principalmente nos casos em que ocorra incapacidade relacionada a enfermidades mentais.

Diante desse contexto, conclui-se que a prova acusatória é subsistente e hábil a comprovar a materialidade, a autoria e o dolo de *Raquel Brossa Prodóssimo Lopes*, razão pela qual mantenho sua condenação como incurso nas penas do art. 171, § 3º, do Código Penal.

Dosimetria das penas.

O Juízo *a quo* fixou as penas de *Raquel Brossa*, expondo a seguinte fundamentação:

Acusada Raquel Brossa Prodóssimo Lopes

A culpabilidade da ré não é normal ao tipo penal, uma vez que se dedicava a fraudar o Instituto Nacional do Seguro Social como meio de vida.

As consequências do crime são normais à espécie e não (pode) tal circunstância judicial ser considerada negativamente em função do prejuízo causado, pela totalidade, o qual soma R\$ 77.873,37 (setenta e sete mil e oitocentos e setenta e três reais e trinta e sete centavos), porquanto considerado concurso material. Desse modo, para cada fato, o fato não é significativo a ponto de majorar a pena-base.

Considero neutras as circunstâncias judiciais, esclarecendo que não há na conduta tanta sofisticação quanto alegado pelo *Parquet* Federal. Assim, o modo de execução revelou-se ordinário. Não se analisa o comportamento da vítima, por se tratar de crime vago.

A ré possui bons antecedentes.

Em face dos elementos acima mencionados, fixo a pena base acima do mínimo legal, em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, para cada fato, ou seja, para cada crime de estelionato. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, de modo que mantenho, na segunda fase da dosimetria, a pena supramencionada.

Presente a causa de aumento de pena do art. 173, 3º, CP, majoro a reprimenda em 1/3, a totalizar 02 (dois) anos e 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, para cada fato, a totalizar 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado como inicial de cumprimento.

Quanto à pena de multa, fixo-a em 30 (trinta) dias-multa, para cada fato, somando, assim, 120 (cento e vinte) dias-multa, atendendo também ao sistema trifásico, cada um no valor 1/2 (meio) salário mínimo à época dos fatos, devidamente atualizado, considerando que a ré, embora alegue ter poucas posses, é proprietária de casa de veraneio de alto padrão, na cidade praiana de Itanhaem/SP, o que revela elevado padrão de vida.

O regime inicial do cumprimento da pena, nos termos do artigo 33 do Código Penal, será o FECHADO.

Não se mostra cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (fls. 760v./761)

A defesa, em razões recursais, requer a redução da pena-base, em razão da incidência da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Com razão.

Conforme se depreende da sentença, a despeito de o Juízo da causa reconhecer os bons antecedentes da ré, em razão das demais circunstâncias previstas pelo art. 59 do Código Penal (principalmente pelo prejuízo causado aos cofres públicos), elevou a pena-base em 2/3 (dois terços), para fixá-la em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.

Tenho por injustificável a fixação da pena-base nos termos em que definidos pelo Juízo sentenciante, na medida em que não há contra a ré condenações transitadas em julgado e os motivos, circunstâncias do delito e prejuízo causado individualmente não se mostraram desproporcionais à espécie.

Reduzo, assim, nesta *primeira fase de dosimetria das penas*, as penas da acusada para 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias multa.

Sem atenuantes ou agravantes, na *segunda fase de dosimetria*, mantenho suas penas em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na *terceira fase de dosimetria*, aplico a causa de aumento de pena prevista pelo art. 171, § 3º, do Código Penal, para fixá-la em definitivo em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Em razão do concurso material (prática de quatro estelionatos) indicado pela sentença e não impugnado pela defesa, fixo em definitivo as penas da acusada em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 52 (cinquenta e dois) dias-multa.

Fixo o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena de reclusão que lhe foi imposta, haja vista o disposto no art. 33, §2º, b, do Código Penal.

Nos termos em que pleiteados pela defesa, fixo o valor unitário do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, haja vista a inexistência de apontamentos a respeito da situação financeira de *Raquel Brossa*.

Não satisfeitos os requisitos previstos pelo art. 44 do Código Penal, mantenho o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

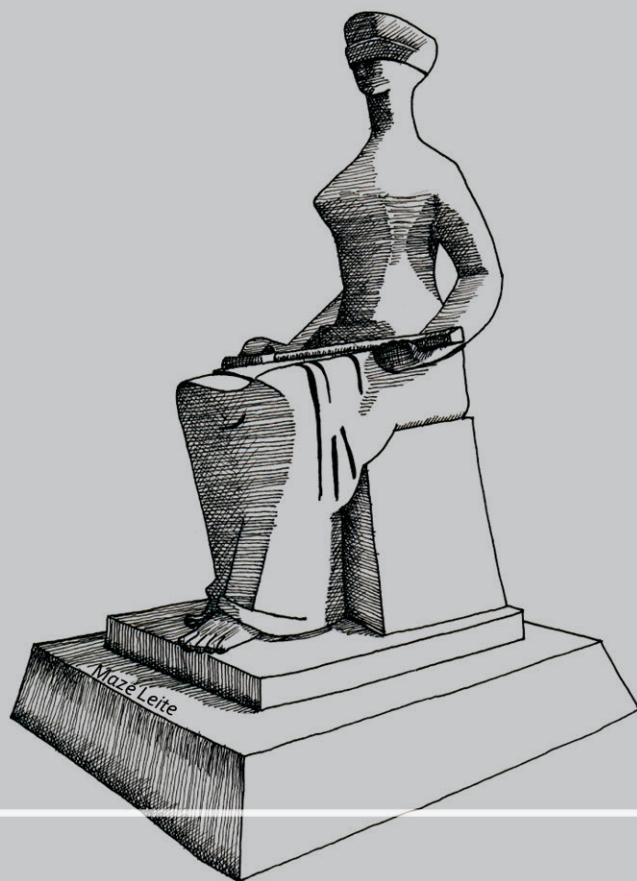
Sentença mantida em seus ulteriores termos.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da defesa para aplicar a pena-base no mínimo legal e reduzir o valor da pena de multa, do que resultam as penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 52 (cinquenta e dois) dias-multa, cada qual no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Mantida, no mais, a sentença.

É o voto.

Desembargador Federal MAURÍCIO KATO - Relator

Direito Previdenciário



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0000161-49.2009.4.03.9999

(2009.03.99.000161-2)

Apelantes: VITÓRIA RÉGIA LEONARDO FERREIRA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS E GASPARINA SILVA GONÇALVES

Remetente: JUIZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE ITUVERAVA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Classe do Processo: ApelReex 1386710

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/01/2017

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. UNIÃO ESTÁVEL. QUALIDADE DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. UNIÃO ESTÁVEL/COMPANHEIRA. EX-CÔNJUGE. RATEIO - SENTENÇA *ULTRA PETITA*. VERBA HONORÁRIA. CONSECTÁRIOS LEGAIS. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA. RECURSO DA PARTE AUTORA PROVIDO. APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Inicialmente, o novo Código de Processo Civil elevou o valor de alçada para a remessa “ex officio”, de 60 (sessenta) salários mínimos, para 1.000 (mil) salários-mínimos. Considerando que a remessa oficial não se trata de recurso, mas de simples condição de eficácia da sentença, as regras processuais de direito intertemporal a ela não se aplicam, de sorte que a norma supracitada, estabelecendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferiores a 1000 (um mil) salários mínimos, tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, ainda que para cá remetidos na vigência do revogado CPC. Dessa forma, tendo em vista que o valor de alçada no presente feito não supera 1.000 (um mil) salários mínimos, não conheço da remessa oficial.

2. A pensão por morte, benefício devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, está disciplinada pela Lei nº 8.213/1991, nos artigos 74 a 79, cujo *termo inicial*, previsto no artigo 74, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, é fixado conforme a data do requerimento, da seguinte forma: (i) *do óbito*, quando requerida até trinta dias depois deste; (ii) *do requerimento*, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (iii) *da decisão judicial*, no caso de morte presumida.

3. O artigo 16, da Lei 8.213/91, enumera as pessoas que são beneficiárias da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; II - os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (...)

4. Inicialmente, verifico que a sentença é *ultra petita* no ponto em que concedeu pensão por morte à corré Gasparina Silva Gonçalves. Ao contestar a pretensão da autora

Vitória Régia, limitou-se a afastar a existência de união estável entre esta e o falecido, pela inexistência de dependência econômica.

5. Dessarte, conheço de ofício o vício de sentença *ultra petita* no ponto em que concedeu pensão por morte à Gasparina, ante a ausência de pedido nesse sentido.

6. Na hipótese, a ocorrência do evento morte, em 15/06/1996, encontra-se devidamente comprovada pela certidão de óbito (fl. 13).

7. Verifica-se presente a controvérsia acerca da qualidade de dependente em relação ao de cujus. Quanto à condição de dependente da parte autora, verifico que é presumida por se tratar de companheira do falecido Antonio Peres Gonçalves.

8. O falecido era casado com Gasparina Silva Gonçalves, porém, estavam separados de fato, vindo ele a viver maritalmente com a autora Vitória Régia.

9. Infere-se dos depoimentos pessoais e de testemunhas, às fls. 136-139 e 154-156, e documento de fl. 14, 13, que à época do óbito, o de cujus vivia em união estável com Vitória Régia durante 6 (seis) anos e estava separado de fato de Gasparina.

10. À época do falecimento, foi concedida pensão por morte à Gilmar Silva Gonçalves, filho de Antonio Peres, com DIB em 15/06/1996 (fl. 104), cujo benefício foi cessado em 15/10/99 (Consulta ao CNIS).

11. A parte autora não juntou cópia do requerimento administrativo, tendo ajuizado a ação em 03/04/2006.

12. Dessarte, o termo inicial do benefício deve ser a partir da citação (04/05/2006, fl. 44), quando a autarquia tomou conhecimento do pedido da autora, tendo apresentado contestação, e não da data da expedição de ofício ao INSS, como requer a autarquia apelante.

13. Assim, o benefício é devido na proporção de 100% à autora Vitória Régia Leonardo Vieira, desde a citação até 05/04/2015, quando a autora veio a falecer (Certidão de Óbito à fl. 214).

14. Os honorários advocatícios não merecem reforma, devendo ser mantidos conforme a sentença, por estarem de acordo com o entendimento desta E. 8ª Turma.

15. Não prospera a alegação de que os consectários da condenação devem ser excluídos, pois são inerentes ao valor justo e devido da condenação, àquele que teve seu direito preterido indevidamente. Trata-se de recomposição do valor corroído pela inflação e decorrente da mora do devedor.

16. Correção monetária e juros de mora conforme os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal, atualmente aprovado pela Resolução nº CJF-RES-2013/00267, de 02 de dezembro de 2013. Por se tratar de fase anterior à expedição do precatório, há de se concluir que, em respeito ao princípio do *tempus regit actum*, devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado. Nesse sentido: TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, AC 0002489-75.2014.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, julgado em 19/10/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 04/11/2015.

17. Verba honorária: os honorários advocatícios não merecem reforma, devendo ser mantidos conforme a sentença, por estarem de acordo com o entendimento desta E. 8ª Turma.

18. Remessa oficial não conhecida. Sentença *ultra petita* conhecida de ofício. Recurso da autora provido. Apelação do INSS parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não conhecer da remessa oficial, conhecer de ofício o vício de sentença *ultra petita*, dar provimento ao recurso da parte autora e dar parcial provimento à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Trata-se de apelações interpostas pelo INSS e por Vitória Régia Leonardo Ferreira, em face da sentença, proferida em 07/07/2008, que julgou parcialmente procedente o pedido para conceder pensão por morte na proporção de 50% à Vitória Régia Leonardo Ferreira (companheira) e 50% à Gasparina Silva Gonçalves (esposa), a partir do ajuizamento da ação. Com correção monetária e juros de mora. Fixou verba honorária em 10% sobre o valor do débito atualizado, na proporção do direito reconhecido à autora (50%) e nos termos da Súmula 111 do STJ. Custas *ex legis*. Condenou a autora nos ônus da sucumbência ao patrono de Gasparina Silva Gonçalves, suspensa a cobrança nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50. Sujeitou a sentença ao reexame necessário.

Em suas razões de apelação, alega o INSS, que não foram preenchidos os requisitos legais para concessão de pensão por morte, a saber, a ausência de qualidade de dependente, com a prova de união estável, à época do óbito. Caso mantido o *decisum*, requer que o termo inicial do benefício seja a partir do Ofício expedido ao Instituto para proceder ao rateio, com exclusão da correção monetária e juros de mora, pugnando a redução da verba honorária.

Por sua vez, recorre a autora ao argumento de que faz jus a 100% do benefício de pensão por morte, não sendo devido o rateio com a ex-esposa, ante a separação de fato.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

No custo da presente demanda sobreveio o falecimento da parte autora, conforme Certidão de Óbito à fl. 214, ocorrido em 05/04/2015.

Habilitação de herdeiros:

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator):

Inicialmente, o novo Código de Processo Civil elevou o valor de alçada para a remessa “ex officio”, de 60 (sessenta) salários mínimos, para 1.000 (mil) salários-mínimos, “*verbis*”:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; [...] - grifo nosso.

Considerando que a remessa oficial não se trata de recurso, mas de simples condição de eficácia da sentença, as regras processuais de direito intertemporal a ela não se aplicam, de sorte que a norma supracitada, estabelecendo que não necessitam ser confirmadas pelo Tribunal condenações da União em valores inferiores a 1000 (um mil) salários mínimos, tem incidência imediata aos feitos em tramitação nesta Corte, ainda que para cá remetidos na vigência do revogado CPC.

Nesse sentido, a lição de Nelson Nery Jr.:

A remessa necessária não é recurso, mas condição de eficácia da sentença. Sendo figura processual distinta da do recurso, a ela não se aplicavam as regras do direito intertemporal processual vigente para os eles: a) cabimento do recurso rege-se pela lei vigente à época da prolação da decisão; b) o procedimento do recurso rege-se pela lei vigente à época em que foi efetivamente interposto o recurso - Nery. Recursos, n. 37, pp. 492/500. Assim, a L 10352/01, que modificou as causas em que devem ser obrigatoriamente submetidas ao reexame do tribunal, após a sua entrada em vigor, teve aplicação imediata aos processos em curso. *Consequentemente, havendo processo pendente no tribunal, enviado mediante a remessa necessária do regime antigo, o tribunal não poderá conhecer da remessa se a causa do envio não mais existe no rol do CPC 475.* É o caso por exemplo, da sentença que anulou o casamento, que era submetida antigamente ao reexame necessário (ex- CPC 475 I), circunstância que foi abolida pela nova redação do CPC 475, dada pela L 10352/01. Logo, se os autos estão no tribunal apenas para o reexame de sentença que anulou o casamento, o tribunal não pode conhecer da remessa. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11ª edição, pág 744.

Dessa forma, tendo em vista que o valor de alçada no presente feito não supera 1.000 (um mil) salários mínimos, não conheço da remessa oficial.

Passo à análise do mérito.

A pensão por morte, benefício devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, está disciplinada pela Lei nº 8.213/1991, nos artigos 74 a 79, cujo termo inicial, previsto no artigo 74, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, é fixado conforme a data do requerimento, da seguinte forma: (i) *do óbito*, quando requerida até trinta dias depois deste; (ii) *do requerimento*, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (iii) *da decisão judicial*, no caso de morte presumida.

Deve-se atentar, sobre o tema, ao que prescreve a súmula 340, do STJ, no sentido de que o termo inicial das pensões decorrentes de *óbitos anteriores à vigência da Lei nº 9.528/97* é sempre a data do óbito do segurado porque se aplicam as normas então vigentes.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os RREE 415.454 e 416.827, Pleno, 8.2.2007, Gilmar Mendes, entendeu que o benefício previdenciário da *pensão por morte* deve ser regido pela lei vigente à época do óbito de seu instituidor.

Não constitui demasia sublinhar que, por não correr a prescrição em relação aos *dependentes absolutamente incapazes*, mesmo que o benefício seja requerido depois de decorridos os 30 (trinta) dias do óbito do segurado, este será o termo inicial do benefício.

Na redação original do artigo 75, da Lei nº Lei 8.213/91, a RMI da pensão por morte era calculada mediante a aplicação do coeficiente de 80% (oitenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se estivesse aposentado na data do seu falecimento, mais tantas parcelas de 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os seus dependentes, até o máximo de 2 (dois). Caso decorrente de acidente de trabalho, o coeficiente era de 100% (cem por cento) do salário de benefício ou do salário de contribuição vigente no dia do acidente, o que fosse mais vantajoso.

Com as modificações da Lei nº 9.032/95, o RMI passou a ser de 100% (cem por cento) do salário de benefício, mesmo que decorrente de acidente de trabalho.

Atualmente, o valor da renda mensal, de acordo com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.528/97, corresponde a 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia na data do óbito, e, se não estava aposentado, 100% (cem por cento) da aposentadoria que receberia se fosse aposentado por invalidez.

O artigo 16, da Lei 8.213/91, enumera as pessoas que são beneficiárias da Previdência Social, na condição de *dependentes do segurado*:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Observe-se que na redação original do dispositivo, antes das alterações introduzidas pela Lei nº 9.032 de 28/04/95, eram contemplados também a pessoa designada, menor de 21 anos ou maior de 60 anos ou inválida.

Havendo mais de um dependente, a renda mensal do benefício é rateada em partes iguais (artigo 77, da Lei nº Lei 8.213/91), e, cessando o direito de um dos dependentes, sua parte reverte em favor dos demais (artigo 77, § 1º, da Lei nº Lei 8.213/91).

Nota-se que, nos termos do § 4º do artigo em questão, é imperioso que os beneficiários

comprovem a dependência econômica em relação ao instituidor do benefício, sendo que em relação às pessoas discriminadas no inciso I, a dependência é presumida. Tal *condição de dependente*, cumpre sublinhar, deve ser *aferida no momento do óbito do instituidor*, já que é com o falecimento que nasce o direito.

Conforme a lição de FREDERICO AMADO (*In* “Direito e Processo Previdenciário Sistematizado”, 4ª edição, 2013, Editora Jus Podivm, p. 658-659), “também serão dependentes preferenciais o parceiro homoafetivo e o ex-cônjuge ou companheiro(a) que perceba alimentos” (...) assim como “o *cônjuge separado de fato*”, mas este sem a presunção de dependência econômica. Com relação ao filho e ao irmão do instituidor, ressalta que o benefício só será devido quando a “invalidez tenha ocorrido antes da emancipação ou de completar a idade de vinte e um anos, desde que reconhecida ou comprovada, pela perícia médica do INSS, a continuidade da invalidez até a data do óbito do segurado”.

Nos termos do art. 26, I, da Lei 8.213/91, o deferimento de pensão por morte independe do cumprimento de carência, mas é necessário que o óbito tenha ocorrido enquanto o trabalhador tinha qualidade de segurado, salvo se preenchidos todos os requisitos para a concessão da aposentadoria.

Contudo, após a edição da Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014, posteriormente convertida na Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015, voltou a ser exigida uma *carência mínima de 18 (dezoito) contribuições mensais*, exclusivamente no caso da pensão destinada a cônjuge ou companheiro, nos termos da atual redação do art. 77, Inc. V, *caput*, da Lei 8.213/1991. Caso esta carência não tenha sido cumprida, ou caso o casamento ou união estável tenham se iniciado menos de dois anos antes da morte do segurado, somente poderá ser concedida pensão provisória, pelo prazo de quatro meses, conforme alínea “b” do referido inciso.

O *termo final* do benefício em questão, de acordo como o parágrafo 2º do artigo 77, da Lei 8.213/91, ocorre com: (i) a morte do pensionista; (ii) a emancipação ou a idade de 21 anos, salvo se inválido, do filho, equiparado ou irmão; (iii) a cessação da invalidez do pensionista inválido; (iv) o levantamento da interdição do pensionista com deficiência mental ou intelectual; e (v) o reaparecimento do segurado, no caos de morte presumida.

A atual redação do referido dispositivo inovou, ainda, ao estabelecer *prazos para a cessação da pensão ao cônjuge ou companheiro*, conforme a idade do dependente na época do óbito do segurado. Os prazos foram estabelecidos na alínea “c”, que assim dispõe:

Art. 77. (...)

§ 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará:

(...)

V - para cônjuge ou companheiro:

(...)

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 2º-A. Serão aplicados, conforme o caso, a regra contida na alínea “a” ou os prazos previstos na alínea “c”, ambas do inciso V do § 20, se o óbito do segurado decorrer de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho, independentemente do recolhimento de 18 (dezoito) contribuições mensais ou da comprovação de 2 (dois) anos de casamento ou de união estável. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 2º-B. Após o transcurso de pelo menos 3 (três) anos e desde que nesse período se verifique o incremento mínimo de um ano inteiro na média nacional única, para ambos os sexos, correspondente à expectativa de sobrevida da população brasileira ao nascer, poderão ser fixadas, em números inteiros, novas idades para os fins previstos na alínea “c” do inciso V do § 20, em ato do Ministro de Estado da Previdência Social, limitado o acréscimo na comparação com as idades anteriores ao referido incremento. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

Inicialmente, verifico que a sentença é *ultra petita* no ponto em que concedeu pensão por morte à corré Gasparina Silva Gonçalves. Ao contestar a pretensão da autora Vitória Régia, limitou-se a afastar a existência de união estável entre esta e o falecido, pela inexistência de dependência econômica.

Dessarte, conheço *de ofício* o vício de sentença *ultra petita* no ponto em que concedeu pensão por morte à Gasparina, ante a ausência de pedido nesse sentido.

Prosseguindo, na hipótese, a ocorrência do evento morte, em 15/06/1996, encontra-se devidamente comprovada pela certidão de óbito (fl. 13).

Verifica-se presente a controvérsia acerca da qualidade de dependente em relação ao *de cujus*.

Quanto à condição de dependente da parte autora, verifico que é presumida por se tratar de companheira do falecido Antonio Peres Gonçalves.

O falecido era casado com Gasparina Silva Gonçalves, porém, estavam separados de fato, vindo ele a viver maritalmente com a autora Vitória Régia.

Infere-se dos depoimentos pessoais e de testemunhas, às fls. 136-139 e 154-156, e documento de fl. 14, 13, que à época do óbito, o *de cujus* vivia em união estável com Vitória Régia durante 6 (seis) anos e estava separado de fato de Gasparina.

À época do falecimento, foi concedida pensão por morte à Gilmar Silva Gonçalves, filho de Antonio Peres, com DIB em 15/06/1996 (fl. 104), cujo benefício foi cessado em 15/10/99 (Consulta ao CNIS).

A parte autora não juntou cópia do requerimento administrativo, tendo ajuizado a ação em 03/04/2006.

Dessarte, o termo inicial do benefício deve ser a partir da citação (04/05/2006, fl. 44), quando a autarquia tomou conhecimento do pedido da autora, tendo apresentado contestação, e não da data da expedição de ofício ao INSS, como requer a autarquia apelante.

Assim, o benefício é devido na proporção de 100% à autora Vitória Régia Leonardo Vieira, desde a citação até 05/04/2015, quando a autora veio a falecer (Certidão de Óbito à fl. 214).

Os honorários advocatícios não merecem reforma, devendo ser mantidos conforme a

sentença, por estarem de acordo com o entendimento desta E. 8ª Turma.

Não prospera a alegação de que os consectários da condenação devem ser excluídos, pois são inerentes ao valor justo e devido da condenação, àquele que teve seu direito preterido indevidamente. Trata-se de recomposição do valor corroído pela inflação e decorrente da mora do devedor.

Com efeito, a correção monetária e aos juros de mora, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960 /09, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento. Esse último período, compreendido entre a condenação e a expedição do precatório, ainda está pendente de apreciação pelo STF (Tema 810, RE nº 870.947, repercussão geral reconhecida em 16/04/2015).

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

“In casu”, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que a matéria não está pacificada, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005 (AC 00056853020144036126, DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2016)

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO DA REMESSA OFICIAL, CONHEÇO DE OFÍCIO O VÍCIO DE SENTENÇA ULTRA PETITA NO PONTO EM QUE CONCEDEU PENSÃO POR MORTE À GASPARINA SILVA GONÇALVES, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DE VITÓRIA RÉGIA LEONARDO VIEIRA, E DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO INSS para fixar o termo inicial do benefício, nos moldes acima explicitados.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0044458-10.2010.4.03.9999
(2010.03.99.044458-5)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: LUCIENE CARLOS MESQUITA SILVA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ILHA SOLTEIRA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI
Classe do Processo: AC 1572119
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/01/2017

EMENTA

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RETRATAÇÃO. ARTIGO 1040, INCISO II, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RE 567.985/MT, 580.963/PR e RESP 1.112.557/MG. MISERABILIDADE AFASTADA. DECISÃO MANTIDA.

- Os valores dos benefícios recebidos pela genitora da parte autora (aposentadoria e pensão) não devem ser excluídos do cálculo da renda “per capita”, uma vez que, somados, superam o piso mínimo.

- A renda “per capita” do núcleo familiar supera metade do salário mínimo, sem contar com os ganhos de Adélio que, apesar de arcar com pensão alimentícia aos filhos, também pagava financiamento de um veículo que, embora não revelado pelo estudo social, certamente servia ao grupo familiar, especialmente diante da limitação de deambulação da autora atestada no laudo médico.

- Sopesados todos os elementos probantes amealhados, temos que se trata de família certamente modesta e imersa em cenário de pobreza, não, contudo, em contingência de miséria, esta, sim, apta a amparar a outorga do benefício pleiteado.

- Mantida a decisão impugnada que se encontra em sintonia com os paradigmas colacionados pela e. Vice-Presidência.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, manter a decisão impugnada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de dezembro de 2016.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

Luciene Mesquita Silva, ajuizou ação em face do INSS pleiteando a concessão de benefício assistencial a pessoa portadora de deficiência.

A sentença de fls. 95/98 julgou procedente o pedido, condenando a autarquia previden-

ciária ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor das prestações vencidas nos termos da Súmula 111 do STJ.

Inconformado, o INSS interpôs apelação que foi provida pela decisão de fls. 127/130, para julgar improcedente o pedido.

Agravo legal da demandante ao qual esta Nona Turma negou provimento (fls. 144/147), ensejando Embargos de Declaração que foram rejeitados (fls. 156/160).

Recurso Especial interposto pela parte autora, sendo determinada pela e. Vice-Presidência a suspensão do feito até julgamento dos RESP que especifica (fl. 241). Posteriormente, determinou-se a devolução dos autos à Turma Julgadora para efeito de eventual juízo de retratação (543-B, § 3º, e 543-C, § 7º, II, do CPC/1973), tendo em conta o decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos RE nº 567.985/MT e 580.963/PR, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.112.557/MG.

Em síntese, o relatório.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANA PEZARINI (Relatora):

De pronto, para contextualizar o presente julgamento, convém esclarecer que a decisão da E. Vice Presidência encaminhou os autos para os fins do art. 543-C, § 7º, do CPC/1973, tendo em vista o decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos RE nº 567.985/MT e 580.963/PR, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.112.557/MG.

No RE nº 567.985/MT restou assentado pelo STF que a despeito da declaração de constitucionalidade da norma do artigo 20, § 3º, da LOAS, quando da manifestação da Corte na ADI nº 1.232/DF, mudanças no contexto fático e jurídico tiveram o condão de promover um processo de inconstitucionalização desse preceito legal, o qual não deve ser tomado, portanto, como parâmetro objetivo único de aferição da miserabilidade. Veja-se a ementa:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar

o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93. 5. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (DJ 03/10/2013).

Tal interpretação foi ratificada no julgamento do RE nº 580.963/PR, submetido à sistemática da repercussão geral, quando foi assentada a inconstitucionalidade por omissão do artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, assim ementado:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que: “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela Lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para

fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS. Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo. Omissão parcial inconstitucional. 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (DJ 14/11/2013).

De outro lado, no RESP nº 1.112.557/MG o c. STJ fixou entendimento de que o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 deve ser interpretado no sentido de amparar o cidadão vulnerável, concluindo-se que a delimitação do valor da renda familiar “per capita” prevista na LOAS não constitui o único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiário.

Eis a ementa desse julgado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A CF/88 prevê em seu art. 203, *caput* e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. 2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. 3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001). 4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável. 5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo. 6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarificação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar. 7. Recurso Especial provido.

Necessário, assim, que se atente ao alcance da presente apreciação - adstrita a mensurar se o acórdão antes proferido se sustenta nos pontos especificamente cuidados nos *leading case* mencionados pela d. Vice-Presidência. Não se trata, pois, de mero rejugamento da causa, nem tampouco de averiguar, de maneira ampla, a justiça da decisão e se o melhor direito foi, de fato, aplicado.

Avançando, então, na análise própria desta oportunidade, importa analisar o estudo social realizado, uma vez que a incapacidade laborativa da parte autora não se insere no âmbito do julgamento nesta oportunidade.

O estudo social acostado a fls. 88/89, datado de 19/11/2009, revela que o núcleo familiar é integrado pela autora, sua mãe, Almerinda Sebastiana de Mesquita, e seu irmão, Adélio Carlos Mesquita, 41 anos, motorista da Prefeitura Municipal. A renda familiar é composta por dois salários mínimos percebidos pela genitora a título de aposentadoria e pensão, além do salário do irmão, no valor de R\$ 1.226,44, não computadas eventuais horas extras. Ainda, que o irmão colabora apenas com um cartão alimentação no valor de R\$ 49,00, uma vez que o restante é comprometido por dívidas de financiamento de um carro e pagamento de pensão alimentícia para quatro filhos que residem em Goiás.

Destaque-se que os valores dos benefícios recebidos pela genitora da parte autora não devem ser excluídos do cálculo da renda “per capita”, uma vez que, somados, ultrapassam o piso mínimo - à época, o valor do salário mínimo era de R\$ 465,00.

Logo, a renda “per capita” do núcleo familiar supera metade do salário mínimo, sem contar com os ganhos de Adélio que, apesar de arcar com pensão alimentícia aos filhos, também pagava financiamento de um veículo que, embora não revelado pelo estudo social, certamente servia ao grupo familiar, especialmente diante da limitação de deambulação da autora atestada no laudo médico de fls. 74/77.

Sopesados, então, todos os elementos probantes amealhados, temos que se trata de família certamente modesta, não se vislumbrando, contudo, cenário de privações ou contingência de miséria, esta, sim, apta a amparar a outorga do benefício pleiteado.

E, como se sabe, dentre os escopos do benefício de prestação continuada, não está o de complementar renda ou propiciar maior conforto ao interessado (e.g.: AC00394229420044039999, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, TRF3, Nona Turma, DJU 24/11/2005).

Assim, não restou comprovada situação de hipossuficiência, ainda que por outros meios probantes, como indicado no sobredito paradigma do C. Supremo Tribunal Federal, exarado em repercussão geral.

Desse modo, a decisão impugnada encontra-se em sintonia com os paradigmas colacionados pela e. Vice-Presidência.

Ante o exposto, em juízo de retratação, nos termos do artigo 1040, inciso II, do Novo Código de Processo Civil, mantenho a decisão que negou provimento ao agravo legal da parte autora.

Remetam-se os autos à e. Vice-presidência para as providências cabíveis.

É como voto.

Desembargadora Federal ANA PEZARINI - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0044870-04.2011.4.03.9999

(2011.03.99.044870-4)

Agravante: EDNA APARECIDA DE SOUZA SANTOS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelantes: EDNA APARECIDA DE SOUZA SANTOS E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE SÃO CAETANO DO SUL - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO

Classe do Processo: ApelReex 1695030

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC/73). PODERES DO RELATOR. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PROVA PERICIAL. INTERPRETAÇÃO *CONTRARIO SENSU*. ART. 436 DO CPC/73. ADOÇÃO DAS CONCLUSÕES PERICIAIS. MATÉRIA NÃO ADSTRITA À CONTROVÉRSIA MERAMENTE JURÍDICA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INFIRMEM O PARECER DO EXPERTO. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. CONVICÇÕES DO MAGISTRADO. PREEXISTÊNCIA DA INCAPACIDADE. REFILIAÇÃO TARDIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 42, § 2º E 59, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DA LEI Nº 8.213/91. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NÃO CARACTERIZADOS. RECURSO DESPROVIDO.

1 - É dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com “súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária “à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC/73).

2 - O denominado agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC/73) tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida.

3 - Em consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, verifica-se que a agravante recolheu como “Empresário/Empregador” de 01/12/85 a 31/12/85 e de 01/08/86 a 31/01/87 (7 meses de contribuição). Ficou afastada do RGPS por 21 (vinte e um) anos, tendo reingressado na data de 01/01/2008, quando já contava com 57 (cinquenta e sete) anos, como segurada facultativa. Logo após, pleiteou auxílio-doença, tendo gozado do benefício por diversas vezes, o primeiro iniciado na data de 19/12/2008.

4 - O experto afirma em seu parecer técnico, elaborado no dia 04/11/2010, que a pericianda encontra-se acometida de mal incapacitante e irreversível pelo menos desde 2008, qual seja, “Mononeurite múltipla e Polirradiculoneurite crônica”, bem como

apresenta “doenças associadas como Diabetes Mellitus e Hipertensão arterial”. Esclarece no corpo do texto que a mononeurite múltipla se cuida de um grupo de sintomas, não uma doença distinta (fl. 74).

5 - Assevero que da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, a *contrario sensu* do que dispõe o art. 436 do CPC/73 e do princípio do livre convencimento motivado, a não adoção das conclusões periciais, na matéria técnica ou científica que refoge à controvérsia meramente jurídica depende da existência de elementos robustos nos autos em sentido contrário e que infirmem claramente o parecer do experto. Atestados médicos, exames ou quaisquer outros documentos produzidos unilateralmente pelas partes não possuem tal aptidão, salvo se aberrante o laudo pericial, circunstância que não se vislumbra no caso concreto. Por ser o juiz o destinatário das provas, a ele incumbe a valoração do conjunto probatório trazido a exame. Precedentes: STJ, 4ª Turma, RESP nº 200802113000, Rel. Luis Felipe Salomão, DJE: 26/03/2013; AGA 200901317319, 1ª Turma, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJE. 12/11/2010.

6 - Saliente-se que a perícia médica foi efetivada por profissional inscrito no órgão competente, o qual respondeu aos quesitos elaborados e forneceu diagnóstico com base na análise do histórico da parte e de exames complementares por ela fornecidos, bem como efetuando demais análises que entendeu pertinentes, e, não sendo infirmado pelo conjunto probatório, referida prova técnica merece confiança e credibilidade.

7 - Desta forma, do contexto, extrai-se que, ao se reafirmar em 01/01/2008, frise-se, após 21 (vinte um) anos sem verter contribuições, a autora já era portadora das doenças descritas no laudo pericial, estando configurada, portanto, a preexistência desses males, apontando que a filiação foi tardia.

8 - Diante de tais elementos, aliados às máximas de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, conforme expressamente dispõe o art. 335 do CPC/73, inevitável a conclusão de que, quando já incapaz de exercer suas atividades habituais, decidiu a parte autora filiar-se ao RGPS com o objetivo de buscar, indevidamente, proteção previdenciária que não lhe alcançaria, conforme vedações constantes dos artigos 42, § 2º e 59, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.213/91.

9 - O fato do INSS ter lhe concedido anteriormente o benefício não tem o condão de cancelar a sua filiação ao RGPS, pois um erro não justifica o outro. Além do mais, acolher tal argumentação implicaria, por vias transversas, em se impedir que a Administração corrigisse os seus próprios equívocos e potenciais ilegalidades, fazendo com que tais condutas se perpetuassem no tempo.

10 - Decisão que não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

11 - Agravo legal da parte autora desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo legal da parte autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS DELGADO (Relator):

Trata-se de agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC/73) interposto por EDNA APARECIDA DE SOUZA SANTOS contra a decisão monocrática proferida pelo Juiz Federal Convocado Carlos Francisco, que deu provimento à remessa oficial e apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Razões recursais às fls. 168/175, oportunidade em que requer a reforma da decisão, uma vez que, no seu entender, a incapacidade sobreveio por motivo de progressão ou agravamento da doença, não sendo, portanto, a patologia preexistente.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS DELGADO (Relator):

A decisão ora recorrida encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

Trata-se de ação que busca a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Com processamento regular, foi proferida sentença de mérito pela procedência do pedido (fls.93/100).

Inconformados, a parte-autora e o INSS apelaram requerendo a reforma do julgado (fls.102/109 e 111/118, respectivamente).

Com contrarrazões da parte-autora (fls.122/132), subiram os autos a este Tribunal.

Decido.

Verifico que o presente caso contém os elementos que permitem a aplicação do disposto no art. 557 do Código de Processo Civil, extensível à eventual remessa oficial, a teor da Súmula 253 do C. STJ.

Como requisito de eficácia de sentenças proferidas em desfavor de entes estatais, a remessa oficial terá a extensão da sucumbência do ente público, observados os requisitos e cláusulas de dispensa previstas na lei processual. Contudo, conforme sedimentado na Súmula 490 do E. STJ, “A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.” A mesma orientação consta também no REsp 1101727 / PR (2008/0243702-0), Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, v.u., DJe 03/12/2009, submetido ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil.

Em vista da legislação vigente na data em que são reunidos os requisitos materiais e formais para a concessão de benefícios previdenciários, e para o que interessa a este feito, a aposentadoria por invalidez está prevista nos arts. 42 a 47, ao passo em que o auxílio-doença está contido nos arts. 59 a 63, todos da Lei 8.213/1991.

Por força desses preceitos normativos, a concessão da aposentadoria por invalidez depende, cumulativamente, da comprovação: a) da incapacidade total e permanente para o trabalho;

b) de doença ou lesão posterior ao ingresso do requerente como segurado ou, se anterior, se a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão; c) da carência de 12 contribuições (observadas as exceções legais), estando ou não a pessoa no gozo do auxílio-doença; d) da condição de segurado (obrigatório ou facultativo) da Previdência Pública do trabalhador no momento do surgimento da incapacidade.

Tanto quanto a aposentadoria por invalidez, o auxílio-doença é benefício previdenciário substitutivo do trabalho, motivo pelo qual ambos têm requisitos semelhantes. A diferença é que concessão de auxílio-doença se dá em casos nos quais o trabalhador pode ser recuperado ou readaptado (reabilitado) para o trabalho, e, por isso, a incapacidade laboral pode ser parcial e permanente ou total e temporária, perdurando enquanto houver doença incapacitante. Por isso, é necessário flexibilizar a análise do pedido em ações judiciais a propósito desses temas, de modo que é possível conceder aposentadoria por invalidez se o pedido foi de auxílio-doença (com fundamento especialmente na celeridade e otimização da prestação jurisdicional que decorrem da duração razoável do processo) bem como é possível conceder auxílio-doença se requerida aposentadoria por invalidez (não só porque pelo argumento a maiori, *ad minus*, mas também pela economicidade e pela eficiência que orientam a atuação estatal), mesmo porque restam preservados a ampla defesa e o contraditório nessa flexibilização.

É verdade que haverá incapacidade total e permanente se o trabalhador for insuscetível de reabilitação para atividade que lhe garanta a subsistência segundo suas qualificações profissionais, idade e demais elementos que se inserem em seu contexto. Por tudo isso é essencial a realização de parecer ou perícia médica que viabilize a aferição, no caso concreto, de deficiência do trabalhador para atividades que possam prover seu sustento.

Diante do sistema solidário que deriva da construção jurídica da seguridade social brasileira, o cumprimento da carência e a condição de segurado são também requisitos relevantes, porque exibem o comprometimento do trabalhador com a manutenção financeira dos benefícios pecuniários pagos pelo INSS. Por isso, a incapacidade laborativa não pode existir antes do ingresso no sistema de seguridade, sob pena de ofensa tanto à solidariedade quanto à própria igualdade (na medida em que não só a necessidade pessoal deve mover o trabalhador a contribuir para as reservas que financiam o seguro social).

Embora exigindo em regra apenas 12 contribuições (art. 24 e art. 25, I, da Lei 8.213/1991), a carência por certo é dispensável nas hipóteses do art. 26, II, da mesma Lei 8.213/1991, que prevê inexistência em casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social (e suas atualizações), de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado. Até que seja elaborada a lista de doenças referidas, o art. 151 da Lei 8.213/1991 dispensa de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada. O art. 11, VII, o art. 26, III, e o art. 39, I, todos da Lei 8.213/1991 também dispensam de carência aqueles que se caracterizam como segurados especiais nas formas de “pequenos produtores” ou “pescadores artesanais” ou que inserem no denominado “regime de economia familiar”.

Enquanto se verificar o trabalho e as contribuições, haverá condição de segurado do Regime Geral, exigência que estimula a permanência do trabalhador no sistema solidário da seguridade. Contudo, em regra, cessado o trabalho e as contribuições, há a perda da condição de segurado no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do fi-

nal dos prazos previstos no art. 15 da Lei 8.213/1991. Antes disso se dá o chamado “período de graça” porque até então ficam mantidos a filiação e conseqüentes direitos perante a Previdência Social (note-se, por prazo indeterminado para quem está no gozo de benefícios conforme art. 15, I da Lei 8.213/1991), tudo extensível ao trabalhador doméstico por força do art. 63 da Lei Complementar 150/2015. É claro que será mantida a condição de segurado (mesmo além dos prazos do art. 15 da Lei 8.213/1991) se houver demonstração clara de que a incapacidade laboral o impediu a continuidade ou o retorno tempestivo ao trabalho.

Nos termos do art. 24, parágrafo único, da Lei 8.213/1991, havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido.

A propósito das provas da carência e da condição de segurado, por certo servem para tanto a carteira de trabalho, carnês ou guias de recolhimento de contribuições previdenciárias e demais meios de prova, especialmente as indicações do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) mantido pelo próprio INSS (e, por isso, dotado de presunção relativa de veracidade e de validade). Contudo, o trabalhador (rural ou urbano) também poderá demonstrar esses elementos por prova testemunhal fortalecida por início de prova documental, com amparo na Súmula 149 do E. STJ.

Presentes os requisitos, em regra, o termo inicial do benefício é o momento no qual o mesmo é reclamado junto ao INSS pelas vias próprias, quais sejam, a data do requerimento administrativo (se houver) ou a data da citação (dos dois, a anterior), conforme decidido pelo E. STJ no RESP 1369165, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 26/02/2014, submetido à sistemática dos recursos repetitivos. Somente em casos de atraso na citação imputado ao Poder Judiciário é que aplica a Súmula 106 do E. STJ, quando a data da distribuição da ação judicial é o termo inicial. Dentre outros momentos que, por exceção, podem ser definidos como termo inicial estão a data da incapacidade (quando superveniente ao requerimento administrativo ou à citação/ajuizamento), caso no qual caberá ao laudo pericial a exata definição do momento a partir de sua análise concreta. É pertinente também fixar a data da indevida cessação em caso de restabelecimento de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez. Importante observar que o termo inicial do benefício (momento no qual é concedido, independentemente da data do primeiro pagamento) é também referência para a definição dos critérios legais aplicáveis ao cálculo do benefício.

Após a concessão, há outra diferença relevante entre esses benefícios por incapacidade, uma vez que a aposentadoria por invalidez é paga por tempo indeterminado (por conta da permanente incapacidade, embora novos procedimentos científicos possam ensejar a recuperação da capacidade laboral) e o auxílio-doença pode ser pago por tempo indeterminado ou determinado (dependendo da incapacidade e possibilidade de recuperação ou readaptação do segurado). Por isso, esses benefícios permitem análises periódicas por parte das autoridades administrativas, bem como a delimitação temporal em certas circunstâncias do auxílio-doença.

No caso dos autos, foi requerida a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, a partir da data da alta médica indevida do auxílio-doença NB 533.617.662-8, em 28.02.2009. A propositura da presente demanda deu-se em 30.10.2009 (fls.2), tendo sido efetivada a citação do réu em 20.11.2009 (fls.30).

A sentença julgou procedente pedido de aposentadoria por invalidez desde o dia seguinte à alta médica, em 18.02.2009, arbitrando honorários em 10% do valor das parcelas vencidas até a sentença, nos termos da Súmula 111 STJ. Determinou que as prestações vencidas sejam acrescidas de juros de 0,5% ao mês, a partir da citação, nos termos da Súmula 204 STJ e correção monetária nos termos estabelecidos pela Súmula 8 TRF 3ª Região.

O INSS apela requerendo a reforma da sentença, ao argumento de que a doença é preexistente ao ingresso na Previdência; pugna, ainda, pela fixação do termo inicial do benefício na data da juntada do laudo pericial.

A parte-autora, de seu turno, requer a majoração da verba honorária para 15% sobre o valor da condenação.

Contudo, observo que a doença da parte-autora é preexistente ao tempo em que reingressou no sistema de seguridade. A esse propósito, inicialmente é necessário frisar que a Seguridade Social brasileira está construída sobre os parâmetros jurídicos da solidariedade, de modo que a seguro social depende do cumprimento de um conjunto de requisitos distribuídos por toda sociedade e também para o Estado, especialmente por trabalhadores, sendo certo que as contribuições necessárias ao custeio desse conjunto de benefícios pecuniários devem ser recolhidas mesmo quando o trabalhador não está acometido de doenças incapacitantes.

Não havendo contribuições por parte dos trabalhadores (contribuintes obrigatórios ou facultativos) sob a lógica solidária que mantém o sistema de seguridade, e se esses trabalhadores só fazem discretas contribuições quando já estão acometidos de doenças incapacitantes, por certo o benefício previdenciário não é devido à luz da Lei 8.213/1991 e da própria lógica constitucional da Previdência.

Se de um lado é verdade que eventuais concessões de benefícios na via administrativa desfrutam de presunção relativa de veracidade e de validade, de outro lado também é verdade que o Poder Público tem o dever de rever seus atos quando inválidos (Súmula 473 do E.STF), motivo pelo qual a concessão de benefícios previdenciários em casos de preexistência da doença incapacitante não pode influir na análise judicial.

Realizada perícia em 04.11.2010, ficou constatado que a parte autora apresenta “incapacidade total e permanente”, por ser portadora de mononeurite múltipla G 58-7 e polirradiculoneurite crônica G 62-9 (fls.70/78). Ficou consignado ainda que as moléstias são irreversíveis e não há possibilidade de reabilitação.

De acordo com o laudo, as datas de início da doença e da incapacidade confundem-se, tendo sido iniciadas em 2008 (fls.77), não havendo previsão de cura.

Observando o histórico da parte-autora, nota-se que ao tempo do laudo pericial tinha 59 anos (porque nasceu em 18.09.1951, fls.8), estudou até o ensino fundamental, alegando ter trabalhado como costureira.

Com relação à carência e à condição de segurado, consoante pesquisa realizada no CNIS (fls. 10/11, 90 e 119), há registro de que a parte-autora verteu contribuições previdenciárias, como contribuinte individual - empresário, nos seguintes meses: 12.1985; 08.1986 a 01.1987; 01.2008 a 11.2008; 05.2009 a 09.2010; 03.2012; 04.2012; 06.2012 a 08.2012; 01.2013 a 08.2013; 02.2014 a 06.2014 e de 12.2014 a 10.2015. Esteve em gozo de auxílio-doença em diversos períodos, inclusive após o ajuizamento da vertente ação, quais sejam: 19.12.2008 a 18.04.2009; 10.10.2010 a 22.08.2011; 27.09.2011 a 28.02.2012; 27.09.2012 a 11.12.2012; 30.09.2013 a 10.01.2014 e de 02.07.2014 a 01.11.2014.

Não obstante, pelo que consta dos autos, a parte-autora ficou 21 anos sem recolher contribuições previdenciárias (entre 1987 e 2008), tendo retornado aos recolhimentos como contribuinte individual para, pouco tempo após, fazer requerimento de benefício por incapacidade. Há preexistência da doença, uma vez que o perito judicial fixou a data de início da incapacidade no ano 2008, mas as patológicas crônicas da parte-autora dão claro indicativo de que somente voltou a recolher quando já estava acometida de doença incapacitante. Por isso, estão ausentes os requisitos para a concessão do benefício requerido.

Considerando que o feito tramitou sob os auspícios da justiça gratuita, quando vencida a parte-autora, não há condenação em sucumbência pois o E. STF já decidiu que a aplicação do disposto nos arts. 11 e 12 da Lei 1.060/1950 torna a sentença um título judicial condicional (RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence). Portanto, a parte-autora está isenta de custas, emolumentos e despesas processuais nos termos da Lei 1.060/1950.

Do exposto, nos termos do art. 557, do CPC, DOU PROVIMENTO à apelação do INSS e à remessa oficial.

Sem condenação em custas e honorários, respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem (g.n.).

É dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com “súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária “à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC/73).

De seu lado, o denominado agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC/73) tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida.

Aliás, “Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557, parágrafo 1º, do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do Relator quando bem fundamentada e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder” (TRF 3ª Região, 5ª Turma, AG nº 2007.03.00.018620-3, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 03/09/2007, DJU 23/10/2007, p. 384).

Em consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, verifica-se que a agravante recolheu como “Empresário/Empregador” de 01/12/85 a 31/12/85 e de 01/08/86 a 31/01/87 (7 meses de contribuição). Ficou afastada do RGPS por 21 (vinte e um) anos, tendo reingressado na data de 01/01/2008, quando já contava com 57 (cinquenta e sete) anos, como segurada facultativa. Logo após, pleiteou auxílio-doença, tendo gozado do benefício por diversas vezes, o primeiro iniciado na data de 19/12/2008.

O experto afirma em seu parecer técnico, elaborado no dia 04/11/2010, que a pericianda encontra-se acometida de mal incapacitante e irreversível pelo menos desde 2008, qual seja, “Mononeurite múltipla e Polirradiculoneurite crônica”, bem como apresenta “doenças associadas como Diabetes Mellitus e Hipertensão arterial”. Esclarece no corpo do texto que a mononeurite múltipla se cuida de um grupo de sintomas, não uma doença distinta (fl. 74).

Assevero que da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, a *contrario sensu* do que dispõe o art. 436 do CPC/73 e do princípio do livre convencimento motivado, a não adoção das conclusões periciais, na matéria técnica ou científica que refoge à controvérsia meramente jurídica depende da existência de elementos robustos nos autos em sentido contrário e que infirmem claramente o parecer do experto. Atestados médicos, exames ou quaisquer outros documentos produzidos unilateralmente pelas partes não possuem tal aptidão, salvo se aberrante o laudo pericial, circunstância que não se vislumbra no caso concreto. Por ser o juiz o destinatário das provas, a ele incumbe a valoração do conjunto probatório trazido a exame. Precedentes: STJ, 4ª Turma, RESP nº 200802113000, Rel. Luis Felipe Salomão, DJE: 26/03/2013; AGA 200901317319, 1ª Turma, Rel. Arnaldo Esteves Lima, DJE. 12/11/2010.

Saliente-se que a perícia médica foi efetivada por profissional inscrito no órgão competente, o qual respondeu aos quesitos elaborados e forneceu diagnóstico com base na análise do histórico da parte e de exames complementares por ela fornecidos, bem como efetuando demais análises que entendeu pertinentes, e, não sendo infirmado pelo conjunto probatório, referida prova técnica merece confiança e credibilidade.

Desta forma, do contexto, extrai-se que, ao se reafiliar em 01/01/2008, frise-se, após 21 (vinte e um) anos sem verter contribuições, a autora já era portadora das doenças descritas no laudo pericial, estando configurada, portanto, a preexistência desses males, apontando que a filiação foi tardia.

Diante de tais elementos, aliados às máximas de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, conforme expressamente dispõe o art. 335 do CPC/73, inevitável a conclusão de que, quando já incapaz de exercer suas atividades habituais, decidiu a parte autora filiar-se ao RGPS com o objetivo de buscar, indevidamente, proteção previdenciária que não lhe alcançaria, conforme vedações constantes dos artigos 42, § 2º e 59, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.213/91.

Acresça-se que o fato do INSS ter lhe concedido anteriormente o benefício não tem o condão de cancelar a sua filiação ao RGPS, pois um erro não justifica o outro. Além do mais, acolher tal argumentação implicaria, por vias transversas, em se impedir que a Administração corrigisse os seus próprios equívocos e potenciais ilegalidades, fazendo com que tais condutas se perpetuassem no tempo.

Por tais razões, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo legal da parte autora.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS DELGADO - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0047160-89.2011.4.03.9999

(2011.03.99.047160-0)

Apelantes: VITOR FERREIRA DO AMARAL E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ÁGUAS DE LINDÓIA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON PORFÍRIO

Classe do Processo: ApelReex 1699799

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/01/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. NATUREZA ESPECIAL DAS ATIVIDADES LABORADAS PARCIALMENTE RECONHECIDA. PADEIRO. EXPOSIÇÃO A CALOR ACIMA DOS LIMITES LEGALMENTE ADMITIDOS. AGENTE FÍSICO. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DO TEMPO ESPECIAL EM COMUM MEDIANTE APLICAÇÃO DO FATOR PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO, CARÊNCIA E QUALIDADE DE SEGURADO COMPROVADOS.

1. A aposentadoria por tempo de contribuição, conforme art. 201, § 7º, da constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 20/98, é assegurada após 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher. Nos dois casos, necessária, ainda, a comprovação da carência e da qualidade de segurado.
2. A legislação aplicável para caracterização da natureza especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelos Decretos nº 2.172/97 e nº 3.049/99.
3. Os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79 vigoram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.
4. A atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pode ser considerada especial, pois, em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, exceto para o agente nocivo ruído por depender de prova técnica.
5. É de considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos de 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos de 85 decibéis.
6. Efetivo exercício de atividades especiais comprovado por meio de formulários de insalubridade e laudos técnicos que atestam a exposição a agentes físicos agressores à saúde, em níveis superiores aos permitidos em lei.
7. No caso dos autos, os períodos incontroversos em virtude de acolhimento na via administrativa totalizam 21 (vinte e um) anos e 14 (quatorze) dias de tempo de contribuição (fl. 93), não tendo sido reconhecidos como de natureza especial nenhum dos períodos pleiteados. Portanto, a controvérsia colocada nos autos engloba ape-

nas o reconhecimento da natureza especial das atividades exercidas nos períodos de 01.02.1973 a 17.10.1976, 02.05.1977 a 31.07.1978, 01.12.1978 a 20.12.1980, 01.01.1982 a 03.02.1983, 01.05.1983 a 30.04.1984, 05.05.1987 a 31.12.1989, 01.10.1991 a 30.12.1992, 01.10.1994 a 31.08.1995, 01.03.2000 a 31.12.2003 e 01.08.1970 a 31.01.1971. Ocorre que, nos períodos de 01.02.1973 a 17.10.1976, 02.05.1977 a 31.07.1978, 01.12.1978 a 20.12.1980, 01.01.1982 a 03.02.1983, 01.05.1983 a 30.04.1984, 05.05.1987 a 31.12.1989, 01.10.1991 a 30.12.1992, 01.10.1994 a 31.08.1995, 01.03.2000 a 31.12.2003 e 01.08.1970 a 31.01.1971, a parte autora, na função de padeiro esteve exposta a calor acima dos limites legalmente admitidos (fls. 217/254), devendo ser reconhecida a natureza especial das atividades exercidas nesses períodos, conforme código 1.1.1 do Decreto nº 53.831/64, código 1.1.1 do Decreto nº 83.080/79, código 2.0.4 do Decreto nº 2.172/97 e código 2.0.4 do Decreto nº 3.048/99.

8. Somados todos os períodos comuns, inclusive rurais sem registro, e especiais, estes devidamente convertidos, totaliza a parte autora 39 (trinta e nove) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de tempo de contribuição até a data do requerimento administrativo (D.E.R. 09.03.2004).

9. O benefício é devido a partir da data do requerimento administrativo (D.E.R.) ou, na sua ausência, a partir da citação.

10. A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a devida expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

11. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença de primeiro grau, nos termos da Súmula 111 do E. STJ.

12. Reconhecido o direito da parte autora à aposentadoria por tempo de contribuição, a partir do requerimento administrativo (D.E.R. 09.03.2004), observada eventual prescrição quinquenal, ante a comprovação de todos os requisitos legais.

13. Remessa necessária e apelação do INSS desprovidas. Apelação da parte autora parcialmente provida. Fixados, de ofício, os consectários legais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa necessária e à apelação do INSS, dar parcial provimento à apelação da parte autora e fixar, de ofício, os consectários legais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator): Trata-se de pedido de aposentadoria por tempo de contribuição (melhor hipótese financeira) ajuizado por Vitor Ferreira do Amaral em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Contestação do INSS às fls. 103/133, na qual sustenta o não enquadramento das atividades exercidas pela parte autora como sendo de natureza especial, bem como a não comprovação do efetivo exercício do trabalho rural, requerendo, ao final, a improcedência total do pedido.

Laudo pericial às fls. 217/254.

Sentença às fls. 280/283, pela parcial procedência do pedido, para reconhecer os períodos de 01.02.1973 a 17.10.1976, 02.05.1977 a 31.07.1978, 01.12.1978 a 20.12.1980, 01.01.1982 a 03.02.1983, 01.05.1983 a 30.04.1984, 05.05.1987 a 31.12.1989, 01.10.1991 a 30.12.1992, 01.10.1994 a 31.08.1995, 01.03.2000 a 31.12.2003 e 01.08.1970 a 31.01.1971 como sendo de natureza especial e determinar a implantação da aposentadoria por tempo de contribuição proporcional da parte autora, fixando a sucumbência e a remessa necessária.

Apelação da parte autora às fls. 287/301, pela integral procedência do pedido formulado na exordial.

Apelação do INSS às fls. 304/308, pela improcedência total do pedido formulado na exordial.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO (Relator): Pretende a parte autora, nascida em 16.07.1949, o reconhecimento do exercício de atividades especiais nos períodos de 01.02.1973 a 17.10.1976, 02.05.1977 a 31.07.1978, 01.12.1978 a 20.12.1980, 01.01.1982 a 03.02.1983, 01.05.1983 a 30.04.1984, 05.05.1987 a 31.12.1989, 01.10.1991 a 30.12.1992, 01.10.1994 a 31.08.1995, 01.03.2000 a 31.12.2003 e 01.08.1970 a 31.01.1971, e a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (melhor hipótese financeira), a partir do requerimento administrativo (D.E.R. 09.03.2004).

Para elucidação da controvérsia, cumpre distinguir a aposentadoria especial, prevista no art. 57 da Lei nº 8.213/91, da aposentadoria por tempo de contribuição, prevista no art. 52 do mesmo diploma legal, pois a primeira pressupõe o exercício de atividade laboral considerada especial, pelo tempo de 15, 20 ou 25 anos, sendo que, cumprido esse requisito, o segurado tem direito à aposentadoria com valor equivalente a 100% do salário-de-benefício (§ 1º do art. 57), não estando submetido à inovação legislativa da EC 20/98, ou seja, inexistente pedágio ou exigência de idade mínima, nem submissão ao fator previdenciário, conforme art. 29, II, da Lei nº 8.213/91. Diferentemente, na aposentadoria por tempo de contribuição pode haver tanto o exercício de atividades especiais como o exercício de atividades comuns, sendo que os períodos de atividade especial sofrem conversão em atividade comum, aumentando assim o tempo de serviço do trabalhador, e, conforme a data em que o segurado preenche os requisitos, deverá

se submeter às regras da EC 20/98.

Da atividade especial.

No que se refere à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelo Decreto nº 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de contribuição para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, como a seguir se verifica.

O art. 58 da Lei nº 8.213/91 dispunha, em sua redação original que “(...) A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica (...)”. Com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, tal dispositivo legal teve sua redação alterada, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, na forma que segue:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1º a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

§ 2º Deverão constar do laudo técnico referido no parágrafo anterior informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo.

§ 3º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei.

§ 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador, e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento [...].

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13 de 23.10.97 - republicado na MP nº 1.596-14, de 10.11.97 e convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação foi definida apenas com a edição do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV). Ocorre que, em se tratando de matéria reservada à lei, tal disposição somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual a apresentação de laudo técnico só pode ser exigida a partir dessa última data. Nesse sentido é o entendimento majoritário do E. STJ:

PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.
[...]

- A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.

- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.

- Precedentes desta Corte.

- Recurso conhecido, mas desprovido (STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Assim, em tese, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois, em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030 (exceto para o agente nocivo ruído, por depender de prova técnica).

Ressalto que os Decretos nº 53.831/64 e nº 83.080/79 vigoram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

Saliento que não se encontra vedada a conversão de tempo especial em comum, exercida em período posterior a 28.05.1998, uma vez que ao ser editada a Lei nº 9.711/98, não foi mantida a redação do art. 28 da Medida Provisória nº 1.663-10, de 28.05.98, que revogava expressamente o parágrafo 5º, do art. 57, da Lei nº 8.213/91, devendo, portanto, prevalecer este último dispositivo legal, nos termos do art. 62 da Constituição da República.

Quanto ao agente nocivo ruído, o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, passou a considerar o nível de ruídos superior a 90 decibéis como prejudicial à saúde. Por tais razões, até ser editado o referido decreto, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 decibéis como agente nocivo à saúde. Com o advento do Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, houve nova redução do nível máximo de ruídos tolerável, uma vez que por tal decreto esse nível passou a ser de 85 decibéis (art. 2º, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

Tendo em vista o dissenso jurisprudencial sobre a possibilidade de se aplicar retroativamente o disposto no Decreto nº 4.882/2003, para se considerar prejudicial, desde 05.03.1997, a exposição a ruídos de 85 decibéis, a questão foi levada ao C. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial 1398260/PR, em 14.05.2014, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (Recurso Especial Repetitivo), fixou entendimento pela impossibilidade de se aplicar de forma retroativa o Decreto nº 4.882/2003, que reduziu o patamar de ruído para 85 decibéis, na forma que segue:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. DESAFETAÇÃO DO PRESENTE CASO. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RUÍDO. LIMITE DE 90dB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

1. Considerando que o Recurso especial 1.398.260/PR apresenta fundamentos suficientes para figurar como representativo da presente controvérsia, este recurso deixa de se submeter ao rito do art.543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.
2. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC.
3. O limite de tolerância para configuração da especial idade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, não sendo possível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC). Precedentes do STJ.
4. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço especial implica indeferimento do pedido de aposentadoria especial por falta de tempo de serviço.
5. Recurso especial provido (REsp 1401619/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Dessa forma, é de se considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a nível de ruído superior a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, superior a 90 decibéis e, a partir de então, superior a 85 decibéis.

De outra parte, o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, instituído pelo art. 58, §4º, da Lei nº 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividades em condições especiais, fazendo às vezes do laudo técnico.

E não afasta a validade de suas conclusões o fato de ter sido o PPP ou laudo elaborado posteriormente à prestação do serviço, vez que tal requisito não está previsto em lei, mormente porque a responsabilidade por sua expedição é do empregador, não podendo o empregado arcar com o ônus de eventual desídia daquele e, ademais, a evolução tecnológica tende a propiciar condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

No julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 664335, em 04.12.2014, com repercussão geral reconhecida, o E. STF fixou duas teses para a hipótese de reconhecimento de atividade especial com uso de Equipamento de Proteção Individual, sendo que a primeira refere-se à regra geral que deverá nortear a análise de atividade especial, e a segunda refere-se ao caso concreto em discussão no recurso extraordinário em que o segurado esteve exposto a ruído, que podem ser assim sintetizadas:

- i) tese 1 - regra geral: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo à concessão constitucional de aposentadoria especial; e ii) tese 2 - agente nocivo ruído: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para a aposentadoria especial, tendo em vista que no cenário atual não existe equipamento individual capaz de neutralizar os malefícios do ruído, pois que atinge não só a parte auditiva, mas também óssea e outros órgãos.

NO CASO DOS AUTOS, os períodos incontroversos em virtude de acolhimento na via administrativa totalizam 21 (vinte e um) anos e 14 (quatorze) dias de tempo de contribuição (fl. 93), não tendo sido reconhecidos como de natureza especial nenhum dos períodos pleiteados. Portanto, a controvérsia colocada nos autos engloba apenas o reconhecimento da natureza especial das atividades exercidas nos períodos de 01.02.1973 a 17.10.1976, 02.05.1977 a 31.07.1978, 01.12.1978 a 20.12.1980, 01.01.1982 a 03.02.1983, 01.05.1983 a 30.04.1984, 05.05.1987 a 31.12.1989, 01.10.1991 a 30.12.1992, 01.10.1994 a 31.08.1995, 01.03.2000 a 31.12.2003 e 01.08.1970 a 31.01.1971.

Ocorre que, nos períodos de 01.02.1973 a 17.10.1976, 02.05.1977 a 31.07.1978, 01.12.1978 a 20.12.1980, 01.01.1982 a 03.02.1983, 01.05.1983 a 30.04.1984, 05.05.1987 a 31.12.1989, 01.10.1991 a 30.12.1992, 01.10.1994 a 31.08.1995, 01.03.2000 a 31.12.2003 e 01.08.1970 a 31.01.1971, a parte autora, na função de padeiro esteve exposta a calor acima dos limites legalmente admitidos (fls. 217/254), devendo ser reconhecida a natureza especial das atividades exercidas nesses períodos, conforme código 1.1.1 do Decreto nº 53.831/64, código 1.1.1 do Decreto nº 83.080/79, código 2.0.4 do Decreto nº 2.172/97 e código 2.0.4 do Decreto nº 3.048/99.

Sendo assim, somados todos os períodos comuns e especiais, estes devidamente convertidos, totaliza a parte autora 39 (trinta e nove) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de tempo de contribuição até a data do requerimento administrativo (D.E.R. 09.03.2004), observado o conjunto probatório produzido nos autos e os fundamentos jurídicos explicitados na presente decisão.

Restaram cumpridos pela parte autora, ainda, os requisitos da qualidade de segurado (art. 15 e seguintes da Lei nº 8.213/91) e a carência para a concessão do benefício almejado (art. 24 e seguintes da Lei nº 8.213/91).

Destarte, a parte autora faz jus à aposentadoria por tempo de contribuição, com valor calculado na forma prevista no art. 29, I, da Lei nº 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Na eventualidade do tempo de contribuição ora reconhecido possibilitar a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição segundo as regras da EC nº 20/98, deverá o INSS implantar a melhor hipótese financeira.

A correção monetária deverá incidir sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências e os juros de mora desde a citação, observada eventual prescrição quinquenal, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013, do Conselho da Justiça Federal (ou aquele que estiver em vigor na fase de liquidação de sentença). Os juros de mora deverão incidir até a data da expedição do PRECATÓRIO/RPV, conforme entendimento consolidado pela colenda 3ª Seção desta Corte. Após a expedição, deverá ser observada a Súmula Vinculante 17.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença de primeiro grau, nos termos da Súmula 111 do E. STJ.

Embora o INSS seja isento do pagamento de custas processuais, deverá reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora e que estejam devidamente comprovadas nos autos (Lei nº 9.289/96, artigo 4º, inciso I e parágrafo único).

Caso a parte autora já esteja recebendo benefício previdenciário concedido administrativamente, deverá optar, à época da liquidação de sentença, pelo benefício que entenda ser-lhe mais vantajoso. Se a opção recair no benefício judicial, deverão ser compensadas as parcelas já

recebidas em sede administrativa, face à vedação da cumulação de benefícios.

Diante de todo o exposto, *nego provimento à remessa necessária e à apelação do INSS e dou parcial provimento à apelação da parte autora*, para, fixando, de ofício, os consectários legais, julgar parcialmente procedente o pedido e condenar o réu a conceder-lhe o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir do requerimento administrativo (D.E.R. 09.03.2004), observada eventual prescrição quinquenal, tudo na forma acima explicitada.

As verbas acessórias e as prestações em atraso também deverão ser calculadas na forma acima estabelecida, em fase de liquidação de sentença.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos da parte autora VITOR FERREIRA DO AMARAL, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja *implantado de imediato o benefício de APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO*, com D.I.B. em 09.03.2004 e R.M.I. a ser calculada pelo INSS, nos termos da presente decisão, tendo em vista o art. 497 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

É como voto.

Desembargador Federal NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0005352-72.2012.4.03.6183
(2012.61.83.005352-1)

Apelante: MAURICIO PEREIRA DA COSTA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 2159150
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. JULGAMENTO EM 2ª INSTÂNCIA. ARTIGO 1.013 DO NOVO CPC. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. MAJORAÇÃO. EFEITOS FINANCEIROS. TERMO INICIAL. FORMA DE CÁLCULO DA RMI.

I - O Supremo Tribunal Federal (STF), concluindo o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 631.240, com repercussão geral reconhecida, no dia 03.09.2014, decidiu não haver necessidade de formulação de pedido administrativo prévio para que o segurado ingresse judicialmente com pedidos de revisão de benefício, a não ser nos casos em que seja necessária a apreciação de matéria de fato o que não se verifica na hipótese em tela.

II - A possibilidade da revisão do benefício por força das reclamações trabalhistas nasceu apenas a partir do trânsito em julgado dos comandos então proferidos, de modo que, em tal situação, deve ser este o termo inicial do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei nº 8.213/91. Nesse contexto, a redação conferida pela Lei nº 10.839/2004 ao mencionado dispositivo fixou em dez anos o prazo decadencial em comento.

III - Tendo em vista o trânsito em julgado da decisão proferida no processo nº 1451/97, em 05.09.2000, e que a presente ação foi ajuizada em 22.02.06.2012, efetivamente ocorreu a decadência do direito do autor de pleitear a revisão do benefício de que é titular com base no julgado proferido na referida demanda. Quanto ao processo nº 1015/98, não há que se falar em decadência, considerando o trânsito em julgado da sentença no ano de 2003, tendo sido o presente feito ajuizado antes do esgotamento do prazo decenal.

IV - Considerando o êxito do segurado nos autos da reclamação trabalhista, resta evidente o direito ao recálculo da renda mensal inicial do benefício por ele titularizado, uma vez que os salários-de-contribuição integrantes do período-básico-de-cálculo restaram majorados em seus valores.

V - O fato de a Autarquia não ter integrado a lide trabalhista não lhe permite se furtar dos efeitos reflexos emanados da coisa julgada ocorrida no âmbito daquela demanda.

VI - Restou determinado o recolhimento das contribuições previdenciárias na demanda trabalhista, tendo sido preservada a fonte de custeio relativa ao adicional pretendido, não existindo justificativa para a resistência do INSS em reconhecê-los para

fins previdenciários, ainda que não tenha integrado aquela lide. Ainda que assim não fosse, de rigor a acolhida da pretensão do demandante, tendo em vista que não responde o empregado por eventual falta do empregador em efetuar os respectivos recolhimentos.

VII - O termo inicial dos efeitos financeiros da revisão fica mantido na data da concessão do benefício titularizado pela demandante, tendo em vista o entendimento do STJ, no sentido de que o deferimento de verbas trabalhistas representa o reconhecimento tardio de um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado. Ajuizada a presente demanda em 22.06.2012, restam prescritas as diferenças vencidas anteriormente a 22.06.2007.

VIII -Apelação do autor provida. Feito declarado extinto, de ofício, com fulcro no artigo 487, II, do Código de Processo Civil de 2015, em relação a parte do pedido, e julgado procedente em relação ao pleito remanescente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação da parte autora e, com abrigo no § 3º, I, do artigo 1.013 do Código de Processo Civil de 2015, declarar, de ofício, extinto o presente feito, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, II, do Código de Processo Civil de 2015, em relação a parte do pedido, e julgar procedente o pedido remanescente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou extinta, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do CPC de 1973, ação previdenciária através da qual busca a parte autora a revisão da renda mensal do benefício de que é titular, considerando a nova relação de salários-de-contribuição emitida por ex-empregadora por força de decisão judicial proferida em contenda trabalhista. O demandante foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa, cuja exigibilidade restou sobrestada em razão da concessão dos benefícios da justiça gratuita. Isenção de custas, na forma da lei.

Em suas razões recursais, alega a parte autora estar presente seu interesse de agir visto que, embora não tenha havido requerimento administrativo de revisão no caso em tela, restou patente a resistência à sua pretensão por parte da Autarquia. Pugna seja julgado procedente o pedido veiculado na inicial, com a revisão de sua aposentadoria, desde 22.06.2007.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator):

Da carência de ação.

A sentença recorrida extinguiu o processo, entendendo que para o ajuizamento de ação previdenciária é necessário o prévio requerimento administrativo do benefício.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF), concluindo o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 631.240, com repercussão geral reconhecida, no dia 03.09.2014, decidiu não haver necessidade de formulação de pedido administrativo prévio para que o segurado ingresse judicialmente com pedidos de revisão de benefício, a não ser nos casos em que seja necessária a apreciação de matéria de fato o que não se verifica na hipótese em tela.

A propósito, trago à colação o referido acórdão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.
2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas.
3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.
4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.
5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.
6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.
7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (RE 631.240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014)

De outra parte, considerando que o feito se encontra devidamente instruído, passo, pois, à apreciação da matéria de fundo, não havendo se falar em supressão de um grau de jurisdição, nos termos do artigo 1.013, § 3º, I, do Código de Processo Civil de 2015.

Da decadência.

Destaco que a possibilidade da revisão do benefício por força das reclamatórias trabalhistas nasceu apenas a partir do trânsito em julgado dos comandos então proferidos, de modo que, em tal situação, deve ser este o termo inicial do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei nº 8.213/91.

Nesse contexto, a redação conferida pela Lei nº 10.839/2004 ao mencionado dispositivo fixou em dez anos o prazo decadencial em comento.

Assim, tendo em vista o trânsito em julgado da decisão proferida no processo nº 1451/97, que tramitou perante a 7ª Junta de Conciliação e Julgamento de Guarulhos, e que obteve o nº 199903611277 no TRT da 2ª Região, em 05.09.2000 (fl. 65), e que a presente ação foi ajuizada em 22.02.06.2012 (fl. 02), efetivamente ocorreu a decadência do direito do autor de pleitear a revisão do benefício de que é titular com base no julgado proferido na referida demanda.

Quanto ao processo nº 1015/98, cujo trâmite se deu perante a 4ª Vara do Trabalho de Guarulhos/SP (processo nº 20020044210 do TRT da 2ª Região), não há que se falar em decadência, considerando o trânsito em julgado da sentença no ano de 2003, tendo sido o presente feito ajuizado antes do esaurimento do prazo decenal.

Do mérito.

Trata-se de ação de revisão de benefício previdenciário, através da qual objetiva a parte autora o recálculo da renda mensal inicial de sua aposentadoria por tempo de serviço, com o consequente pagamento das diferenças apuradas, desde 22.06.2007, considerando as novas relações de salários-de-contribuição emitidas por ex-empregadoras por força de decisão judicial proferida em contenda trabalhista.

À fl. 160/164 foi juntada cópia de sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Guarulhos/SP, confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (fl. 168/173), através da qual o autor obteve êxito em parte de sua pretensão, sendo as demandadas Cummins Brasil Ltda. e Elitech Engenharia de Serviços Indústria e Comércio Ltda. condenadas a pagar diferenças salariais decorrentes da nulidade do contrato de trabalho firmado com a segunda reclamada, bem como da unicidade do vínculo empregatício mantido com a primeira reclamante no intervalo de 20.03.1984 a 24.03.1997.

Cumpre esclarecer que o salário-de-benefício da parte autora foi calculado, inicialmente, com base nos documentos apresentados quando do requerimento administrativo de concessão da benesse, salientando que os salários-de-contribuição que compuseram o período-básico-de-cálculo foram considerados sem os acréscimos ora pretendidos.

Entretanto, considerando o êxito do segurado nos autos da reclamatória trabalhista, resta evidente o direito ao recálculo da renda mensal inicial do benefício por ele titularizado, uma vez que os salários-de-contribuição integrantes do período-básico-de-cálculo restaram majorados em seus valores.

Nesse sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. MAJORAÇÃO DA RENDA MENSAL INICIAL.

- As parcelas trabalhistas reconhecidas em sentença trabalhista após a concessão do benefício, sobre as quais foram recolhidas as contribuições previdenciárias correspondentes, devem integrar os salários-de-contribuição utilizados no período-base de cálculo, com vista à apuração da nova renda mensal inicial, com integração daquelas parcelas.

- Recurso desprovido.

(STJ; RESP 720340/MG; 5ª Turma; Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca; DJ de 09.05.2005, pág. 472)

Desse modo, deverá ser procedido o recálculo da renda mensal inicial, considerando o rol dos salários-de-contribuição que compuseram o período-básico-de-cálculo consoante decidido na lide trabalhistas, sendo que o pagamento do benefício com o novo valor é devido a partir da DIB (20.02.1997; fl. 22), tendo em vista o entendimento do STJ, no sentido de que o deferimento de verbas trabalhistas representa o reconhecimento tardio de um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado, consoante se depreende do seguinte precedente:

PREVIDENCIÁRIO. TERMO INICIAL DOS EFEITOS FINANCEIROS. DIREITO JÁ INCORPORADO AO PATRIMÔNIO. SÚMULA 83. VIOLAÇÃO DO ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/1991. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. SENTENÇA TRABALHISTA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL.

1. Na hipótese em exame, o Tribunal de origem consignou que o “termo inicial dos efeitos financeiros deve retroagir à data da concessão do benefício, tendo em vista que o deferimento de verbas trabalhista s representa o reconhecimento tardio de um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado”.

2. O acórdão recorrido alinha-se ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, de que tem o segurado direito à revisão de seu benefício de aposentadoria desde o requerimento administrativo, pouco importando se, naquela ocasião, o feito foi instruído adequadamente. No entanto, é relevante o fato de, àquela época, já ter incorporado ao seu patrimônio jurídico o direito ao cômputo a maior do tempo de serviço, nos temos em que fora comprovado posteriormente em juízo. Súmula 83/STJ.

3. O decismum vergastado tem por fundamento elementos de prova constantes de processo trabalhista, consignando o Tribunal de origem que o “vínculo é incontestado” e que “o provimento final de mérito proferido pela Justiça do Trabalho deve ser considerado na revisão da renda mensal inicial do benefício concedido aos autores”. Súmula 7/STJ.

4. A discrepância entre julgados deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles.

5. Agravo Regimental não provido

(AGRESP 1427277, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 15/04/2014).

Ajuizada a presente demanda em 22.06.2012 (fl. 02), restam prescritas as diferenças vencidas anteriormente a 22.06.2007.

De outro turno, foi determinado o recolhimento das contribuições previdenciárias na demanda trabalhista, tendo sido preservada a fonte de custeio relativa aos adicionais pretendidos, não existindo justificativa para a resistência do INSS em reconhecê-los para fins previdenciários, ainda que não tenha integrado aquela lide.

Ainda que assim não fosse, de rigor a acolhida da pretensão do demandante, tendo em vista que não responde o empregado por eventual falta do empregador em efetuar os respectivos recolhimentos, conforme pacífica jurisprudência desta Corte, como a seguir transcrito:

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO URBANO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. RECOLHIMENTO CONTRIBUIÇÕES. CONTAGEM RECÍPROCA.

(...)

- No caso de empregado e trabalhadores avulsos, a obrigatoriedade dos recolhimentos das contribuições previdenciárias está a cargo de seu empregador. Impossibilidade de se exigir, do segurado, a comprovação de que foram vertidas. Cabe ao INSS cobrá-las do responsável tributário na forma da lei. Inteligência dos artigos 139 e 141, do Decreto 89.312/84.

(...)

(TRF da 3ª Região, 8ª Turma, AC.nº 2001.61.02.000397-8/SP, Rel. Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, DJF3 de 12/05/2009, p. 477)

Dessa forma, deve ser mantida a sentença que ordenou a revisão da renda mensal do benefício titularizado pelo autor, considerando-se os salários-de-contribuição reconhecidos na seara trabalhista.

A correção monetária e os juros de mora serão aplicados na forma da legislação de regência.

Os honorários advocatícios ficam arbitrados em 15% das diferenças vencidas até a presente data, conforme o entendimento desta 10ª Turma, tendo em vista que o feito foi julgado extinto pelo Juízo *a quo*.

A autarquia previdenciária está isenta de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do art. 24-A da MP 2.180-35/01, e do art. 8º, § 1º da Lei 8.620/92.

Diante do exposto, *dou provimento à apelação da parte autora*, para reconhecer a existência do interesse de agir e, com abrigo no § 3º, I, do artigo 1.013 do Código de Processo Civil de 2015, *declaro, de ofício, extinto o presente feito, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, II, do Código de Processo Civil de 2015*, quanto ao pedido de revisão do benefício, considerando-se a relação de salários-de-contribuição emitida pela ex-empregadora por força da decisão judicial proferida na ação trabalhista nº 1451/97, que tramitou perante a 7ª Junta de Conciliação e Julgamento de Guarulhos (nº 199903611277 no TRT da 2ª Região) e *julgo procedente o pedido remanescente*, a fim de condenar o INSS a revisar a renda mensal do benefício de que a demandante é titular, considerando os salários-de-contribuição apurados em razão da decisão proferida na ação trabalhista nº 1015/98, cujo trâmite se deu perante a 4ª Vara do Trabalho de Guarulhos/SP (processo nº 20020044210 do TRT da 2ª Região), desde a DIB em 20.02.1997, observada a prescrição das diferenças vencidas anteriormente a 22.06.2007. Os valores em atraso serão resolvidos em liquidação de sentença.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0011344-12.2012.4.03.6119

(2012.61.19.011344-6)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 123/127

Apelante: ELOISIO REIS DE OLIVEIRA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA

Classe do Processo: AC 1934475

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/01/2017

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA DE BENEFÍCIO E CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO, COM O CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO POSTERIOR AO AFASTAMENTO.

I- Nos termos do art. 1.022 do CPC/15, os embargos de declaração têm por objetivo sanar eventual obscuridade, contradição, omissão ou erro material, sendo que o inc. I, de seu parágrafo único, dispõe ser omissa a decisão que “deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.”

II- Houve o julgamento superveniente da *Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 661.256*, no qual o C. Supremo Tribunal Federal, na plenitude de sua composição, firmou o entendimento de não ser possível a renúncia de benefício previdenciário, visando à concessão de outro mais vantajoso, com o cômputo de tempo de contribuição posterior ao afastamento, *in verbis*: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”.

III- O art. 927, inc. III, do CPC/15, dispõe que os tribunais devem observar os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos, motivo pelo qual não há como possa ser deferido o pleito de “desaposentação”.

IV - Embargos de declaração providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de *embargos* de declaração opostos pelo INSS em face do V. Acórdão que, à unanimidade, rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, negou provimento ao agravo.

Alega o embargante, em breve síntese:

- a existência de vedação legal à utilização das contribuições posteriores à aposentadoria para a obtenção de novo benefício ou elevação daquele já auferido;

- as contribuições dos aposentados que retornam ou permanecem em atividade laborativa devem ser utilizadas apenas para o custeio do sistema e não para o recálculo de benefício já concedido, em razão do princípio da solidariedade;

- a opção feita pelo próprio segurado para perceber um benefício com renda menor, mas por mais tempo, não pode ser posteriormente desfeita, causando prejuízos à previdência social;

- o ato jurídico perfeito não pode ser alterado unilateralmente, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal;

- a violação ao art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, sob o fundamento de não se tratar de mera desaposentação, mas sim de revisão do percentual da aposentadoria proporcional e

- a violação aos arts. 194 e 195 da Constituição Federal.

Caso não sejam acolhidas as alegações acima mencionadas, requer a devolução dos proventos recebidos até a concessão do novo benefício.

Requer, ainda, o recebimento dos aclaratórios para fins de prequestionamento.

A parte autora se manifestou, nos termos do § 2º do art. 1.023 do Código de Processo Civil, sobre os embargos de declaração opostos pela autarquia.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Nos termos do art. 1.022 do CPC/15, os embargos de declaração têm por objetivo sanar eventual obscuridade, contradição, omissão ou erro material, sendo que o inc. I, de seu parágrafo único, dispõe ser omissa a decisão que “deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.”

Conforme constou do acórdão embargado, passei a adotar o posicionamento no sentido de ser possível a chamada *desaposentação* --- ressaltando, contudo, o meu entendimento em sentido contrário ---, tendo em vista os julgados do C. Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.334.488-SC) e da Terceira Seção desta E. Corte (Embargos Infringentes nº 0011300-58.2013.4.03.6183/SP).

No entanto, houve o julgamento superveniente da *Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 661.256*, no qual o C. Supremo Tribunal Federal, na plenitude de sua composição, firmou o entendimento de não ser possível a renúncia de benefício previdenciário, visando à concessão de outro mais vantajoso, com o cômputo de tempo de contribui-

ção posterior ao afastamento, *in verbis*: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”.

Outrossim, o art. 927, inc. III, do CPC/15, dispõe que os tribunais devem observar os acórdãos em julgamento de recursos extraordinários repetitivos, motivo pelo qual não há como possa ser deferido o pleito de “desaposentação”.

O beneficiário da assistência judiciária gratuita não deve ser condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios, conforme a jurisprudência da Terceira Seção desta E. Corte.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de declaração, a fim de reformar o Acórdão embargado para dar provimento ao agravo do INSS, negando provimento à apelação da parte autora.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0006412-90.2013.4.03.6136
(2013.61.36.006412-3)

Apelante: MARIA CRISTINA ANDRADE MIGUEL
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CATANDUVA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL TÂNIA MARANGONI
Classe do Processo: AC 1966753
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, INC. II, DO NOVO CPC. DECADÊNCIA DO DIREITO À REVISÃO DO BENEFÍCIO. NÃO OCORRÊNCIA. FATOR PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE.

- As Leis nºs 11.418/2006 e 11.672/2008 alteraram a sistemática dos recursos dirigidos às Cortes Superiores, introduzindo o pressuposto atinente à repercussão geral da matéria, além da disciplina para julgamento de recursos repetitivos.
- Essas alterações abrem a via extraordinária apenas para as causas com relevância econômica, política, social ou jurídica, afastando os julgamentos com interesses meramente individuais, cingidos aos limites subjetivos da causa.
- A nova sistemática obsta a inútil movimentação judiciária, para deslinde de feitos meramente repetitivos, ao possibilitar a extensão do julgamento de mérito a recursos fundamentados na mesma controvérsia.
- Os recursos pendentes de admissibilidade nos Tribunais inferiores devem retornar às Turmas julgadoras, para eventual retratação, nos termos dos arts. 543-B, §3º e 543-C, §7º, II, do CPC.
- Os RESP nº 1.309.529/PR e RESP nº 1.326.114/SC foram invocados como representativos da controvérsia
- A questão diz respeito ao termo inicial do prazo de decadência do direito à revisão do benefício.
- O prazo decadencial para a revisão dos critérios constantes do cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) dos benefícios previdenciários foi introduzido pela Medida Provisória nº 1.523, de 27 de junho de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, que modificou o art. 103, *caput*, da Lei de Benefícios.
- Para os benefícios concedidos *até 31/07/97*, o prazo decenal de decadência tem início em 01/08/1997 (1º dia do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação após a vigência da MP nº 1.523-9/1997, conforme orientação no Recurso Extraordinário nº 626.489/SE, acórdão publicado em 23/09/2014, decidido sob a sistemática da repercussão geral da matéria).
- Para os benefícios concedidos *a partir de 01/08/97*, o prazo de 10 (dez) anos é contado a partir “do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”, de acordo com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523-9/97 ao artigo 103 da Lei nº 8.212/91.

- *In casu*, a questão em debate é o de revisão de aposentadoria por tempo de contribuição de professora, com a exclusão do fator previdenciário com concessão do benefício em 26.08.2003.
- Como a data de concessão foi em 26.08.2003 e a presente ação foi ajuizada em 31.07.2013, não há que se falar em decadência do direito à revisão pretendida.
- A questão em debate consiste na possibilidade de revisão da aposentadoria por tempo de contribuição, como professora, que percebe desde 26/08/2003, com a exclusão do fator previdenciário.
- É importante ressaltar que a aposentadoria por tempo de serviço, como professor, não se confunde com a aposentadoria especial, prevista no artigo 57, da Lei nº 8.213/91.
- A aposentadoria especial é devida, desde que cumprida a carência exigida, ao segurado que tiver trabalhando sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos.
- Por sua vez, a aposentadoria por tempo de serviço de professor disciplinada no artigo 202, inciso III, da Constituição Federal, em sua redação original, estabelece que é garantida a aposentadoria após 30 (trinta) anos, ao professor, e após 25 (vinte e cinco), à professora, por efetivo exercício de função de magistério.
- De se observar que, o Decreto nº 2.172/97, que regulamentou a matéria dispôs, em seu artigo 59, que se entende como de efetivo exercício em funções de magistério: I) a atividade docente, a qualquer título, exercida pelo professor em estabelecimento de ensino de primeiro e segundo graus, ou de ensino superior, bem como em cursos de formação profissional, autorizados ou reconhecidos pelos órgãos competentes do Poder Executivo federal, estadual, do Distrito Federal e municipal; II - a atividade do professor desenvolvida nas universidades e nos estabelecimentos isolados de ensino superior pertinentes ao sistema indissociável de ensino e pesquisa, em nível de graduação ou mais elevado, para fins de transmissão e ampliação do saber.
- A Emenda Constitucional nº 20/98 trouxe alterações para a aposentadoria dos professores, passando a ser tratada no artigo 201, §8º, da Constituição Federal, sendo, assim, é assegurada a aposentadoria para o professor desde que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil, no ensino fundamental e no ensino médio.
- O art. 56, da Lei nº 8.213/91 possibilita ao professor(a), respectivamente após 30 (trinta) e 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério a aposentadoria por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.
- O benefício de aposentadoria de professor é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição que, de forma excepcional, exige um tempo de trabalho menor em relação a outras atividades.
- É importante ressaltar que, o pedido de exclusão do fator previdenciário do cálculo do salário-de-benefício, não merece prosperar.
- A Lei nº 9.876/99 deu nova redação ao artigo 29 da Lei nº 8.213/91, prevendo a utilização do fator previdenciário na apuração do salário de benefício, para os benefícios de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, *in verbis*:
- A respeito da legalidade do fator previdenciário, já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2111/DF, onde foi requerente a Confederação Nacional dos Trabalhadores

Metalúrgicos - CNTM e requeridos o Congresso Nacional e o Presidente da República, o seguinte:

- Não é possível afastar a aplicação do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria, como pretende a parte autora.
- Embargos de declaração da parte autora provido para afastar a decadência do direito à revisão.
- Pedido improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em juízo de retratação, dar provimento aos embargos de declaração da parte autora para afastar a decadência do direito à revisão e julgar improcedente o pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): Cuida-se de pedido de revisão da renda mensal inicial da aposentadoria por tempo de contribuição, percebida pela parte autora, com a exclusão do fator previdenciário do cálculo do salário-de-benefício.

Na Sessão de Julgamento de 25/04/2016, esta E. Oitava Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo legal da parte autora, mantendo a r. decisão monocrática que negou provimento ao seu apelo, prevalecendo a sentença que indeferiu a inicial e pronunciou a decadência do direito à revisão do benefício, nos termos do artigo 269, IV, do antigo CPC/1973.

Dessa decisão, a parte autora interpôs Recurso Especial.

Em juízo de admissibilidade, a E. Vice-Presidência determinou o retorno dos autos a esta C. Turma, para o fim do artigo 543-C, §7º, do CPC, à vista do julgamento do RE 626.489/SE, mencionando ainda o julgamento do RESP nº 1.309.529/PR e RESP nº 1.326.114/SC, que também tratam do prazo decadencial.

É o relatório.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI (Relatora): As Leis nºs 11.418/2006 e 11.672/2008 alteraram a sistemática dos recursos dirigidos às Cortes Superiores, introduzindo o pressuposto atinente à repercussão geral da matéria, além da disciplina para julgamento de recursos repetitivos.

Essas alterações abrem a via extraordinária apenas para as causas com relevância econômica, política, social ou jurídica, afastando os julgamentos com interesses meramente individuais, cingidos aos limites subjetivos da causa.

Ao mesmo tempo, a nova sistemática obsta a inútil movimentação judiciária, para deslinde de feitos meramente repetitivos, ao possibilitar a extensão do julgamento de mérito a recursos fundamentados na mesma controvérsia.

Nessa última hipótese, os recursos pendentes de admissibilidade nos Tribunais inferiores devem retornar às Turmas julgadoras, para eventual retratação, nos termos dos arts. 543-B, §3º e 543-C, §7º, II, do CPC.

Na hipótese dos autos, foram invocados os RESP nº 1.309.529/PR e RESP nº 1.326.114/SC, como representativos da controvérsia.

A questão diz respeito ao termo inicial do prazo de decadência do direito à revisão do benefício.

In casu, analisando a decisão recorrida, verifico ser caso de retratação, nos termos que seguem:

O prazo decadencial para a revisão dos critérios constantes do cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) dos benefícios previdenciários foi introduzido pela Medida Provisória nº 1.523, de 27 de junho de 1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, que modificou o art. 103, *caput*, da Lei de Benefícios e dispôs o seguinte:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

A questão que se coloca é a do *momento* de incidência do prazo decadencial relativamente aos benefícios concedidos antes de sua instituição, já que para aqueles concedidos *após* a edição da MP nº 1.523-9/97, não há dúvidas de que se aplica a novel legislação.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA pacificou seu entendimento no sentido de que para esses benefícios concedidos anteriormente à edição da MP nº 1.523-9/97, computa-se o prazo decadencial a partir da vigência da referida MP (28.06.97), conforme se verifica do seguinte julgado:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL.

1. Até o advento da MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97), não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário. Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”.

2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997). Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g.: MS 9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9.115, Min. César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min.

Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06/09/06, MS (AgRg) 9034, Min. Félix Ficher, DL 28/08/06).

3. Recurso especial provido.

(REsp 1303988, Rel. Min. Teori Teori Albino Zavascki, DJE de 21.03.2012)

Assim, para os benefícios concedidos *até 31/07/97*, o prazo decenal de decadência tem início em *01/08/1997* (1º dia do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação após a vigência da MP nº 1.523-9/1997, conforme orientação no Recurso Extraordinário nº 626.489/SE, acórdão publicado em 23/09/2014, decidido sob a sistemática da repercussão geral da matéria).

Para os benefícios concedidos *a partir de 01/08/97*, o prazo de 10 (dez) anos é contado a partir “do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”, de acordo com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523-9/97 ao artigo 103 da Lei nº 8.212/91.

Portanto, *in casu*, a questão em debate é o de revisão de aposentadoria por tempo de contribuição de professora, com a exclusão do fator previdenciário com concessão do benefício em 26.08.2003, conforme se extrai da carta de concessão juntada a fls. 35.

Para os benefícios concedidos *a partir de 01/08/97*, o prazo de 10 (dez) anos é contado a partir “do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”, de acordo com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.523-9/97 ao artigo 103 da Lei nº 8.212/91.

Em suma, como a data de concessão foi em 26.08.2003 (fls. 35) e a presente ação foi ajuizada em 31.07.2013, não há que se falar em decadência do direito à revisão pretendida.

Pelas razões expostas, com fulcro no art. 1.040, inc. II, do novo CPC, em sede de juízo de retratação, dou provimento aos embargos de declaração da parte autora para afastar a decadência do direito à revisão e, nos termos do artigo 1.013, § 4º, do CPC, decidir o mérito da questão nos seguintes termos:

A questão em debate consiste na possibilidade de revisão da aposentadoria por tempo de contribuição, como professora, que percebe desde 26/08/2003, com a exclusão do fator previdenciário.

Inicialmente, é importante ressaltar que a aposentadoria por tempo de serviço, como professor, não se confunde com a aposentadoria especial, prevista no artigo 57, da Lei nº 8.213/91.

A aposentadoria especial é devida, desde que cumprida a carência exigida, ao segurado que tiver trabalhando sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos.

Por sua vez, a aposentadoria por tempo de serviço de professor disciplinada no artigo 202, inciso III, da Constituição Federal, em sua redação original, estabelece que é garantida a aposentadoria após 30 (trinta) anos, ao professor, e após 25 (vinte e cinco), à professora, por efetivo exercício de função de magistério.

De se observar que, o Decreto nº 2.172/97, que regulamentou a matéria dispôs, em seu artigo 59, que se entende como de efetivo exercício em funções de magistério: I) a atividade docente, a qualquer título, exercida pelo professor em estabelecimento de ensino de primeiro e segundo graus, ou de ensino superior, bem como em cursos de formação profissional, auto-

rizados ou reconhecidos pelos órgãos competentes do Poder Executivo federal, estadual, do Distrito Federal e municipal; II - a atividade do professor desenvolvida nas universidades e nos estabelecimentos isolados de ensino superior pertinentes ao sistema indissociável de ensino e pesquisa, em nível de graduação ou mais elevado, para fins de transmissão e ampliação do saber.

A Emenda Constitucional nº 20/98 trouxe alterações para a aposentadoria dos professores, passando a ser tratada no artigo 201, §8º, da Constituição Federal, sendo, assim, é assegurada a aposentadoria para o professor desde que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil, no ensino fundamental e no ensino médio.

O art. 56, da Lei nº 8.213/91 possibilita ao professor(a), respectivamente após 30 (trinta) e 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério a aposentadoria por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

Assim, tem-se que, o benefício de aposentadoria de professor é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição que, de forma excepcional, exige um tempo de trabalho menor em relação a outras atividades.

Neste sentido, destaco:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. DESCONFIGURADO O CARÁTER ESPECIAL DO BENEFÍCIO. MAGISTÉRIO EDUCAÇÃO INFANTIL E NO ENSINO FUNDAMENTAL E MÉDIO. CÁLCULO DA RMI. FATOR PREVIDENCIÁRIO. APLICABILIDADE. ADOÇÃO DA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO REFERENCIADA (“PER RELATIONEM”). AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ENTENDIMENTO DO STF.

1. Trata-se de apelação cível de sentença que julgou improcedente o pedido formulado pela parte autora de revisão de sua aposentadoria, de professor do ensino fundamental, de modo a considerá-la como benefício de natureza especial, afastando do seu cálculo a aplicação do fator previdenciário.

2. A mais alta Corte de Justiça do país já firmou entendimento no sentido de que a motivação referenciada (“per relationem”) não constitui negativa de prestação jurisdicional, tendo-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões judiciais. Desta feita, observada a harmonia da sentença com o entendimento deste colegiado, tomam-se por emérito suas razões de decidir.

3. (...) Ocorre que hoje, na Lei nº 8.213/91, sob cuja égide foi concedido o benefício em apreço, os artigos 52 e 56 tratam da aposentadoria por tempo de serviço. Dentre eles, o artigo 56, na subseção que trata da aposentadoria por tempo de serviço, há regras quanto ao tempo de serviço para a concessão da aposentadoria ao professor - 30 anos para o professor homem, e 25 anos para a professora mulher, sempre de tempo de efetivo exercício do magistério -. Já a aposentadoria especial está disciplinada nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91.” 4. “Consoante o disposto no artigo 56 da Lei 8.213/91 e no § 8º do artigo 201 da Constituição Federal, a atividade de professor deixou de ser considerada especial para ser contemplada com regra excepcional, em que se exige um tempo de serviço menor em relação a outras atividades, desde que se comprove o trabalho efetivo nessa condição.” 5. “Decerto, a atividade de professor era tratada como especial antes da Emenda Constitucional nº 18/81, nos termos do Dec. 53.831/64. É que com a Emenda Constitucional nº 18/81 os critérios para a aposentadoria especial dos professores restaram fixados pela Constituição Federal, estando revogadas as disposições do Decreto 53.831/64. Dessa forma, apenas ao trabalho realizado no período pretérito à EC 18/81 aplica-se o Decreto nº 53.831/64, que previa a atividade profissional de magistério (professo-

res) como penosa (item 2.1.4 do Anexo).” 6. “Na vigência da Emenda Constitucional nº 18/81 e nas alterações constitucionais posteriores, a atividade de professor possui tempo diferenciado de aposentadoria, que não se confunde mais, porém, com a atividade especial/insalubre. Veio a Constituição Federal a prever diferente tempo para a aposentadoria de professor (30/25 anos), que deverá ser integralmente nessa condição prestado.” 7. “Por outro lado, o fator previdenciário foi introduzido pela Lei 9.876, de 26 de novembro de 1999, que deu nova redação ao artigo 29, da Lei 8.213/91, consistindo em coeficiente a ser aplicado para apuração do salário de benefício e, conseqüentemente, da renda mensal inicial dos benefícios de aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de contribuição.” 8. “No caso concreto, consoante a Carta de Concessão/Memória de Cálculo do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição da parte autora, observa-se que a aposentadoria da autora foi concedida em 18/08/2008, portanto na vigência da Lei nº 9.876/99, que estabelece o cálculo do benefício com utilização da média dos 80% dos maiores salários-de-contribuição, contidas no período compreendido entre julho/94 a maio/2001, e com a aplicação do fator previdenciário.” 9. Descaracterizada a atividade de professor como especial, não há como afastar a aplicação do fator previdenciário do cálculo da RMI da aposentadoria desta categoria, cuja atividade é considerada comum. Na verdade, ficou assegurado aos professores o direito à aposentadoria por tempo de contribuição, com a redução do tempo de serviço, apenas àqueles que comprovarem o exclusivo exercício do magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. Precedente do STJ: (AgRg no AREsp 477.607/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 18/06/2014). Apelação improvida. (TRF 5ª Região, AC 08016965520134058100, Primeira Turma, data da decisão: 25/09/2014, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena).

É importante ressaltar que, o pedido de exclusão do fator previdenciário do cálculo do salário-de-benefício, não merece prosperar.

A Lei nº 9.876/99 deu nova redação ao artigo 29 da Lei nº 8.213/91, prevendo a utilização do fator previdenciário na apuração do salário de benefício, para os benefícios de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, *in verbis*:

Art. 29. O salário-de-benefício consiste:

I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário;

(...)

§ 7º O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante no Anexo desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26/11/1999)

§ 8º Para efeito do disposto no § 7º, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos. (Acrescentado pela Lei nº 9.876/99)

§ 9º Para efeito da aplicação do fator previdenciário, ao tempo de contribuição do segurado serão adicionados: (Acrescentado pela Lei nº 9.876/99)

I - 5 (cinco) anos, quando se tratar de mulher;

II - 5 (cinco) anos, quando se tratar de professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio;

III - 10 (dez) anos, quando se tratar de professora que comprove exclusivamente o exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

A respeito da legalidade do fator previdenciário, já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2111/DF, onde foi requerente a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos - CNTM e requeridos o Congresso Nacional e o Presidente da República, o seguinte:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, “CAPUT”, INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual “sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora”, não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 30 da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar “os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações”. Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 20 da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, “caput”, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 10 e 70, d a C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida “aos termos da lei”, a que se referem o “caput” e o § 70 do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 20 da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao “caput” e ao parágrafo 70 do novo art. 201.

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no “caput” do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 20 da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, “caput”, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91.

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 30 da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 20 (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 30 daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar.

(STF - ADI-MC 2111 - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade - julgamento em 16.03.2000 - rel. Min. Sydney Sanches)

Não é diverso o entendimento adotado por esta E. Corte, conforme julgados que destaco:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RENDA MENSAL INICIAL. FATOR PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I - É possível o juiz singular exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2111, sinalizou pela constitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.876/99 que alterou o artigo 29 da Lei nº 8.213/91.

III - O INSS, ao utilizar o fator previdenciário no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria concedida sob a égide da Lei nº 9.876/99, limita-se a dar cumprimento ao estabelecido na legislação vigente ao tempo da concessão, não se vislumbrando, prima facie, qualquer eiva de ilegalidade ou inconstitucionalidade nos critérios por ele adotados.

IV - Por se tratar de beneficiário da justiça gratuita, incabível a condenação do demandante nos ônus de sucumbência.

V - Apelação da parte autora improvida.

(TRF - 3ª Região - AC 200961030000328 - AC - Apelação Cível - 1426209 - Décima Turma - DJF3 CJ1 data:13/04/2010, pág.: 1617 - rel. Juiz Sérgio Nascimento)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI Nº 9.876/99 - JULGAMENTO DE LIMINAR EM ADIN PELO STF - FATOR PREVIDENCIÁRIO MANTIDO - AGRAVO LEGAL DESPROVIDO

- A norma do artigo 285-A preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.

- Em se tratando de matéria “unicamente controvertida de direito”, autorizada a subsunção da regra do artigo 285-A do diploma processual civil.

- A ação que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei deve ser proposta no Supremo Tribunal Federal pelos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal. Detém aquela excelsa Corte a competência originária para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei, na forma do artigo 102, inc. I, alínea “a” da CF/88, diferentemente dos pedidos incidentais de inconstitucionalidade, esses sim, passíveis de apreciação pelos órgãos da Justiça Federal.

- Em análise liminar, o Excelso Pretório entendeu inexistir violação à Constituição Federal no que tange aos critérios de cálculo do benefício preconizados pela Lei nº 9.876/99, consoante julgamento da ADIN nº 2.111-7/DF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, porquanto se tratar de matéria não mais afeta ao âmbito constitucional.

- A Emenda Constitucional nº 20/98, dando nova redação ao art. 201 da CF, permitiu que a legislação previdenciária fosse alterada (Lei nº 9.876/99), modificando o critério de cálculo da renda mensal inicial do benefício.

- O INSS procedeu em conformidade à Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.876/99

no cálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora, tendo utilizado os critérios legalmente previstos.

- Não há falar em declaração incidental de inconstitucionalidade, pois a forma de calcular os benefícios deixou de ter previsão no texto da Constituição Federal e o fator previdenciário mostra-se consentâneo ao necessário equilíbrio atuarial da seguridade social estabelecido pelo *caput* do artigo 201 da CF/88.

- É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o fato gerador para a concessão do benefício previdenciário deve ser regido pela lei vigente à época de sua concessão, sem prejuízo do direito adquirido, conforme previsto no artigo 6º da Lei nº 9.876/99.

- Não tem o Poder Judiciário o condão de modificar os critérios utilizados e estabelecidos em lei, sob pena de avocar para si competência dada ao Poder Legislativo, em total afronta ao princípio da independência e da harmonia dos Poderes (art. 2º da C.F.).

- Não merece revisão, pois, o cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.

- Agravo legal desprovido.

(TRF - 3ª Região - AC 200961830073600 - AC - Apelação Cível - 1476282 - Sétima Turma - DJF3 CJ1 data:17/03/2010, pág.: 600 - rel. Juíza Eva Regina).

Portanto, não é possível afastar a aplicação do fator previdenciário no cálculo da aposentadoria, como pretende a parte autora.

Pelas razões expostas, nos termos do art. 543-C, §7º, II, do antigo CPC, com previsão no art. 1.040, II, do novo CPC, em sede de juízo de retratação, dou provimento aos embargos de declaração da parte autora para afastar a decadência do direito à revisão e, nos termos do artigo 1.013, § 4º, do CPC, julgar improcedente o pedido, nos termos da fundamentação em epígrafe.

É o voto.

Desembargadora Federal TÂNIA MARANGONI - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0001923-03.2014.4.03.6127
(2014.61.27.001923-6)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: VITO JOSE ANTONIO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS
Classe do Processo: AC 2196919
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ADICIONAL DE 25% AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE AUXÍLIO DE TERCEIROS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

- Inicialmente, no que pertine à preliminar de necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação, deve ser rejeitada. O regramento jurídico do Código de Processo Civil possibilita a imediata execução da tutela antecipada, prestigiando a efetividade processual, como se depreende da leitura do art. 1012, §1º, inciso V, segundo o qual a sentença que autorizar a antecipação dos efeitos da tutela poderá ser executada provisoriamente.

- O artigo 45 da Lei 8.213/91, garante um acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) ao segurado, titular de benefício de aposentadoria por invalidez, que necessitar da assistência permanente de outra pessoa.

- Prova pericial realizada. Preenchidos os requisitos do Anexo I do Decreto 3048/99 e do art. 45 da Lei 8.213/91, cabível o acréscimo pleiteado.

- A correção monetária e juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor, por ocasião da execução do julgado.

- Preliminar rejeitada. Apelação do INSS parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *rejeitar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao apelo do INSS*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Cuida-se de ação previdenciária com vistas à concessão do adicional de 25% (vinte e cin-

co por cento) previsto no artigo 45 da Lei 8.213/91.

Concedidos os benefícios da justiça gratuita (fl. 18).

Perícia judicial (fls. 37-39 e 54).

A sentença julgou procedente o pedido, para condenar o INSS a conceder o adicional de 25% sobre o valor de aposentadoria por invalidez, desde a data da juntada do laudo pericial, com correção monetária e juros de mora e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação até a data da sentença. Tutela antecipada deferida. Dispensada a remessa oficial (fls. 78-80).

Apelação do INSS. Preliminarmente, requer o recebimento do recurso em seu efeito suspensivo. Em suas razões de recurso, o INSS alega que a parte não comprovou a necessidade de auxílio de terceiros. Subsidiariamente, pugna pela modificação dos critérios de fixação da correção monetária e dos juros de mora, assim como se insurge ante a fixação de multa em seu desfavor (fls. 72-80).

Com contrarrazões (fls. 85-87), subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal DAVID DANTAS (Relator):

Da preliminar

Inicialmente, no que pertine à preliminar de necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação, deve ser rejeitada. O regramento jurídico do Código de Processo Civil possibilita a imediata execução da tutela antecipada, prestigiando a efetividade processual, como se depreende da leitura do art. 1012, §1º, inciso V, segundo o qual a sentença que autorizar a antecipação dos efeitos da tutela poderá ser executada provisoriamente.

Do mérito

A Constituição Federal assegura a cobertura de eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada (art. 201, I, da CF).

A Lei 8.213/91, Lei de Benefícios da Previdência Social, garante a aposentadoria por invalidez aos segurados que, estando ou não percebendo auxílio-doença, forem considerados definitivamente incapazes para o exercício de atividade que lhes garanta a subsistência, por meio de perícia médica, observada a carência legalmente estipulada (arts. 25, 26, 42 e 43, lei cit).

Além disso, o art. 45, da Lei 8.213/91, garante um acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) ao segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa.

A pretensão posta na peça proemial depende, basicamente, de cabal demonstração, através de instrução probatória, a qual foi regularmente realizada.

O laudo médico, elaborado em 20/12/14 (fls. 36-39 e 54), atestou que a autora, titular do benefício de aposentadoria por invalidez desde 1994, com agravamento após amputação de MID na altura de terço proximal de coxa (sendo o coto preservado). O coto apresenta úlcera, o que dificulta a adaptação de prótese, sendo necessário, a ajuda constante de terceiros, apesar de não estar restrito à permanência no leito.

Assim, preenchidos os requisitos do Anexo I do Decreto 3048/99 e do art. 45 da Lei

8.213/91, a parte autora faz *jus* ao acréscimo pleiteado.

Nesse sentido o posicionamento deste E Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA PERMANENTE DE TERCEIROS. - Devido o acréscimo de 25% no salário-de-benefício, previsto no *artigo 45* da Lei nº 8.213/91, ao beneficiário de aposentadoria por invalidez que comprove a necessidade de assistência permanente de terceiros para a sua sobrevivência. - O termo inicial do pagamento do valor com adicional é a data do requerimento administrativo (17.01.2005), porquanto comprovado o direito do autor desde então. (...) - Apelação do autor a que se dá parcial provimento para condenar o INSS ao pagamento do acréscimo de 25% sobre o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez do autor desde a data do requerimento administrativo e fixar os juros de mora, conforme exposto. Remessa oficial desprovida. De ofício, concedida a tutela específica, nos termos acima preconizados. (TRF3, AC nº 1172791, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, v.u., DJU: 18.07.07, pág. 449).

PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ADICIONAL PREVISTO NO ART. 45 DA LEI 8.213/91. AGRAVO DO ART. 557, §1º DO CPC. IMPROVIMENTO. I - Restando comprovado que o autor depende da assistência permanente de terceiros devido à natureza de sua moléstia, conforme conclusões da perícia médica, deve ser concedido o acréscimo de 25% sobre o benefício, nos termos do art. 45 da Lei 8.213/91, não havendo que se falar em julgado ultra-petita. II - Agravo do INSS improvido. (TRF3, AC nº 1370292, 10ª Turma, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, DJF3, 08.07.09, pág. 1473)

A correção monetária e juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor, por ocasião da execução do julgado.

Por fim, entendo que a questão da possibilidade de fixação de multa em desfavor da autarquia restou prejudicada, haja vista o cumprimento da determinação judicial.

Isso posto, *rejeito a preliminar e, no mérito, dou parcial provimento à apelação da autarquia*, para fixar a correção monetária e os juros de mora, na forma acima explicitada.

É o voto.

Desembargador Federal DAVID DANTAS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0026087-56.2014.4.03.9999
(2014.03.99.026087-0)

Apelante: DARCI PECANHA ANTUNES
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA DE ITAPETININGA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: AC 1995429
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. SEGURADA ESPECIAL RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. DESCARACTERIZADO. APOSENTADORIA POR IDADE. § 3º, DO ART. 48, DA LEI Nº 8.213/91.

1. O Art. 11, § 1º, da Lei nº 8.213/91 dispõe que “entende-se como regime de economia familiar, a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados”.

2. O e. STJ firmou entendimento de que, para a caracterização do segurado especial em regime de economia familiar, exige-se que o trabalho, indispensável à própria subsistência, seja exercido em condições de mútua dependência e colaboração e que o beneficiário não disponha de qualquer outra fonte de rendimento, seja em decorrência do exercício de outra atividade remunerada ou aposentadoria sob qualquer regime.

3. A Lei nº 11.718/2008, ao alterar o Art. 48, da Lei 8.213/91, possibilitou ao segurado o direito à aposentadoria por idade, mediante a soma dos lapsos temporais de trabalho rural com o urbano.

4. Ocorrendo a descaracterização da condição de trabalhador rural, é de se aplicar a regra do § 3º, do Art. 48, da Lei nº 8.213/91.

5. A concessão do benefício de aposentadoria por idade, ao invés de aposentadoria por tempo de serviço, não configura julgamento *ultra* ou *extra petita*, vez que a lei que rege os benefícios securitários deve ser interpretada de modo a garantir e atingir o fim social ao qual se destina. O que se leva em consideração é o atendimento dos pressupostos legais para a obtenção do benefício, sendo irrelevante sua denominação.

6. Tendo a autora completado 60 anos e cumprido a carência com a soma do tempo de serviço rural reconhecido e das contribuições vertidas ao RGPS, faz jus ao benefício de aposentadoria por idade, a partir da data do requerimento administrativo (Precedentes do e. STJ: Pet 7.476/PR e AgRg no REsp 1309591/SP).

7. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e, no que couber, observando-se o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

8. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme entendimento consolidado na c. 3ª Seção desta Corte (AL em EI nº 0001940-31.2002.4.03.610). A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

9. Tendo a autoria decaído de parte do pedido é de se aplicar a regra contida no Art. 86, do CPC.
10. Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de apelação em ação de conhecimento em que se pleiteia o reconhecimento do trabalho rural de 28/09/68 a 13/03/05 e de 14/08/10 a 29/01/14, bem como a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido condenando a autora em custas, despesas processuais e honorários advocatícios de R\$300,00, nos termos da Lei 1.060/50, abrindo vista dos autos ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Apela a autora, pleiteando a reforma da r. sentença.

Subiram os autos, sem contrarrazões.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Para a obtenção da aposentadoria integral exige-se o tempo mínimo de contribuição (35 anos para homem, e 30 anos para mulher) e será concedida levando-se em conta somente o tempo de serviço, sem exigência de idade ou pedágio, nos termos do Art. 201, § 7º, I, da CF.

Por sua vez, a Emenda Constitucional 20/98 assegura, em seu Art. 3º, a concessão de aposentadoria proporcional aos que tenham cumprido os requisitos até a data de sua publicação, em 16/12/98. Neste caso, o direito adquirido à aposentadoria proporcional, faz-se necessário apenas o requisito temporal, ou seja, 30 (trinta) anos de trabalho no caso do homem e 25 (vinte e cinco) no caso da mulher, requisitos que devem ser preenchidos até a data da publicação da referida emenda, independentemente de qualquer outra exigência.

Em relação aos segurados que se encontram filiados ao RGPS à época da publicação da EC 20/98, mas não contam com tempo suficiente para requerer a aposentadoria - proporcional ou integral - ficam sujeitos às normas de transição para o cômputo de tempo de serviço. Assim, as regras de transição só encontram aplicação se o segurado não preencher os requisi-

tos necessários antes da publicação da emenda. O período posterior à Emenda Constitucional 20/98 poderá ser somado ao período anterior, com o intuito de se obter aposentadoria proporcional, se forem observados os requisitos da idade mínima (48 anos para mulher e 53 anos para homem) e período adicional (pedágio), conforme o Art. 9º, da EC 20/98.

A par do tempo de serviço, deve o segurado comprovar o cumprimento da carência, nos termos do Art. 25, II, da Lei 8.213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu Art. 142 (norma de transição), em que, para cada ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, relaciona-se um número de meses de contribuição inferior aos 180 exigidos pela regra permanente do citado Art. 25, II.

Em relação à atividade rural, para fins de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, o Art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, regulamentado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, em seu Art. 60, inciso X, permite o reconhecimento, exceto para efeito de carência, como tempo de contribuição, independente do recolhimento das contribuições previdenciárias, apenas do período de serviço sem registro exercido pelo segurado rurícola, anterior a novembro de 1991:

Lei nº 8.213/91:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

...

§ 2º O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.

Decreto nº 3.048/99:

Art. 60. Até que lei específica discipline a matéria, são contados como tempo de contribuição, entre outros:

...

X - o tempo de serviço do segurado trabalhador rural anterior à competência novembro de 1991;...

A comprovação do tempo de serviço campesino, nos termos do § 3º, do Art. 55, da Lei 8.213/91, produz efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida, porém, a prova exclusivamente testemunhal, ou vice versa, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito.

O Art. 11, § 1º, da Lei nº 8.213/91 dispõe que “entende-se como regime de economia familiar, a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados”.

A orientação do c. Superior Tribunal de Justiça direciona no sentido de que, para ter direito à aposentadoria rural no regime de economia familiar, o segurado deve exercer um único trabalho, de cultivo da terra em que mora na zona rural, juntamente com o seu cônjuge e/ou com os seus filhos, produzindo para o sustento da família:

ACÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. INÍCIO DE PROVA MATERIAL INSUFICIENTE. ANOTAÇÕES NA CARTEIRA DE

TRABALHO. INAPLICABILIDADE DO CRITÉRIO PRO MISERO. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. NÃO-ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE SEGURADO ESPECIAL. EMPREGADO RURAL. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1. ... “omissis”.

2. O regime de economia familiar que dá direito ao segurado especial de se aposentar, independentemente do recolhimento de contribuições, é a atividade desempenhada em família, com o trabalho indispensável de seus membros para a sua subsistência. O segurado especial, para ter direito a essa aposentadoria, deve exercer um único trabalho, de cultivo da terra em que mora, juntamente com o seu cônjuge e/ou com os seus filhos, produzindo para o sustento da família. (g.n.)

3. Enquadramento da autora no conceito dado pelo Estatuto do Trabalhador Rural - Lei 5.889/73 -, regulamentado pelo Decreto 73.626/74, segundo o qual trabalhador rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário.

4. Pedido de rescisão improcedente.

(AR.959/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/05/2010, DJe 02/08/2010).

Para comprovar o exercício da alegada atividade rural, a autora colacionou aos autos cópia da certidão de seu casamento com José Vieira Antunes, celebrado em 28.09.1968, na qual seu marido está qualificado como lavrador (fls. 14); cópia de registro de matrícula de imóvel rural de nº 15.059, datado de 11.06.1981, de propriedade do casal, em que consta a qualificação de ambos como lavradores (fls. 18/21); cópia de declaração cadastral-produtor, em nome de seu marido, dos anos de 1986 e 1989 (fls. 22/25); cópia de registro de matrícula de imóvel rural de nº 66.991, no qual constam a autora e seu marido, qualificado como pecuarista, como adquirentes em 10.11.2004 (fls. 26/27).

Entretanto, a prova oral produzida em Juízo, não se mostra idônea a corroborar todo o período de trabalho rural pleiteado, eis que as testemunhas inquiridas afirmaram conhecer a autora há 40 anos, sempre exercendo trabalhos rurais, sendo a “produção destina ao consumo da família, vendendo-se o que sobrava” (fls. 86/89). Porém, na contramão dos depoimentos, constata-se nas notas fiscais de produtor juntadas às fls. 32/33, que em 02/03/11, o casal vendeu 50 unidades de bovinos para recria e engorda, ao valor total de R\$50.000,00 e em 19/07/11, vendeu mais 12 cabeças, ao valor total de R\$13.200,00.

Ainda, de acordo com os dados constantes dos extratos do CNIS (fls. 67 e 65), o marido da autora migrou para as atividades urbanas em janeiro de 1985, vertendo contribuições como autônomo - condutor de veículos, assim como a autora o fez em 14.03.2005, restando descaracterizada a sua condição de segurada especial rural.

Dessarte, comprovado que se acha, portanto, é de ser reconhecido e averbado no cadastro da autora, independente do recolhimento das contribuições - exceto para fins de carência, e, tão só, para fins de aposentação pelo Regime Geral da Previdência Social - RGPS, o trabalho rural da autora, em regime de economia familiar, no período de 28.09.1968 a 31.12.1984.

A autora manteve vínculos empregatícios formais nos períodos de 14.03.2005 a 06.10.2008 e de 02.01.2009 a 13.08.2010, perfazendo 05 anos, 02 meses e 05 dias, não cumprindo a carência exigida.

Por outro lado, a autora completou 60 anos de idade em 29.04.2012 e, de acordo com o que dispõe o § 3º, do Art. 48, da Lei nº 8.213/91, faz jus ao benefício de aposentadoria por idade, pois somados o tempo de trabalho rural e o tempo de serviço urbano, perfaz a autora a carência exigida, que é de 180 meses:

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

...

§ 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher.

Confirmam-se:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REQUISITOS: IDADE E COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. ARTS. 26, I, 39, I, E 143, TODOS DA LEI Nº 8.213/1991. DISSOCIAÇÃO PREVISTA NO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 10.666/2003 DIRIGIDA AOS TRABALHADORES URBANOS. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO.

1. A Lei nº 8.213/1991, ao regulamentar o disposto no inc. I do art. 202 da redação original de nossa Carta Política, assegurou ao trabalhador rural denominado segurado especial o direito à aposentadoria quando atingida a idade de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher (art. 48, § 1º).

2. Os rurícolas em atividade por ocasião da Lei de Benefícios, em 24 de julho de 1991, foram dispensados do recolhimento das contribuições relativas ao exercício do trabalho no campo, substituindo a carência pela comprovação do efetivo desempenho do labor agrícola (arts. 26, I e 39, I).

3. Se ao alcançar a faixa etária exigida no art. 48, § 1º, da Lei nº 8.213/91, o segurado especial deixar de exercer atividade como rurícola sem ter atendido a regra de carência, não fará jus à aposentação rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito.

4. Caso os trabalhadores rurais não atendam à carência na forma especificada pelo art. 143, mas satisfaçam essa condição mediante o cômputo de períodos de contribuição em outras categorias, farão jus ao benefício ao completarem 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher, conforme preceitua o § 3º do art. 48 da Lei de Benefícios, incluído pela Lei nº 11.718, de 2008.

5. Não se mostra possível conjugar de modo favorável ao trabalhador rural a norma do § 1º do art. 3º da Lei nº 10.666/2003, que permitiu a dissociação da comprovação dos requisitos para os benefícios que especificou: aposentadoria por contribuição, especial e por idade urbana, os quais pressupõem contribuição.

6. Incidente de uniformização desprovido.

(Pet 7.476/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 25/04/2011);

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DO LABOR RURAL PELO PERÍODO DE CARÊNCIA. IMPLEMENTO DO REQUISITO ETÁRIO. BENEFÍCIO DEVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO.

1. A Lei 8.213/91 dispõe em seu art. 143 que será devida a aposentadoria por idade ao Trabalhador Rural que completar 60 anos de idade, se homem, e 55 anos de idade, se mulher, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, em número de meses idêntico ao período de carência.

2. Além disso, se a aposentadoria rural por idade seria concedida independentemente do pagamento de contribuições, com maior razão deve-se garantir também a concessão do benefício ao segurado que recolheu contribuições previdenciárias para a Seguridade Social como traba-

lhador urbano em pequenos períodos, sem, no entanto, cumprir a carência para a concessão da aposentadoria urbana, uma vez que essa situação não acarreta qualquer prejuízo ao equilíbrio atuarial do sistema previdenciário e, pelo contrário, até o favorece.

3. Agravo Regimental do INSS desprovido.

(AgRg no REsp 1309591/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 29/06/2012) e

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA URBANA. SEGU-RADA INSCRITA NO RGPS ANTES DA EDIÇÃO DA LEI 8.213/91. APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ART. 142 DA LEI DE BENEFÍCIOS. CARÊNCIA MÍNIMA CUMPRIDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Para a concessão da aposentadoria por idade, de acordo com o artigo 48 da Lei 8.213/91, o segurado urbano deve preencher dois requisitos: a) idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos, se homem e 60 (sessenta) anos, se mulher; b) cumprimento da carência mínima exigida por lei.

2. Aplica-se aos segurados urbanos inscritos no RGPS antes de 24 de julho de 1991, data da publicação da Lei 8.213, a regra de transição prevista no artigo 142 da citada Lei.

3. De acordo com a regra de transição do artigo 142 da Lei 8.213/91, o segurado que, no ano de 2001, implementar todas as condições necessárias à obtenção do benefício precisará comprovar 120 (cento e vinte) meses de contribuição.

4. A agravada se filiou ao RGPS em 1986 e em 2001, quando completou 60 (sessenta) anos de idade, apresentava carência de 121 (cento e vinte e um) meses de contribuição.

5. Tendo a agravada contribuído por período superior ao exigido pela Lei 8.213/91, possui direito à concessão do benefício de aposentadoria por idade.

6. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 699.452/RS, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 25/02/2013).

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação (06.03.2014 - fls. 40), quando o réu teve ciência da pretensão da autora.

Por oportuno, para prevenir eventual alegação, consigno que a concessão do benefício de aposentadoria por idade, ao invés de aposentadoria por tempo de serviço, não configura julgamento *ultra* ou *extra petita*, vez que a lei que rege os benefícios securitários deve ser interpretada de modo a garantir e atingir o fim social ao qual se destina. O que se leva em consideração é o atendimento dos pressupostos legais para a obtenção do benefício, sendo irrelevante sua nomeação.

Ademais, pelo princípio da economia processual e solução *pro misero*, as informações trazidas aos autos devem ser analisadas com vistas à verificação do cumprimento dos requisitos previstos para o benefício pleiteado e, em consonância com a aplicação do princípio da *mihi facto, dabo tibi jus*, tem-se que o magistrado aplica o direito ao fato, ainda que aquele não tenha sido invocado (STJ- RTJ 21/340).

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXTRA PETITA. FLEXIBILIZAÇÃO DO PEDIDO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO DO REQUERIDO NA PETIÇÃO INICIAL.

1. A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitu-

de fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea “c”, III, do art. 105 da Constituição Federal.

2. É firme o posicionamento do STJ de que, em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não se entendendo como julgamento extra ou ultra petita a concessão de benefício diverso do requerido na inicial.

Precedentes: REsp 1499784/RS, minha relatoria, Segunda Turma, DJe 11/2/2015, AgRg no REsp 1247847/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, DJe 25/06/2015, AgRg no REsp 1.367.825/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29/4/2013 e AgRg no REsp 861.680/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 17/11/2008.

3. Recurso Especial provido.

(REsp 1568353/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 05/02/2016);

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO. DECISÃO EXTRA PETITA NÃO CONFIGURADA. APOSENTADORIA POR IDADE. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. PRECEDENTES.

1. Em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não entendendo como julgamento extra ou ultra petita a concessão de benefício diverso do requerido na inicial, desde que o autor preencha os requisitos legais do benefício deferido. Precedentes.

2. O Tribunal *a quo* reformou a sentença que havia concedido à autora o benefício de aposentadoria por invalidez. Considerando a perda dessa qualidade e a implementação de outros requisitos, lhe foi deferida a aposentadoria por idade, nos termos da Lei nº 10.666/03, a contar de 24.07.2008.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 574.838/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 30/10/2014);

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 48, §§ 3º E 4º DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.718/2008. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A Lei 11.718/2008 introduziu no sistema previdenciário brasileiro uma nova modalidade de aposentadoria por idade denominada aposentadoria por idade híbrida.

2. Neste caso, permite-se ao segurado mesclar o período urbano ao período rural e vice-versa, para implementar a carência mínima necessária e obter o benefício etário híbrido.

3. Não atendendo o segurado rural à regra básica para aposentadoria rural por idade com comprovação de atividade rural, segundo a regra de transição prevista no artigo 142 da Lei 8.213/1991, o § 3º do artigo 48 da Lei 8.213/1991, introduzido pela Lei 11.718/2008, permite que aos 65 anos, se homem e 60 anos, mulher, o segurado preencha o período de carência faltante com períodos de contribuição de outra qualidade de segurado, calculando-se o benefício de acordo com o § 4º do artigo 48.

4. Considerando que a intenção do legislador foi a de permitir aos trabalhadores rurais, que se enquadrem nas categorias de segurado empregado, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial, o aproveitamento do tempo rural mesclado ao tempo urbano, preenchendo inclusive carência, o direito à aposentadoria por idade híbrida deve ser reconhecido.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1367479/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 10/09/2014).

Destarte, é de se reformar a r. sentença, devendo o réu conceder à autora o benefício de aposentadoria por idade a partir de 01.02.2014, e pagar as prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e, no que couber, observando-se o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme entendimento consolidado na c. 3ª Seção desta Corte (AL em EI nº 0001940-31.2002.4.03.610). A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

Convém alertar que das prestações vencidas devem ser descontadas aquelas pagas administrativamente ou por força de liminar, e insuscetíveis de cumulação com o benefício concedido, na forma do Art. 124, da Lei nº 8.213/91.

Tendo a autoria decaído de parte do pedido é de se aplicar a regra contida no Art. 86, do CPC. A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93, e a parte autora, por ser beneficiária da assistência judiciária integral e gratuita, está isenta de custas, emolumentos e despesas processuais.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação para, mantida a improcedência do pedido de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, reconhecer o trabalho rural da autora, em regime de economia familiar, no período explicitado neste voto e o seu direito à percepção do benefício de aposentadoria por idade.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0018230-46.2015.4.03.0000
(2015.03.00.018230-9)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Réu: ARI VIEIRA DA SILVA

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO

Classe do Processo: AR 10638

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/11/2016

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V E IX, DO CPC DE 1973 (ART. 966, V E IX, DO CPC DE 2015). APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. ERRO NA CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO DE LEI CARACTERIZADOS. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREENCHIDOS NO CURSO DA AÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Pretende o INSS a desconstituição da r. decisão que julgou procedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, ao argumento de que foi considerado erroneamente que o ora réu havia completado mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, quando na realidade possuía 33 (trinta e três) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias em 01/09/2008, ocasião em que ainda não havia completado a idade mínima exigida pelo artigo 9º da EC nº 20/1998. Além de violação de lei, infere-se da inicial, ainda que de forma implícita, que o INSS fundamenta sua pretensão no artigo 485, IX (erro de fato), do CPC de 1973 (art. 966, VIII, do CPC de 2015), ao alegar que o tempo de serviço do ora réu foi computado de forma errônea.

2. Da análise do r. julgado rescindendo, verifica-se que este considerou que o ora réu havia completado 35 anos de serviço, porque somou os períodos considerados especiais (24/06/1975 a 28/02/1976 e 08/03/1982 a 05/03/1997) com aqueles considerados comuns, constantes de sua CTPS até 01/09/2008 (01/05/1976 a 20/10/1977, 01/12/1977 a 31/01/1978, 01/08/1978 a 30/08/1978, 06/03/1997 a 06/11/2000, 02/05/2001 a 12/12/2001, 02/05/2002 a 08/11/2002, 09/01/2003 a 28/12/2004, 02/05/2005 a 27/10/2005, 20/01/2006 a 12/01/2008 e 21/01/2008 a 01/09/2008). Ocorre que o r. julgado rescindendo acabou por computar em duplicidade o período de 01/05/1976 a 20/10/1977, ocasionando um erro na soma do tempo de serviço do ora réu. Além disso, deixou de computar alguns períodos registrados em CTPS, quais sejam, 01/04/1979 a 31/05/1979, 01/07/1980 a 15/12/1980, 05/01/1981 a 05/04/1981 e 01/08/1981 a 30/09/1981.

3. Com a exclusão do período computado em duplicidade (01/05/1976 a 20/10/1977), e com a inclusão dos períodos de 01/04/1979 a 31/05/1979, de 01/07/1980 a 15/12/1980, de 05/01/1981 a 05/04/1981 e de 01/08/1981 a 30/09/1981, verifica-se que o ora réu possuía 34 anos, 06 meses e 27 dias. Logo, constata-se que o ora réu não possuía tempo suficiente para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço na forma integral em 01/09/2008. Da mesma forma, tendo em vista que o ora réu nasceu em 01/11/1961, também não possuía a idade mínima exigida pelo artigo 9º da

EC nº 20/1998 para a concessão da aposentadoria proporcional por tempo de serviço na data em que foi concedido o benefício pela r. decisão rescindenda (01/09/2008).

4. Forçoso concluir que o r. julgado incorreu em erro de fato, ao considerar que o autor possuía tempo de serviço superior ao realmente existente.

5. Da mesma forma, a r. decisão rescindenda incorreu em violação aos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91 e ao artigo 9º da EC nº 20/1998, ao conceder a aposentadoria por tempo de serviço/contribuição a quem ainda não havia implementados todos os requisitos legalmente exigidos.

6. Da análise de consulta ao sistema CNIS/DATAPREV, verifica-se que o ora réu continuou trabalhando após o ajuizamento da ação originária. Dessa forma, com o cômputo dos períodos posteriores ao ajuizamento da ação originária, conclui-se que o ora réu completou 35 anos de serviço/contribuição em 17/02/2009, os quais perfazem o tempo de serviço exigível nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/1991, para a percepção do benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição na forma integral.

7. Por conseguinte, cabe reconhecer o direito do autor à aposentadoria por tempo de contribuição na forma integral, a partir de 18/02/2009, dia seguinte ao implemento dos requisitos necessários à concessão do benefício, com renda mensal inicial correspondente a 100% do salário-de-benefício, a ser calculado na forma do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99.

8. Cumpre observar que os valores eventualmente já pagos pelo INSS a título de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição concedida pelo r. julgado rescindendo, devem ser deduzidos de eventual valor a pagar a título do benefício concedido nesta rescisória, para evitar o enriquecimento sem causa do réu (Lei nº 8.213/91, art. 124, inciso II).

9. No tocante às parcelas vencidas e não pagas pelo INSS, devem ser corrigidas monetariamente na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e ainda de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ e nº 08 desta Corte, observando-se o quanto decidido pelo C. STF quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

10. Quanto aos juros moratórios, incidem a partir da citação, de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado na Lei 11.960/2009, art. 5º.

11. Em face da sucumbência recíproca, cada parte deve arcar com os honorários de seus respectivos patronos.

12. Ação Rescisória parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *julgar parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação rescisória para rescindir a r. decisão proferida nos autos do processo nº 2006.03.99.036094-5 e, em novo julgamento, julgar parcialmente procedente o pedido da ação subjacente, para condenar o INSS ao pagamento do benefício de aposentadoria por tempo de serviço em favor do ora réu a partir de 18/02/2009*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de novembro de 2016.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Trata-se de ação rescisória ajuizada em 10/08/2015 pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fulcro no artigo 485, inciso V (violação à literal disposição de lei), do CPC de 1973, correspondente ao artigo 966, V, do CPC de 2015, em face de Ari Vieira da Silva, objetivando rescindir a r. decisão terminativa proferida pelo Exmo. Desembargador Federal Souza Ribeiro (fls. 155/156), nos autos do processo nº 2006.03.99.036094-5, que deu parcial provimento à apelação da parte autora (ora réu), para reconhecer o exercício de atividade especial nos períodos de 24/06/1975 a 28/02/1976 e de 08/03/1982 a 05/03/1997, concedendo-lhe o benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição na forma integral a partir de 01/09/2008.

O INSS alega, em síntese, que o julgado rescindendo, ao calcular o tempo de serviço do autor (ora réu), considerou erroneamente que ele havia completado mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, quando na realidade possuía 33 (trinta e três) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias em 01/09/2008, ocasião em que ainda não havia completado a idade mínima exigida pelo artigo 9º da EC nº 20/1998. Desse modo, sustenta a Autarquia que o r. julgado rescindendo deve ser desconstituído, a fim de que seja julgado improcedente o pedido de concessão de benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Requer ainda a antecipação dos efeitos da tutela, para que o pagamento benefício seja cessado, bem como para que seja suspensa a execução do julgado rescindendo até o julgamento do presente feito. Por fim, pleiteia a isenção do depósito previsto no artigo 488, inciso II, do CPC de 1973.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 07/173.

Por meio de decisão de fls. 175/175vº, foi deferido parcialmente o pedido de antecipação da tutela, tão-somente para determinar a suspensão da execução do r. julgado rescindendo.

Regularmente citada, a parte ré apresentou contestação (fls. 210/227), alegando que preenche os requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Aduz também que, ainda que se considere ter havido erro no cálculo no seu tempo de serviço, possuía tempo suficiente para a obtenção da aposentadoria quando da prolação da decisão rescindenda, visto que não foram computados períodos com registros em CTPS, quais sejam, 01/04/1979 a 31/05/1979, 01/07/1980 a 15/12/1980, 05/01/1981 a 05/04/1981 e 01/08/1981 a 30/09/1981, havendo necessidade tão-somente de correção de erro material e modificação no termo inicial do benefício. Por esta razão, requer seja julgado improcedente o pedido formulado na presente ação rescisória. Requer ainda a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

O INSS apresentou réplica às fls. 230/230vº.

Não havendo necessidade de dilação probatória, o INSS apresentou suas razões finais às fls. 232/232vº, ao passo que o réu manifestou-se às fls. 244/251.

Encaminhados os autos ao Ministério Público Federal, a douta Procuradoria Regional da República, em parecer de fls. 234/242, manifestou-se pela procedência da presente ação rescisória, com base no artigo 485, IX, do CPC de 1973 e, em juízo rescisório, pela concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, mas com modificação quanto ao termo inicial.

É o Relatório.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO (Relator):

Inicialmente, diante da declaração de fls. 219, defiro os benefícios da justiça gratuita à parte ré.

Cumpre observar que a r. decisão rescindenda transitou em julgado em 18/02/2015, conforme certidão de fls. 160.

Por consequência, tendo a presente demanda sido ajuizada em 10/08/2015, conclui-se que não foi ultrapassado o prazo decadencial de 02 (dois) anos para a propositura da ação rescisória, previsto no artigo 495 do CPC de 1973.

Pretende o INSS a desconstituição da r. decisão que julgou procedente o pedido de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, ao argumento de que foi considerado erroneamente que o ora réu havia completado mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, quando na realidade possuía 33 (trinta e três) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias em 01/09/2008, ocasião em que ainda não havia completado a idade mínima exigida pelo artigo 9º da EC nº 20/1998.

Respeitante à alegada violação literal de disposição de lei, estabelece o art. 485, V, do CPC de 1973 (art. 966, V, do CPC de 2015):

Art. 485. A sentença de mérito transitada em julgado, pode ser rescindida:

(...)

V - violar literal disposição de lei.

Consoante comentário ao referido dispositivo legal, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição revista, 2008, o qual traz lição de Pontes de Miranda e Barbosa Moreira: “Lei aqui tem sentido amplo, seja de caráter material ou processual, em qualquer nível (federal, estadual, municipal e distrital), abrangendo a CF, MedProv., DLeg, etc”.

Desta feita, a norma ofendida não precisa necessariamente ser veiculada por lei, para admissão do litígio rescisório.

Todavia, para a viabilidade da ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil de 1973, é forçoso que a interpretação dada pelo pronunciamento rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, a decisão rescindenda eleger uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, não será admitida a rescisória, sob pena de desvirtuar sua natureza, dando-lhe o contorno de recurso. Nesse sentido, é remansosa a jurisprudência no E. Superior Tribunal de Justiça, como anota Theotonio Negrão, *in* Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, Editora Saraiva, 41ª edição atualizada, 2009 (Nota 20: art. 485, inc. V, do CPC).

Além de violação de lei, infere-se da inicial, ainda que de forma implícita, que o INSS fundamenta sua pretensão no artigo 485, IX (erro de fato), do CPC de 1973 (art. 966, VIII, do CPC de 2015), ao alegar que o tempo de serviço do ora réu foi computado de forma errônea.

No tocante ao erro de fato, preconiza o art. 485, IX e §§ 1º e 2º, do CPC de 1973, *in verbis*:

A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

§ 1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Destarte, para a legitimação da ação rescisória, a lei exige que o erro de fato resulte de atos ou de documentos da causa. A decisão deverá reconhecer fato inexistente ou desconsiderar fato efetivamente ocorrido, sendo que sobre ele não poderá haver controvérsia ou pronunciamento judicial. Ademais, deverá ser aferível pelo exame das provas constantes dos autos da ação subjacente, não podendo ser produzidas novas provas, em sede da ação rescisória, para demonstrá-lo.

Nessa linha de exegese, para a rescisão do julgado por erro de fato, é forçoso que esse erro tenha influenciado no decisum rescindendo.

Confira-se nota ao art. 485, IX, do CPC de 1973, da lavra de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante (Editora Revista dos Tribunais, 10ª edição revista, 2008, p. 783), com base em julgado do Exmo. Ministro Sydney Sanches (RT 501/125):

Para que o erro de fato legitime a propositura da ação rescisória, é preciso que tenha influído decisivamente no julgamento rescindendo. Em outras palavras: é preciso que a sentença seja efeito de erro de fato; que seja entre aquela a este um nexo de causalidade.

Seguem, ainda, os doutrinadores:

Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes; c) sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; d) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo.

Outro não é o entendimento consolidado no C. Superior Tribunal de Justiça. Destaco o aresto:

RESCISÓRIA. RECURSO ESPECIAL. DECADÊNCIA. PRAZO. ERRO DE FATO. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. FATO CONTROVERSO.

I - A interposição de recurso intempestivo, em regra, não impede a fluência do prazo decadencial da ação rescisória, salvo a ocorrência de situações excepcionais, como por exemplo, o fato de a declaração de intempestividade ter ocorrido após a fluência do prazo da ação rescisória. Precedentes.

II - O erro de fato a justificar a ação rescisória, nos termos do artigo 485, IX, do Código de Processo Civil, é aquele relacionado a fato que, na formação da decisão, não foi objeto de controvérsia nem pronunciamento judicial.

III - Devem estar presentes os seguintes requisitos para que se possa rescindir sentença por erro de fato: a) a sentença deve estar baseada no erro de fato; b) sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes, nem sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial; c) que seja aferível pelo exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo. Recurso especial provido. (REsp 784166/SP, Processo 2005/0158427-3, Rel. Min. CASTRO FILHO, Terceira Turma, j. 13/03/2007, DJ 23/04/2007, p. 259)

O ora réu ajuizou a demanda originária, objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, mediante o reconhecimento do tempo de serviço especial.

A r. sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Botucatu-SP julgou improcedente o pedido (fls. 103/113).

Contra a r. sentença, o ora réu interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido por meio de decisão proferida pelo Exmo. Desembargador Federal Souza Ribeiro nos seguintes termos (fls. 136/140):

(...)

CASO CONCRETO

- período de 24/06/1975 a 28/02/1976 em que o autor trabalhou como rurícola, em empresa agropecuária- Cia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos. Informa o formulário de fl.17 que o autor desenvolvia “suas atividades em diversas frentes de trabalho nas lavouras de cana de açúcar, executando plantio, carpa, queima e corte de cana, exterminando formigas, radicando capins, recolhendo bitucas, engatando e desengatando carretas, conservando estrada, pontes, cercas, etc”, de forma habitual e permanente.

- períodos de 08/03/1982 a 14/06/1984 e de 15/06/1984 a 06/11/2000 em que o autor trabalhou como motorista na empresa agropecuária- Cia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos. Informa o formulário de fl.18 e o laudo técnico de fls. 19/21, que exercia o transporte de cana de açúcar das diversas lavouras para o setor industrial em caminhões pesados das marcas Scania e Mercedes Benz, e exposição a ruído de 84,7 dB (períodos de 03/03/1982 a 14/06/1984 e a partir de 01/01/1995) e de 92,7 dB (período de 15/06/1984 a 31/12/1994).

No tocante ao período de 24/06/1975 a 28/02/1976 laborado como cortador de cana passo a tecer as seguintes considerações.

A intenção legislativa do item 2.2.1 do Decreto nº 53.831/64 era contemplar o trabalho rural que pela norma então vigente era considerado como exercido em condições especiais, com tal, aquele que estava sujeito à proteção da CLT, art. 7º, “b”, quais sejam:

“trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais;”

O amparo era concedido, portanto, a condições de trabalho em agricultura ou pecuária, cuja intensidade ensejou a proteção social da CLT.

Insere-se nesse contexto de trabalho especial o trabalhador da indústria cana vieira, vinculado ao corte de cana, o qual contava com proteção específica desde o Decreto-Lei 505/38, seguido pelo Decreto-Lei 3.855/41, Estatuto da Lavoura cana vieira, e a alteração deste pelo Decreto-Lei 6969/44.

Assim, ante as considerações acima expostas, é possível o reconhecimento da nocividade do período de 24/06/1975 a 28/02/1976, com conversão para tempo comum, pelo enquadramento código 2.2.1 do Decreto 53.831/64.

Para os períodos laborados entre 08/03/1982 a 14/06/1984 e de 15/06/1984 a 06/11/2000, o autor faz jus ao reconhecimento da especialidade, eis que sua atividade enquadra-se no código nos códigos 2.4.4 e 2.4.2 dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79.

Reconhecidos os períodos de labor especial acima, é de rigor a parcial reforma da sentença para condenar o INSS à respectiva averbação.

CONSIDERAÇÕES SOBRE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO
Conforme art. 52 e seguintes da Lei 8.213/91 o benefício de aposentadoria por tempo de serviço é devido ao segurado que completar 30 anos de serviço, se homem, ou 25, se mulher, desde que cumprida a carência legal.

A Emenda Constitucional 20, de 15.12.98 converteu a aposentadoria por tempo de serviço em aposentadoria por tempo de contribuição, excluindo do ordenamento jurídico a aposentadoria proporcional.

O art. 3º da citada Emenda garantiu, no entanto, o direito adquirido à concessão do benefício em questão a quem tivesse cumprido todos os requisitos legais, com base nos critérios da legislação então vigente, até a data de sua publicação.

Três, portanto, são as hipóteses de deferimento do benefício: segurados que preencheram os requisitos até a data da publicação da Emenda 20/98; os que não preencheram os requisitos até então, embora filiados, e os que se filiaram posteriormente.

Para os segurados filiados antes da referida Emenda Constitucional mas que, em tal data, ainda não tivessem preenchidos os requisitos necessários à concessão da benesse aplicam-se as regras de transição previstas em seu art. 9º.

Esclareça-se que o art. 201, § 7º, inc. I, da Constituição Federal, com redação da Emenda Constitucional 20/98, garante o direito à aposentadoria integral, independentemente de preenchimento de idade mínima, à mulher que completou 30 anos de tempo de serviço e ao homem que completou 35 anos de tempo de serviço.

Ressalte-se que a imposição da regra de transição para a aposentadoria integral por tempo de serviço é inócua, não possuindo qualquer eficácia, uma vez que é mais gravosa do que a regra permanente. Inclusive, a Instrução Normativa INSS/PR nº 11, de 20.09.06, que sucedeu a Instrução Normativa INSS/DC nº 118, de 14.04.05, deixa claro que tanto os segurados que já se encontravam filiados ao R.G.P.S até 16.12.98 quanto os que ingressaram posteriormente no sistema poderão obter o benefício mediante a comprovação de tempo de contribuição, sem qualquer exigência de “pedágio” ou idade mínima.

Na hipótese, essa egrégia Corte Regional enfrentando a matéria decidiu que “Não se exige para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, idade mínima ou pedágio, que incidem somente na aposentadoria proporcional, nos termos da EC 20/98, sendo este, inclusive, o entendimento adotado pela própria Autarquia Previdenciária, expresso em seus atos administrativos (IN 57/2001, IN 84/2002, IN 95/2003 e, mais recentemente, IN 118/2005)” (TRF - 3ª Região; AC nº 908063/SP, Relator Desembargador Federal Santos Neves, j. 08.08.05, DJU 25.08.05, p. 542). No mesmo sentido: “Afastada a incidência do requisito idade instituído no artigo 9º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, na concessão do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição postulado, cabível sua incidência somente na concessão dos benefícios de aposentadoria proporcional, já que a Emenda Constitucional nº 20, na alteração introduzida no corpo permanente da Constituição, não fez incluir no inciso I do § 7º do artigo 201 o requisito idade para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço” (TRF - 3ª Região; AI nº 216632/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, j. 28.03.05, DJU 22.03.05, p. 448).

CONCLUSÃO

Computando-se os períodos de tempo de serviço comuns e especiais, com conversão para tempo comum, anotações em CTPS e CNIS, totaliza o demandante, até a data do ajuizamento da ação (10/04/2002), observada a carência legal, 30 (trinta) anos, 10 (dez) meses e 22 (vinte e dois) dias de tempo de serviço, o que é insuficiente à concessão da aposentadoria.

É de se considerar, que até a publicação da EC nº 20/98 (15/12/1998), o requerente não contava com 30 anos de tempo de serviço, e no caso, não é possível à aplicação das regras de transição, uma vez que o autor, nascido em 01/11/1961, em 1998 contava com apenas 37 anos de idade.

Dessa forma é de ser mantida a improcedência no tocante ao pedido de concessão do benefício de aposentadoria.

CONSECTÁRIOS

No presente caso, entendo pela sucumbência recíproca, de conformidade com o *caput* do art. 21 do CPC, compensando-se os honorários advocatícios sucumbenciais.

Sendo a parte autora beneficiária da justiça gratuita e isento o INSS de custas processuais, nada se impõe quanto a isso.

A autarquia federal está isenta do pagamento de custas processuais (Leis nºs 9.289/96 e 8.620/93), exceto custas e despesas eventualmente despendidas pelo autor.

DISPOSITIVO

Posto isso, com fundamento no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, dou parcial provimento à apelação do autor para reconhecer a especialidade nos períodos de 24/06/1975 a 28/02/1976, de 08/03/1982 a 14/06/1984 e de 15/06/1984 a 06/11/2000, com a conversão em comum e, condenar o INSS à respectiva averbação. Mantida a improcedência em relação ao pedido de concessão da aposentadoria por tempo de serviço.

Publique-se. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado e ultimadas as providências necessárias, baixem os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais.

Contra essa decisão, o ora réu e o INSS interpuseram agravos legais, os quais foram assim apreciados pela r. decisão rescindenda (fls. 155/156):

Trata-se de agravos legais interpostos pela parte autora e pelo INSS em face da decisão monocrática de fls. 135/139 que, deu parcial provimento ao apelo do autor para reconhecer a nocividade dos períodos entre 24/06/1975 a 28/02/1976, de 08/03/1982 a 14/06/1984 e de 15/06/1984 a 06/11/2000.

Sustenta a parte autora, em síntese, que a decisão merece parcial reconsideração para que se compute todo o tempo de serviço superveniente ao ajuizamento da ação, a fim de que lhe seja deferida a concessão do benefício de aposentadoria integral, nos termos do art. 462 do CPC.

Por sua vez, recorre a Autarquia para requer a reconsideração da decisão, uma vez que a utilização de EPI eficaz afasta a nocividade, bem como pelo fato de que não pode ser reconhecida a atividade especial após 05/03/1997, pois o nível de ruído era inferior ao limite de tolerância. É o relatório.

Decido.

Revedo os autos, constato que assiste parcial razão ao INSS, razão pela qual passo à análise do período entre 15/06/1984 a 06/11/2000, enquadrado como especial na decisão agravada. O formulário de fls.18 e laudo pericial respectivo, informam que o autor, após 01/01/1995, conduzia veículo do tipo Scania, para o qual o laudo pericial informa que o nível de ruído era 84,7 dB, de forma habitual e permanente.

Dessa forma, tendo em vista que após a edição do Decreto nº 2172/97 em 05/03/1997 o nível de tolerância foi elevado para número superior a 90dB, no caso em tela, somente é possível o enquadramento da nocividade entre 15/06/1984 até 05/03/1997, nos termos do código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64.

Ademais, vale ressaltar que o enquadramento pela categoria profissional somente é possível até 29/04/1995.

Assim, é de rigor o recálculo de todo o tempo de serviço laborado pelo autor, e acrescentado o tempo de serviço superveniente ao ajuizamento da ação, nos termos do art. 462 do CPC, verifica-se, que em 01/09/2008 o demandante completa 35 (trinta e cinco) anos de tempo de serviço, o que autoriza o deferimento do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, a partir dessa data (01/09/2008). - planilha anexa.

Dessa forma, reconsidero parcialmente a decisão agravada para excluir o enquadramento do labor especial após 05/03/1997 e computar todo o tempo de serviço laborado pelo autor, mesmo após o ajuizamento da ação, condenando o INSS à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, integral, a partir de 01/09/2008.

Com a reconsideração da decisão agravada, impõe-se a explicitação dos honorários de sucumbência e critérios de juros de mora e de atualização monetária.

Visando à futura execução do julgado, observo que sobre as prestações vencidas incidirá correção monetária, nos termos da Lei nº 6.899, de 08.4.1981 (Súmula nº 148 do Superior Tribunal de Justiça), a partir de cada vencimento (Súmula nº 8 do Tribunal Regional Federal da Terceira Região), e pelo mesmo critério de atualização dos benefícios previdenciários previsto na legislação respectiva, o qual está resumido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267, de 02 de dezembro de 2013, do Conselho da Justiça Federal. Sobre esses valores incidirão juros de mora à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, por força do art. 1.062 do Código Civil anterior e art. 219 do Código de Processo Civil. A partir do novo Código Civil, serão devidos no percentual de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 deste último diploma, e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Após a Lei 11.960, de 29.06.2009, deve ser utilizada a taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. (STJ - SEXTA TURMA, REsp 1099134/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 08/11/2011, DJe 21/11/2011).

O INSS está isento do pagamento de custas processuais (Leis nºs 9.289/96 e 8.620/93), exceto custas e despesas eventualmente despendidas pela parte autora.

Honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, entendida esta como a somatória das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

A parte dispositiva da decisão agravada passará à seguinte redação:

“Posto isso, com fundamento no artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, dou parcial provimento à apelação do autor para reconhecer a especialidade nos períodos de 24/06/1975 a 28/02/1976 e de 08/03/1982 a 05/03/1997, com a conversão em comum, e condenar o INSS à concessão ao autor do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, a partir de 01/09/2008, nos termos do art. 462 do CPC. Explicitados os critérios de juros de mora e atualização monetária, bem como fixada a verba relativa aos honorários advocatícios.”

Prejudicados os agravos legais interpostos.

Publique-se. Intime-se.

Argumenta o INSS que o julgado rescindendo considerou erroneamente que o ora réu havia completado mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço quando do ajuizamento da ação originária.

No caso *sub examen* o r. julgado rescindendo reconheceu o exercício de atividades especiais nos períodos de 24/06/1975 a 28/02/1976 e de 08/03/1982 a 05/03/1997.

Portanto, tais períodos são incontroversos. Tanto é assim que nem o INSS questiona tal reconhecimento na presente ação rescisória.

Da análise do r. julgado rescindendo, verifica-se que este considerou que o ora réu havia completado mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, porque somou os períodos considerados especiais (24/06/1975 a 28/02/1976 e 08/03/1982 a 05/03/1997) com aqueles considerados comuns, constantes de sua CTPS até 01/09/2008 (01/05/1976 a 20/10/1977, 01/12/1977 a 31/01/1978, 01/08/1978 a 30/08/1978, 06/03/1997 a 06/11/2000, 02/05/2001 a 12/12/2001, 02/05/2002 a 08/11/2002, 09/01/2003 a 28/12/2004, 02/05/2005 a 27/10/2005, 20/01/2006 a 12/01/2008 e 21/01/2008 a 01/09/2008).

Ocorre que o r. julgado rescindendo acabou por computar em duplicidade o período de 01/05/1976 a 20/10/1977, conforme demonstra a planilha de fls. 157, ocasionando um erro na soma do tempo de serviço do ora réu.

Além disso, verifico que a planilha de fls. 157 deixou de computar alguns períodos registrados em CTPS (fls. 17/18), quais sejam, 01/04/1979 a 31/05/1979, 01/07/1980 a 15/12/1980,

05/01/1981 a 05/04/1981 e 01/08/1981 a 30/09/1981.

Assim, com a exclusão do período computado em duplicidade (01/05/1976 a 20/10/1977), e com a inclusão dos períodos de 01/04/1979 a 31/05/1979, de 01/07/1980 a 15/12/1980, de 05/01/1981 a 05/04/1981 e de 01/08/1981 a 30/09/1981, verifica-se que o ora réu possuía 34 (trinta e quatro) anos, 06 (seis) meses e 27 (vinte e sete) dias, consoante comprova a planilha ora anexada.

Logo, constata-se que o ora réu não possuía tempo suficiente para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço na forma integral em 01/09/2008.

Da mesma forma, tendo em vista que o ora réu nasceu em 01/11/1961, também não possuía a idade mínima exigida pelo artigo 9º da EC nº 20/1998 para a concessão da aposentadoria proporcional por tempo de serviço na data em que foi concedido o benefício pela r. decisão rescindenda (01/09/2008)

Portanto, forçoso concluir que o r. julgado incorreu em erro de fato, ao considerar que o autor possuía tempo de serviço superior ao realmente existente.

Desse modo, o r. julgado considerou verdadeiro um fato inexistente, qual seja, o de que a parte autora (ora réu) possuía mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço quando do ajuizamento da ação originária.

Nesse passo, salta aos olhos o nexo de causalidade estabelecido entre os elementos de prova contemplados e o resultado estampado no r. decisum rescindendo, pelo que é de rigor a rescisão do julgado, nos moldes do artigo 485, inciso IX (erro de fato), do CPC de 1973 (art. 966, VIII, do CPC de 2015).

Nesse sentido, registram-se os seguintes julgados proferidos nesta E. Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ARTS. 458, V E IX, DO CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PRELIMINARES. INÉPCIA DA INICIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RELAÇÃO AO INCISO V DO ART. 485 DO CPC. CARÊNCIA DA AÇÃO. ERRO DE FATO. OCORRÊNCIA. RESCISÃO DO JULGADO. NOVO JULGAMENTO: PROCEDÊNCIA DO PEDIDO ORIGINÁRIO. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. CUSTAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Em relação ao inciso V do artigo 485 do CPC, a ação deve ser extinta, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 267, IV c/c o § 3º, do CPC, por estarem ausentes a causa de pedir e o pedido. 2. O feito prossegue com relação ao pedido de rescisão do julgado com fundamento no art. 485, IX, do CPC. Quanto a essa pretensão, não há de falar-se em carência da ação. A concessão administrativa do benefício não faz cessar o interesse processual do autor quanto aos valores que a antecederam. 3. Segundo a parte autora, o aresto rescindendo incorreu em erro de fato ao omitir-se quanto ao cômputo do período comum (de 1/11/1966 a 31/12/1968), devidamente anotado em carteira de trabalho. 4. O julgado rescindendo, após detida reflexão, descreveu um a um os períodos especiais e de contribuição individual que deveriam compor o cálculo e, de forma genérica, sem pormenores e individualizações, determinou a soma destes aos períodos comuns. 5. Assim, considerando que os períodos comuns registrados em CTPS não foram objeto de controvérsia, é razoável afirmar que a conclusão adotada pelo julgado rescindendo reflete a vontade do julgador no tocante aos períodos por ele reconhecidos, mas mostra-se contrária à prova dos autos quanto ao acréscimo omitido, o qual é de fundamental importância para o deslinde da controvérsia, à vista do tempo apurado (29 anos, 5 meses e 15 dias). 6. Considerados o nexo causal entre a omissão de fato incontroverso e a improcedência do pedido, cabível é a desconstituição parcial do julgado, com fundamento em erro de fato, no específico ponto impugnado concernente ao cômputo geral do tempo de serviço do autor. Inalterada a decisão quanto aos períodos reconhecidos. 7. Em sede de juízo rescisório, revela-se procedente o pedi-

do formulado, por terem sido preenchidos os requisitos legais. 8. O termo inicial do benefício previdenciário deve retroagir à data do requerimento administrativo; a renda mensal inicial deve corresponder a 75% do salário-de-benefício, calculado nos termos da legislação de regência. 9. Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observada a modulação dos efeitos previstos nas ADIs nº 4.425 e 4.357. 10. Com relação aos juros moratórios, estes são fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, contados da citação, por força dos artigos 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até a vigência do novo CC (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir de julho de 2009, serem fixados no percentual de 0,5% ao mês, observadas as alterações introduzidas no art. 1-F da Lei nº 9.494/97 pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09, pela MP nº 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei nº 12.703, de 07 de agosto de 2012, e por legislação superveniente. Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos desde então de forma global e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos, de forma decrescente. 11. A autarquia não está sujeita ao recolhimento de custas processuais, ressalvado o reembolso, por força da sucumbência, de custas e despesas comprovadamente realizadas pela parte autora. 12. A Seção, por maioria, fixou os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da condenação, compreendendo as prestações vencidas desde a data da citação na ação originária até a data deste julgamento, nos termos do voto divergente, vencida a Relatora. 13. Matéria Preliminar rejeitada. Ação rescisória procedente. Pedido formulado na demanda originária procedente.

(TRF 3ª Região, AR 8159/SP, Proc. nº 0019451-06.2011.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Daldice Santana, e-DJF3 Judicial 1 24/06/2015)

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ERRO DE FATO. OCORRÊNCIA. RESCISÃO DO JULGADO NOS TERMOS DO ART. 485, IX, DO CPC. IUDICIUM RESCINDENS E IUDICIUM RESCISORIUM. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO ORIGINÁRIO. I - Preliminar de inépcia da inicial rejeitada, eis que da narrativa dos fatos decorre logicamente a pretensão do autor. II - A arguição de incorrência de erro de fato, porque houve controvérsia e pronunciamento judicial sobre o tempo de serviço urbano, diz respeito à carência da ação e será analisada com o mérito. III - O erro de fato, para efeitos de rescisão do julgado, configura-se quando o julgador não percebe ou tem falsa percepção acerca da existência ou inexistência de um fato incontroverso e essencial à alteração do resultado da decisão. É, ainda, indispensável para o exame da rescisória que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato, e que o erro se evidencie nos autos do feito em que foi proferida a decisão rescindenda, sendo inaceitável a produção de provas, consoante o artigo 485, IX e §§ 1º e 2º, do CPC. IV- Somando-se os períodos de atividade rural reconhecidos pelo acórdão rescindendo, ou seja, de 18/07/1964 a 29/05/1969, de 30/05/1969 a 22/09/1973 e de 23/09/1973 a 31/05/1976, com exclusão do período concomitante (de 01/02/1976 a 31/05/1976), tem-se que o requerido comprovou apenas 27 anos, 9 meses e 14 dias de trabalho, até 22/12/1998 (data de término de seu último vínculo empregatício). V - A decisão rescindenda considerou como existente um fato inexistente ao afirmar que a soma dos contratos de trabalho constantes da CTPS do requerido totalizavam mais de 31 (trinta e um) anos de serviço, quando, na verdade, somavam apenas 16 anos e 03 meses de labor. VI - Presente o nexo de causalidade estabelecido entre os elementos de prova contemplados e o resultado estampado no r. decisum rescindendo, é de rigor a rescisão do julgado, nos moldes do art. 485, IX, do CPC. VII - Refeitos os cálculos, somando-se a atividade rural reconhecida e os períodos de atividade comum estampados na CTPS, com exclusão do lapso de atividade concomitante (de 01/02/1976 a 31/05/1976), é certo que, até 15/12/1998 (data da delimitação na inicial do feito originário), o autor contava com 27 anos, 9 meses e 07 dias de trabalho,

insuficientes para a aposentação, eis que respeitando as regras anteriores à Emenda 20/98, deveria cumprir pelo menos 30 (trinta) anos de serviço. VIII - Rescisória julgada procedente para desconstituir o acórdão originário apenas quanto à contagem do tempo. Improcedência do pedido de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço formulado na demanda subjacente. Tutela anteriormente concedida confirmada. Isenção de custas e honorária em face do deferimento da gratuidade de justiça - artigo 5º inciso LXXIV da Constituição Federal (Precedentes: REsp 27821-SP, REsp 17065-SP, REsp 35777-SP, REsp 75688-SP, RE 313348-RS).

(TRF 3ª Região, AR 5921/SP, Proc. nº 0005649-43.2008.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Tânia Marangoni, e-DJF3 Judicial 1 04/06/2014)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ERRO DE FATO. ART. 4985, IX, CPC. OCORRÊNCIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. LEI Nº 8.213/91. CARÊNCIA E TEMPO DE ATIVIDADE COMPROVADOS. 1 - A maioria dos documentos apresentados como novos referem-se a períodos já admitidos na r. sentença rescindenda ou que nada a alteram, sendo insuficientes para a sua rescisão. 2 - O magistrado sentenciante não se pronunciou a respeito da CTPS do demandante, da qual se extraem os registros de natureza urbana, relativos aos períodos de 06 de novembro de 1969 a 09 de setembro de 1970 e de 10 de janeiro de 1994 (sem data de saída), nas atividades de servente, na Indústria Sul Americana de Metais S/A, e de operário, junto à Cooperativa Agrária de Cafeicultores do Sul, respectivamente. 3 - A decisão rescindenda revela que a atenção do julgador, na aferição do período de atividade urbana, estava voltada unicamente para a CTPS de fls. 66/67, de titularidade do pai do requerente, Sr. Antonio Jacob Filho, na qual consta o registro junto à Fiação de Seda Bratac S/A, no período de 01 de abril de 1980 a 04 de junho de 1980. 4 - O vínculo trabalhista estabelecido entre a parte autora e a Cooperativa Agrária de Cafeicultores do Sul de São Paulo, no período de 10 de janeiro de 2005 a 14 de junho de 2005 (data do ajuizamento da ação subjacente), conforme anotação em CTPS, constitui prova plena do efetivo exercício de sua atividade urbana por 11 (onze) anos, 5 (cinco) meses e 5 (cinco) dias, que, somados ao lapso temporal, na condição de rurícola, já declarado em juízo, que somam 28 (vinte e oito) anos de tempo de serviço, o autor contava, quando do requerimento, com 39 (trinta e nove) anos, 5 (cinco) meses e 5 (cinco) dias. 5 - Comprovada pelo conjunto probatório acostado aos autos, a carência de 120 (cento e vinte) contribuições previdenciárias, prevista na tabela do art. 142 da Lei de Benefícios, uma vez que o requisito de 35 anos de tempo de serviço foi preenchido em 2001. 6 - Verba honorária fixada em R\$550,00 (quinhentos e cinquenta reais). 7 - Matéria preliminar rejeitada. Pedido rescisório julgado procedente. Pedido de aposentadoria por tempo de serviço integral julgado procedente.

(TRF 3ª Região, AR 5567/SP, Proc. nº 0085891-23.2007.4.03.0000, Terceira Seção, Rel. Des. Fed. Leide Polo, e-DJF3 Judicial 1 31/01/2012)

Da mesma forma, a r. decisão rescindenda incorreu em violação aos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91 e ao artigo 9º da EC nº 20/1998, ao conceder a aposentadoria por tempo de serviço/contribuição a quem ainda não havia implementados todos os requisitos legalmente exigidos.

Passo ao juízo rescisório.

Quanto ao juízo rescisório, cumpre esclarecer que o objeto da rescisória restringe-se à desconstituição do julgado tão-somente em relação ao cálculo do tempo de serviço do ora réu, mantendo-se íntegra a aludida decisão quanto ao reconhecimento do tempo de serviço especial.

No caso, restou incontroverso que a parte ré comprovou o exercício de atividades especiais nos períodos de 24/06/1975 a 28/02/1976 e 08/03/1982 a 05/03/1997.

Desse modo, convertendo-se os períodos trabalhados em condições especiais em tempo de serviço comum, somados aos demais períodos comuns registrados em CTPS até 01/09/2008, perfaz-se 34 (trinta e quatro) anos, 06 (seis) meses e 27 (vinte e sete) dias, conforme planilha anexa, o que é insuficiente para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição na forma integral.

Da mesma forma, tendo em vista que o ora réu nasceu em 01/11/1961, também não possuía a idade mínima exigida pelo artigo 9º da EC nº 20/1998 para a concessão da aposentadoria proporcional em 01/09/2008.

Ocorre que, da análise de consulta ao sistema CNIS/DATAPREV (fls. 227/227vº), verifica-se que o ora réu continuou trabalhando após o ajuizamento da ação originária.

Dessa forma, com o cômputo dos períodos posteriores ao ajuizamento da ação originária, conclui-se que o ora réu completou 35 (trinta e cinco) anos de serviço/contribuição em 17/02/2009, conforme planilha anexa, os quais perfazem o tempo de serviço exigível nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/1991, para a percepção do benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição na forma integral.

Assim, a situação fática constante dos autos revela que o ora réu atende os requisitos para o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, mas com termo inicial diverso daquele postulado na petição inicial.

E, não vejo óbice ao deferimento do benefício a que faz jus, pois nesse sentido já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. PEDIDO INICIAL. VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. ADEQUABILIDADE. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DIVERSO AO SEGURADO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que não constitui julgamento extra ou ultra petita a decisão que, verificando não estarem atendidos os pressupostos para concessão do benefício requerido na inicial, concede benefício diverso cujos requisitos tenham sido cumpridos pelo Segurado.
2. Na ausência de fundamento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão hostilizada por seus próprios fundamentos.
3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1232820/RS, 5ª Turma, Relatora Laurita Vaz, j. 26/10/2010, Dje 22/11/2010)(g.n.)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. DEFERIDO PERCENTUAL SUPERIOR AO MÍNIMO REQUERIDO. DECISÃO *ULTRA PETITA*. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

Em matéria previdenciária, o pleito contido na peça inaugural, mormente quando se trata de matéria previdenciária, deve ser analisado com certa ponderação. Postulada na inicial a concessão do benefício em um percentual mínimo, calculado pela parte, incensurável a decisão judicial que reconhece o tempo de serviço pleiteado e concede o benefício com um coeficiente de cálculo superior ao mínimo requerido. 2. Recurso especial improvido. (REsp 929942/RS, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 11/12/2008, Dje 02/02/2009)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEFERIDA APOSENTADORIA POR IDADE EM VEZ DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. DECISÃO EXTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A sentença, restabelecida pela decisão em sede de recurso especial, bem decidiu a espécie, quando, reconhecendo

o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de aposentadoria por idade rural, o deferiu à segurada, não obstante ter sido requerido benefício diverso. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 861680/SP, 5ª Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 28/08/2008, Dje 17/11/2008)

Neste ponto, cabe invocar ainda o quanto disposto no art. 462 do CPC de 1973, assim como no art. 493 do CPC de 2015, segundo o qual se depois da propositura da ação algum fato constitutivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração no momento de proferir a decisão.

Nesse sentido colaciono os seguintes julgados, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. REGRA TRANSITÓRIA. EXIGÊNCIA DE IDADE MÍNIMA. IMPLEMENTO DA IDADE NO CURSO DA AÇÃO. 1. Os embargos de declaração só podem ser opostos em casos de obscuridade, contradição ou omissão do julgado, nos termos do artigo 535 do Código de Processo Civil, não podendo ser utilizados para rediscussão da causa. 2. Nos termos da fundamentação adotada na decisão, à época do requerimento administrativo (25/06/2004), o Autor havia cumprido a carência e o tempo de serviço exigidos para se aposentar. 3. A aposentadoria proporcional foi extinta pela Emenda Constitucional nº 20/98, ressalvada a sua concessão aos segurados que, na data da EC 20: a) tiverem contribuído por, no mínimo, 30 anos (se homem) ou 25 anos (se mulher); b) contarem com, no mínimo, 53 anos (se homem) e 48 anos (se mulher); c) tiverem contribuído por um período adicional de 40% do que, naquela data, faltava para atingir o tempo de contribuição necessário. 4. Desta feita, a exigência da idade mínima permaneceu válida para a hipótese de concessão de aposentadoria proporcional após a EC20/98, por se tratar de regra de exceção. 5. Embora o Autor não tivesse implementado a idade mínima na datado requerimento administrativo, o certo é que completou 53 anos de idade no curso da ação (30/01/2007), possibilitando a concessão do benefício a partir desta data, conforme precedente deste Egrégio Tribunal Federal da 3ª Região. 6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos. - g.n - (TRF3, AC - 1145399 - Proc. 2006.03.99.035553-6/SP, GAB.DES.FED. CASTRO GUERRA, 10ª Turma, j. 27/11/2007, DJU 12/12/2007 pág. 648;)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. OMISSÃO. E.C. Nº 20/98. OCORRÊNCIA. IMPLEMENTO DOS REQUISITOS APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. ART. 462 DO CPC. APLICABILIDADE. TERMO INICIAL. JUROS DE MORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPLANTAÇÃO IMEDIATA. PREQUESTIONAMENTO. I - O v. voto condutor não restou omissivo nem contraditório, pois exauriu a questão relativa à não comprovação do tempo de serviço exercido em atividade rural sob regime de economia familiar. II - Presente a omissão no v. acórdão embargado, quanto à questão de concessão de aposentadoria por tempo de serviço à vista dos requisitos preconizados pela E.C. nº 20/98, posto a parte autora ter cumprido os requisitos para a concessão de benefício vindicado, no curso da ação judicial. III - O direito do autor ao benefício vindicado somente se consagrou em 17.01.2006, portanto, posterior ao ajuizamento da ação, momento em que implementou o requisito etário, sendo assim, devido o benefício a partir de 17.01.2006, em consonância com o disposto no art. 462 do Código de Processo Civil, que impinge ao julgador considerar fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito que possa influir no julgamento da lide. IV - (...). VII - O benefício deve ser implantado de imediato, tendo em vista o “caput” do artigo 461 do Código de Processo Civil. VIII - Embargos declaratórios parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes.- g.n. - (TRF3, REOAC - 1062476 - Proc. 2001.60.02.002673-3/MS, GAB.DES.FED. SERGIO NASCIMENTO, 10ª Turma, j. 16/1/2007, DJU 31/01/2007 pág. 550).

Por conseguinte, cabe reconhecer o direito do autor à aposentadoria por tempo de contribuição na forma integral, a partir de 18/02/2009, dia seguinte ao implemento dos requisitos necessários à concessão do benefício, com renda mensal inicial correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, a ser calculado na forma do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Assim, o autor faz jus à aposentadoria por tempo de serviço/contribuição na forma integral, a partir de 18/02/2009, nos termos acima explicitados.

No tocante às parcelas vencidas e não pagas pelo INSS, devem ser corrigidas monetariamente na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e ainda de acordo com a Súmula nº 148 do E. STJ e nº 08 desta Corte, observando-se o quanto decidido pelo C. STF quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

Quanto aos juros moratórios, incidem a partir da citação, de uma única vez e pelo mesmo percentual aplicado à caderneta de poupança (0,5%), consoante o preconizado na Lei 11.960/2009, art. 5º.

Em face da sucumbência recíproca, cada parte deve arcar com os honorários de seus respectivos patronos.

Por fim, cumpre observar que, de acordo com consulta ao sistema CNIS/DATAPREV, o ora réu recebe aposentadoria por tempo de serviço/contribuição desde 27/07/2009. Desse modo, o réu deve optar por uma das aposentadorias, compensando-se, no que couber, os valores devidos com os valores já pagos decorrentes da concessão administrativa, em razão da impossibilidade de cumulação dos benefícios.

Neste ponto, impõe-se consignar que o recebimento de valores atrasados, referentes ao benefício concedido judicialmente até o dia anterior à implantação do benefício mais vantajoso, obtido na via administrativa, não consiste em cumulação de aposentadorias, o que é vedado pelo art. 124, II, da Lei 8.213/91.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. OPÇÃO POR BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES DO BENEFÍCIO PRETERITO. DESNECESSIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STJ. MATÉRIA ANALÓGICA. DESAPOSENTAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA NÃO ATACADA ESPECIFICAMENTE. SÚMULA 182/STJ.

1. Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que, no objeto recursal fixado, negou seguimento ao Recurso Especial por aplicar entendimento consolidado do STJ em hipótese análoga concernente à possibilidade de renúncia à aposentadoria sem necessidade de devolução dos valores recebidos do benefício.

2. Não se conhece de Agravo Regimental que deixa de impugnar especificamente a fundamentação do decisum atacado (item 1 supracitado). Incidência da Súmula 182/STJ.

3. Agravo Regimental não conhecido.

(STJ, AgRg no REsp 1373390/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24/06/2013)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. VIABILIDADE DE COBRANÇA DAS PARCELAS ATRASADAS. APRECIACÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS EM ÂMBITO ESPE-

CIAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Permanece incólume o entendimento firmado no decisório agravado, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que tal renúncia não implica a devolução dos valores percebidos.

2 Nessa linha, sendo possível a opção e desnecessária a devolução, resta legítimo, por extensão, o direito à execução dos valores entre a data de entrada do pedido de aposentadoria, cujo direito foi reconhecido judicialmente, e a data de início do segundo benefício, mais vantajoso, concedido na via administrativa.

3. A via especial, destinada à uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento.

4. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp 1162432/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 15/02/2013)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Não procede a insurgência da parte agravante.

II - Em consulta ao sistema CNIS da Previdência Social, verifica-se que o autor é beneficiário de aposentadoria por tempo de contribuição, concedida administrativamente, em 07.04.2009. Com o deferimento da aposentadoria proporcional, o requerente poderá pelo benefício mais vantajoso, ante o impedimento de cumulação.

III - Além do que, a E. Terceira Seção desta C. Corte manifestou-se no sentido de que não há vedação legal para o recebimento do benefício concedido no âmbito judicial anteriormente ao período no qual houve a implantação de aposentadoria na esfera administrativa, sendo vedado tão-somente o recebimento conjunto.

IV - A decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

V - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

VI - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

VII - Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, AC 1352061/SP, Proc. nº 0001440-82.2003.4.03.6183, Oitava Turma, Re. Des. Fed. Tânia Marangoni, e-DJF3 Judicial 1 06/06/2014)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. EXECUÇÃO DAS PARCELAS VENCIDAS ATÉ A DATA DA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO NA VIA ADMINISTRATIVA. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TERMO FINAL.

I - Ainda que o exequente tenha feito a opção pelo benefício concedido na esfera administrativa, por ser mais vantajoso, não há impedimento para a execução das parcelas vencidas entre o termo inicial do benefício fixado pela decisão exequenda e data imediatamente anterior à concessão administrativa do benefício, considerando que em tal período não se verifica o recebimento conjunto dos dois benefícios, vedado pelo art. 124, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

II - Considerando que o termo final das prestações vencidas é anterior à data da sentença, no que em comento, a base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde ao valor da própria execução.

III - Apelação da parte exequente parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, AC 1850732, Proc. nº 0010924-70.2013.4.03.9999, Décima Turma, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, e-DJF 3 Judicial 1: 18/09/2013)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. APOSENTADORIA POR IDADE CONCEDIDA ADMINISTRATIVAMENTE. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. RECEBIMENTO DE PARCELAS EM ATRASO.

1 - Caso o segurado tenha optado pelo recebimento de benefício deferido na esfera administrativa, com data de início (DIB) posterior àquele concedido judicialmente, o que ocorre no presente caso, nada impede que promova a execução das parcelas atrasadas decorrentes do benefício preterido em período diverso, ou seja, desde a data em que devidas até a implantação do mais vantajoso, o que não implica fracionamento do título executivo ou cumulação irregular, porque inexistente a percepção simultânea de prestações. Precedentes.

2 - Agravo legal da autora provido.

(TRF 3ª Região, AI 490034, Proc. nº 031510-89.2012.4.03.0000, Nona Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. Rodrigo Zacharias, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Nelson Bernardes, e-DJF 3 Judicial 1: 11/06/2013).

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. OPÇÃO PELO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. DIREITO AO RECEBIMENTO DAS PARCELAS EM ATRASO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO JUDICIALMENTE.

1. O recebimento de valores atrasado, referentes ao benefício concedido judicialmente até o dia anterior à implantação do benefício mais vantajoso, obtido na via administrativa, não consiste em cumulação de aposentadorias, o que é vedado pelo art. 124, II, da Lei 8.213/91. Trata-se, na verdade, de sucessão de benefícios.

2. Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, AI 477760, Proc. nº 0017218-02.2012.4.03.0000, Sétima Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. Douglas Gonzáles, e-DJF3 Judicial 1: 01/03/2013)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DAS PARCELAS EM ATRASO DA APOSENTADORIA COM DATA DE INÍCIO ANTERIOR À IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. DECISÃO MANTIDA.

I. Embora o inciso II do artigo 124 da Lei nº 8.213/91 vede a percepção conjunta de mais de uma aposentadoria, não obsta o pagamento das respectivas parcelas em atraso da aposentadoria concedida judicialmente, no lapso temporal anterior à data de concessão da outra aposentadoria obtida na esfera administrativa, em face do direito adquirido, e por inexistir, neste caso, a concomitância rejeitada pelo ordenamento jurídico.

II. Outrossim, o recebimento das parcelas em atraso da aposentadoria especial consiste em direito da parte embargada, resguardado pela própria r. decisão exequenda proferida na ação de conhecimento, acobertada pela coisa julgada.

III. Da mesma forma, não há que se falar em desconto, a título de compensação, dos proventos do benefício da aposentadoria por idade, com DIB posterior, auferidos em período não concomitante, ao que dizem respeito os atrasados da aposentadoria especial.

IV. Agravo a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, AC nº 1037388, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, 10ª Turma, j. 17/01/2012, e-DJF3 Judicial 1 24/01/2012).

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação rescisória para rescindir a r. decisão proferida nos autos do processo nº 2006.03.99.036094-5 e, em novo julgamento, julgo parcialmente procedente o pedido da ação subjacente, para condenar o INSS ao pagamento do benefício de aposentadoria por tempo de serviço em favor do ora réu a partir de 18/02/2009, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Desembargador Federal TORU YAMAMOTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0026236-81.2016.4.03.9999
(2016.03.99.026236-9)

Apelante: IGOR PAULO

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE LUCÉLIA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA

Classe do Processo: AC 2177744

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. SALÁRIO-FAMÍLIA. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. NECESSIDADE. EXTINÇÃO SEM MÉRITO. SENTENÇA MANTIDA. APELO DO AUTOR IMPROVIDO.

1. O artigo 67, da lei nº 8.213/91 prevê que: “O pagamento do salário-família é condicionado à apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado ou ao inválido, e à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória e de comprovação de frequência à escola do filho ou equiparado, nos termos do regulamento.”

2. Para a concessão do salário-família deve-se comprovar, semestralmente, a frequência escolar, bem como apresentar, anualmente, o atestado de vacinação obrigatória.

3. O INSS informou que o benefício foi cessado porque o autor não apresentou atestado de frequência escolar de seus filhos, a partir do mês de maio/2013, exigido no mês 06 do correspondente ano. Assim, o autor recebeu o benefício até 07/2013 e, para que o benefício seja restabelecido basta que o autor apresente tais comprovantes na esfera administrativa.

4. Diante da inexistência de prova no sentido de que o segurado tenha atendido ao comando legal de apresentação de declaração de matrícula escolar, providência que cabia a si próprio, demonstra o não preenchimento dos requisitos necessários a concessão do benefício pleiteado.

5. Apelo do autor improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão de salário-família, sobreveio sentença de extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do NCPC, pela falta de interesse de agir. Condenação do autor ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios no importe de R\$ 800,00, ficando a cobrança suspensa até que cesse a condição de hipossuficiente ou se opere a prescrição.

A sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Inconformado, ao autor interpôs recurso de apelação (fls. 186/190), pugnando pela reforma da sentença para que seja julgado procedente o seu pedido.

Sem contrarrazões da Autarquia (fl. 194), os autos foram remetidos a esta Eg. Corte.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 198/199, pelo desprovimento do apelo do autor.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): O autor objetiva com a presente ação a concessão do benefício de salário-família.

O R. Juízo *a quo* extinguiu o feito sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, VI, do NCPC, por entender que a pretensão do autor não necessita de amparo judicial, sendo desnecessária a presente demanda para o restabelecimento do benefício pleiteado, bastando que entregue os documentos faltantes na agência do INSS.

O artigo 67, da lei nº 8.213/91 prevê que:

O pagamento do salário-família é condicionado à apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado ou ao inválido, e à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória e de comprovação de frequência à escola do filho ou equiparado, nos termos do regulamento.

Outrossim, o artigo 84, do Decreto 3.048/99, assim dispõe:

Art. 84. O pagamento do salário-família será devido a partir da data da apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado, estando condicionado à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória, até seis anos de idade, e de comprovação semestral de frequência à escola do filho ou equiparado, a partir dos sete anos de idade.

§ 1º A empresa deverá conservar, durante dez anos, os comprovantes dos pagamentos e as cópias das certidões correspondentes, para exame pela fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social, conforme o disposto no § 7º do art. 225.

§ 2º Se o segurado não apresentar o atestado de vacinação obrigatória e a comprovação de frequência escolar do filho ou equiparado, nas datas definidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, o benefício do salário-família será suspenso, até que a documentação seja apresentada.

§ 3º Não é devido salário-família no período entre a suspensão do benefício motivada pela fal-

ta de comprovação da frequência escolar e o seu reativamento, salvo se provada a frequência escolar regular no período.

§ 4º A comprovação de frequência escolar será feita mediante apresentação de documento emitido pela escola, na forma de legislação própria, em nome do aluno, onde consta o registro de frequência regular ou de atestado do estabelecimento de ensino, comprovando a regularidade da matrícula e frequência escolar do aluno.

Depreende-se, assim, que para a concessão do salário-família deve-se comprovar, semestralmente, a frequência escolar, bem como apresentar, anualmente, o atestado de vacinação obrigatória.

Nesse contexto, verifico, à fl. 123, a manifestação do INSS informando que o benefício foi cessado porque o autor não apresentou atestado de frequência escolar de seus filhos, a partir do mês de maio/2013, exigido no mês 06 do correspondente ano. Assim, o autor recebeu o benefício até 07/2013 e, para que o benefício seja restabelecido basta que o autor apresente tais comprovantes na esfera administrativa.

Assim considerando, diante da inexistência de prova no sentido de que o segurado tenha atendido ao comando legal de apresentação de declaração de matrícula escolar, providência que cabia a si próprio, demonstra o não preenchimento dos requisitos necessários a concessão do benefício pleiteado.

Em decorrência, a r. sentença deve ser mantida.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR**, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal **LUCIA URSAIA** - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0034656-75.2016.4.03.9999
(2016.03.99.034656-5)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: VANESSA SANTOS DA SILVA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE PENÁPOLIS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS
Classe do Processo: AC 2196674
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. SALÁRIO MATERNIDADE. EMPREGADA URBANA. PRELIMINAR. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO CONTROVERTIDO INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADA À ÉPOCA DO PARTO. DISPENSA ARBITRÁRIA. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADA. PAGAMENTO PELO INSS DE FORMA DIRETA. REQUISITOS PREENCHIDOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- Pela análise dos autos, o direito controvertido foi inferior ao patamar fixado no art. 475, parágrafo 2º, do CPC/1973, de 60 salários mínimos, razão pela qual há que se falar em remessa necessária.

- O salário-maternidade, na dicção do artigo 71 da Lei nº 8.213/91, é devido às seguradas da Previdência Social durante o período de 120 (cento e vinte) dias, sendo que o início desse benefício deve ocorrer entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

- Nos casos em que a trabalhadora exerce atividade urbana, para fazer jus ao benefício de salário-maternidade, deve comprovar, em regra, a maternidade, e a qualidade de segurada da Previdência, à época do parto.

- Embora o art. 97 do Decreto 3.048/1999 não inclua a hipótese de demissão sem justa causa, atendendo à proteção à maternidade (Constituição, artigo 201, inciso II), especialmente à gestante, não se pode privilegiar interpretação literal, em detrimento da finalidade social e individual do benefício do salário-maternidade. Destaque-se que, em tal situação, cabe ao INSS suportar diretamente o pagamento do salário-maternidade, não sendo razoável impor à empregada demitida buscar da empresa a satisfação pecuniária, quando, ao final, quem efetivamente suportará o pagamento do benefício é o INSS, em face do direito do empregador à compensação. Precedente do STJ.

- No tocante à correção monetária, deverá ser observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante a Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16.04.2015, Rel. Min. Luiz Fux.

- Desse modo, até que seja proferida decisão no Recurso Extraordinário nº 870.947 é de rigor a aplicação da Lei nº 11.960/2009 na correção monetária incidente sobre as condenações impostas à Fazenda Pública.

- Assim, os juros de mora e a correção monetária deverão ser calculados na forma pre-

vista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, sem prejuízo da aplicação da legislação superveniente, observando-se, ainda, quanto à correção monetária, o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante a Repercussão Geral reconhecida no RE nº 870.947, em 16.04.2015, Rel. Min. Luiz Fux.

- Os honorários advocatícios devem ser reformados para o percentual de 10% (dez por cento), calculados sobre o valor das parcelas vencidas até a data da r. Sentença, consoante o parágrafo 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973 e a regra da Súmula nº 111 do C. STJ, bem como do entendimento da Terceira Seção (Embargos Infringentes nº 0001183-84.2000.4.03.6111, julgado em 22.09.2011).

- Requisitos legais preenchidos.

- Preliminar que se rejeita.

- Apelação a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em consonância com o art. 1.013, § 1º, do CPC/2015, *DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação Autárquica*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Trata-se de Apelação interposta *pelo INSS* (fls. 65-81) em face da r. Sentença (fls. 52-58) que julgou procedente o pedido de concessão do salário maternidade, no valor de 100% do salário de benefício, durante 120 dias, a partir da data da propositura da ação (26.08.2014). Condenou a Autarquia ré ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.000,00. Sentença não submetida ao reexame necessário.

Em seu recurso, a Autarquia federal pugna, preliminarmente, pelo conhecimento da Remessa Oficial. No mérito, requer a reforma da r. Sentença, sob fundamento de que o pagamento do benefício, em voga, é responsabilidade do empregador, para as empregadas urbanas, durante o vínculo de trabalho, bem como, de que no caso de dispensa, sem justo motivo, no período da estabilidade provisória, cabe ao empregador pagar indenização. Requer, caso seja mantida a Sentença, que os juros e a correção monetária sejam aplicados nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, ressaltando o julgamento das ADI's 4.357/DF e 4.425/DF, bem como, a minoração dos honorários advocatícios. Prequestiona a matéria arguida para fins de eventual interposição de Recurso.

Subiram os autos a esta E. Corte, com contrarrazões (fls. 86-90).

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator):

Do reexame necessário

Conforme Enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis nº 311:

A regra sobre remessa necessária é aquela vigente ao tempo da prolação da sentença, de modo que a limitação de seu cabimento no CPC não prejudica os reexames estabelecidos no regime do art. 475 CPC/1973 (Grupo: Direito Intertemporal e disposições finais e transitórias).

Pela análise dos autos, o direito controvertido foi inferior ao patamar fixado no art. 475, parágrafo 2º, do CPC/1973, de 60 salários mínimos, razão pela qual há que se falar em remessa necessária.

Nestes termos, não conheço da remessa oficial, visto que estão sujeitas ao reexame necessário as sentenças em que o valor da condenação e o direito controvertido excedam a 60 (sessenta) salários mínimos, nos termos do parágrafo 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil de 1973, com a redação dada pela Lei nº 10.352/2001.

Pelas razões apontadas acima, REJEITO a preliminar suscitada pela Autarquia ré, e passo à análise do mérito.

Antes de adentrarmos ao cerne da questão, necessário algumas considerações acerca do salário-maternidade.

O salário-maternidade encontra-se previsto no art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal, que garante direito a licença, à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias, aos trabalhadores urbanos e rurais.

A previsão constitucional é normatizada por meio dos artigos 71, 72 e 73, todos da Lei nº 8.213/1991.

Os requisitos para a concessão do salário-maternidade estão dispostos no art. 71 da Lei nº 8.213/1991, devendo-se observar o acréscimo do art. 71-A, *verbis*:

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data da ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013).

Da letra da lei conclui-se que deve ser comprovada a condição de segurada, além, é claro, da própria gravidez, para que exista o direito ao benefício em questão, o qual independe de carência para as seguradas empregadas (rural e/ou urbana), trabalhadoras avulsas e empregadas domésticas, nos termos do art. 26, VI, da Lei nº 8.213/1991.

Ressalvado o disposto no art. 26, VI, da Lei nº 8.213/1991, a concessão do salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do artigo 11 e do artigo 13, ambos da Lei nº 8.213/1991, quais sejam, contribuinte individual, segurada especial e segurada faculta-

tiva, exige a carência de dez contribuições mensais, conforme art. 25, III, da Lei nº 8.213/1991 (inciso acrescentado pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999), respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 do referido Diploma Legal. Ressalte-se que, para tais seguradas, em caso de parto antecipado, o período de carência será reduzido em número de contribuições equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado, nos termos do parágrafo único do art. 25 da Lei nº 8.213/1991.

Vale observar que, para a segurada especial, fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício, nos termos do artigo 39 da Lei nº 8.213/1991. Verifica-se, entretanto, que o referido prazo de 12 meses foi abreviado para 10 meses, a partir da nova redação dada ao inciso III do art. 25 do mencionado diploma legal, pela Lei nº 9.876, de 26.11.1999.

Os requisitos, portanto, para concessão do benefício em discussão são, de um lado, a demonstração do nascimento do filho e, de outro, a comprovação do labor rural da mãe, como segurada especial, ainda que descontínuo, nos dez meses imediatamente anteriores ao início do benefício (estipulado este no art. 71 da LBPS), salvo em caso de parto antecipado, em que o referido período deve ser reduzido em número de meses equivalente à antecipação, tudo com fundamento na análise conjunta dos arts. 25, inc. III e parágrafo único, e 39, parágrafo único, ambos da LBPS.

O trabalho rural, como segurado especial, dá-se em regime individual (produtor usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais) ou de economia familiar, este quando o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar, e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes (art. 11, VII e § 1º da Lei nº 8.213/1991).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a comprovação da atividade rural requer a existência de início de prova material, a qual poderá ser corroborada com a prova testemunhal, conforme entendimento cristalizado na Súmula 149, que assim dispõe: *A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito da obtenção do benefício previdenciário.*

Por outro lado, o próprio Superior Tribunal de Justiça entende não ser imprescindível que a prova material abranja todo o período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, desde que a prova testemunhal amplie a sua eficácia, permitindo sua vinculação ao tempo de carência. Não se exige que a prova material do labor se estenda por todo o período de carência, desde que haja prova testemunhal capaz de ampliar a eficácia probatória dos documentos. Todavia, é necessário que a prova testemunhal remonte até a época em que formado o documento, pois se assim não fosse, os testemunhos restariam isolados e, no período testemunhado, somente remanesceria a prova testemunhal, a qual é insuficiente à comprovação do labor rural, conforme a mencionada Súmula nº 149 do STJ.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. RURAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. BOIA FRIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a parte autora deve evidenciar o exercício da atividade rural com base em início de prova material ratificado por

depoimentos testemunhais.

2. *In casu*, o Tribunal *a quo* decidiu que a agravada preencheu todos os requisitos para a concessão do benefício, ressaltando que a prova documental foi complementada pela prova testemunhal.

3. Desse modo, verifica-se que o acolhimento da pretensão recursal demanda alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo aresto impugnado, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado nesta instância extraordinária, nos termos do enunciado da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 402.469/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 06/12/2013)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RURÍCOLA. APOSENTADORIA POR IDADE. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL. DENÚNCIA CRIMINAL CONTRA O ADVOGADO DA SEGURADA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL, RATIFICADO PELA PROVA TESTEMUNHAL. CONTEMPORANEIDADE. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

I. A circunstância de haver denúncia criminal contra o advogado que subscreveu a petição inicial, sem menção à recorrida, não invalida as provas dos autos, haja vista a presunção de inocência, prevista na Constituição da República.

II. Embora imprescindível o início de prova documental do tempo de serviço, a lei não exige que corresponda ele, necessariamente, ao período de carência ou a todo o período que se pretende comprovar.

III. Havendo, nos autos, início de prova material, ratificado pela prova testemunhal, é de rigor o reconhecimento da condição da autora como trabalhadora rural, sem que tal implique revisão de matéria fática.

IV. Consoante a jurisprudência do STJ, "(...) as instâncias ordinárias são soberanas na análise fática e probatória inerente ao caso. Contudo, o STJ não é impedido, a partir da realidade fática assentada pelo Juízo *a quo*, de proceder à adequada qualificação jurídica do fato, em razão da valoração, e não do reexame, da prova produzida" (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 364.427/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/12/2013).

V. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.364.417/RJ, Rel. Min. ASSUETE MAGALHÃES, Segunda Turma, DJe de 08/04/2014)

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE AGRÍCOLA NO PERÍODO DE CARÊNCIA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL AMPLIADO POR PROVA TESTEMUNHAL. PEDIDO PROCEDENTE.

1. É firme a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que, para concessão de aposentadoria por idade rural, não se exige que a prova material do labor agrícola se refira a todo o período de carência, desde que haja prova testemunhal apta a ampliar a eficácia probatória dos documentos, como na hipótese em exame.

2. Pedido julgado procedente para, cassando o julgado rescindendo, dar provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença.

(AR 4.094/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 08/10/2012)

Portanto, a atividade rural de segurada especial deve ser comprovada mediante início de prova material, complementada por prova testemunhal idônea, não sendo esta admitida exclusivamente, a teor do art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/1991 e Súmula 149 do STJ.

Quanto ao início de prova material, necessário a todo reconhecimento de tempo de serviço (§ 3º do art. 56 da Lei nº 8.213/91 e Súmula 149/STJ), por ser apenas inicial, tem sua exigência suprida pela indicação contemporânea de documentos do trabalho exercido, embora não necessariamente ano a ano, mesmo fora do exemplificativo rol legal (art. 106 da Lei nº 8.213/1991), ou em nome de integrantes do grupo familiar. O conceito de prova material previsto no artigo 106 da Lei nº 8.213/1991 não configura rol exaustivo, visto não se tratar de tarifamento da prova. Qualquer elemento material idôneo poderá configurar início de prova documental, cabendo ao Julgador sopesar sua força probatória, quando da análise do caso concreto.

Nessa trilha, é o julgado abaixo do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL - DIREITO PREVIDENCIÁRIO - SALÁRIO-MATERNIDADE - TRABALHADORA RURAL - INÍCIO DE PROVA MATERIAL - PERÍODO DE CARÊNCIA - ART. 106 DA LEI 8.213/91 - ROL EXEMPLIFICATIVO - SÚMULA 7/STJ.

1. Não se exige que o início de prova documental se refira a todo o período de carência do benefício pleiteado, desde que devidamente corroborado por robusta prova testemunhal. Precedentes.
2. O rol previsto no art. 106 da Lei de Benefícios é meramente exemplificativo, sendo possível a admissão a título de prova material de documentos diversos daqueles elencados.
3. A discussão sobre a unilateralidade da declaração para a inserção da qualidade de trabalhadora rural na prova apresentada demanda o reexame de matéria fático-probatória, atraindo o óbice da Súmula 7/STJ.
4. Agravo regimental não provido.
(STJ, AgRg no AREsp 415.928/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 07/11/2013, DJe 06/12/2013)

Pertinente salientar, que o desenvolvimento de trabalho de caráter urbano por membro do núcleo familiar, no caso o marido, não afasta, isoladamente, a condição de segurada especial da autora.

Sobre o tema, confira-se os seguintes precedentes:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO. MATÉRIA QUE NÃO FOI TRAZIDA NAS RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. APOSENTADORIA POR IDADE. RURAL. DEMONSTRAÇÃO DO TRABALHO NO CAMPO. VÍNCULO URBANO DO MARIDO. APRESENTAÇÃO DE OUTROS DOCUMENTOS EM NOME PRÓPRIO.

1. Não se mostra possível discutir em agravo regimental matéria que não foi decidida pelo Tribunal de origem, tampouco objeto das razões do recurso especial, por se tratar de inovação recursal, sobre a qual ocorreu preclusão consumativa.
2. O labor campesino, para fins de percepção de aposentadoria rural por idade, deve ser demonstrado por início de prova material e ampliado por prova testemunhal, ainda que de maneira descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento, pelo número de meses idêntico à carência.
3. Para esse fim, são aceitos, como início de prova material, os documentos em nome do cônjuge que o qualificam como lavrador, aliados à robusta prova testemunhal. De outro lado, o posterior exercício de atividade urbana pelo cônjuge, por si só, não descaracteriza a autora como segurada especial, devendo ser averiguada a dispensabilidade do trabalho rural para a subsistência do grupo familiar (REsp 1.304.479/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19/12/2012, recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC).

4. No caso dos autos, o juízo de origem, ao examinar o contexto fático-probatório dos autos, concluiu que ficou amplamente demonstrado o labor rural da segurada, inclusive com a apresentação de prova material em nome próprio. Assim, a verificação de que não está caracterizado regime de economia familiar em virtude de vínculo urbano mantido pelo cônjuge varão, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1339926/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 14/06/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL. CÔNJUGE. VÍNCULOS URBANOS. PROVA MATERIAL SUFICIENTE.

1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que o exercício de atividade urbana, por parte do cônjuge varão, não descaracteriza, por si só, a qualidade de segurada especial da mulher.

2. No caso concreto, foram apresentados documentos tanto em nome do cônjuge quanto em relação à autora, todos aptos à demonstração do labor rural por ela exercido, no período de carência.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1218811/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 31/05/2013)

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.321.493-PR, recebido pela Corte como recurso representativo da controvérsia, traçou as seguintes diretrizes a respeito do trabalhador rural boia-fria:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SEGURADO ESPECIAL. TRABALHO RURAL. INFORMALIDADE. BOIAS-FRIAS. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. ART. 55, § 3º, DA LEI 8.213/1991. SÚMULA 149/STJ. IMPOSSIBILIDADE. PROVA MATERIAL QUE NÃO ABRANGE TODO O PERÍODO PRETENDIDO. IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL. EXTENSÃO DA EFICÁCIA PROBATÓRIA. NÃO VIOLAÇÃO DA PRECITADA SÚMULA.

1. Trata-se de Recurso Especial do INSS com o escopo de combater o abrandamento da exigência de produção de prova material, adotado pelo acórdão recorrido, para os denominados trabalhadores rurais boias-frias.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Aplica-se a Súmula 149/STJ (“A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeitos da obtenção de benefício previdenciário”) aos trabalhadores rurais denominados “boias-frias”, sendo imprescindível a apresentação de início de prova material.

4. Por outro lado, considerando a inerente dificuldade probatória da condição de trabalhador campesino, o STJ sedimentou o entendimento de que a apresentação de prova material somente sobre parte do lapso temporal pretendido não implica violação da Súmula 149/STJ, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por idônea e robusta prova testemunhal.

5. No caso concreto, o Tribunal *a quo*, não obstante tenha pressuposto o afastamento da Súmula 149/STJ para os “boias-frias”, apontou diminuta prova material e assentou a produção de robusta prova testemunhal para configurar a recorrida como segurada especial, o que está em consonância com os parâmetros aqui fixados.

6. Recurso Especial do INSS não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(STJ, REsp 1321493/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 19/12/2012).

Na mesma linha:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. BOIA-FRIA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.321.493/PR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A decisão agravada merece ser mantida pelos seus próprios fundamentos, pois a parte autora, ora agravada, objetiva a concessão de aposentadoria rural por idade em razão do desenvolvimento de atividades rurais na condição de boia-fria. Observância do Recurso Especial Repetitivo 1.321.493/PR. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 380.568/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 21/10/2013).

Assim, nos casos de trabalhadores informais, especialmente em labor rural de boia-fria, a dificuldade de obtenção de documentos permite maior abrangência na admissão do requisito legal de início de prova material, valendo como tal documentos não contemporâneos ou mesmo em nome terceiros (integrantes do grupo familiar, proprietários de terras, arrendatários, etc.), que juntamente com a prova oral, possibilite um juízo de valor seguro acerca dos fatos que se pretende comprovar.

Saliente-se que a própria certidão de nascimento do filho, em virtude do qual se postula o salário-maternidade, constitui início de prova material, pois o C. STJ pacificou entendimento no sentido de reconhecer como início probatório as certidões da vida civil, conforme se extrai do seguinte precedente:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRABALHADORA RURAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. CERTIDÃO DE NASCIMENTO, NA QUAL QUALIFICADA A AUTORA COMO LAVRADORA. VALIDADE COMO INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PRECEDENTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA, NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Admite-se, como início de prova material, para o fim de comprovação da condição de rural da mãe, a certidão de nascimento do filho, na qual qualificados os genitores, inclusive a autora, ora agravada, como lavradora, na linha dos precedentes desta Corte a respeito da matéria.

II. Reconhecida, na origem, a condição de trabalhadora rural da agravada, com fundamento no contexto fático-probatório dos autos - início de prova material complementado por prova testemunhal -, constitui óbice à revisão do acórdão, no âmbito do Recurso Especial, o disposto na Súmula 7/STJ.

III. Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 308.383/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Segunda Turma, julgado em 27/05/2014, publicado em DJe 03/06/2014)

Por outro lado, a empregada rural, a trabalhadora avulsa e a autônoma rural, com a edição das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 1991, passaram a ser seguradas obrigatórias do RGPS, devendo verter contribuições à Previdência Social. Desse modo, essas trabalhadoras rurais têm direito à mesma cobertura devida às trabalhadoras urbanas, nos moldes exigidos pela le-

gislação previdenciária, devendo as empregadas rurais e as trabalhadoras avulsas comprovar o direito ao recebimento do salário maternidade, de forma equiparada às empregadas urbanas. Deve-se atentar ao prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213/91 - e sua prorrogação conferida pela Lei nº 11.718/98 - para os trabalhadores rurais, enquadrados como empregados ou contribuintes individuais.

Em relação ao valor do benefício, e a responsabilidade de seu pagamento, o art. 72 da Lei nº 8.213/1991 dispõe que o salário-maternidade, para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa, consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral, sendo responsabilidade da empresa pagar tal verba à empregada gestante, efetivando-se a compensação (observando o disposto no art. 248 da Constituição Federal), quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

No que tange ao benefício devido à trabalhadora avulsa e à empregada do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, o §3º do art. 72 da Lei 8.213/1091 dispõe expressamente que o salário-maternidade será pago diretamente pela Previdência Social.

Sobre o montante a ser pago às demais seguradas, o art. 73 prevê o seguinte:

Art. 73. Assegurado o valor de um salário-mínimo, o salário-maternidade para as demais seguradas, pago diretamente pela Previdência Social, consistirá: (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)

I - em um valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica; (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

II - em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial; (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, para as demais seguradas. (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

No caso da segurada empregada, verifica-se que a obrigação do pagamento do salário-maternidade é da própria empresa contratante.

Especificamente sobre tal segurada, o art. 97 do Decreto nº 3.048/1999 dispõe que:

Art. 97. O salário-maternidade da segurada empregada será devido pela previdência social enquanto existir relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa. (Redação dada pelo Decreto nº 6.122, de 2007)

Parágrafo único. Durante o período de graça a que se refere o art. 13, a segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário-maternidade nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela previdência social. (Incluído pelo Decreto nº 6.122, de 2007)

Da simples leitura do artigo supracitado, podemos verificar que a legislação foi omissa ao não contemplar a hipótese de pagamento de salário-maternidade à gestante despedida sem justa causa, no curso de sua gravidez.

No intuito de justificarmos tal omissão, cabe trazer à baila o disposto no art. 241 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 20, de 11 de outubro de 2007, que, embora tenha sido pos-

teriormente revogado pela Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010, reflete com rara clareza o entendimento da Administração:

Art. 241. O pagamento do salário-maternidade não pode ser cancelado, salvo se após a concessão forem detectados fraude ou erro administrativo.

§ 1º O salário-maternidade da segurada empregada será devido pela Previdência Social enquanto existir relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa.

§ 2º Durante o período de graça a que se refere o art. 13 do RPS, a segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário-maternidade nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela Previdência Social.

§ 3º *Considerando que a Constituição Federal no art. 10, inciso II, alínea “b” do ato das Disposições Constitucionais Transitórias, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, observar-se-á as normas seguintes:*

I - a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade será da empresa, que deverá responder pelos salários do período;

II - ocorrido o fato gerador dentro do período de manutenção da qualidade de segurada, para a requerente cujo último vínculo seja de empregada deverá ser observado:

a) tratando-se de dispensa por justa causa ou a pedido, o benefício será concedido pela Previdência Social, tendo em vista o parágrafo único, art. 97 do RPS;

b) tratando-se de dispensa arbitrária ou sem justa causa ocorrida no período entre a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, o benefício não poderá ser concedido, considerando tratar-se de obrigação da empresa/empregador;

III - a requerente deverá assinar declaração específica com a finalidade de identificar a causa da extinção do contrato de trabalho;

IV - havendo dúvida fundada, o servidor poderá encaminhar consulta à Vara do Trabalho local ou ao Tribunal Regional do Trabalho, solicitando informação sobre a existência de reclamatória trabalhista ajuizada pela requerente contra o empregador. (grifo nosso)

Da leitura do mencionado artigo, podemos concluir que, uma vez que a Constituição Federal no art. 10, inciso II, alínea “b”, do ato das Disposições Constitucionais Transitórias, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade será da empresa, que deverá responder pelos salários do período, nos termos dos artigos 391-A e 392 da CLT.

Tal conclusão é repisada no § 1º do art. 296 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010, *in verbis*:

Art. 296. O salário-maternidade será devido à segurada desempregada (empregada, trabalhadora avulsa e doméstica), para a que cessou as contribuições (contribuinte individual ou facultativa) e segurada especial, observando que:

I - o nascimento da criança, inclusive em caso de natimorto, ou a guarda judicial para fins de adoção ou a adoção ou o aborto espontâneo, deverá ocorrer dentro do prazo de manutenção da qualidade de segurada previsto no art. 10; e

II - o documento comprobatório para o requerimento do benefício é a certidão de nascimento do filho, exceto nos casos de aborto espontâneo, quando deverá ser apresentado atestado médico, e no de adoção ou guarda para fins de adoção, casos em que serão observadas as regras do art. 295.

§ 1º Não caberá ao INSS a responsabilidade pelo pagamento de salário-maternidade para a segurada empregada, nos casos de dispensa sem justa causa, quando esta se der durante a gestação.

§ 2º Para efeito do § 1º deste artigo, a requerente deverá assinar declaração específica com a finalidade de identificar a causa da extinção do contrato.

§ 3º Para efeito do disposto no *caput* o evento deverá ser igual ou posterior a 14 de junho de 2007, data da publicação do Decreto nº 6.122, de 2007.

A jurisprudência pátria também se filiava à tese de que não era devido pelo INSS o pagamento de salário-maternidade à empregada despedida sem justa causa, no curso da gestação, criando-se a figura de uma indenização a ser paga pelo empregador.

EMPREGADA DOMÉSTICA - DISPENSA SEM JUSTA CAUSA - SALÁRIO -MATERNIDADE É devido o pagamento pelo reclamado da indenização substitutiva ao salário-maternidade em razão da despedida imotivada da empregada doméstica gestante vez que obstaculiza o recebimento do referido benefício via instituto de previdência. (TRT-20 207200500320007 SE 00207-2005-003-20-00-7, Data de Publicação: DJ/SE de 24/10/2005)

DOMÉSTICA GESTANTE. DISPENSA POSTERIOR À LEI 11.324/06. ESTABILIDADE DEVIDA. DIREITO À INDENIZAÇÃO DO SALÁRIO-MATERNIDADE E DO PERÍODO DE ESTABILIDADE. A Lei 11.324, de 19.7.2006, veio acrescentar o artigo 4º - A à Lei 5.859/72 (que trata da profissão de empregado doméstico), tornando vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante, desde a concepção da gravidez até cinco meses após o parto. Assim, devida a indenização correspondente ao salário-maternidade e também do período de estabilidade vez que a empregadora dispensou-a quando grávida, obstando assim, o gozo da licença a que teria direito, e bem assim, a estabilidade provisória assegurada na lei. Recurso da reclamante ao qual por maioria se dá parcial. (TRT-2, Relator: IVANI CONTINI BRAMANTE, Data de Julgamento: 10/11/2009, 4ª TURMA)

Em que pese tais entendimentos, é certo que a jurisprudência vem se modificando nos últimos anos, a fim de considerar o INSS responsável pelo pagamento de salário-maternidade, mesmo nas hipóteses de dispensa sem justa causa durante o curso da gravidez, vez que a cobertura do risco é dever constitucional da previdência social, obviamente resguardado o direito da Autarquia buscar posteriormente ressarcimento dos valores pagos junto ao empregador.

Com o devido acatamento às opiniões em contrário, a doutrina e a jurisprudência dominante caminham no sentido de que a vedação do pagamento do salário-maternidade por parte do INSS, no caso de dispensa sem justa causa, se demonstra irrazoável e se afasta totalmente da função social do benefício.

Nesse sentido, entendem, não há como desamparar mãe e filho em um momento tão delicado da vida de ambos, sob pena de agravar ainda mais a situação de injustiça sofrida pela segurada empregada, que já fora demitida sem justa causa, quando protegida pelo manto da estabilidade provisória. Destarte, não se mostraria correto punir a segurada empregada que já teve seu direito constitucional à estabilidade maculado.

Ainda nessa toada, considera-se que a figura da indenização paga pelo empregador, na Justiça do Trabalho, não se equipara ao objetivo do salário-maternidade, não podendo, portanto, ser considerada um substitutivo do mesmo. Obviamente, na grande maioria das vezes, tal valor somente é pago à gestante muito tempo após o parto, sendo certo que a segurada empregada grávida restará desamparada no momento em que mais precisa, qual seja no final da gestação e no período logo após o parto.

Portanto, embora o art. 97 do Decreto 3.048/1999 não inclua a hipótese de demissão sem justa causa, atendendo à proteção à maternidade (Constituição, artigo 201, inciso II), especialmente à gestante, não se pode privilegiar interpretação literal, em detrimento da finalidade social e individual do benefício do salário-maternidade. Destaque-se que, em tal situação, cabe ao INSS suportar diretamente o pagamento do salário-maternidade, não sendo razoável impor à empregada demitida buscar da empresa a satisfação pecuniária, quando, ao final, quem efetivamente suportará o pagamento do benefício é o INSS, em face do direito do empregador à compensação.

Nessa esteira o Superior Tribunal de Justiça vem firmando sua jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DISPENSA ARBITRÁRIA. MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADA. PAGAMENTO PELO INSS DE FORMA DIRETA. CABIMENTO NO CASO. PROTEÇÃO À MATERNIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 267, V E DO ART. 467, DO CPC. SÚMULA 284/STF. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE NÃO PROVIDO. 1. Alegada violação do art. 535, II, do CPC rejeitada, pois o Tribunal *a quo* enfrentou os temas tidos por omissos, quais sejam, a legislação aplicável ao caso e a distribuição da verba honorária. 2. Relativamente à alegação de violação dos arts. 267, V e do art. 467, ambos do CPC, recai ao recurso especial a Súmula 284/STF, na medida que não foram desenvolvidas as razões de recorrer. 3. O salário-maternidade foi instituído com o objetivo de proteger a maternidade, sendo, inclusive, garantido constitucionalmente como direito fundamental, nos termos do art. 7º. da CF; assim, qualquer norma legal que se destine à implementação desse direito fundamental deve ter em conta o objetivo e a finalidade da norma. 4. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e data da ocorrência deste. 5. A legislação previdenciária garante a manutenção da qualidade de segurado, até 12 meses após a cessação das contribuições, ao segurado que deixar de exercer atividade remunerada. 6. A segurada, ora recorrida, tem direito ao salário-maternidade enquanto mantiver esta condição, pouco importando eventual situação de desemprego. 7. O fato de ser atribuição da empresa pagar o salário-maternidade no caso da segurada empregada não afasta a natureza de benefício previdenciário da prestação em discussão, que deve ser pago, no presente caso, diretamente pela Previdência Social. 8. A responsabilidade final pelo pagamento do benefício é do INSS, na medida que a empresa empregadora tem direito a efetuar compensação com as contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos. 9. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte não provido.

(STJ, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 21/05/2013, T2 - SEGUNDA TURMA)

Em relação ao termo inicial do salário-maternidade, verifica-se que é devido desde o requerimento administrativo (quando ocorrido antes do parto, até o limite de 28 dias), ou desde o dia do parto (quando o requerimento for posterior ao parto), por 120 dias, com parcelas, em conformidade com o estabelecido nos arts. 72 e 73 da Lei nº 8.213/91, assegurado o valor do salário-mínimo da época em que devidas, em consonância com o art. 73 da Lei nº 8.213/91.

Do caso concreto

Pelo que se infere dos autos, a autora exerceu atividade laboral, na qualidade de empregada urbana, e para fazer jus ao benefício, deve comprovar a maternidade, em regra, e a qualidade de segurada da Previdência à época da gestação/parto.

A Certidão de Nascimento (fl. 10) comprova o nascimento da filha da autora, em

07.01.2014.

Para a comprovação do efetivo trabalho urbano, apresentou cópia da CTPS (fl. 12), que demonstra o vínculo empregatício, contemporâneo à gestação, no período de 17.10.2011 a 02.01.2014. Portanto, a qualidade de segurada da parte autora foi mantida até 15.03.2015, nos termos do art. 15, II, da Lei nº 8.213/91, evidenciando que a detinha à época do parto.

A parte autora não pode ser prejudicada pelo fato do empregador ter recolhido suas contribuições somente até 10.2013 (pesquisa CNIS).

Ademais, para os vínculos não constantes do CNIS, mas anotados na CTPS, devemos ressaltar que gozam de presunção de veracidade *iuris tantum*, conforme o enunciado nº 12 do Tribunal Superior do Trabalho, sendo dever legal exclusivo do empregador o recolhimento das contribuições previdenciárias ao Instituto, com o respectivo desconto da remuneração do empregado a seu serviço, por ser ele o responsável pelo repasse aos cofres da Previdência, a quem cabe efetuar a fiscalização, possuindo, inclusive, ação própria para haver o seu crédito, podendo exigir do devedor o cumprimento da legislação.

A alegação da Autarquia ré não merece prosperar. Conforme visto, o C. STJ mudou entendimento no tocante à dispensa arbitrária, ressaltando-se que ao final, quem efetivamente suportará o pagamento do benefício é o INSS, em face do direito do empregador à compensação.

Assim, o conjunto probatório dos autos é suficiente para demonstrar que a autora faz jus ao benefício pleiteado, visto que comprovada a qualidade de segurada, à época do parto, indicando, outrossim, cumprimento dos dispositivos aplicáveis à espécie.

Desta maneira, a Autarquia deve conceder o benefício do salário-maternidade à autora, a partir da data do parto (considerando que não houve o requerimento administrativo antes do parto, até o limite de 28 dias), numa renda mensal igual a sua remuneração integral, assegurado o valor do salário mínimo vigente à época, nos termos do art. 73 da Lei nº 8.213/91. O benefício deverá ser pago por um período de 120 dias, nos termos da legislação em vigor (artigo 71 da Lei nº 8.213/1991).

No tocante à correção monetária, deverá ser observado o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante a Repercussão Geral no RE nº 870.947, em 16.04.2015, Rel. Min. Luiz Fux.

Com relação à aplicação dos critérios estabelecidos pela Lei nº 11.960/2009 à correção monetária nas condenações impostas à Fazenda Pública, em razão da inconstitucionalidade por arrastamento do artigo 5º da referida lei, quando do julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, o Ministro Luiz Fux, assim se manifestou acerca do reconhecimento da repercussão geral no RE nº 870.947:

Ainda que haja coerência, sob a perspectiva material, em aplicar o mesmo índice para corrigir precatórios e condenações judiciais da Fazenda Pública, é certo que o julgamento, sob a perspectiva formal, teve escopo reduzido. Daí a necessidade e urgência em o Supremo Tribunal Federal pronunciar-se especificamente sobre a questão e pacificar, vez por todas, a controvérsia judicial que vem movimentando os tribunais inferiores e avolumando esta própria Corte com grande quantidade de processos.

Manifesto-me pela existência da repercussão geral da seguinte questão constitucional:

A validade jurídico-constitucional da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Desse modo, até que seja proferida decisão no Recurso Extraordinário nº 870.947 é de rigor a aplicação da Lei nº 11.960/2009 na correção monetária incidente sobre as condenações impostas à Fazenda Pública.

Assim, os juros de mora e a correção monetária deverão ser calculados na forma prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, sem prejuízo da aplicação da legislação superveniente, observando-se, ainda, quanto à correção monetária, o disposto na Lei nº 11.960/2009, consoante a Repercussão Geral reconhecida no RE nº 870.947, em 16.04.2015, Rel. Min. Luiz Fux.

Os honorários advocatícios devem ser reformados para o percentual de 10% (dez por cento), calculados sobre o valor das parcelas vencidas até a data da r. Sentença, consoante o parágrafo 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil de 1973 e a regra da Súmula nº 111 do C. STJ, bem como do entendimento da Terceira Seção (Embargos Infringentes nº 0001183-84.2000.4.03.6111, julgado em 22.09.2011).

Em relação à isenção de custas, cabe observar que, nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (§ 3º do art. 109 da CF/88), o INSS está isento das custas quando lei estadual específica prevê a isenção.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REVALORAÇÃO DE PROVAS PELO STJ. POSSIBILIDADE. INSS. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. JUSTIÇA ESTADUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 178/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LIMITAÇÃO NOS TERMOS DA SÚMULA 111/STJ. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ART. 5º DA LEI Nº 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º - F DA LEI Nº 9.494/97. JUROS MORATÓRIOS. ÍNDICE APLICÁVEL À CADERNETA DE POUPANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INPC.

Agravo regimental em que o INSS sustenta: (a) impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório pelo STJ para fins de concessão de benefício, ante o óbice da Súmula 7/STJ; (b) estar isento do pagamento de custas na Justiça Estadual; (c) no cálculo dos honorários advocatícios deve incidir a Súmula 111/STJ; (d) os juros de mora e correção monetária devem ser calculados com observância do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09. 2. Em situações específicas, como a dos autos, evidencia-se a necessidade da reavaliação dos documentos juntados com a inicial a fim de se apurar o início de prova material da condição segurado trabalhador rural. Precedentes: AgRg no REsp 1342560/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 20/03/2014; AgRg no REsp 1324819/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/08/2012; AgRg no REsp 1088905/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 15/03/2013; EREsp 441.958/CE, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Terceira Seção, DJ 05/09/2005. 3. *“Esta Corte Superior, partindo da premissa de que a lei federal somente tem o condão de isentar o INSS das custas federais, sumulou o entendimento de que, não havendo lei local em sentido contrário, o INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios, propostas na Justiça Estadual (Súmula 178/STJ) (REsp 1.039.752/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 25/8/2008)”*. 4. Nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios devem ser calculados sobre o valor das parcelas vencidas até a data de publicação do decisum que reconheceu o direito pleiteado. Inteligência da Súmula 111/STJ. 5. No julgamento dos EDcl no REsp nº 1.379.998/RS (DJe de 08/11/2013), Rel. Min. Sérgio Kukina, a Primeira Turma manifestou-se a respeito dos juros de mora, assentando o entendimento de que devem corresponder aos juros aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do art. 5º da Lei nº 11.960/09, pois, no ponto, o dispositivo não

sofreu os efeitos do julgamento da ADI nº 4.357/DF. 6. A declaração de inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do artigo 5º da Lei nº 11.960/09 (ADI nº 4.425/DF) impõe que se fixe o INPC como índice de correção monetária nas demandas que tratam de benefícios previdenciários diante de previsão específica no artigo 41-A da Lei nº 8.213/91. Nesse sentido, confirmam-se: AgRg no AREsp 27.222/SC, AgRg no AREsp 30.719/SC, AgRg no AREsp 35.492/SC, AgRg no AREsp 39.890/SC, todos da relatoria do Ministro Ari Pargendler, DJe de 12/5/2014; e AgRg no REsp 1.423.360/PB, relator Ministro Sérgio Kukina, DJe de 19/5/2014. 7. Agravo regimental parcialmente provido.

(AgRg no AREsp nº 301238 CE 2013/0046870-7, Ministro BENEDITO GONÇALVES, T1-PRIMEIRA TURMA, Julgamento: 23.10.2014, DJe 04.11.2014- grifei)

Considerando a legislação estadual de São Paulo, especificamente, o art. 6º da Lei nº 11.608/03, com alteração da Lei nº 14.838/12, deve ser isenta das custas a Autarquia federal.

Posto isto, em consonância com o art. 1.013, § 1º, do CPC/2015, voto por *DAR PARCIAL PROVIMENTO* à *Apelação Autárquica*, nos termos expendidos na fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0034913-03.2016.4.03.9999

(2016.03.99.034913-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: BRYAN HENRIQUE SOUSA LOURENÇO (incapaz) E ANA JULYA SOUSA LOURENÇO (incapaz)

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BEBEDOURO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: ApelReex 2197041

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SEGURADO EMPREGADO NA DATA DO ENCARCERAMENTO. NÃO ULTRAPASSADO O LIMITE LEGAL PARA O RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO, CONSIDERADA A ÚLTIMA REMUNERAÇÃO INTEGRAL DO RECLUSO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

- São requisitos para a concessão do auxílio-reclusão aos dependentes do segurado de baixa renda a qualidade de segurado do recluso, a dependência econômica do beneficiário e o não recebimento, pelo recluso, de remuneração, auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço.

- O auxílio-reclusão é benefício que independe do cumprimento de carência, à semelhança da pensão por morte, nos termos da legislação vigente à época da reclusão.

- Comprovada a reclusão por meio de certidão de recolhimento prisional.

- O STF, em repercussão geral, decidiu que a renda do segurado preso é a que deve ser considerada para a concessão do auxílio-reclusão e não a de seus dependentes ((RE 587365/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Repercussão Geral, j. 25-03-2009).

- O recluso mantinha vínculo empregatício na data do encarceramento. A CTPS informa o vínculo empregatício em 06/08/2014, com remuneração de R\$ 1.034,00.

- Nos termos da Instrução Normativa do INSS nº 20/2007, alterada pela de nº 45/2010 (art. 334), para ter direito ao benefício, a renda mensal do recluso deveria ser inferior a R\$ 1.025,81 (art. 13 da EC 20/98). Daí a alegação constante na inicial, de que o limite para o recebimento teria sido ultrapassado em valor ínfimo.

- O último salário-de-contribuição constante em CTPS não foi integral. O valor integral não daria direito ao benefício.

- Porém, se considerado o valor efetivamente pago, relativo à remuneração parcial (R\$ 869,36, segundo informações do sistema CNIS/Dataprev de fls. 59, remuneração de 6 a 20/08, dia anterior à reclusão), a autora tem direito ao benefício. Além disso, o vínculo empregatício anterior do recluso foi de 28/10/2013 a 28/11/2013, com remuneração de R\$ 660,92 (o limite vigente à época, para a concessão do benefício, era de R\$ 971,78).

- Devido o benefício, tendo em vista que o último salário de contribuição não ultrapassa o mínimo legal.

- Os consectários legais são fixados conforme decidiu o STF na Repercussão Geral 810 (RE 870.947/SE).

- As parcelas vencidas serão corrigidas monetariamente na forma das Súmulas 8 deste Tribunal, e 148 do STJ, bem como da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos.
- Os juros moratórios incidirão em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/1973, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme redação dada ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.
- As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.
- A execução do julgado (art. 100 da CF/88) deverá observar a modulação dos efeitos determinada em 25.03.2015 pelo STF.
- Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Ação proposta por Bryan Henrique e Ana Julya, menores representados por sua mãe, contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando a concessão de auxílio-reclusão.

Davi Ricardo Lourenço, pai dos autores, foi recolhido à prisão em 21/08/2014. Era o mantenedor da família que, por isso, passa por dificuldades financeiras.

Com a inicial, junta documentos.

Homologada a desistência em relação ao autor Bryan, julgado extinto o feito nos termos do art. 267, VIII, do CPC/1973, foi determinado o prosseguimento da ação somente em relação à autora Ana Julya.

Citado, o INSS contestou o pedido.

Após a manifestação do MPF, o juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido, concedendo o benefício e tornando definitiva a liminar anteriormente deferida. Verba honorária fixada em 10% do valor das parcelas vencidas até a data da sentença.

Sentença submetida ao reexame necessário, prolatada em 21/03/2016.

O INSS apelou, pleiteando a improcedência do pedido. Se vencido, requer a aplicação da correção monetária e dos juros nos termos da Lei 11.960/2009.

Com contrarrazões, subiram os autos.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

O recurso do INSS é tempestivo, ora recebido no efeito previsto no CPC/2015.

Os dependentes do segurado de baixa renda têm direito ao auxílio-reclusão, na forma do art. 201, IV, da CF/88. Para a concessão do benefício, é necessário comprovar a qualidade de segurado do recluso, a dependência econômica do beneficiário e o não recebimento, pelo recluso, de remuneração, auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, nos termos do art. 80 da Lei 8.213/91.

O auxílio-reclusão é benefício que independe do cumprimento de carência, à semelhança da pensão por morte, nos termos da legislação vigente à época da reclusão.

A reclusão foi comprovada pela certidão de recolhimento prisional.

O STF, em repercussão geral, decidiu que a renda do segurado preso é a que deve ser considerada para a concessão do auxílio-reclusão e não a de seus dependentes:

PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO. BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes.

II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários.

III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade.

IV - Recurso extraordinário conhecido e provido.

Decisão

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Senhores Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Hélio Pinto Ribeiro de Carvalho Júnior e, pela interessada, o Dr. Antônio de Maia e Pádua, Defensor Público da União. Plenário, 25.03.2009. (RE 587365/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Repercussão Geral, j. 25-03-2009).

O recluso mantinha vínculo empregatício na data do encarceramento, tem, por isso, a qualidade de segurado.

A CTPS informa que iniciou vínculo empregatício em 06/08/2014, como auxiliar de pro-

dução na empresa Louis Dreyfuss C. Agroindustrial Ltda, constando como remuneração, na CTPS, o valor de R\$ 1.034,00.

Nos termos da Instrução Normativa do INSS nº 20/2007, alterada pela de nº 45/2010 (art. 334), para ter direito ao benefício, a renda mensal do recluso deveria ser inferior a R\$ 1.025,81 (art. 13 da EC 20/98). Daí a alegação constante na inicial, de que o limite para o recebimento teria sido ultrapassado em valor ínfimo.

O último salário de contribuição constante em CTPS não foi integral.

Considerado o valor anotado na CTPS, não haveria como conceder o benefício.

Porém, se considerado o valor efetivamente recebido pelo segurado, relativo à remuneração parcial (R\$ 869,36, segundo informações do sistema CNIS/Dataprev de fls. 59, remuneração de 6 a 20/08, dia anterior à reclusão), a autora tem direito ao benefício.

Além disso, há que se considerar que o vínculo empregatício anterior do recluso foi de 28/10/2013 a 28/11/2013 na PDCA Engenharia e Construções Ltda, com remuneração de R\$ 660,92 (limite vigente à época, para a concessão do benefício, estava fixado em R\$ 971,78).

Assim, devido o benefício, tendo em vista que o último salário de contribuição não ultrapassa o mínimo legal.

Os consectários legais são fixados conforme decidiu o STF na Repercussão Geral 810 (RE 870.947/SE).

As parcelas vencidas serão corrigidas monetariamente na forma das Súmulas 8 deste Tribunal, e 148 do STJ, bem como da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos.

Os juros moratórios incidirão em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC/1973, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme redação dada ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.

A execução do julgado (art. 100 da CF/88) deverá observar a modulação dos efeitos determinada em 25.03.2015 pelo STF.

NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

Direito Processual Civil



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0046896-72.2011.4.03.9999

(2011.03.99.046896-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: ZILDA PEREIRA DE SOUZA

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE ESTRELA D'OESTE - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES

Classe do Processo: ApelReex 1698989

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ART. 543-C, §7º, II, DO CPC/73 (ART. 1.040, II, CPC/2015). RESP 1.401.560/MT. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RETRATAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.401.560/MT, firmou a tese de que “A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.”.

2. Juízo de retratação positivo. Agravo legal do INSS provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em juízo de retratação positivo, dar provimento ao agravo legal do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

Cuida-se de juízo de retratação previsto no inciso II do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil/73, regra atualmente disciplinada no inciso II do artigo 1.040 do Código de Processo Civil/2015, considerando a decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.401.560/MT, representativo de controvérsia, que assentou o entendimento no sentido de que a reforma do provimento que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional obriga o autor da ação a devolver os valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, inclusive quando tal ato se deu de ofício.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO DOMINGUES (Relator):

O julgado representativo de controvérsia que ensejou o retorno dos autos a esta relatoria firmou a tese de que: “A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.”.

No caso dos autos, foi dado provimento à apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS para julgar improcedente o pedido inicial de concessão de benefício previdenciário. Contudo, restou consignada a desnecessidade da devolução dos valores indevidamente recebidos por força de antecipação dos efeitos da tutela, considerando a natureza alimentar da verba.

Inconformado, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS interpôs agravo legal pugnando unicamente pela reforma da decisão no tocante à exigibilidade da devolução de tais valores, tendo sido negado provimento ao recurso por esta Sétima Turma.

Dessa forma, verifico que a decisão colegiada está em confronto com a orientação firmada no REsp nº 1.401.560/MT, representativo de controvérsia, sendo de rigor a sua reforma.

Ante o exposto, com fulcro no inciso II do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil/73, regra atualmente disciplinada no inciso II do artigo 1.040 do Código de Processo Civil/2015, exerço juízo de retratação positivo para DAR PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL DO INSS para determinar ao apelado a devolução dos valores indevidamente recebidos a título de benefício previdenciário pagos em razão de decisão que antecipou os efeitos da tutela.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001883-16.2013.4.03.6140
(2013.61.40.001883-0)

Apelante: MARIA ALICE ALKMIM MENEZES
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MAUÁ - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: AC 2083278
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/02/2017

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. APELAÇÃO. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO. IMPLANTAÇÃO ADMINISTRATIVA. VALORES PAGOS. SEM REFLEXO NOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO AUTÔNOMO DO ADVOGADO. ART. 23 DA LEI Nº 8.906/94. TESE CONSAGRADA NO NOVO CPC (ART. 85, *CAPUT* E §14º). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO EM INSTÂNCIA RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. ART. 85, *CAPUT* E §§ 1º E 11, CPC/2015. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ART. 98, §3º, CPC/2015. *REFORMATIO IN PEJUS*. PROVIMENTO DO RECURSO. FIXAÇÃO DO VALOR DEVIDO. SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE.

Os valores pagos na via administrativa, por força da implantação administrativa do benefício concedido neste pleito (pensão por morte), devem ser compensados na execução, sem, no entanto, interferir na base de cálculo dos honorários advocatícios, que, no caso, corresponde à totalidade das prestações vencidas até a data de prolação da sentença, na forma da Súmula 111/STJ (13/5/2008).

Os valores implantados e recebidos pelo segurado somente a ele se referem, não causando reflexo nos honorários advocatícios fixados na fase de conhecimento, por constituir-se em direito autônomo do advogado, a afastar o vínculo de acessoriedade em relação ao crédito exequendo e à pretensão de compensação (art. 23, Lei 8.906/94). Esta tese está consagrada no novo Diploma Processual Civil, cujo artigo 85, *caput* e § 14º, estabelece que “Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.”.

Sucumbência mantida, na forma da r. sentença recorrida, ante a impossibilidade de majoração dos honorários advocatícios em instância recursal (art. 85, §§1º e 11, CPC/2015), porque o INSS sucumbiu de parte mínima do pedido, mas não interpôs recurso. Ademais o segurado é beneficiário de assistência judiciária gratuita, pelo que suspenso a exigibilidade de cobrança dos honorários advocatícios decorrente da sucumbência (art. 98, §3º, CPC/2015).

Com isso, observa-se o princípio da *reformatio in pejus*, o qual veda a majoração da condenação aplicada ao recorrente, caso não seja interposto recurso a esse título pela parte contrária.

Provimento do recurso do embargado.

Sentença reformada parcialmente, somente para fixar o total devido a título de honorários advocatícios da fase de conhecimento, conforme cálculos que integram esta decisão.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar provimento à apelação*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo embargado, em face da sentença de f. 19/vº, que julgou *parcialmente* procedentes estes embargos, para acolher os cálculos elaborados pela contadoria do Juízo, no total de 1.375,12, atualizado para a data de maio de 2012. Não houve condenação em honorários advocatícios, em virtude de ser o embargado beneficiário de assistência judiciária gratuita e de ter havido sucumbência recíproca.

Em síntese, busca a reforma da r. sentença recorrida, tão somente para que os honorários advocatícios fixados na fase de conhecimento sejam apurados na forma do *decisum*, sem qualquer compensação com os valores pagos administrativamente. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Ao contra-arrazoar o recurso (f. 28/29), o INSS pugna para que não seja conhecido o recurso autoral, pois intempestivo, pelo que carreado aos embargos após a data de 31/3/2015, tendo sido certificado o decurso do prazo. No mérito, busca a prevalência da r. decisão recorrida.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator): A questão posta refere-se à possibilidade de apuração dos honorários advocatícios fixados no processo de conhecimento, sem a compensação com os valores pagos na esfera administrativa, sob o título de pensão concedida neste pleito.

Inicialmente, *afasto* a preliminar de intempestividade aduzida pelo INSS em sede de contrarrazões, pois o Juízo “a quo” reconsiderou o decurso do prazo recursal certificado, por ter havido “erro material da parte, ao fazer referência no recurso de apelação aos autos principais ao invés dos autos dos embargos.”. Bem por isso, o magistrado de origem recebeu a apelação em ambos os efeitos e determinou à Secretaria “o desentranhamento da petição de fls. 132/135, encartando-a nos presentes embargos.”.

Passo então à análise da questão posta no recurso do segurado.

Buscou a parte autora, ora embargada, o pagamento de pensão por morte previdenciária, desde a data do óbito do seu instituidor em 25/6/2006, o que lhe foi deferido na r. sentença

prolatada na fase de conhecimento, na data de 13/5/2008, com o acréscimo das demais cominações legais.

Esta Corte, em decisão prolatada em 7/5/2011, manteve a r. sentença, pelo que não conheceu da remessa oficial e deu parcial provimento ao recurso interposto pelo INSS, para fixar a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, com limite de apuração na data de prolação da r. sentença (Súmula 111/STJ); no mais, somente explicitou o critério de correção monetária e juros de mora, antecipando-lhe a tutela jurídica.

Foi então certificado o trânsito em julgado na data de 8 de julho de 2011.

Cinge-se a controvérsia quanto ao prosseguimento da execução relativa aos honorários advocatícios fixados no processo de conhecimento, devendo ser levado em linha de conta que houve implantação do benefício autorizado nesta demanda, com efeito retroativo desde 2/8/2006.

Dito isso, *com razão* o embargado.

Em se tratando do direito perseguido nesta demanda, os valores implantados na esfera administrativa *não* poderão ser subtraídos da base de cálculo dos honorários advocatícios.

De fato, os valores pagos na via administrativa devem ser compensados na execução, sem, no entanto, interferir na base de cálculo dos honorários advocatícios que, no caso, corresponde à totalidade das prestações vencidas até a data de prolação da r. sentença (13/5/2008).

Confira-se:

(...) para efeito de cálculo dos honorários advocatícios, devem ser incluídas as parcelas percebidas por força de tutela antecipada, uma vez que posterior decisão definitiva tem o condão de corroborar aquele provimento proferido em sede de cognição sumária, sem perder a essência de provimento condenatório (...) os valores pagos em atendimento à tutela antecipada devem integrar a base de cálculo dos honorários advocatícios, uma vez que compõem o quantum devido, confirmado posteriormente em decisão definitiva (...)

(Tribunal Regional Federal da Terceira Região, Proc.: 2005.03.99.037086-7, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes, 08/10/2010, monocrática)

Na contramão desse entendimento, a conta acolhida, elaborada pelo contador do Juízo, a qual subtraiu a base de cálculo dos honorários advocatícios do montante recebido.

Ora, não há como manter referido cálculo, porque o crédito devido ao segurado, à vista de sua implantação na via administrativa, nada conflita com os honorários advocatícios devidos ao patrono do exequente.

Afinal, os honorários advocatícios - por expressa disposição legal contida no artigo 23 da Lei nº 8.906/94, não obstante, em grande parte dos casos, tenham por base de cálculo a condenação - são direito autônomo do advogado, o que lhes afasta do vínculo com o crédito exequendo.

Nesse sentido, as decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO AUTÔNOMO DO CAUSÍDICO. EXECUÇÃO. PRECATÓRIO EM NOME DO ADVOGADO. ART. 23 da lei nº 8.906/94. 1. A regra geral, insculpida no art. 23 do Estatuto da OAB, estabelece que “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”. 2. Os honorários, contratuais e de sucumbên-

cia, constituem direito do autônomo do advogado, que não pode ser confundido com o direito da parte, tal como dispõe a Lei nº 8.906/94. 3. Assim, não se pode considerar que a referida verba seja acessório da condenação. 4. De fato os honorários, por força de lei, possuem natureza diversa do montante da condenação, ensejando em si força executiva própria, dando a seus titulares a prerrogativa de executá-los em nome próprio, sem contudo violar o disposto no art. 100, § 4º, da Constituição. Agravo regimental provido. (AGRESP 201002056579, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/05/2013)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO AUTÔNOMO DO ADVOGADO. ART. 23 DA LEI 8.906/1994. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a verba honorária sucumbencial é direito autônomo do procurador, nos termos do art. 23 da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), podendo ele executar a sentença nessa parte, ou requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental não provido. (AGARESP 201202419654, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:07/03/2013)

Ante o aqui decidido, prejudicado o prequestionamento suscitado pelo embargado em seu recurso.

Nesse passo, impõe-se o refazimento dos cálculos, para que os honorários advocatícios sejam elaborados em conformidade com o *decisum*.

Dessa feita, devidos os *honorários advocatícios* no valor de R\$ 2.360,38, atualizado para a data de maio de 2012, em detrimento do valor a esse título acolhido, *na forma dos cálculos que integram esta decisão*.

Quanto à sucumbência, imperioso manter a disciplina determinada na sentença, que entendeu “Sem custas e honorários em face da justiça Gratuita e da sucumbência recíproca”, porque, tendo o embargado totalizado R\$ 83.253,42, em detrimento do montante apurado pelo INSS - R\$ 1.326,14, a proximidade deste último cálculo com o valor devido atrai a sucumbência mínima da autarquia.

Assim, prevalece a r. sentença recorrida, a qual deixou de condenar o embargado aos honorários advocatícios em razão da sucumbência, por ser ele beneficiário de assistência judiciária gratuita, não se afigurando possível majorar-se a condenação em honorários de advogado em instância recursal, quando tratar-se de recurso interposto contra decisão prolatada antes de 18/3/2016 (Enunciado Administrativo nº 7 do STJ), não podendo incidir ao presente caso a regra do artigo 85, §§ 1º e 11, do novo CPC, evitando-se a surpresa, com o que se evitará a *reformatio in pejus*.

Diante do exposto, e, nos termos desta decisão, *dou provimento à apelação*, para *fixar* os honorários advocatícios devidos na ação de conhecimento em R\$ 2.360,38, atualizado para a data de maio de 2012, na forma dos cálculos que integram esta decisão. Afastada a preliminar aventada pelo INSS em sede de contrarrazões.

Diante da sucumbência mínima do INSS, e, não tendo o INSS requerido a condenação do embargado aos honorários advocatícios da sucumbência, deve ser mantida a r. sentença recorrida neste ponto, porque vedada sua majoração em instância recursal, além do que o embargado é beneficiário de assistência judiciária gratuita, tendo sua exigibilidade suspensa (arts. 85, §§ 1º e 11, e 98, §3º, CPC/2015), com o que se evitará o *reformatio in pejus*.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA

0030311-27.2015.4.03.0000

(2015.03.00.030311-3)

Impetrante: CAMIL ALIMENTOS LTDA.

Impetrado: DESEMBARGADOR FEDERAL VICE PRESIDENTE DO TRF 3 REGIÃO

Litisconsorte Passiva: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

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

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Classe do Processo: MS 360364

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/02/2017

DECISÃO

Mandado de segurança contra ato da Desembargadora Federal Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, de seguinte conteúdo (fls. 317/318):

Vistos.

Cuida-se de agravo regimental interposto por Camil Alimentos S/A contra decisão proferida por esta Vice-Presidência a resolver questão incidental, consubstanciada na inexequibilidade do acórdão prolatado neste mandado de segurança, enquanto não transitar em julgado a sentença, em face do art. 170-A do CTN.

Pugna o recorrente pela retratação da decisão agravada ou pelo recebimento como agravo regimental para julgamento nesta Corte.

Decido.

Por primeiro, anoto que a mera decisão singular a resolver questão incidental do processo, surgida na pendência do recurso excepcional interposto, à luz do Regimento Interno desta Corte, não autoriza a impugnação por meio da interposição de agravo interno ou regimental. Vale lembrar, no ponto, que não há previsão regimental para a impugnação de decisões da Vice-Presidência por meio de agravo interno, exceto na hipótese de negativa de seguimento a recurso excepcional ao fundamento de que o acórdão recorrido está em consonância com o paradigma julgado na sistemática dos recursos representativos de controvérsia (arts. 543-B e/ou 543-C, do CPC), por construção jurisprudencial em recente pronunciamento do STF (Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 760.358, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12/02/2010) e do STJ (Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 1.154.599, Corte Especial, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 12/05/2011).

Somente cabível o agravo interno/regimental para impugnar decisão proferida pelo Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator (RITRF3, art. 250).

A irrecorribilidade da decisão impugnada, portanto, é a conclusão que exsurge ante o ordenamento posto, ressaltando-se ao interessado a possibilidade de reversão do provimento ora atacado por meio de ação própria.

Nessa toada, recebo a presente impugnação como pedido de reconsideração e o faço para manter hígida a decisão atacada.

Consigno, finalmente, que já efetivado o juízo de admissibilidade do recurso especial interposto pela União, de forma que cessou a competência desta Vice-Presidência para a análise das infundáveis (e infundadas) manifestações da contribuinte, que está indevidamente obstando o regular processamento do agravo nos próprios autos, já manejado pela União.

Ante o exposto, *não conheço do agravo regimental* de fls. 1030/1044, *recebendo a presente impugnação como pedido de reconsideração*, o qual indefiro, mantendo a decisão hostilizada pelos seus próprios fundamentos.

Processe-se o agravo interposto pela União às fls. 997/1009, para imediata remessa dos autos ao STJ.

Int.

São Paulo, 17 de novembro de 2015.

Sustenta-se, resumidamente, que “diante da referida decisão tem-se a presença de dois atos coatores distintos, o primeiro de ordem processual, em razão do não conhecimento do Agravo Regimental, em que pese cabível à espécie, e o segundo de ordem material, em razão da inovação ao julgamento do mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, aplicando a limitação prevista no art. 170-A do CTN, embora não aplicável ao caso” (fl. 07), razão pela qual pugna-se “seja afastado o ato judicial ora combatido (que restringiu os efeitos práticos das decisões), determinando a imediata intimação da União Federal para que comprove o efetivo cumprimento das decisões proferidas” (fl. 09).

A tanto, “não existem dúvidas acerca da certeza do direito invocado, uma vez que as decisões proferidas no Mandado de Segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100/SP garantiram à Impetrante o direito em ter concluído os seus pedidos de ressarcimento, transmitidos nos meses de junho e julho de 2005, março, outubro e agosto de 2006 e novembro de 2007, dentre estes o pedido de ressarcimento nº 40583.01801.281107.1.1.11-0154 (PA nº 16349.000033/2008-14), e, em caso de decisão administrativa favorável, fosse efetivado o ressarcimento dos créditos (deferidos administrativamente), com a devida atualização monetária pela taxa Selic, desde a data dos protocolos dos pedidos, bem como fosse afastada a compensação de ofício com débitos objeto de parcelamento”, sendo que “em relação ao argumento de que as decisões proferidas no mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, ainda são objeto de recurso por parte da União Federal, insta destacar que o Código de Processo Civil, prevê como regra o recebimento dos recursos apenas no efeito devolutivo” (fls. 13/14).

Daí que “ante a negativa da prestação jurisdicional da Exma. Des. Federal Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em atender o pedido da Impetrante, para determinar à União Federal a comprovação do cumprimento das decisões proferidas no mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, aplicando, *data maxima venia*, equivocadamente o teor do art. 170-A do CTN, inovando no julgamento da Sexta Turma deste E. Tribunal, em descumprimento à legislação aplicável ao aludido procedimento aplicável ao mandado de segurança, configurada está a violação ao direito líquido e certo da Impetrante” (fl. 14).

Quanto aos “requisitos para a concessão da medida liminar”, no dizer da impetrante, “o fundamento relevante afere-se da demonstração suficiente de todos os fatos, a partir dos quais se pretende a liminar, no sentido de determinar que a União Federal comprove o efetivo cumprimento das decisões proferidas no Mandado de Segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, as quais reconheceram o direito líquido e certo da Impetrante em ter concluído os processos de ressarcimento com a efetiva disponibilização dos créditos corrigidos pela Taxa Selic, a incidir desde o protocolo dos pedidos, inclusive, afastando o procedimento de compensação de ofício com débitos suspensos nos termos do art. 151 do CTN”, eis que, “como se pode verificar através dos documentos juntados em anexo, embora se tenha obtido decisões favoráveis, até a presente data, Impetrante não obteve o devido cumprimento das decisões, sendo que quando requerida a intimação da União Federal para que comprovasse o integral cumprimento do julgado, a Exma. Des. Federal Vice-Presidente do TRF da 3ª Região, indeferiu o pedido, aplicando limitação não prevista nas decisões proferidas (art. 170-A do CTN)” (fl. 15).

O *periculum in mora*, a seu turno, também em apertada síntese, advém da alegada

“situação em que se encontra a impetrante”, em que “se vê obrigada a reduzir custos e recuar suas operações, deixando de investir em mão de obra, tecnologia e novos produtos e, consequentemente deixando de produzir mais empregos, quando em verdade, possui significativo crédito pendente de ressarcimento perante a Receita Federal do Brasil, crédito que poderia auxiliar a Impetrante neste momento de crise, ajudando a reduzir suas contas em meio às relevantes quedas e recuos registrados no varejo” (fl. 17).

Requer-se, pois, o deferimento do pleito liminar “para afastar o ato judicial que negou conhecimento ao Agravo Regimental interposto pela Impetrante nos autos do mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, contra decisão proferida pelo(a) Vice-Presidente deste E. Tribunal, determinando o seu processamento para que seja remetido à apreciação e reforma pelo Órgão Especial deste E. Tribunal”, e, “subsidiariamente, caso entendam Vossas Excelências pela irrecorribilidade da decisão atacada, requer seja afastado o ato judicial consignado pela Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Vice-Presidente deste E. Tribunal, ante a inaplicabilidade do art. 170-A do CTN ao presente caso, conforme amplamente demonstrado, determinando a intimação da União Federal para que comprove efetivamente o cumprimento das decisões proferidas nos autos do mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, as quais determinam a efetiva conclusão dos processos administrativos, o que somente ocorrerá com a complementação do ressarcimento dos créditos tributários, inclusive com a correção monetária pela Taxa Selic; bem como do crédito reconhecido administrativamente, por meio do processo nº 16349.000033/2008-14” (fls. 26/27).

Informações solicitadas (fl. 353) e encaminhadas (fls. 356/358).

Deferido o pleito de concessão de medida liminar, nos termos abaixo transcritos (fls. 365/370):

Conforme registrado na inicial do presente *mandamus*, “a impetrante ajuizou, em 21/01/2008, o mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, perante a Justiça Federal de São Paulo, contra ato ilegal do Ilmo. Delegado de Receita Federal do Brasil em São Paulo/SP, objetivando determinação liminar para que a autoridade fiscal procedesse à análise e emitisse uma resposta acerca dos Pedidos Administrativos de Ressarcimento de PIS/Cofins, transmitidos pela impetrante nos meses de junho e julho de 2005, março, outubro e agosto de 2006 e novembro de 2007 e, em caso de decisão administrativa favorável, fosse determinado o efetivo ressarcimento dos créditos (deferidos administrativamente), com a devida atualização monetária pela taxa Selic, desde a data dos protocolo dos pedidos, bem como fosse afastada a compensação de ofício com débitos objeto de parcelamento”.

Deferida a medida liminar pelo juízo da 21ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária de São Paulo (fls. 101/105) e apreciados os requerimentos ali deduzidos, a autoridade fiscal emitiu “despachos decisórios com o reconhecimento parcial da legitimidade dos créditos”, sobrevivendo sentença concessiva da ordem pleiteada (fls. 111/119).

Interposto recurso de apelação pela União Federal, “a Sexta Turma deste E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu, por unanimidade, acompanhar o Voto do Exmo. Relator Des. Mairan Maia, para não conhecer de parte da apelação e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, assim como à remessa oficial (...)” (fls. 144/145).

Deduzido pleito pela impetrante, no bojo do feito originário, a requerer “que [a União] comprove nos autos, no prazo máximo de 5 dias, o cumprimento integral da decisão acima colacionada que manteve a Sentença concedida e determinou a *finalização da análise dos pedidos administrativos de ressarcimento formulados pela ora Requerente com a aplicação da taxa SELIC, a incidir desde a data do protocolo dos pedidos* e, via de consequência, o efetivo ressarcimento à Requerente do saldo credor remanescente” (destaques no original - fl. 149), sobreveio apreciação nos termos abaixo pelo Juiz Federal Convocado Marcelo Aguiar (fl. 150):

“Fls. 808/810 - Desnecessária a expedição de ofício. A autoridade impetrada já tem ciência da sentença concessiva, conforme consta dos autos.

Prossiga-se, com a intimação da apelante.

Intime-se.

São Paulo, 07 de agosto de 2012.”

O pedido de reconsideração apresentado (fls. 152/154) restou assim decidido pelo Desembargador Federal Mairan Maia (fl. 155):

“Vistos.

Intime-se nos termos da legislação de regência a União Federal do Acórdão prolatado no julgamento da Colenda 6ª Turma. Int.

São Paulo, 23.08.2012”

Requerida novamente “a intimação da União para comprovação do cumprimento da decisão judicial, no prazo máximo de 5 dias” (fl. 157), sucederam-se a rejeição pela 6ª Turma dos embargos de declaração manejados pelo ente público (fls. 158/165) e consequente interposição de recurso especial pela Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região (fls. 167/218). Nesse ínterim, tornou-se à carga, agora perante a Vice-Presidência, no sentido de que “A ora Requerente peticionou nos autos, requerendo a intimação da impetrada, *acerca do cumprimento da decisão que determinou a finalização da análise dos pedidos administrativos de ressarcimento formulados pela Impetrante, com a aplicação da taxa SELIC, a incidir desde a data do protocolo dos pedidos*, a qual foi confirmada em sede de apelação. Contudo, data máxima vênua, até a presente data não houve qualquer manifestação acerca dos requerimentos da Impetrante, apresentados em 27/07/2012 (fls. 808/810), 17/08/2012 (fls. 814/816) e 11/10/2012 (fls. 828), de forma que, reitera os pedidos anteriormente realizados, *para que a Impetrada seja intimada a comprovar o efetivo cumprimento da decisão proferida nos autos, a qual permanece válida e exigível*” (fl. 219).

Após manifestação da União Federal (fls. 222/223) e réplica da impetrante, (fls. 226/228), tudo se passou exatamente consoante registrado nas informações enviadas pela Desembargadora Federal Cecília Marcondes, então Vice-Presidente, *in verbis* (fls. 356/358):

“(…) enquanto os autos aguardavam o juízo de admissibilidade do recurso especial interposto pela União, a impetrante noticiou o descumprimento da sentença mantida pelo acórdão vergastado pelo recurso excepcional. Instada, manifestou-se a Fazenda no sentido de que parte dos requerimentos da impetrante não estavam acobertados pela sentença e que, além disso, o art. 170-A, do CTN vedaria a compensação de créditos antes do trânsito em julgado da sentença que os reconheceu. Em acréscimo, sustentou que o acórdão deu tratamento jurídico inadequado ao caso, dado que os créditos da impetrante são meramente escriturais, não comportando atualização pela Taxa SELIC.

Diante do impasse, e considerada a pendência do juízo de admissibilidade do recurso especial interposto pela União, para que não se alegasse negativa de prestação jurisdicional, proferi decisão reconhecendo que o aproveitamento dos créditos ficaria condicionado ao trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 170-A do CTN e, assim, por ora, não haveria providências destinadas à imediata exequibilidade da sentença.

Ato imediatamente contínuo, efetivei o juízo de admissibilidade do recurso especial da União, inadmitindo-o.

Consigno que, mesmo após a efetivação do juízo de admissibilidade do recurso especial interposto pela União, o que fez cessar a competência desta Vice-Presidência para análise das petições apresentadas, a impetrante, a pretexto da existência de vícios no *decisum* que postergou o início da execução do julgado para depois do seu regular trânsito, opôs embargos de declaração, os quais, necessariamente, deveriam ser apreciados antes de se remeter os autos para os tribunais superiores para apreciação do agravo de instrumento que já havia sido manejado pela União contra a decisão denegatória do recurso especial.

Rejeitados os embargos de declaração, a impetrante interpôs agravo regimental, ocasião em

que prolatei a decisão objurgada por este *writ*.

Com efeito, a impetrante, inadvertida e inadequadamente, enquanto ainda pendente o juízo de admissibilidade do recurso fazendário, insistiu em instar esta Vice-Presidência para dar início à pretendida compensação de seus supostos créditos tributários, de cuja análise não pôde esta magistrada se furtar, sob pena de caracterizar a negativa de prestação jurisdicional.”

A ausência de previsão para o recurso interno na hipótese, fundamento utilizado no *decisum* aqui combatido para refutar o cabimento do agravo regimental, exsurge bastante ao reconhecimento da viabilidade da impetração em situações como a dos presentes autos.

Vencida a oportunidade de adequação por ocasião das tentativas formuladas pela via dos declaratórios e depois mediante o emprego do regimental, conhecido meramente como pedido de reconsideração, de engano possivelmente cometido, conforme alegado, na “decisão proferida pela Exma. Des. Federal Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que restringiu o cumprimento das decisões proferidas no mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, aplicando ao caso o art. 170-A do CTN, o que o fez em desrespeito ao art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/09, bem como pelo fato de ter inovado no julgamento proferido pela Sexta Turma deste E. Tribunal, ao restringir o alcance do julgado” (fl. 08), em face do quadro de irrecurribilidade ordinária retratado na decisão da Vice-Presidente desta Corte, sobra apenas o mandado de segurança, atendendo-se ao prescrito no inciso II do artigo 5º da Lei 12.016/2009, alternativa única para correção de eventual ilegalidade.

No mais, consoante asseverado no ato ora questionado e igualmente salientado nas informações prestadas - “não há previsão regimental para a impugnação de decisões da Vice-Presidência por meio de agravo interno, exceto na hipótese de negativa de seguimento a recurso excepcional ao fundamento de que o acórdão recorrido está em consonância com o paradigma julgado na sistemática dos recursos representativos de controvérsia (arts. 543-B e/ou 543-C, do CPC), por construção jurisprudencial em recente pronunciamento do STF (Questão de Ordem no agravo de Instrumento nº 760.358, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12/02/2010) e do STJ (Questão de Ordem no agravo de Instrumento nº 1.154.599, Corte Especial, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 12/05/2011). Pelo Regimento Interno, somente cabível o agravo interno/regimental para impugnar decisão proferida pelo Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator (RITRF3, art. 250) e, nessa toada, estender o cabimento do agravo interno também para as decisões proferidas pela Vice-Presidência exigiria uma interpretação extensiva para cabimento de um recurso, o que não se afigura, a meu ver, possível, porquanto há que se ter norma expressa no ordenamento, sem o que não é possível sustentar a existência de ilegalidade no ato que não conhece de recurso por ausência de previsão legal/regimental.” (fl. 357) -, desde a conclusão do julgamento do Mandado de Segurança de reg. nº 2013.03.00.005141-3, em 12.3.2014 (Diário Eletrônico de 24.4.2014), sob minha relatoria, em que o Órgão Especial se pronunciou aceitando o funcionamento do mandado de segurança como sucedâneo recursal, na ausência de previsão regimental específica para contestar decisão também da Vice-Presidência de trancamento de recurso especial na forma do artigo 543-C, § 7º, inciso I, do Código de Processo Civil, passou-se a entender cabível o agravo interno em caso de negativa de seguimento a recursos excepcionais, nesses termos e também a teor do disposto no artigo 543-B, § 3º, do CPC.

À guisa de exemplo, confira-se (Agravo Regimental em Apelação Cível nº 0000105-49.2009.4.03.6108/SP, Diário Eletrônico de 17.9.2015):

“EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSOS EXCEPCIONAIS COM BASE NO ART. 543-B, § 3º E 543-C, § 7º, INCISO I, AMBOS DO CPC. CABIMENTO. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. APLICAÇÃO ADEQUADA DO PARADIGMA AO CASO CONCRETO. RECURSO MANIFESTAMENTE

PROTELATÓRIO. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AGRAVO IMPROVIDO.

I- Cabimento do agravo regimental perante o Tribunal a quo contra decisão que nega seguimento a recurso excepcional, com fulcro no artigo 543-C, § 7º, inciso I, do CPC, firmado pelo Pleno do E. STF em Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 760.358, sob a relatoria do E. Ministro Gilmar Mendes, DJe 19/02/2010, bem como na Questão de Ordem no AG nº 1.154.599/SP., de relatoria do Ministro César Asfor Rocha, DJe 15/02/2011.

II- O agravante se insurge contra a adequação dos seus recursos excepcionais aos paradigmas julgados pelo E. STF, no âmbito da repercussão geral (RE nº 566.621) e pelo E. STJ sob o rito dos repetitivos (REsp nº 1.269.570), nos moldes estabelecidos pelo artigo 543-B, § 3º e 543-C, § 7º, inciso I, ambos do CPC, respectivamente.

III- Os recursos excepcionais interpostos pelo agravante trazem em seu bojo tese contrária ao entendimento sufragado pelo STF e pelo STJ no julgamento dos paradigmas indicados, qual seja para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar nº 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN.

IV- Recursos manifestamente protelatórios. Litigância de má-fé caracterizada. Incidência da multa prevista no artigo 17, incisos IV, V e VII, c.c. 18, *caput*, todos do CPC.

V - Agravos regimentais improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Órgão Especial, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora).

Votaram os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, JOHONSOM DI SALVO, LUIZ STEFANINI, COTRIM GUIMARÃES, NELTON DOS SANTOS, TORU YAMAMOTO, CARLOS MUTA (convocado para compor quórum), SÉRGIO NASCIMENTO (convocado para compor quórum), ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA.

E, por maioria, condenar a agravante ao pagamento de multa por litigância de má-fé, nos termos do voto da Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais JOHONSOM DI SALVO, LUIZ STEFANINI, COTRIM GUIMARÃES, NELTON DOS SANTOS, TORU YAMAMOTO, CARLOS MUTA (convocado para compor quórum), DIVA MALERBI e MARLI FERREIRA.

Vencidos os Desembargadores Federais MAIRAN MAIA, NERY JUNIOR, SÉRGIO NASCIMENTO (convocado para compor quórum), ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), BAPTISTA PEREIRA e ANDRÉ NABARRETE, que não aplicavam a multa. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JUNIOR, THEREZINHA CAZERTA, MARISA SANTOS e ANTONIO CEDENHO.

São Paulo, 09 de setembro de 2015.

CECILIA MARCONDES

Vice-Presidente”

Nada obstante, em decisão recentíssima, vencida esta Relatora - conforme voto que proferi quando da apreciação do Mandado de Segurança de reg. nº 2013.03.00.025905-0, ausente previsão regimental específica para se tentar obter a alteração de decisão unipessoal proferida no âmbito da Vice-Presidência, preservada de qualquer meio de impugnação, mediante recurso interno endereçado ao colegiado, tal como externado no ato ora combativo, apresenta-se viável a utilização da ação mandamental -, o Órgão Especial, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Segurança registrado sob nº 2014.03.00.012047-6, em 24 de fevereiro do corrente ano (Diário Eletrônico de 2.3.2016), nos moldes do pronunciamento conferido pelo Desembargador Federal Johonsom di Salvo (Relator), decretou o cabimento do agravo regimental também em hipóteses como a que se apresenta *in casu*, no pressuposto de que “não é possível o conhecimento de mandado de segurança contra ato judicial prati-

cado pela Vice-Presidência da Corte no ambiente que lhe é reservado para o primeiro juízo de admissibilidade de recursos especial ou extraordinário, à conta do cabimento de agravo regimental previsto no Regimento Interno da Casa”, porquanto, afinal, “se o ato partiu da Vice-Presidência no momento em que a mesma se investia de competência própria prevista no inc. II do art. 22 do Regimento Interno (decidir sobre a admissibilidade de recursos especial e extraordinário), poderia ser sindicado por agravo regimental, consoante a regra geral do art. 250”.

Veja-se, a propósito, a ementa do julgado em questão, *in verbis*, valendo os destaques:

“EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO UNIPessoal DO RELATOR QUE DENEGOU A SEGURANÇA E JULGOU EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC C/C O ART. 6º, § 5º DA LEI Nº 12.016/2009. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO JUDICIAL DA VICE-PRESIDÊNCIA QUE, NO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA PREVISTA NO ART. 22, II, DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE, HOMOLOGOU PEDIDO DE DESISTÊNCIA E CONDENOU A ORA IMPETRANTE AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: DECISÃO EM FACE DA QUAL ERA CABÍVEL AGRAVO REGIMENTAL. DESCABIMENTO DO MANDAMUS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. *O presente writ está sendo usado como substitutivo do agravo regimental, pois se volta contra decisão proferida pela Vice-Presidente deste Egrégio Tribunal que pode ser atacada por esse mecanismo de irresignação, que é tradicionalmente admitido no Regimento Interno desta Casa.*

2. *A decisão contra a qual a empresa manejou o mandamus foi tomada quando o feito se encontrava sub judice da Vice-Presidência para fins de admissibilidade de recurso especial e recurso extraordinário. Nenhum juízo foi feito, na medida em que a ora impetrante atravessou petição para desistir da demanda - e do direito material subjacente - com o intuito de inserir-se no REFIS. Mas se o ato partiu da Vice-Presidência no momento em que a mesma se investia de competência própria prevista no inc. II do art. 22 do Regimento Interno (decidir sobre a admissibilidade de recursos especial e extraordinário), poderia ser sindicado por agravo regimental, consoante a regra geral do art. 250.*

3. *De outro lado, caso se entenda que a Vice-Presidência recebe, por delegação, parte da competência originária dos Tribunais Superiores para a realização do exame prévio de admissibilidade dos recursos a eles endereçados, ainda assim o mandamus impetrado perante este Órgão Especial seria inadequado, cabendo ao interessado dirigir-se às Cortes Superiores já que não caberia ao órgão fracionário local examinar ato praticado pela Vice-Presidência no cenário do juízo de admissibilidade recursal.*

4. *Em suma: não é possível o conhecimento de mandado de segurança contra ato judicial praticado pela Vice-Presidência da Corte no ambiente que lhe é reservado para o primeiro juízo de admissibilidade de recursos especial ou extraordinário, à conta do cabimento de agravo regimental previsto no Regimento Interno da Casa, ou, conforme o caso, da possibilidade de levar a cognição do ato contrastado à Corte Superior competente.*

5. *Agravo improvido.”*

Presente, assim, na linha do entendimento firmado majoritariamente pelo Órgão Especial, supra, o relevante fundamento a que faz referência o artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09, o *periculum in mora*, a seu turno, além do argumento costurado na inicial da impetração, no sentido de que “O ato judicial praticado pela Exma. Des. Federal Vice-Presidente do TRF da 3ª Região, em não determinar o imediato cumprimento do direito líquido e certo da Impetrante, reconhecido através do Mandado de Segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, consoante se pode observar através da documentação acostada ao presente *mandamus*, tem ocasionado manifesto prejuízo à Impetrante”, isso porque “tem sido obrigada a se socorrer de instituições financeiras, celebrando contratos de empréstimo, os quais se destinam, nada mais, do que

possibilitar à empresa cumprir com suas obrigações, bem como suprir ‘déficits’ financeiros que vem enfrentando, o que poderia ser evitado caso a autoridade impetrada tivesse determinado à União Federal o cumprimento das decisões judiciais proferidas” (fls. 15/16), reputa-se existente igualmente a partir do instante em que se priva a impetrante de meio recursal a que tem direito, caracterizando, pois, óbice à possibilidade de apreciação e eventual deferimento, pelo colegiado competente, da tutela jurisdicional perseguida, a saber, “o efetivo ressarcimento dos créditos reconhecidos CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no processo administrativo nº 16349.000033/2008-14, acompanhado da devida correção monetária pela taxa Selic, desde a data do protocolo dos pedidos de ressarcimento, até a data da efetiva disponibilização do crédito”, circunstância agravada sobretudo pelo volume de recursos envolvidos e pela imprescindibilidade, conforme alegado na exordial, do montante discutido para a continuidade das atividades da sociedade empresária.

Posto isso, defiro a liminar, para o fim específico de determinar seja levado a julgamento no Órgão Especial, sob relatoria do Desembargador Federal Vice-Presidente, o agravo regimental interposto pela impetrante reproduzido nos presentes autos às fls. 302/316 (fls. 1.030/1.044 do feito subjacente).

Comunique-se.

Cite-se a União Federal (Fazenda Nacional), na condição de litisconsorte passivo necessário.

Após, cumpra-se o disposto nos artigos 7º, inciso II, e 12, *caput*, da Lei nº 12.016/2009.

Intime-se a impetrante.

São Paulo, 10 de março de 2016.

Despacho à fl. 403, conforme segue reproduzido:

Vistos.

Fls. 378/382, contestação da União Federal, invocando-se que “já se encontra cessada a competência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região para apreciar a matéria suscitada pela parte Impetrante nos autos do Mandado de Segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, restando evidente que a via mandamental ora utilizada pela impetrante - objetivando, em última análise, que o Órgão Especial desse E. Tribunal aprecie e profira decisão que se sobreponha aos atos praticados pela Vice-Presidência no exercício de seu ofício jurisdicional - mostra-se inadequada”: oportunize-se ciência à impetrante.

Fls. 384/390, parecer da Procuradoria Regional da República “pela EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, nos termos do artigo 485, inciso VI do Código de Processo Civil de 2015”, “patente a perda superveniente do objeto da ação”: oportunize-se ciência à impetrante e à União Federal.

Fls. 392/394, informação trazida pela impetrante de que “os autos do processo nº 0002061-61.2008.4.03.6100, foram encaminhados ao E. STJ (AREsp nº 874.767), em razão do Agravo e Recurso Especial interposto pela União Federal em face da decisão da Vice-Presidência que inadmitiu seu recurso excepcional”, solicitando-se “a conversão em diligência daquele feito, com devolução dos autos ao Tribunal *a quo*, a fim de que o Agravo Regimental possa ser efetivamente julgado pelo r. Órgão Especial, nos termos da decisão liminar proferida neste mandado de segurança”: oportunize-se ciência à União Federal e ao Ministério Público Federal.

Prazo para respectivas manifestações: 10 (dez) dias.

São Paulo, 03 de junho de 2016.

Ofício nº 0010/16-GABV-TRF 3R, subscrito pelo Desembargador Federal Vice-Presidente deste Tribunal Regional Federal, informando “não ser possível o atendimento do pleito do peticionante, por ora, porquanto o Agravo interposto pela União Federal em face de não admissão de seu recurso especial, nos autos da ação originária (Reg. 00020616120084036100),

encontra-se pendente de decisão pelo C. Superior Tribunal de Justiça” (fl. 405).

Manifestação da impetrante às fls. 406/413, batendo-se “pelo regular prosseguimento do presente feito, para fins de confirmação da medida liminar deferida, afastando-se o ato judicial que negou conhecimento ao Agravo Regimental interposto nos autos do Mandado de Segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, contra decisão proferida pelo(a) Vice-Presidente deste E. Tribunal, determinando-se o seu processamento para que seja imediatamente remetido à apreciação e reforma pelo Órgão Especial”.

Petição às fls. 415/416, por meio da qual “vem a União reiterar os termos da Contestação de fls. 378/372, requerendo seja extinto o presente mandado de segurança sem resolução do mérito, revogando-se, por via de consequência, a medida liminar concedida. Caso assim não seja entendido, requer seja denegada a segurança”.

Parecer da Procuradoria Regional da República “pelo indeferimento do pedido de devolução dos autos do Mandado de Segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100” (fls. 418/420).

Oportunizada “manifestação à impetrante e à União Federal relativamente à notícia - extraída de consulta processual atualizada do AREsp nº 874.767/SP, cuja inserção ora se determina - de que, após decisão monocrática ‘nos termos do art. 544, § 4º, I, do CPC’ pelo não conhecimento de agravo em recurso especial, igualmente a ser juntada, certificou-se o trânsito em julgado no feito de reg. nº 0002061-61.2008.4.03.6100”, também cientificado a respeito o Ministério Público Federal (fl. 422).

Pela impetrante: “considerando o trânsito em julgado do MS nº 0002061-61.2008.4.03.6100, REQUER a extinção do processo, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, por falta de interesse processual superveniente ao ajuizamento da ação. Requer, ainda, a condenação da demandada a restituição das custas adiantadas pela Impetrante, já que presente o interesse processual quando da impetração do mandado de segurança” (fls. 423/424).

Pela Procuradoria da Fazenda Nacional: “a União não se opõe à desistência, conforme requerido a fls. 424” (fl. 425).

Pela Procuradoria Regional da República: “o MPF não interporá recurso” (fl. 426).

Segue decisão.

De início, fica determinada, a teor do consignado pelo *parquet* federal, a retificação da autuação, “uma vez que o nome correto da impetrante é CAMIL ALIMENTOS S.A., de acordo com o contrato social juntado às fls. 43/61, e não Camil Alimentos Ltda” (fl. 387).

No mais, à vista do julgamento conferido pelo Superior Tribunal de Justiça no bojo do Agravo em Recurso Especial interposto pela União, lá autuado sob nº 874.767/SP, no qual, ao argumento de que “o inconformismo nem sequer ultrapassa a barreira do conhecimento, pois a parte agravante não rebateu, de modo específico, os fundamentos adotados pela decisão recorrida para negar trânsito ao apelo especial, limitando-se a reeditar os mesmos argumentos apresentados no recurso inadmitido”, restou nem ao menos conhecida a insurgência, certificou-se, em 9.9.2016, o trânsito em julgado no feito subjacente de reg. nº 0002061-61.2008.4.03.6100.

Assim, o interesse na apreciação da presente impetração, que serviria à discussão acerca do (des)acerto da “decisão proferida pela Vice-Presidência desta Corte Regional que, nos autos de apelação em mandado de segurança nº 0002061-61.2008.4.03.6100, na qual já efetivado juízo de admissibilidade do recurso excepcional interposto pela União, não conheceu do agravo regimental interposto contra decisão que resolveu questão incidental, consubstanciada na

inexequibilidade imediata do acórdão prolatado no apontado mandado de segurança enquanto não transitar em julgado a sentença nele proferida, por força do disposto no art. 170-A, do CTN” (fl. 356, informações prestadas pela autoridade tida como coatora), já não mais existe, carecendo de utilidade eventual provimento jurisdicional que venha a ser dado, pelo mérito, aqui.

Referindo-se este mandado de segurança a elementos que se fizeram presentes de modo incidental na tramitação dos autos de nº 0002061-61.2008.4.03.6100, do superveniente trânsito em julgado e, por consequência - ante a prolação de acórdão, deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a resolver o mérito da demanda ali posta -, da coisa julgada material, “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (art. 502, CPC/2015; cf. art. 468, CPC/1973), exsurge circunstância, por si só, apta a satisfazer as providências almejadas neste *mandamus*.

Consoante pontuado pela própria impetrante, “considerando o trânsito em julgado daquela ação [de reg. nº 0002061-61.2008.4.03.6100], bem como considerando que não mais subsiste o óbice à efetiva execução do julgado, tem-se por exaurido o objeto desta discussão em razão da perda superveniente de interesse processual, nos moldes do art. 485, inciso VI, do CPC” (fl. 424).

Do ponto de vista jurídico e prático, que possa atingir e favorecê-la, nada se tem a deliberar agora, tornando-se desnecessária e até mesmo despropositada a utilização da via mandamental ao que se propunha de início.

Sendo dois os atos atacados pela via mandamental - a negativa de seguimento a agravo regimental que objetivava levar, à análise colegiada, decisão monocrática que subsumiu a circunstância dos autos ao disposto no artigo 170-A, do Código Tributário Nacional; e o indeferimento, em si, do pleito de ressarcimento da requerente de créditos que, não obstante serem-lhe de direito, permaneceriam retidos pela União Federal em razão da ausência de trânsito em julgado do feito originário - e ali se identificando, em ambos, pretensão da impetrante no sentido da execução provisória de sentença mandamental, certificado o trânsito em julgado e aí se abrindo a via da execução definitiva, não há falar na utilidade de quaisquer provimentos jurisdicionais que possam advir deste *writ*, fadado à denegação, cediço que “a nova Lei do Mandado de Segurança proclama a conclusão de denegação da segurança, tanto para a improcedência do pedido quanto para a hipótese de extinção do processo, sem exame de mérito” (TRF 1ª Região, Remessa 0008498-82.2012.4.01.3304, 7ª Turma, rel. Desembargador Federal Reynaldo Soares da Fonseca, E-DJF1 de 26.9.2014).

No mesmo sentido: “De acordo com a terminologia adotada pela Lei nº 12.016/2009, denega-se o mandado de segurança se ocorrente qualquer das hipóteses previstas no artigo 267 do Código de Processo Civil” (TRF 3ª Região, AMS 96.03.081640-0, 2ª Turma, rel. Desembargador Federal Nelton dos Santos, e-DJF3 de 17.6.2010).

Destino dado à lide propriamente dita, questão que resta atine aos valores dispendidos para o manejo do feito, em relação à qual requer-se “a condenação da demandada a restituição das custas adiantadas pela Impetrante, já que presente o interesse processual quando da impetração do mandado de segurança” (fl. 424).

Quanto ao ponto, ante a evidente inviabilidade de se aplicar diretamente o princípio da sucumbência - segundo o qual “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou” (art. 82, § 2º, CPC) -, porquanto extinto o feito sem resolução de mérito em razão de superveniente ausência de interesse processual, inexistindo, *in casu*, propriamente

parte vencida, cabe ao julgador adentrar em juízo hipotético, aferindo-se quem seria o perdedor na demanda, a ele se incumbindo o custeio do manejo do *mandamus*.

Isso porque, “segundo o princípio da causalidade, aquele que tiver dado causa ao ajuizamento da ação responderá pelas despesas daí decorrentes e pelos honorários de advogado”, e, “Sem embargo de serem incabíveis honorários advocatícios em ação mandamental, nos termos da Lei do Mandado de Segurança, são imputáveis a quem deu causa à ação as despesas correspondentes a título de custas processuais” (TRF 3ª Região, AMS 00115134420124036104, 6ª Turma, rel. Desembargador Federal Mairan Maia, e-DJF3 de 31.10.2014).

Veja-se, nesse sentido, o comentário, já sob a égide do CPC renovado, de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (*Código de Processo Civil Comentado*, 16ª ed., Revista dos Tribunais, 2016, p. 472), *in verbis*:

Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isso porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo. Quando não houver resolução do mérito, para aplicar-se o princípio da causalidade na condenação da verba honorária acrescida de custas e demais despesas do processo, deve o juiz fazer exercício de raciocínio, perquirindo sobre quem perderia a demanda, se a ação fosse decidida pelo mérito.

Na mesma direção, o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. Nas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, decorrente de perda de objeto superveniente ao ajuizamento da ação, a parte que deu causa à instauração do processo deverá suportar o pagamento dos honorários advocatícios, com fundamento no princípio da causalidade.
2. Hipótese em que o autor ajuizou ação de repetição de indébito visando à devolução dos valores indevidamente tributados pelo Imposto de Renda, em razão do recebimento de verbas indenizatórias decorrentes da rescisão do contrato de trabalho. Ocorre, no entanto, que os mencionados valores foram posteriormente devolvidos administrativamente pela própria Receita Federal, daí o seu dever de arcar com a verba honorária.
3. Recurso especial desprovido.

(Primeira Turma, REsp 806.434/RJ, Rel. Min. Deise Arruda, 10.12.2007)

Quanto à mesma questão, recente *decisum* monocrático advindo do Supremo Tribunal Federal, a reafirmar o posicionamento:

Ademais, quanto às custas processuais e aos honorários advocatícios, anoto que o Código de Processo Civil dispõe que caberá ao vencido arcar com as despesas relativas aos honorários advocatícios resultantes da demanda. Vejam-se, a propósito, as disposições do art. 20 do CPC (grifos meus):

“Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.”

Sobre a figura do vencido, bem como do princípio da causalidade, assim dispõe a doutrina processualista brasileira (grifos meus):

“Os honorários de advogado e as despesas do processo deverão ser pagas, a final, pelo perdedor da demanda. Vencido é o que deixou de obter do processo tudo o que poderia ter conseguido. Se pediu x, y e z, mas conseguiu somente x e y, é sucumbente quanto a z. Quando há sucumbência parcial, como no exemplo dado, ambos os litigantes deixaram de ganhar alguma coisa, caracterizando-se a sucumbência recíproca.

[...]

Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isso porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo. *Quando não houver resolução do mérito, para aplicar-se o princípio da causalidade na condenação da verba honorária acrescida de custas e demais despesas do processo, deve o juiz fazer exercício de raciocínio, perquirindo sobre quem perderia a demanda, se a ação fosse decidida pelo mérito.*” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 13ª Edição, Editora Revista dos Tribunais)

Assim, em princípio, os honorários advocatícios devem ser suportados pela parte sucumbente. Essa regra, no entanto, não é absoluta, notadamente quando se trata de casos nos quais não há propriamente uma parte vencida e uma vencedora, como no presente feito.

Desse modo, *in casu*, o princípio da causalidade deve prevalecer sobre o princípio da sucumbência. Não obstante a presente ação tenha restado prejudicada, tendo em vista o provimento do recurso extraordinário ao qual se vinculava esta cautelar, restou acolhida a tese jurídica defendida pela autora, de modo que se conclui que o Estado de São Paulo é quem deu causa a esta ação. Se o mérito desta demanda fosse julgado, ter-se-ia por procedente o pedido autoral. (destaques e maiúsculas no original).

(Decisão Monocrática, AC nº 2.857, Rel. Min. Luiz Fux, 29.6.2015).

In casu, nada obstante a superveniente perda de objeto da presente demanda, possível projetar, pelos argumentos acima referidos, aduzidos por ocasião do deferimento do pleito liminar em favor da impetrante, baseado em entendimento consagrado no âmbito do Órgão Especial recentemente reafirmado, *infra*, decisão de mérito favorável à impetrante, ao menos de que o pronunciamento monocrático da Vice-Presidência atacado pelo mandado de segurança, fosse levada a julgamento colegiado pela via do agravo regimental.

Confira-se, a propósito, destacando-se:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DA VICE-PRESIDÊNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

- Hipótese dos autos que é de mandado de segurança impetrado contra ato da Vice-Presidência.

- Caso em que o emprego da via mandamental encontra óbice na Súmula 267 do STF, dispondo que “Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”, por outro lado *reconhecido pelo Órgão Especial no julgamento do AgRg em MS nº 0012047-93.2014.4.03.0000 o cabimento do agravo regimental contra decisão proferida pela Vice-Presidência.*

- Segurança denegada nos termos dos artigos 6º, §5º, da Lei 12.016/09 e 485, VI, do Código de Processo Civil/2015.

(MS 00259105320134030000, rel. Desembargador Federal Peixoto Júnior, e-DJF3 de 19.12.2016)

Evidenciando-se, pois, juízo hipotético de concessão da segurança mandamental no feito sob análise, imputável à União - a que vinculada a autoridade impetrada - o pagamento das

custas processuais, das quais não se isenta na hipótese de *mandamus* impetrado em face de ato judicial.

Veja-se, a esse respeito, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, grifando-se:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA. JUSTIÇA COMUM. DETERMINAÇÃO PARA QUE TERCEIRO ALTERE VALORES REFERENTES A FINANCIAMENTO HABITACIONAL CONTRATADO PELO AUSENTE. TERATOLOGIA. CABIMENTO DO *MANDAMUS* PELO TERCEIRO PREJUDICADO (SÚMULA 202/STJ). INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO (CF, ART. 109, I). ANULAÇÃO DO ATO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. “A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso” (Súmula 202/STJ).

2. No caso, empresa pública federal, que não era parte na ação originária - ação de declaração de ausência -, foi surpreendida por decisão judicial que veda a cobrança de parte do financiamento habitacional contratado pelo ausente juntamente com sua companheira, até a declaração definitiva de ausência, com determinação de recálculo dos valores devidos, computando-se “apenas o percentual de 36,44%”.

3. Tal determinação atinge a esfera de direitos materiais subjetivos da ora impetrante, contratualmente estabelecidos, em ação na qual não tem participação alguma, figurando, destarte, na condição de terceiro prejudicado, estando legitimada, como acima explicitado, a utilizar a via do mandado de segurança.

4. A decisão impetrada, além de ter sido proferida com evidente violação ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), advém de juízo de direito absolutamente incompetente para conhecer de pedido que envolva empresa pública federal, nos termos do art. 109, I, da Carta Magna.

5. Recurso ordinário provido para conceder a segurança requerida, anulando-se o ato judicial ilegal atacado neste *mandamus*, *devendo a Fazenda Pública Estadual arcar com as custas processuais*.

(Quarta Turma, RMS 31.950/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 22.8.2013).

Na mesma direção, precedente deste Tribunal Regional Federal, aqui imputado à União, porquanto aduzido o *mandamus* em face de ato judicial advindo da Justiça Federal, o ressarcimento das custas:

MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO COLEGIADO EM AGRAVO REGIMENTAL, CONFIRMANDO A CARÊNCIA SUPERVENIENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: FALTA DE DISPOSIÇÃO SOBRE QUEM RESPONDERÁ PELAS “CUSTAS JUDICIAIS”. ACOLHIMENTO DOS ACLARATÓRIOS PARA IMPUTAR À UNIÃO O REEMBOLSO DAS CUSTAS DESPENDIDAS PELO IMPETRANTE (PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE).

1. Na medida em que um ato judicial compelia o interessado a pagar custas de desarquivamento para só assim ter acesso a autos de processo findo, nos termos do inc. XXXV do art. 5º da CF ele se viu compelido a buscar abrigo jurisdicional à vista de discordar do pagamento por entender pelo descabimento da exação exigida; por outro lado, nada o impedia de também se socorrer do Conselho Nacional de Justiça/CNJ, porquanto no concurso entre o direito de ação e o direito de petição não vige a máxima *electa una via non datur regressus ad alteram*.

2. Se o Conselho Nacional de Justiça/CNJ decidiu o mérito do pleito do autor de modo mais expedito - sem deslembrar que o impetrante foi desde logo beneficiado por liminar concedida pelo Relator do *writ* - isso não retira a incidência, ainda aqui, do princípio da causalidade que orienta a aplicação dos encargos da sucumbência; se o ajuizamento de uma ação foi necessário para o interessado obter vistas de autos findos sem o pagamento de uma “taxa” (o que obteve desde logo à conta de uma liminar aqui deferida) não se pode dizer que a carência superveniente derivada da decisão de mérito mais célere feita no CNJ deve compeli-lo a arcar com as

custas da distribuição do *writ*.

3. É oportuno aclarar o julgado, declarando que a UNIÃO fica condenada no reembolso das custas judiciais despendidas pelo impetrante, no importe de R\$ 10,64 (fl. 60), observando a Resolução nº 267/CJF.

(Segunda Turma, ED no MS nº 0005772-65.2013.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, 15.5.2015)

Dito isso, reconhecida a ausência superveniente de interesse processual, impõe-se de rigor a denegação da segurança, a teor do que dispõem combinados os artigos 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, e, 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, ficando as custas processuais a cargo da União Federal.

Sem recurso, arquivem-se os autos.

Comunique-se.

Intime-se.

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000172-13.2016.4.03.6126
(2016.61.26.000172-4)

Apelante: PERIMETRAL COM. DE ACESSÓRIOS PARA MOTOCICLETAS LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: AC 2193063
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DE PENHORA. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL E CADIN. ESCRITURA DE CESSÃO DE PRECATÓRIO JUDICIAL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. SINDICATO DOS TRABALHORES EM EDUCAÇÃO DE RORAIMA - SINTER. INEFICÁCIA DA GARANTIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não configura caução idônea e suficiente, para efeito de garantir a emissão de certidão de regularidade fiscal (artigo 206, CTN) e de impedir o registro do contribuinte no CADIN, a escritura de cessão de direitos relativos a precatório judicial extraído de reclamação trabalhista.
2. Primeiramente, verifica-se que a autora é a segunda cessionária de tais direitos, adquiridos, em primeira cessão, por R. Benetti Consultoria Assessoria e Participação Empresarial Ltda., junto ao Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Roraima - SINTER, o qual ajuizou reclamação trabalhista, representando judicialmente os respectivos sindicalizados (artigo 5º, XXI, CF), servidores públicos da área de educação do Estado de Roraima, os verdadeiros titulares dos créditos, cedidos a terceiro, embora em circunstâncias não plenamente esclarecidas nos autos.
3. Em segundo lugar, a cessão de créditos de precatório, nos termos do § 16 do artigo 100 da Constituição Federal, não produz efeitos senão depois da comunicação, por meio de petição protocolizada, ao Tribunal de origem e à entidade devedora, o que não se provou ter ocorrido no caso, seja na primeira, seja na segunda cessão, esta em favor da autora.
4. Em terceiro lugar, mesmo que se tratasse do próprio precatório, ofertado diretamente pelo respectivo credor como garantia no bojo de execução fiscal, firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada sob o rito do artigo 543-C, CPC/1973, no sentido de que tal nomeação pode ser recusada pela Fazenda Pública, à luz do artigo 11 da Lei 6.830/1980.
5. Enfim, se o próprio precatório não serve para garantir a execução fiscal, podendo ser recusado pela exequente, a cessão de direitos de tal natureza, ainda em caráter secundário e sem observância do § 16 do artigo 100 da Constituição Federal, tampouco pode ser utilizada como caução para antecipar penhora e garantir a emissão de certidão de regularidade fiscal ou impedir o registro no CADIN.
6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de apelação à sentença de improcedência em ação cautelar de caução (cessão de crédito precatório) para emissão de certidão de regularidade fiscal e impedimento à inscrição no CADIN, até trânsito em julgado de ação anulatória a ser proposta, fixada verba honorária de 10% sobre o valor da causa.

Apelou a autora, alegando: (1) a Corte Superior fixou ser cabível a certidão de regularidade fiscal, por ação cautelar de ação, independentemente da natureza do bem ofertado; (2) o bem de terceiro ofertado (“direitos individuais sobre créditos alimentícios de natureza trabalhista, oriundos a Reclamação Trabalhista nº 0054/1990/053/11/00, antigos VTBV - 054/90”) é penhorável e, portanto, pode ser objeto de ação de caução; (3) a ordem do artigo 11 da LEF é relativa; (4) não foram observados os artigos 5º, XXII, CF, e 805, CPC/2015, não podendo sofrer dilapidação patrimonial para liquidação dos débitos, se existente precatório emitido em face da apelada; (5) futura execução fiscal deve ser levada a efeito pelo modo menos gravoso ao executado, cabendo a nomeação do bem em caução para futura formalização de penhora de crédito com precatório; e (6) deve ser concedida a antecipação da tutela recursal, para que seja autorizada a caução por meio dos créditos de precatório ofertados, suficientes para garantia da integralidade dos créditos tributários.

Com contrarrazões, subiram os autos.

Os autos vieram-me conclusos e foram recebidos fisicamente no Gabinete em 14/10/2016, com inclusão em pauta para julgamento na sessão de 01/02/2017.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, para garantir a emissão de certidão de regularidade fiscal e obstar registro no CADIN, a autora ofertou caução, a título de antecipação de penhora, conforme “escritura pública de cessão e sub-rogação de direitos creditórios em referência, que entre si fazem R. Benetti Consultoria Assessoria e Participação Empresarial Ltda, em favor de Perimetral Comércio de Acessórios para Motocicletas Ltda” (f. 32).

Consta de tal instrumento, que a cedente dos direitos, R. Benetti Consultoria Assesso-

ria e Participação Empresarial Ltda., adquiriu, por sua vez, do Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Roraima - SINTER os direitos e créditos oriundos de reclamação trabalhista proposta contra a UNIÃO, no limite de até R\$ 60.000,00 (f. 32). Segundo documentado nos autos, foi expedido o ofício precatório no valor de R\$ 417.895.729,37, em 09/12/2009 (f. 63).

A despeito do valor envolvido, não existe relevância jurídica para respaldar a pretensão deduzida.

Primeiramente, a escritura de cessão, juntada aos autos, foi lavrada em 28/10/2013, quando já vigente a EC 62/2009, a qual acresceu o seguinte texto ao artigo 100 da Constituição Federal:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. [...]

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º.

§ 14. *A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.*

Note-se, ademais, que, na espécie, a autora é a segunda cessionária dos créditos, originariamente adquiridos por R. Benetti Consultoria Assessoria e Participação Empresarial Ltda. do reclamante em favor do qual foi expedido o ofício precatório. Aliás, o reclamante, que cedeu tais créditos, ajuizou reclamação trabalhista, representando judicialmente os respectivos sindicalizados, nos termos do artigo 5º, XXI, da Constituição Federal. Logo, os créditos cedidos pertencem, na verdade, aos representados, servidores públicos federais da área de educação, e não direta e propriamente ao sindicato, mero representante processual, que, ao que parece, os negociou, embora em circunstâncias não plenamente esclarecidas nos autos.

Enfim, sem a comprovação da regularidade tanto da primeira como da segunda cessão do precatório, não é apto o negócio jurídico a produzir efeitos, nos termos do § 16 do artigo 100, da Constituição Federal, não servindo, pois, de garantia idônea e suficiente do crédito tributário, para os fins dos artigos 206, CTN, e 7º, I, da Lei 10.522/2002.

Ainda que não houvesse tal restrição, e mesmo que o caso fosse não de cessão de direito, mas do próprio precatório, em si, ofertado diretamente como garantia pelo respectivo credor, é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada sob o rito do artigo 543-C, CPC/1973, que tal nomeação pode ser recusada pela Fazenda Pública, à luz do artigo 11 da Lei 6.830/1980:

AGRESP 1.577.021, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 10/03/2016: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR. CAUÇÃO ANTECIPATÓRIA DE PENHORA EM EXECUÇÃO FISCAL. OFERECIMENTO DE PRECATÓRIO. RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Merece ser mantida a decisão que deu provimento ao Recurso Especial da Fazenda Estadual, na medida que restou demonstrada a divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ, bem como a matéria debatida nos autos é exclusivamente de direito - possibilidade de recusa da Fazenda Pública ao precatório oferecido a título de caução em medida cautelar antecipatória da execução fiscal. O que

afasta o alegado óbice da Súmula 7/STJ. 2. *A orientação da Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que a penhora (ou eventual substituição de bens penhorados) deve ser efetuada conforme a ordem legal, prevista no art. 655 do CPC e no art. 11 da Lei 6.830/80. Assim, não obstante o precatório seja um bem penhorável, a Fazenda Pública pode recusar a nomeação de tal bem, quando fundada na inobservância da ordem legal, sem que isso implique ofensa ao art. 620 do CPC (REsp 1.090.898/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 31.8.2009 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ).* 3. Por outro lado, se o precatório é oferecido como caução (antecipação de penhora) em ação cautelar, para fins de obtenção de certidão positiva de débito com efeito de negativa, a sua aceitação deve observar o mesmo regime da garantia ofertada em sede de execução fiscal. 4. Agravo regimental não provido.

Se o próprio precatório não serve para garantir a execução fiscal, podendo ser recusado pela exequente, a cessão de direitos de tal natureza, ainda em caráter secundário e sem observância do § 16 do artigo 100 da Constituição Federal, tampouco pode ser utilizada como caução para antecipar penhora e garantir a emissão de certidão de regularidade fiscal ou impedir o registro no CADIN.

Denote-se, portanto, que a improcedência do pedido é de rigor, e não gera, como aventado, qualquer violação a direito, tampouco em face dos artigos 5º, XXII, CF, e 805, CPC/2015.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0003720-91.2016.4.03.0000

(2016.03.00.003720-0)

Agravante: GUSTAVO CHIOSI FILHO

Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA

Classe do Processo: AI 577502

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2017

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. PROTESTO DE CDA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.767/12. RECURSO IMPROVIDO.

1. A Lei nº 9.492/97, no seu artigo 1º, parágrafo único, previu que “Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.” (Incluído pela Lei nº 12.767/2012). “Art. 1º protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.”
2. Da leitura do referido dispositivo, constata a possibilidade de se levar a protesto títulos executivos judiciais e extrajudiciais, bem como outros documentos de dívida, dotados de certeza, liquidez e exigibilidade.
3. A Certidão da Dívida Ativa é título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 585, inciso VII, do Código de Processo Civil, e goza de presunção de certeza e liquidez, de acordo com o artigo 204 do Código Tributário Nacional.
4. Ademais, ainda que se entenda que a Fazenda possui meios aptos a reaver seus créditos, não se afigura desarrazoado o protesto para forçar o adimplemento de crédito tributário, ainda que de baixo valor.
5. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por Gustavo Chiosi Filho, contra decisão proferida pelo MM. Juízo “a quo”, em ação de consignação em pagamento indeferiu o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e a sustação ou cancelamento do protesto da Certidão de Dívida Ativa nº 8011407705685, no valor de R\$ 81.760,15.

Sustenta o agravante, em síntese, que firmou parcelamento tributário junto a Receita Federal do Brasil e PGFN em agosto de 2014 e, desde então, sempre recolheu as devidas parcelas, sem que houvesse qualquer rompimento.

Aduz que, em dezembro de 2015, sem qualquer aviso prévio ou notificação, o Sistema da Receita Federal não lhe permitiu a emissão dos respectivos DARFs para o pagamento das parcelas e, para sua surpresa, a CDA nº 8011407705685, foi enviada para protesto, razão pela qual, passou a realizar o depósito em juízo das parcelas referentes ao referido parcelamento.

Às fls. 123/128 foi indeferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Não houve apresentação de contraminuta.

É o relatório.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MARCELO SARAIVA (Relator):

A Lei nº 9.492/97, no seu artigo 1º, parágrafo único, previu que “Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.” (Incluído pela Lei nº 12.767/2012)

Art. 1º protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

Da leitura do referido dispositivo, constata a possibilidade de se levar a protesto títulos executivos judiciais e extrajudiciais, bem como outros documentos de dívida, dotados de certeza, liquidez e exigibilidade.

A Certidão da Dívida Ativa é título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 585, inciso VII, do Código de Processo Civil, e goza de presunção de certeza e liquidez, de acordo com o artigo 204 do Código Tributário Nacional.

Ademais, ainda que se entenda que a Fazenda possui meios aptos a reaver seus créditos, não se afigura desarrazoado o protesto para forçar o adimplemento de crédito tributário, ainda que de baixo valor.

O C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é cabível o protesto.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA . LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O “II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO”. SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980.

2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767 /2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas “entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas”.

3. Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão.

4. No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, o protesto , instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariiformes para abranger todos e quaisquer “títulos ou documentos de dívida”. Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais.

5. Nesse sentido, tanto o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado.

6. Dada a natureza bifronte do protesto, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública.

7. Cabe ao Judiciário, isto sim, examinar o tema controvertido sob espectro jurídico, ou seja, quanto à sua constitucionalidade e legalidade, nada mais. A manifestação sobre essa relevante matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial de cobrança de dívida, carece de legitimação, por romper com os princípios da independência dos poderes (art. 2º da CF/1988) e da imparcialidade.

8. São falaciosos os argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da constituição do crédito.

9. A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial.

10. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o “Auto de Lançamento”, esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo.

11. A inscrição em dívida ativa, de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser levada a protesto , decorre ou do exaurimento da instância administrativa (onde foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (e.g., DCTF, GIA, Termo de Confissão para adesão ao parcelamento, etc.).

12. O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve “surpresa” ou “abuso de poder” na extração da CDA , uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. Note-se, aliás, que o preenchimento e entrega da DCTF ou GIA (documentos de confissão de dívida) corresponde integralmente ao ato do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio.

13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois subsiste, para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional,

mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto .

14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contexto histórico e social. De acordo com o “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”, definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a “revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo”.

15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da legalidade normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Goiás que, respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado, relacionadas às obrigações alimentares.

16. A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação - naturalmente adaptada às peculiaridades existentes - de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços).

17. Recurso Especial provido, com superação da jurisprudência do STJ.

(RESP 1126515, Relator Ministro Herman Benjamin, julgamento em 03/12/2013, publicado em 16/12/2013)

Entendimento também consolidado nesta E. Corte:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. protesto DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ativa . APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.767/12. RECURSO PROVIDO.

- Consoante dispõe o artigo 1º, parágrafo único da Lei 9.492/97, “Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.”

A norma expressa evolução legisl ativa introduzida pela Lei 12.767/12. Não se vislumbra, nesta sede processual, a desproporcionalidade da exigência, mesmo sob o ângulo de suas máximas parciais (necessidade e adequação), de modo a reconhecer sua inconstitucionalidade.

- Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça que rechaçam a possibilidade de protesto de títulos extrajudiciais consubstanciados em CDA s são anteriores a inovação legisl ativa , ora apontada.

- Impedir a incidência da novel legislação a pretexto de seguir entendimento, à toda evidência, superado, significa negligenciar com o dogma da separação dos poderes, pois induz a fossilização da Constituição. Note-se que tal entendimento não desconsidera a possibilidade do exame do novo regramento à luz das regras e princípios constitucionais. Nessa quadra, é cediço que mesmo decisões de caráter vinculante não estendem seus efeitos às atividades legislativas.

- Ainda que se entenda que a Fazenda possui meios aptos a reaver seus créditos, não se afigura desarrazoado o protesto para forçar o adimplemento de crédito eventualmente de baixo valor, insusceptível do manuseio da execução fiscal.

- O protesto não tem como finalidade apenas provar a inadimplência do devedor, ou mesmo fazer prova de que o devedor deixou de pagar no vencimento, pelo que a presunção de certeza e liquidez do título (art. 204, do CTN) não constitui óbice ao pleito da Fazenda. Precedente desta Corte, agravo 0029064-79.2013.4.03.0000/SP, da relatoria do I. Juiz Federal Convocado Herbert de Bruyn.

- Agravo de instrumento provido. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0027917-18.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em

13/03/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/03/2014)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. LEI 12.727/12. ALTERAÇÃO DA LEI 9.492/97. protesto . DÍVIDA OBJETO DE CDA . RECURSO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência anterior do Superior Tribunal de Justiça à luz do *caput* do artigo 1º da Lei 9.492/97 (“protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.”), não admitia protesto extrajudicial de certidão de dívida ativa, seja por desnecessidade, diante da presunção de certeza e liquidez, ou por ausência de previsão legal. 2. Com o advento da Lei 12.767/2012, incluindo o parágrafo único ao artigo 1º da Lei 9.492/1997 (“Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.”), o Superior Tribunal de Justiça firmou nova orientação no sentido da validade do protesto de dívidas retratadas em certidões de dívida ativa. 3. No juízo cognitivo próprio de liminar e agravo de instrumento, não é dado declarar a inconstitucionalidade de norma legal, mesmo porque a presunção é de constitucionalidade, não constando que, a despeito do ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, tenha sido proferida decisão liminar para afastar a eficácia da norma. 4. Agravo uninominado desprovido. (TRF3, AI 00194874320144030000, Desembargador Federal Carlos Muta, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/09/2014).

Em tese, não há ilegalidade no envio da CDA ao Cartório de protesto.

Por outro lado, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, II, do CTN, requer, entre outras hipóteses, o depósito do montante integral do débito, situação que não se verifica no caso em análise.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

Desembargador Federal MARCELO SARAIVA - Relator

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO

0010681-48.2016.4.03.0000

(2016.03.00.010681-6)

Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Requeridos: MARCIONIL XAVIER E EDNA DE CARVALHO XAVIER

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO

Classe do Processo: SusApel 43

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO (ARTIGO 1021 DO CPC/2015) CONTRA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO EM APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TUTELA DE EVIDÊNCIA. *FUMUS BONI IURIS* DEVIDAMENTE DELINEADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Agravo interno interposto com fulcro no artigo 1021 do CPC/2015, contra decisão monocrática que conferiu o efeito suspensivo à apelação interposta pelo Ministério Público Federal em ação civil pública, nos termos do artigo 1012, §4º, CPC/2015, para manter a indisponibilidade dos bens dos réus, inclusive do apartamento nº 171 do Edifício Piazza Navonna, até o julgamento final do recurso.

2. A indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, na forma do artigo 7º da Lei nº 8.492/92, não configura tutela de urgência, mas tutela de evidência, considerando que o *periculum in mora* advém da gravidade dos fatos e do valor do prejuízo provocado aos cofres públicos. Nesse ensejo, faz-se desnecessária a comprovação de indícios de dilapidação patrimonial ou sua iminência por parte dos réus, bastando a demonstração do *fumus boni iuris*, ou seja, de fundados indícios da prática dos atos ímprobos que lhes são imputados. Precedentes do STJ (*AgInt no REsp 1570585/MG*, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 27/10/2016; *AgInt no REsp 1590033/SC*, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 06/10/2016; *AgInt no REsp 1571234/SC*, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 14/09/2016).

3. No caso dos autos, o *fumus boni iuris* está devidamente delineado na petição inicial da ação civil pública e demais documentos carreados pela acusação, que pleiteia a condenação dos agravantes nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.492/92, por incorrerem nos artigos 9º, VII, e 13, §2º e §3º, do mesmo diploma legal. E a sentença que reconheceu o prazo prescricional de 5 anos previsto no artigo 142, I, da Lei nº 8.112/90 e extinguiu a ação civil pública com resolução do mérito, removendo a indisponibilidade do apartamento nº 171 do Edifício Piazza Navonna, mediante depósito judicial prévio de 5% do valor da venda, é objeto de apelação do Ministério Público Federal.

4. Quanto ao *periculum in mora*, embora a comprovação de indícios de dilapidação patrimonial ou sua iminência por parte dos réus seja desnecessária, ao teor do artigo 7º da LIA, o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação formulado pelo

Ministério Público Federal veio acompanhado de documentação evidenciando fortes indícios de *fraude* na negociação do apartamento nº 171 do Edifício Piazza Navonna.
5. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao AGRAVO INTERNO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto por MARCIONIL XAVIER e EDNA DE CARVALHO XAVIER com fulcro no artigo 1021 do Código de Processo Civil/2015, contra *decisão monocrática* que conferiu o efeito suspensivo à apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL na ação civil pública em epígrafe, nos termos do artigo 1012, §4º, Código de Processo Civil/2015, para manter a indisponibilidade dos bens dos réus, inclusive do apartamento nº 171 do EDIFÍCIO PIAZZA NAVONNA, até o julgamento final do recurso (fls. 357/359).

Nas razões recursais, alega-se que (1) diante da ausência de *fumus boni iuris*, pelo reconhecimento da prescrição pelo Juízo *a quo* e a consequente sentença resolutiva de mérito, não há como manter a indisponibilidade de bens, que vem causando sérios prejuízos aos agravantes; (2) com a prolação da sentença cessam os efeitos da liminar proferida em sede de cognição sumária, motivo pelo qual devem ser liberados os bens bloqueados; (3) a indisponibilidade da fração que detém, de 5% do apartamento nº 171 do EDIFÍCIO PIAZZA NAVONNA, prejudica dez terceiros de boa-fé, entre compradores e vendedores; (4) os agravantes efetuaram o depósito de R\$ 100.000,00 (correspondentes ao valor da fração de 5% do imóvel), confiando na decisão do Juízo *a quo* de que o cumprimento dessa determinação garantiria o desbloqueio do bem (fls. 361/387).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nas contrarrazões, pugnou pela improcedência do recurso (fls. 389/393).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

A decisão agravada não merece qualquer reparo.

A indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, na forma do artigo 7º da Lei nº 8.492/92, não configura tutela de urgência, mas *tutela de*

evidência, considerando que o *periculum in mora* advém da gravidade dos fatos e do valor do prejuízo provocado aos cofres públicos.

Nesse ensejo, faz-se desnecessária a comprovação de indícios de dilapidação patrimonial ou sua iminência por parte dos réus, bastando a demonstração do *fumus boni iuris*, ou seja, de fundados indícios da prática dos atos ímprobos que lhes são imputados. Nesse sentido é a jurisprudência do C. STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. *PERICULUM IN MORA*. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. *FUMUS BONI IURIS*. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATOS ÍMPROBOS. RECONHECIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 568/STJ.

1. A Primeira Seção consolidou o entendimento no julgamento do REsp 1.366.721/BA (Rel. p/ acórdão Min. OG FERNANDES, DJe de 19.9.2014), submetido a sistemática prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que a decretação de indisponibilidade de bens em improbidade administrativa dispensa a demonstração de *periculum in mora*, o qual estaria implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei 8.429/92, bastando a demonstração do *fumus boni iuris* que consiste em indícios de atos ímprobos

2. O Tribunal de origem afirmou expressamente existirem indícios da prática de ato ímprobo, tendo afastado a possibilidade de decretação da indisponibilidade dos bens somente em razão de dúvidas no tocante ao quantum de acréscimo patrimonial da recorrida. Ora, de acordo com a fundamentação acima expendida, verifica-se que a presença de indícios da prática de ato de improbidade administrativa (*fumus boni iuris*) é suficiente para a concessão da liminar de indisponibilidade dos bens dos acusados.

3. Desse modo, tendo sido reconhecida a presença do *fumus boni iuris* (presença de indícios de ato de improbidade administrativa) pelo Tribunal de origem, impõe-se o restabelecimento da decisão agravada a fim de determinar a indisponibilidade dos bens dos réus da ação civil de improbidade administrativa. Precedentes do STJ.

4. Na hipótese, o acórdão recorrido, ao analisar a controvérsia, delineou todo o contexto fático dos autos, de modo a conferir devolutividade exauriente sobre os indícios da prática de ato ímprobo e permitir a reforma do acórdão para determinar a decretação da indisponibilidade dos bens dos acusados. Sendo assim, não há falar em incidência da Súmula 7/STJ.

5. Agravo interno não provido.

(STJ - AgInt no REsp 1570585/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 27/10/2016)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. POSSIBILIDADE. DECRETAÇÃO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O Superior Tribunal de Justiça, ao proceder à exegese do art. 7º da Lei nº 8.429/92, firmou jurisprudência segundo a qual o juízo pode decretar, fundamentadamente, a indisponibilidade ou bloqueio de bens do indiciado ou demandado, quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause lesão ao patrimônio público ou importe enriquecimento ilícito, prescindindo da comprovação de dilapidação de patrimônio, ou sua iminência.

III - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Agravo Interno improvido.

(STJ - AgInt no REsp 1590033/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 06/10/2016)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. *PERICULUM IN MORA*. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. *FUMUS BONI IURIS*. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATOS ÍMPROBOS. RECONHECIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 568/STJ.

1. É vedado, em sede de agravo regimental, ampliar-se o objeto da impugnação apresentada em contrarrazões de recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa.

2. *In casu*, o recurso especial impugnou todos os fundamentos determinantes do acórdão recorrido, de modo que inaplicável a Súmula 283/STF.

3. O Tribunal de origem, ao analisar a controvérsia, delineou todo o contexto fático dos autos, de modo a conferir devolutividade exauriente sobre os indícios da prática de ato ímprobo e permitir a reforma do acórdão para determinar a decretação da indisponibilidade dos bens dos acusados. Sendo assim, não há falar em incidência da Súmula 7/STJ.

4. Agravo interno não provido.

(STJ - AgInt no REsp 1571234/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 14/09/2016)

No caso dos autos, o *fumus boni iuris* está devidamente delineado na petição inicial da ação civil pública e demais documentos carreados pela acusação, que pleiteia a condenação de MARCIONIL XAVIER, auditor fiscal da Receita Federal do Brasil e de sua esposa EDNA DE CARVALHO XAVIER nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.492/92.

Comefeito, a ação civil pública está respaldada no inquérito civil nº 1.34.001.005816/2010-66, onde foi constatado - em apertada síntese - que os réus, nos anos-calendário de 2003 a 2005, apresentaram variação patrimonial a descoberto e depósitos bancários de origem não comprovada e, portanto, incorreram nos artigos 9º, VII, e 13, §2º e §3º, da LIA.

E a sentença que reconheceu o prazo prescricional de 5 anos previsto no artigo 142, I, da Lei nº 8.112/90 e extinguiu a ação civil pública com resolução do mérito, removendo a indisponibilidade do apartamento nº 171 do EDIFÍCIO PIAZZA NAVONNA, mediante depósito judicial prévio de 5% do valor da venda, *é objeto de apelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*.

Quanto ao *periculum in mora*, embora a comprovação de indícios de dilapidação patrimonial ou sua iminência por parte dos réus seja desnecessária, ao teor do artigo 7º da Lei nº 8.492/92, o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL com fulcro no artigo 1012, §4º, do Código de Processo Civil/2015, veio acompanhado de *documentação evidenciando fortes indícios de fraude na negociação do apartamento nº 171 do EDIFÍCIO PIAZZA NAVONNA*.

Conforme exposto na decisão agravada:

(1) em 12/6/2016, CARLOS AUGUSTO ENGEL transmitiu por dação em pagamento o apartamento nº 171 do EDIFÍCIO PIAZZA NAVONNA para ARBEX ABREU INCORPORADORA E EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA (fração de 4%); EM5 EMPREENDI-

MENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, administrada por EMÍLIO CARLOS MEDAUAR (fração de 7,5%); REGAMA PARTICIPAÇÕES LTDA (fração de 5%); IUNI PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS S/A, administrada por JACQUES FELLER (fração de 36%); JOÃO GILBERTO SASPADINI, casado em comunhão universal de bens com MARIA CELESTE CARDOZO SASPADINI (fração de 10%); MARCELO NOGUEIRA CRUVINEL, casado em comunhão universal de bens com GABRIELA DAL'MAS ROCHA PAES CRUVINEL (fração de 2,5%); RUY MAURÍCIO TRANQUILLI BARBOSA, casado em comunhão parcial de bens com ANA BEATRIZ DE SOUZA BARROS (fração de 20%); FERNANDO ANTÔNIO LEME, casado em comunhão universal de bens com LILIAN MANTILLA DE SOUZA LEME (fração de 10%); MARCIONIL XAVIER, casado em comunhão universal de bens com EDNA DE CARVALHO XAVIER (fração de 5%);

(2) o valor de referência da dação em pagamento correspondeu a R\$ 2.632.693,00 (fls. 234/245);

(3) em 16/10/2015, os coproprietários do apartamento nº 171 do EDIFÍCIO PIAZZA NAVONNA firmaram instrumento particular de promessa de compra e venda do imóvel com JOSÉ ALESSANDRO TAMIÃO e AMANDA LAVAGNINI FERNANDES TAMIÃO, *pelo valor de R\$ 2.000.000,00* (fls. 248/258);

(4) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL observou que a transação do imóvel, poucos meses após a dação em pagamento, foi realizada em valor inferior ao de referência, e que o documento não foi submetido a reconhecimento de firma e nem foi levado a qualquer registro;

(5) o *parquet* federal também constatou, com base em informações obtidas na Receita Federal do Brasil e na Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP), que MARCIONIL XAVIER; RUY MAURÍCIO TRANQUILLI BARBOSA; EM5 EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, administrada por EMÍLIO CARLOS MEDAUAR e IUNI PARTICIPAÇÕES E SERVIÇOS S/A, administrada por JACQUES FELLER *são sócios da empresa NÍVEL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE* (fls. 265);

(6) o instrumento particular de promessa de compra e venda está carimbado com os dizeres “Jurídico Grupo Feller”, levando a crer que existe uma *vinculação* entre as empresas NÍVEL e MAFEL, cujas sedes funcionam no mesmo endereço - Rua Gomes de Carvalho, 1765, Vila Olímpia, São Paulo/SP (fls. 265/266).

Nesse contexto, é amplamente justificável a concessão do efeito suspensivo à APELAÇÃO interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL na ação civil pública, com fulcro no artigo 1012, §4º, Código de Processo Civil/2015, para manter a indisponibilidade dos bens dos réus, inclusive do apartamento nº 171 do EDIFÍCIO PIAZZA NAVONNA até o julgamento final do recurso.

Assim, por todo exposto, *nego provimento ao AGRAVO INTERNO*.

É o voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

0011703-44.2016.4.03.0000

(2016.03.00.011703-6)

Parte Autora: PAULINA VAZ DE OLIVEIRA GUIMARÃES E OUTROS

Parte Ré: UNIÃO FEDERAL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: IAC 1

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2017

EMENTA

AGRAVO INTERNO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, ATUALMENTE DENOMINADO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. DECISÃO QUE INADMITIU O PROCESSAMENTO DO INCIDENTE: NÃO PREENCHIMENTO DE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DESTES TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Agravo interno interposto por Paulina Vaz de Oliveira Guimarães e outros contra decisão que inadmitiu o processamento do incidente de uniformização de jurisprudência, atualmente denominado incidente de assunção de competência, por não preenchimento de requisito de admissibilidade.
2. Não se vislumbra plausibilidade jurídica na pretensão do agravante em uniformizar a jurisprudência das Turmas que compõem a 1ª Seção, no tocante ao entendimento de haver limitação temporal a janeiro de 1995 para a incidência do reajuste de 11,98% para a remuneração dos juízes classistas, porquanto referido posicionamento é pacífico entre os órgãos fracionários, inexistindo a aventada divergência.
3. A alegação de dissonância quanto à questão de direito é despida de demonstração pelo suscitante, porquanto é tese pacificada neste Tribunal Regional Federal da 3ª Região que o índice de reajuste de 11,98%, incidente sobre a remuneração dos juízes classistas, tem limitação temporal até janeiro de 1995.
4. Anteriormente à criação da 4ª Seção - Criminal, as 1ª, 2ª e 5ª Turmas compunham a 1ª Seção, e todas elas posicionavam-se pela tese esposada pelo Relator nos autos da Apelação nº 0014243-50.2006.403.6100, de que o índice de reajuste de 11,98%, incidente sobre a remuneração dos juízes classistas, tem limitação temporal até janeiro de 1995. Precedentes das 1ª, 2ª e 5ª Turmas.
5. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento ao agravo interno*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto por PAULINA VAZ DE OLIVEIRA GUIMARÃES e outros contra decisão que inadmitiu o processamento do incidente de uniformização de jurisprudência, atualmente denominado incidente de assunção de competência, por não preenchimento de requisito de admissibilidade.

Pretende o agravante, em síntese, o processamento do incidente para, ao final, acolher o pleito de uniformização da jurisprudência das Turmas, a fim de que seja reconhecido que “os juízes classistas são equiparados aos servidores públicos, nos termos do artigo 5º da lei 9.655/98” e, portanto, não se submetem à limitação temporal a janeiro de 1995 para a incidência do reajuste de 11,98% (fls. 24/26).

Aberta vista ao Ministério Público Federal, afirmou que “não apresentará manifestação” (fls. 29).

É o relatório.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA (Relator):

Não vislumbro plausibilidade jurídica na pretensão do agravante em uniformizar a jurisprudência das Turmas que compõem a 1ª Seção, no tocante ao entendimento de haver limitação temporal a janeiro de 1995 para a incidência do reajuste de 11,98% para a remuneração dos juízes classistas, porquanto referido posicionamento é pacífico entre os órgãos fracionários, inexistindo a aventada divergência.

Desta feita, não admiti o processamento do incidente de uniformização de jurisprudência, postulado em 01.02.2016, anteriormente à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, consoante decisão prolatada nos seguintes termos:

Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência, atualmente denominado incidente de assunção de competência, suscitado por PAULINA VAZ DE OLIVEIRA GUIMARÃES e outros, ao argumento de existência de divergência entre Turmas deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no que diz respeito à limitação temporal a janeiro de 1995 da incidência do reajuste do índice 11,98% para remuneração de juízes classistas, como decidido nos autos da Apelação e Remessa Necessária nº 0014243-50.2006.403.6100, de minha Relatoria.

Afirmam que “várias decisões deste E. TRF da 3ª Região, já entenderam que os juízes classistas da Justiça do Trabalho no que tange à remuneração e reajuste de vencimentos, são equiparados aos servidores públicos federais”, colacionando para ilustrar a alegada divergência acórdão proferido nos autos nº 2003.61.00.001825-0, da 2ª Turma, e nº 2001.61.00.026539-6, da Turma “A” do Judiciário em Dia.

Determinei o desentranhamento da petição de instauração do presente incidente dos autos nº 0014243-50.2006.403.6100 e sua autuação em apartado.

É o relatório.

Fundamento e Decido.

Consoante o disposto nos artigos 103 do Regimento Interno desta Corte e 947 do CPC/2015, em razão da relevância da questão de direito, a qual seja conveniente a prevenção ou a compo-

sição de divergências entre as Turmas, o Relator poderá propor a remessa do feito à apreciação da Seção respectiva.

Desta forma, a premissa para a instauração do presente incidente de uniformização de jurisprudência é, certamente, a existência de divergência sobre questão de direito entre órgãos fracionários, que, no caso dos autos, seriam as Turmas.

No entanto, a alegação de dissonância quanto à questão de direito é despida de demonstração pelo suscitante, porquanto é tese pacificada neste Tribunal Regional Federal da 3ª Região que o índice de reajuste de 11,98%, incidente sobre a remuneração dos juízes classistas, tem limitação temporal até janeiro de 1995.

Com efeito, anteriormente à criação da 4ª Seção - Criminal, as 1ª, 2ª e 5ª Turmas compunham a 1ª Seção, e todas elas posicionavam-se pela tese esposada por mim nos autos da Apelação nº 0014243-50.2006.403.6100, de que o índice de reajuste de 11,98%, incidente sobre a remuneração dos juízes classistas, tem limitação temporal até janeiro de 1995. Nesse sentido, colaciono os julgados das 1ª, 2ª e 5ª Turmas:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0023924-59.1997.4.03.6100/SP

2000.03.99.044033-1/SP

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INCORPORAÇÃO DO PERCENTUAL DE 10,94%. LIMITAÇÃO TEMPORAL. JUIZ CLASSISTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. JUROS DE MORA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ACÓRDÃO OMISSO. EMBARGOS ACO-
LHIDOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão embargado, obscuridade, contradição, quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o juiz ou tribunal ou, por construção jurisprudencial, erro material.

2. Quanto à limitação temporal da incidência do reajuste de 11,98%, houve omissão em relação ao fato de o autor ser juiz trabalhista, ensejando a análise da questão, portanto, de acordo com tal circunstância.

3. Ressalva levada a efeito na ADIN nº 2.323 que somente se aplica aos servidores públicos federais, o que não é o caso do autor, juiz classista da Justiça do Trabalho, equiparado a membro de Poder, em relação ao qual, plenamente eficazes as disposições da ADIN nº 1.797, que, ademais, promana efeitos vinculantes em relação a todos os feitos que versam idêntica questão.

3. Em relação aos juros de mora, cumpre esclarecer que a sentença de procedência da demanda foi omissa a respeito do tema. Neste Tribunal, conquanto devolvida, por força da apelação da União e do reexame necessário, a apreciação da matéria e de todos os consectários, dentre os quais os juros de mora, a então relatora do processo negou seguimento ao recurso e à remessa oficial, também não dispondo a respeito do tema. Há omissão, portanto, a ser sanada.

4. Os juros de mora nas condenações impostas contra a Fazenda Pública devem incidir a partir da citação (artigo 219 do CPC), observando-se, na esteira do entendimento consolidado no âmbito dos Tribunais Superiores, o princípio *tempus regit actum* da seguinte forma: a) até a publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, que acresceu o artigo 1º F à Lei nº 9.494/97, aplica-se o percentual de 1% ao mês; b) a partir de 24.08.2001, data da publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, até o advento da Lei nº 11.960, de 30.06.2009, que deu nova redação ao artigo 1º F à Lei nº 9.494/97, aplica-se o percentual de 0,5% ao mês; c) a partir da publicação da Lei nº 11.960/2009, em 30.06.2009, aplica-se o percentual estabelecido para a caderneta de poupança (Resp 937.528/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJE 1º/9/11).

5. Embargos de declaração aos quais se dá provimento, a fim de sanar as omissões, limitando-se o reajuste de 10,94% ao período de abril de 1994 a janeiro de 1995 e fixando os juros de mora da seguinte forma: a) até a publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, que acresceu o artigo 1º F à Lei nº 9.494/97, aplica-se o percentual de 1% ao mês; b) a partir

de 24.08.2001, data da publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, até o advento da Lei nº 11.960, de 30.06.2009, que deu nova redação ao artigo 1º F à Lei nº 9.494/97, aplica-se o percentual de 0,5% ao mês; c) a partir da publicação da Lei nº 11.960/2009, em 30.06.2009, aplica-se o percentual estabelecido para a caderneta de poupança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia *Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, por unanimidade, dar provimento aos embargos de declaração, a fim de sanar as omissões, limitando-se o reajuste de 10,94% ao período de abril de 1994 a janeiro de 1995 e fixando os juros de mora da seguinte forma: a) até a publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, que acresceu o artigo 1º F à Lei nº 9.494/97, aplica-se o percentual de 1% ao mês; b) a partir de 24.08.2001, data da publicação da Medida Provisória nº 2.180-35, até o advento da Lei nº 11.960, de 30.06.2009, que deu nova redação ao artigo 1º F à Lei nº 9.494/97, aplica-se o percentual de 0,5% ao mês; c) a partir da publicação da Lei nº 11.960/2009, em 30.06.2009, aplica-se o percentual estabelecido para a caderneta de poupança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de setembro de 2013”.

“AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0025706-28.2002.4.03.6100/SP

2002.61.00.025706-9/SP

RELATOR : Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO - ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INOVAÇÃO. JUÍZES CLASSISTAS. URV. PERCENTUAL DE 11,98%. PAGAMENTO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. APLICAÇÃO DA ADI Nº 1.797-0. DECRETOS LEGISLATIVOS 6 E 7. INAPLICABILIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NA ADI Nº 2323. AGRAVO CONHECIDO PARCIALMENTE E NA PARTE CONHECIDA NEGADO PROVIMENTO.

I. A análise dos autos revela que os autores não se insurgiram na inicial acerca dos benefícios da aplicação da Lei 10.474/02 ou 11.143/95 que tratam do reajuste da magistratura federal e do artigo 5º da Lei 9.655/98 que os igualam aos servidores públicos federais, portanto não podem ser conhecidas, de sorte que a pretensão ora deduzida encontra-se trágada pela preclusão. Certo é que o atendimento da pretensão deduzida pela Agravante neste momento processual implicaria em admitir uma inovação recursal e violação ao princípio do contraditório e ampla defesa. Logo, o agravo sequer merece ser conhecido quanto a tal aspecto.

II - A questão posta em debate não comporta mais discussão, visto que o percentual de 11,98% não caracteriza reajuste de remuneração, mas tão-somente correção do errôneo critério de conversão de remuneração, de modo a assegurar o poder aquisitivo dos servidores públicos, nos termos das MP 434 e 457/94 e da Lei nº 8.880/94.

III. Assiste razão à União. De fato, a ADIn nº 1.797-0 discutia a constitucionalidade da decisão administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, que estendeu aos magistrados e servidores daquela Corte, sem limitação temporal, o percentual de 11,98%, decorrente dos prejuízos suportados pela conversão dos vencimentos de cruzeiros para URV. Na referida Ação Direta, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o direito aos 11,98%, em relação aos magistrados federais, só deveria ser concedido até janeiro de 1995. Na ADI nº 1.797-0, o STF limitou o reajuste de 11,98% aos magistrados federais até janeiro de 1995, eis que editados os Decretos Legislativos 6 e 7, que fixaram novas remunerações para os Ministros de Estado e Membros do Congresso Nacional, estendidos aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e, por consequência, a toda a magistratura federal, por força da Lei nº 8.448/92.

IV. Posteriormente, no julgamento da ADIN nº 2.323-MC o Supremo Tribunal Federal superou entendimento externado na ADIN 1.797 e reconheceu como devido o percentual de 11,98% aos servidores do Poder Judiciário, mesmo após a edição da Lei nº 9.421/96, não havendo que

se falar em violação ao parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99.

V. A partir do julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 2323 (DJ de 20 de abril de 2001), o próprio STF reconheceu que o novo plano de salários trazidos pela Lei 9.421/96 não produziu elevação real nos vencimentos dos servidores, de forma que a limitação temporal, antes determinada pela ADI nº 1.797-0, deixou de refletir a melhoria nos vencimentos.

VI. Cumpre consignar, no entanto, que a ressalva levada a efeito na ADIN nº 2.323 somente se aplica aos servidores públicos federais, o que não é o caso dos autores, ora apelados, que exerceram a função de juiz classista no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, e dos pensionistas, já que os juízes classistas são equiparados a membro de Poder, em relação aos quais são válidas as disposições da ADIN nº 1.797, que ademais, gera efeitos vinculantes em relação a todos os feitos que versam idêntica questão.

VII. Agravo legal parcialmente conhecido e na parte conhecida negado provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia *Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, por unanimidade, conhecer parcialmente do agravo e na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de agosto de 2012”.

“AGRAVO LEGAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0025707-13.2002.4.03.6100/SP

2002.61.00.025707-0/SP

RELATOR : Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES

EMENTA

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. CPC, ART. 557. SERVIDOR PÚBLICO. JUIZ CLASSISTA. REAJUSTE 11,98%. URP. LIMITAÇÃO TEMPORAL. ADI nº 1797-0. DECRETOS LEGISLATIVOS 6 E 7. INAPLICABILIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NA ADI nº 2323. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

I - A questão da aplicação do percentual de 11,98 % aos vencimentos dos membros e funcionários do Poder Judiciário, por força da implantação do Plano Real, já se encontra pacificada nos Tribunais Superiores, comportando julgamento nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

II - Contudo, em relação aos Juízes Classistas, existe uma limitação temporal do reajuste, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 1.797, na decisão proferida no Ag. Reg no Recurso Extraordinário nº 479.005/BA.

III - Na ADI nº 1.797-0, o STF limitou o reajuste de 11,98% aos magistrados federais até janeiro de 1995, eis que editados os Decretos Legislativos 6 e 7, que fixaram novas remunerações para os Ministros de Estado e Membros do Congresso Nacional, estendidos aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e, por consequência, a toda a magistratura federal, por força da Lei nº 8.448/92.

IV - Por outro lado, não há que se falar que tal julgamento estaria prejudicado com a decisão proferida na ADIn nº 2.323, uma vez que este diz respeito tão somente à limitação do reajuste em relação ao plano de carreira dos servidores públicos do Poder Judiciário, instituído pela Lei nº 9.421/96, não alterando o julgado na ADIn 1.797 em relação aos magistrados.

V - Dessa forma, é devido à parte autora o reajuste pretendido tão somente no período de abril de 1994 a janeiro de 1995, contudo, há que se reconhecer a prescrição das diferenças dele decorrentes, uma vez que a presente ação foi ajuizada 07/11/2002, após transcorrido o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, conforme estabelece o artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.

VI - agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia *Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, por unanimidade, negar provimento ao

agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de junho de 2012”.

“*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012771-82.2004.4.03.6100/SP 2004.61.00.012771-7/SP*

RELATOR : Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. JUIZ CLASSISTA. REAJUSTE 11,98%- LIMITAÇÃO TEMPORAL. VÍCIOS NÃO DEMONSTRADOS.

1. Os embargos declaratórios não se prestam à revisão do julgado, porque tenha este, à óptica do recorrente, trazido decisão contrária a posicionamentos doutrinários ou jurisprudenciais que tem como corretos, ou o mandamento da lei que vê aplicável à espécie.

2. Eventual nulidade do julgado deve ser argüida em recurso próprio.

3. No que toca aos embargos da União, cumpre ressaltar que o acórdão não foi omisso quanto ao reconhecimento da prescrição quinquenal, posto que ela já havia sido reconhecida na sentença de primeiro grau e não houve apelo dos autores, de modo que a sentença, nesta parte, já transitou em julgado.

4. No mais, cumpre asseverar, ainda, que o escopo de pré-questionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil.

5. Por outro lado, tendo havido sucumbência recíproca, não há o que alterar nos honorários advocatícios.

6. Embargos de declaração não providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia *Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de dezembro de 2013”.

“*APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0007366-36.2002.4.03.6100/SP 2002.61.00.007366-9/SP*

EMENTA

APELAÇÃO CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. JUIZ CLASSISTA. REAJUSTE 11,98%. URV. LIMITAÇÃO TEMPORAL.

I - Consoante entendimento consagrado no E. STF o direito dos magistrados à percepção da diferença de 11,98%, resultante da conversão de cruzeiros reais para URV, deve ser limitado ao período de abril de 1994 a janeiro de 1995. Precedentes também desta Corte.

II - Recurso e remessa oficial providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia *Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, por unanimidade, dar provimento ao recurso e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de outubro de 2010”.

“*APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2003.61.00.025357-3/SP*

RELATOR : Desembargador Federal LUIZ STEFANINI

EMENTA

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO SOBRE JUIZ CLASSISTA. ACOLHIDOS EM PARTE.

1. O v. acórdão não apreciou a questão referente aos juízes classistas suscitada em razões recursais pela embargante, motivo pelo qual, merecem acolhimento parcial os embargos de de-

claração, nos termos do artigo 535, II do Código de Processo Civil.

2. Os membros e servidores do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público fazem jus ao índice de 11,98%. *In casu*, trata-se de juízes classistas que exerceram os respectivos mandatos por período determinado, sendo-lhes devidas as diferenças somente em relação ao intervalo temporal.

3. Já o outro ponto tido como omissso, qual seja, o relativo à Súmula 339 do STF e da legislação apresentada (art. 168 da CF, Lei nº 8.880/94, Lei nº 6.903/81), sem razão a embargante.

4. Embargos declaratórios providos, sem efeitos modificativos, para sanar a omissão apontada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia *Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, por maioria, deu parcial provimento, nos termos do relatório e voto do Relator, que foi acompanhado pela Desembargadora Federal Vesna Kolmar, vencido o Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, que lhes negava provimento.

São Paulo, 27 de julho de 2009”.

Destarte, o questionamento suscitado não preenche o requisito para sua admissibilidade, qual seja, a alegada divergência entre as Turmas desta Corte.

Portanto, *não admito o processamento do incidente*.

Intimem-se.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

Os argumentos trazidos no agravo não me convencem do desacerto da decisão de inadmissão do incidente, pelo que entendo pela manutenção desta.

Pelo exposto, *nego provimento ao agravo interno*.

É o voto.

Desembargador Federal HÉLIO NOGUEIRA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0015873-59.2016.4.03.0000

(2016.03.00.015873-7)

Agravantes: CRISTIANA AIRES E OUTROS

Agravada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MOGI DAS CRUZES - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: AI 587095

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/02/2017

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSO. RECURSO DESPROVIDO.

- Sendo a ação de reintegração de posse o remédio processual cabível quando o possuidor é despedido do bem possuído, ocorrendo o esbulho, não há nulidade concessão de liminar sem prévia audiência de justificação, prevista nos art. 562, do CPC/73 e art. 928, do CPC/2015. Igualmente, mesmo sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público, nos termos do art. 82, III, do CPC/73 e art. 544, do CPC/2015, o Juízo não é obrigado decidir a respeito da liminar somente depois da sua manifestação.

- Tratando-se de invasão coletiva, entendo importante esclarecer, primeiro, que a decisão, que efetivamente decidiu sobre o deferimento da liminar, foi proferida antes da entrada em vigor do CPC/2015, o qual no seu artigo 565, dispõe acerca da obrigatoriedade da audiência de mediação, antes da apreciação do pedido de medida liminar, quando se tratar de litígio coletivo, ocorrido há mais de um ano e dia.

- Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de reintegração de posse, ajuizada pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, relativamente ao imóvel situado no Residencial Nova América - Suzano/SP, situado à Rua 10, Quadra L, Jardim Nova América, CEP 08655-000, Suzano/SP, pertencente ao Programa Minha Casa Minha Vida, deferiu o pedido de liminar.

Sustentam os agravantes que são famílias carentes, com muitas crianças, idosos e deficientes. Requerida a concessão do benefício da justiça gratuita, aduzem que não houve audiência de justificação prévia, nem intervenção do Ministério Público, bem como argumentam que não agiram com violência ou danificaram o empreendimento. Alegam que, no caso em tela, não há simples invasão de propriedade privada, devendo ser considerado o problema habitacional e de moradia no município, sendo os prédios do imóvel construídos, com financiamento do FAR (Fundo de Arrendamento Residencial), sem a devida destinação, não havendo quaisquer indicações a quem os apartamentos se destinariam, as quais surgiram apenas no processo judicial. Por fim, aduzem que as famílias já se encontram estabelecidas, sendo desaconselhável a remoção.

O recurso foi processado sem o efeito suspensivo.

A parte agravada apresentou contramiuta.

É o relatório.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO (Relator):

Em análise sumária, entendo ausente a plausibilidade do direito alegado.

Sendo a ação de reintegração de posse o remédio processual cabível quando o possuidor é despedido do bem possuído, ocorrendo o esbulho, não há nulidade concessão de liminar sem prévia audiência de justificação, prevista nos art. 562, do CPC/73 e art. 928, do CPC/2015. Igualmente, mesmo sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público, nos termos do art. 82, III, do CPC/73 e art. 544, do CPC/2015, o Juízo não é obrigado decidir a respeito da liminar somente depois da sua manifestação.

Ainda, tratando-se de invasão coletiva, entendo importante esclarecer, primeiro, que a decisão, que efetivamente decidiu sobre o deferimento da liminar, foi proferida antes da entrada em vigor do CPC/2015, o qual no seu artigo 565, dispõe acerca da obrigatoriedade da audiência de mediação, antes da apreciação do pedido de medida liminar, quando se tratar de litígio coletivo, ocorrido há mais de um ano e dia. Ainda que não fosse, o caso em tela trata-se de reintegração de posse nova, isto é, ocorrida antes de ano e dia da data do esbulho.

Assim, não havendo nulidade a ser declarada, entendo que o Juízo *a quo* agiu com acerto.

Isto porque, comprovada a propriedade pela CEF e caracterizado o esbulho, sopesados os interesses em jogo, embora o reconhecimento do direito à dignidade da pessoa humana e à moradia como direitos fundamentais, não há que se amparar a invasão, que, inclusive se deu em empreendimento habitacional destinado ao PAR, Programa de Arrendamento Residencial, se dirige a população de baixa renda, tal qual os recorrentes, mas que aguardam dentro dos critérios de seleção do Poder Público.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESBULHO CARACTERIZADO. POSSE INFERIOR A ANO E DIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DE LIMINAR. AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não há dissídio, na hipótese, sobre o fato de que a posse dos imóveis esbulhados pertence à CEF, bem como de que a construção do Condomínio Residencial Zenóbio dos Santos está abrangida pela Lei nº 11.977/2009, que instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida.
2. O esbulho restou igualmente caracterizado, porquanto a própria Agência Municipal de Habitação de Campo Grande encaminhou notificações efetivadas por seu Setor de Fiscalização aos invasores do conjunto residencial, ora agravantes.
3. Os documentos carreados aos autos revelam, ainda, tratar-se de posse inferior a ano e dia. Com efeito, as invasões foram apuradas pela Agência Municipal de Habitação de Campo Grande, tendo sido a CEF informada em 06/07/2015 e comunicado o fato à autoridade policial em 07/07/2015.
4. Notificados a desocupar os imóveis, os agravantes não o fizeram, dando ensejo ao ajuizamento da ação originária, de reintegração de posse em favor da CEF, restando cumpridos os requisitos exigidos pelo artigo 927 do Código de Processo Civil.
5. A alegação, pelos invasores, de que a proteção do direito à moradia, enquanto integrante dos direitos fundamentais, poderia se sobrelevar à garantia, igualmente constitucional, do direito à propriedade, ignora o princípio basilar do ordenamento jurídico vigente - o da legalidade, insculpido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.
6. A conduta dos agravantes, que se comportam como se realmente estivessem dentro dos critérios legais exigidos pela Lei nº 11.977/2009, embora disso não se tenha qualquer prova, outorgando a si próprios o direito de invadir propriedade alheia, destinada a programa habitacional, ao argumento, igualmente sem provas, de que os cadastros efetuados pelo Município seriam fraudulentos, é igualmente ilegal e não pode ser respaldada. Precedente.
7. Agravo legal improvido. (AI 00140663820154030000, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/02/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento.

Desembargador Federal SOUZA RIBEIRO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0015905-64.2016.4.03.0000

(2016.03.00.015905-5)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravados: LOGOS PRO SAÚDE S/A E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MOGI DAS CRUZES - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Classe do Processo: AI 587561

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO. INADMISSIBILIDADE NA ESPÉCIE. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NÃO INSTAURADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

- O CPC/15 disciplinou em seus artigos 133 a 137 o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, o qual passou a ser necessário para análise de eventual pretensão de redirecionamento do feito ao patrimônio dos sócios. A instauração do incidente exige a comprovação dos requisitos legais específicos previstos pelo art. 50 do CC/02.

- Registre-se: com a entrada em vigência do Novo CPC, passou a ser necessária a instauração do incidente de personalidade jurídica para fins de apuração da responsabilidade do sócio da empresa executada pelos débitos da empresa. No caso dos autos, no tempo em que proferida a decisão agravada - 04.08.2016 já se encontrava vigente o Novo CPC, de modo que os artigos 133 a 137 do diploma processual civil se mostram inteiramente aplicáveis ao caso dos autos.

- Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO contra decisão que, nos autos da ação de origem, em fase de cumprimento de sentença, indeferiu o pedido de redirecionamento do feito aos sócios da pessoa jurídica.

Alega a agravante que a Oficial de Justiça certificou a ocorrência de dissolução irregular da empresa em 24.11.2008, razão pela qual a agravante requereu a inclusão dos sócios no polo passivo da execução com fundamento no artigo 50 do Código Civil, vez que tais sócios administradores figuravam como responsáveis empresariais na ficha da JUCESP quando da constatação da dissolução irregular.

Nesta sede, o pedido de efeito suspensivo foi indeferido pela decisão de fls. 517/518verso. Não houve apresentação de contraminuta, conforme certificado à fl. 520.

Neste ponto, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

A discussão instalada nos autos diz respeito à apuração da responsabilidade do sócio da empresa executada pelos débitos da pessoa jurídica.

O Novo Código de Processo Civil disciplinou em seus artigos 133 a 137 o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nos seguintes termos:

Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

A partir da vigência do Novo CPC, para a análise de eventual pretensão de redirecionamento do feito ao patrimônio dos sócios tornou-se necessária a instauração do mencionado incidente de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa executada. Dentre os dispositivos legais que disciplinam referido incidente, destaca-se a previsão contida no § 4º do artigo 134 do Novo CPC nos seguintes termos:

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica.

Note-se que nos termos do dispositivo processual a instauração do incidente exige a comprovação dos requisitos legais específicos que são aqueles previstos pelo artigo 50 do Código Civil, que assim prevê:

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.

Assim, nos termos do dispositivo legal transcrito, para a desconconsideração da personalidade jurídica exige-se a comprovação da ocorrência do abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial.

Sendo assim, a partir da vigência do Novo CPC, para a análise de eventual pretensão de redirecionamento da execução ao patrimônio dos sócios tornou-se necessária a instauração mencionado incidente de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa executada.

Registre-se: com a entrada em vigência do Novo CPC, passou a ser necessária a instauração do incidente de personalidade jurídica para fins de apuração da responsabilidade do sócio da empresa executada pelos débitos da empresa.

No caso dos autos, no tempo em que proferida a decisão agravada - 04.08.2016 (fl. 514) já se encontrava vigente o Novo CPC, de modo que os artigos 133 a 137 do diploma processual civil se mostram inteiramente aplicáveis ao caso dos autos. Desse modo, a agravada deverá promover a instauração do referido incidente de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa executada a fim de se verificar a responsabilidade de seus sócios pelo valor devido.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento interposto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0033076-10.2016.4.03.9999
(2016.03.99.033076-4)

Apelante: TEREZA FRANCISCO XAVIER FUZATTO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE TUPI PAULISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN
Classe do Processo: AC 2193820
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/02/2017

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA.

- O dispositivo previsto no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, em harmonia com o princípio do acesso à ordem jurídica justa, previsto no art. 5º, XXXV, da mesma Carta Magna e, com a evidente intenção de viabilizar a todos, mormente aos hipossuficientes, o acesso ao Poder Judiciário, faculta aos segurados ou beneficiários o ajuizamento de demanda proposta em face da Autarquia Previdenciária perante a Justiça Estadual, no foro de seu domicílio, desde que este não seja sede de vara de Juízo Federal, entendimento já pacificado no Colendo Superior Tribunal de Justiça.
- A competência estabelecida pela Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, não elide a faculdade de eleição de foro por parte do segurado ou beneficiário, conferida pela Constituição Federal, desde que atendidas as condições exigidas, salientando-se que a competência do Juizado Especial Federal, nas hipóteses cabíveis, somente será absoluta, em relação às Varas Federais, no âmbito da mesma subseção judiciária, e bem assim, no município onde estiver instalado, se o conflito se der em face da Justiça Estadual.
- Para que se afaste a propositura da ação junto à Justiça Estadual, não basta que a comarca do domicílio do segurado esteja abrangida por circunscrição de foro federal, pois é necessário que seu município contenha, efetivamente, vara da Justiça Federal, o que não é o caso dos autos.
- Restando caracterizada a nulidade da sentença e não sendo o caso de aplicação do art. 1.013, § 3º, I, do Código de Processo Civil, uma vez que a causa não se encontra em condições de imediato julgamento, é de se determinar a remessa dos autos à Vara de origem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Trata-se de apelação interposta em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.

A r. sentença de fls. 42/44 julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, IV, do Código de Processo Civil/2015.

Em razões recursais de fls. 46/55, a parte autora sustenta a competência da justiça estadual de Tupi Paulista para o julgamento da lide. Pugna, por fim, pela reforma da r. sentença e posterior remessa dos autos à Vara de Origem para prosseguimento do feito.

É o relatório.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal GILBERTO JORDAN (Relator):

Inicialmente, tempestivo o recurso e respeitados os demais pressupostos de admissibilidade recursais, passo ao exame da matéria objeto de devolução.

Cumpra observar, inicialmente, que o dispositivo previsto no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, em harmonia com o princípio do acesso à ordem jurídica justa, previsto no art. 5º, XXXV, da mesma Carta Magna e, com a evidente intenção de viabilizar a todos, mormente aos hipossuficientes, o acesso ao Poder Judiciário, faculta aos segurados ou beneficiários o ajuizamento de demanda proposta em face da Autarquia Previdenciária perante a Justiça Estadual, no foro de seu domicílio, desde que este não seja sede de vara de Juízo Federal, entendimento já pacificado no Colendo Superior Tribunal de Justiça (3ª Seção, CC nº 37717, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 08/10/2003, DJU 09/12/2003, p. 209; 3ª Seção, CC nº 35903, Rel. Min. Vicente Leal, j. 25/09/2002, DJU 21/10/2002, p. 273).

A competência estabelecida pela Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, não elide a faculdade de eleição de foro por parte do segurado ou beneficiário, conferida pela Constituição Federal, desde que atendidas as condições exigidas, salientando-se que a competência do Juizado Especial Federal, nas hipóteses cabíveis, somente será absoluta, em relação às Varas Federais, no âmbito da mesma subseção judiciária, e bem assim, no município onde estiver instalado, se o conflito se der em face da Justiça Estadual. Precedentes: TRF3, 3ª Seção, CC nº 2003.03.00.057847-1, Rel. Des. Fed. Newton de Lucca, j. 26/05/2004, DJU 09/06/2004, p. 168; TRF3, 3ª Seção, CC nº 2003.03.00.000826-5, Des. Fed. Rel. Marisa Santos, j. 08/10/2003, DJU 04/11/2003, p. 112.

Com efeito, para que se afaste a propositura da ação junto à Justiça Estadual, não basta que a comarca do domicílio do segurado esteja abrangida por circunscrição de foro federal, pois é necessário que seu município contenha, efetivamente, vara da Justiça Federal.

Na espécie, verifica-se que a autora, valendo-se do disposto no art. 109, § 3º, da Constituição Federal, optou por ajuizar a ação perante o Juízo de Direito da Comarca de Tupi Paulista, onde não há sede de vara da Justiça Federal e cuja circunscrição compreende a localidade de seu domicílio.

Destarte, restando caracterizada a nulidade da sentença e não sendo o caso de aplicação do art. 1.013, § 3º, I, do Código de Processo Civil/2015, uma vez que a causa não se encontra em condições de imediato julgamento, é de se determinar a remessa dos autos à Vara de origem.

Ante o exposto, *dou provimento à apelação* para anular a r. sentença, determinando o retorno dos autos à Vara de origem para regular processamento do feito.

É o voto.

Desembargador Federal GILBERTO JORDAN - Relator

Direito Processual Penal



MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL

0012482-96.2016.4.03.0000

(2016.03.00.012482-0)

Impetrante: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB E ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SEÇÃO MS

Impetrado: JUIZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PONTA PORÃ - MS

Interessado: WILIMAR BENITES RODRIGUES

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO

Classe do Processo: MS 363530

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE ATIVIDADE DE ADVOGADO. LEGITIMIDADE ATIVA DA OAB. INDÍCIOS DA PRÁTICA DELITUOSA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Legitimidade da OAB para a impetração de mandado de segurança visando à defesa das prerrogativas profissionais dos advogados nela inscritos. Precedentes.
2. Existência de um feixe de indícios a embasar a manutenção da medida cautelar decretada, como forma de impedir eventual prática de infrações penais (art. 319, VI, do Código de Processo Penal).
3. Segundo apurado no inquérito policial, o advogado prestava serviços jurídicos ao grupo que seria chefiado por seu irmão, funcionário da FUNAI, na intermediação de requerimentos de benefícios previdenciários e de registro indevido da filiação de menores em nome de pessoas falecidas
4. Necessidade de suspensão da atividade de advocacia na área previdenciária, bem como em relação a ações de empréstimo consignado, considerando que se trata de restrição menos gravosa que a prisão.
5. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DENEGAR A SEGURANÇA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 31 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator): Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado de Mato Grosso

do Sul (OAB/MS) contra ato do Juiz Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Ponta Porã/MS, consistente em decisão proferida nos autos do Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e Telefônico nº 0001172-23.2016.403.6005 que determinou a suspensão parcial do exercício profissional do advogado Wilimar Benites Rodrigues, por prazo indeterminado, diretamente ou por advogados interpostos, na área de advocacia previdenciária e em relação a ações cíveis de empréstimo consignado.

As impetrantes sustentam sua legitimidade ativa e narram que, em atendimento a pedido da autoridade policial, o juízo impetrado determinou a suspensão parcial do exercício da advocacia pelo advogado assistido. Relatam que, no curso da investigação de fraudes de benefícios previdenciários, identificou-se que uma organização criminoso desenvolveu um *modus operandi* de confecção de registro de crianças em nome de indígenas falecidos. Além disso, como um dos investigados é irmão do advogado ora assistido, a autoridade policial concluiu que ele auxiliava seu irmão no cometimento dos ilícitos, o que motivou o pedido de suspensão de suas atividades, com base no art. 319, VI, do Código de Processo Penal.

Argumentam, todavia, que essa medida viola o art. 5º, XIII, da Constituição Federal e o art. 7º, I, do Estatuto da OAB, uma vez que impõe obstáculo ao livre exercício da profissão. Ressaltam, outrossim, que seria imprescindível o oferecimento de prévia oportunidade de defesa ao advogado.

Discorrem sobre a sua competência exclusiva para apurar irregularidades relacionadas à classe dos advogados e a inaplicabilidade do art. 319 do Código de Processo Penal no caso concreto,

Pediram a concessão liminar da ordem para que fosse suspensa a eficácia da decisão impugnada, ressaltando o *periculum in mora*, pois a medida não tem prazo para terminar, afetando a subsistência do profissional e com riscos de danos à sua reputação.

A inicial (fls. 02/17) foi instruída com os documentos de fls. 18/230.

Intimado, o CFOAB apresentou o comprovante de recolhimento das custas judiciais (fls. 235/237).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 239/241v) e a autoridade impetrada prestou informações (fls. 254/256). Na sequência, foi aberta vista dos autos à União (fls. 258), que nada requereu, bem como à Procuradoria Regional da República, que opinou pela denegação da ordem (fls. 260/263).

O CFOAB requereu a juntada de mídia (CD) contendo a decisão proferida nos autos da ação penal nº 0001922-59.2015.403.6005 que determinou o arquivamento parcial das acusações apresentadas em face do advogado Wilimar Benites Rodrigues.

É o relatório.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NINO TOLDO (Relator): Inicialmente, observo que o fato noticiado pelo impetrante acerca do arquivamento parcial das acusações apresentadas em face do advogado assistido e o seu recebimento pela prática do crime previsto no 2º da Lei nº 12.850/2013, com a incidência da agravante do § 4º, II, já é objeto do mandado de segurança nº 0019869-65.2016.4.03.0000, por meio do qual pretende-se a revogação da suspensão

do exercício da advocacia justamente em razão de as denúncias terem sido recebidas apenas parcialmente. Por isso, este mandado de segurança será apreciado estritamente nos limites da situação exposta na inicial.

A questão em exame limita-se a saber se poderia ser determinada a suspensão parcial do exercício da profissão de advogado Wilimar Benites Rodrigues como medida cautelar diversa da prisão (CPP, art. 319, VI).

Reafirmo, inicialmente, a legitimidade da OAB para a impetração de mandado de segurança visando à defesa das prerrogativas profissionais dos advogados nela inscritos. Nesse sentido, anoto precedente desta Corte ao tratar de hipótese de legitimidade extraordinária, com fundamento no art. 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906/1994:

MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. OAB. LEGITIMIDADE. ART. 49, LEI Nº8.906/94. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. HONORÁRIOS. COBRANÇA DO BENEFICIÁRIO. JUIZ. DIREÇÃO DO PROCESSO. PODER GERAL DE CAUTELA. ART. 10 DA RESOLUÇÃO Nº 305/2014 DO CJF. REVOGAÇÃO DA NOMEAÇÃO NO FEITO BEM COMO DE FUTURAS. POSSIBILIDADE. ADVOGADO MUNUS PUBLICO.

1. Cabível a presente impetração, sendo parte a legítima a impetrante, nos termos que estatui o art. 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906/1994, trata-se de hipótese de legitimidade extraordinária, considerando a relevância do exercício da advocacia, sendo de rigor que a entidade de classe possa atuar até mesmo no sentido de preservar a correção do exercício profissional. Precedentes jurisprudenciais.

2. Ao Juiz, na direção do processo, cabe o poder geral de cautela e, tendo em vista tal premissa, mostra-se possível que o magistrado, ao receber a notícia de irregularidade cometida pelo advogado dativo, revogue as nomeações do profissional até que se apure a irregularidade apontada, sem que tal conduta signifique punição ou julgamento prévio. 3. O advogado dativo exerce um *munus publico*, atuando voluntariamente na defesa do jurisdicionado nas situações em que o Estado não consegue atender à demanda para a prestação da assistência judiciária gratuita prevista na Constituição Federal, fazendo as vezes dos membros da Defensoria Pública, recebendo remuneração para o mister.

4. Ausência de ilegalidade na decisão impugnada que revogou as nomeações do profissional, até que reste devidamente esclarecida sua conduta.

5. Segurança denegada.

(MS 0009379-18.2015.4.03.0000, Quarta Seção, v.u., Rel. Des. Federal Cecilia Mello, j. 19.11.2015, eDJF3 Judicial 1 04.12.2015)

O pedido de liminar neste mandado de segurança foi indeferido nos seguintes termos (fls.239/241v):

Conforme exposto pelos impetrantes, o juízo, diante de requerimento da autoridade policial, determinou a suspensão parcial do exercício da profissão de advogado de WILIMAR BENITES, como medida cautelar diversa da prisão (CPP, art. 319, VI), conforme trechos da decisão abaixo transcritos:

Por sua vez, WILIMAR, com escritório profissional em Iguatemi/MS, seria o braço jurídico do grupo. Ele teria feito diversos encaminhamentos de indígenas a seu irmão WILLIAN, além do que a interceptação telefônica demonstrou que WILLIAN, em tese, dispõe de profundo conhecimento sobre os negócios advocatícios do irmão, tal como será exposto mais à frente.

(...)

Os indícios da participação de WILIMAR BENITES RODRIGUES ficaram demonstrados no tocante aos crimes referentes aos casos de CLEIANE LOPES CANO, ADELIA VARGAS e VICTOR VASQUES, conforme supratranscrito, o que configura quatro tentativas de estelionato

contra entidades de direito público (art. 171, § 3º) em que ocorre suposta participação do advogado em fraudes perpetradas pelo irmão. Deve-se ressaltar, conforme consignado na representação, que o caso do menor FERNANDO SAMORIO, filho de ADELIA VARGAS, traz fortes indícios do dolo desse investigado em uma fraude grave por envolver um pedido de guarda notoriamente fraudulento e por se tratar de uma tentativa de obter dinheiros de pessoas em situação de indigência social.

(...)

Destarte, considerando a falta ética e a utilização de sua condição de advogado para atuar como braço jurídico de uma organização criminosa, a suspensão parcial de atividade econômica de WILIMAR é medida que se impõe, o que faço com fundamento no art. 319, VI, do CPP, para que ele seja proibido de exercer por prazo indeterminado, diretamente ou por advogados interpostos, a advocacia (1) na área previdenciária e ações cíveis de empréstimo consignado.

Verifica-se que a decisão encontra-se devidamente fundamentada, ressaltando a existência de indícios de que WILIMAR, na condição de advogado, teria assistido suposta organização criminosa no cometimento do delito de estelionato previdenciário (CP, art. 171, §3º).

Nesse contexto, o juízo de origem, com base na prova dos autos, inclusive em interceptações telefônicas, e diante do receio de que o investigado viesse a praticar delitos da mesma natureza daqueles que são objeto do inquérito, determinou a aplicação da medida cautelar.

Portanto, a suspensão das atividades do advogado assistido, conforme restou demonstrado pelos trechos transcritos da decisão impugnada, mostra-se adequada e necessária para se resguardar a ordem pública, diante dos indícios de sua participação nos delitos investigados.

Ou seja, trata-se de medida instrumental, destinada, sobretudo, ao acautelamento social e que não se confunde com eventual antecipação da pena. Daí porque dispensável a prévia oitiva da parte atingida.

E, embora a advocacia se trate de profissão regulamentada, sujeita à fiscalização por órgão profissional, não é plausível a afirmação de que somente a OAB poderia determinar a suspensão das atividades do profissional, tendo em vista que as suas atribuições não abarcam medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, a serem aplicadas pelo juízo competente na esfera penal.

A propósito, a Quarta Seção deste Tribunal já se manifestou sobre as questões ora discutidas: “MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONSTATAÇÃO DE PLANO. NECESSIDADE. PROCESSUAL PENAL. MEDIDAS CAUTELARES. PROIBIÇÃO AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. ADMISSIBILIDADE. DENEGACÃO DO WRIT.

1. Para fazer jus à ordem de segurança, o impetrante deve demonstrar a presença dos seus pressupostos específicos, que em última análise se resolvem na existência de direito líquido e certo.

2. O Código de Processo Penal, em seu art. 319, VI, acrescentado pela Lei nº 12.403, de 04.05.11, inclui dentre as medidas cautelar a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais. A dificuldade na aplicação desse dispositivo consiste no risco de, indiretamente, violar direito natural ao trabalho, por sua vez considerado um direito social (CR, art. 6º) que pode ser livremente exercido, desde que atendidas as qualificações profissionais previstas em lei (CR, art. 5º, XX), as quais, no caso da advocacia, primam por sua liberdade (Lei nº 8.906/94, art. 7º, I). Não obstante tais dificuldades, a circunstância de o acusado exercer a profissão de advogado não o torna refratário às medidas cautelares, que mitigam o rigor da prisão preventiva (CPP, arts. 282, § 4º, 312, § 4º). O Superior Tribunal de Justiça já teve ocasião de se pronunciar no sentido da aplicação desse dispositivo legal para o efeito de impedir o exercício da advocacia em substituição à prisão (STJ, HC nº 221.092, Rel. Min. Og Fernandes, j. 14.05.03).

3. Denegação do writ e revogação da liminar.”

(MS 00235643220134030000, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Quarta Seção, Rel.:

Desembargador Federal André Nekatschalow, j. em 18.12.2014, e-DJF3 Judicial 1 08.01.2015) Por fim, o próprio Juízo ressaltou que a medida será mantida, “ao menos até o encerramento da presente investigação e de possível ação penal instaurada”, cabendo à parte interessada pleitear ao Juízo de origem, oportunamente, a cessação da medida. Posto isso, *INDEFIRO* o pedido de liminar.

Ratifico essa decisão, considerando que há um feixe de indícios a embasar a manutenção da medida cautelar decretada, como forma de impedir eventual prática de infrações penais (CPP, art. 319, VI).

Segundo apurado no inquérito policial, o advogado Wilimar Benites Rodrigues prestava serviços jurídicos ao grupo que seria chefiado por seu irmão Willian Rodrigues, funcionário da FUNAI, na intermediação de requerimentos de benefícios previdenciários e de registro indevido da filiação de menores em nome de pessoas falecidas. É o que se constata a partir da representação policial em apenso (fls. 02/49), que contou, inclusive, com interceptação telefônica.

Portanto, faz-se necessária a suspensão da atividade de advocacia na área previdenciária, bem como em relação a ações de empréstimo consignado, como medida alternativa à prisão cautelar.

A propósito, a Procuradoria Regional da República ressaltou a legitimidade da decisão, inclusive porque a suspensão do exercício da advocacia constitui restrição menos gravosa que a prisão:

Dessa forma, a vedação parcial do exercício da advocacia imposta como medida cautelar substitutiva da prisão é legítima, sobretudo ao se considerar que o cometimento de delito ocorreu exatamente em razão do exercício da advocacia. Ademais, a restrição ao exercício da advocacia é, sem dúvida, medida menos gravosa do que a prisão.

(...)

No caso em tela, cumpre destacar a existência de indícios que sugerem a participação de WILIMAR, na condição de advogado, em suposta organização criminosa que atuava na cooptação de indígenas com vistas a proceder requerimentos de benefícios previdenciários fraudulentos, bem como na intermediação da contratação de empréstimos consignados em prejuízo dos indígenas, entre outros delitos. A organização criminosa era liderada por Willian Rodrigues, funcionário público da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, e irmão do ora paciente.

De acordo com o apurado no Inquérito Policial nº 130/2015, WILIMAR atuava como advogado na Comarca de Iguatemi/MS e auxiliava a suposta organização criminosa nas atividades jurídicas. Apurou-se que ao se deparar com indeferimentos de requerimentos administrativos de benefícios previdenciários junto à Agência da Previdência Social de Amambaí/MS, os membros da suposta organização criminosa encaminhavam os respectivos indígenas aliciados para o escritório de WILIMAR, para formulação de novo requerimento perante outra unidade do INSS. O paciente atuava, ainda, quando necessária a propositura de ações judiciais com vistas à instrumentalização de benefícios previdenciários sobre os quais os membros da suposta organização aufeririam vantagens indevidas.

Diante desse quadro, não há a alegada violação a direito líquido e certo porque a restrição aplicada ao advogado encontra-se embasada na lei processual penal.

Posto isso, *DENEGO A SEGURANÇA*.

É o voto.

Desembargador Federal NINO TOLDO - Relator

“HABEAS CORPUS”
0018816-49.2016.4.03.0000
(2016.03.00.018816-0)

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Paciente: JOÃO BICO UCERA (réu preso)
Impetrado: JUIZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: HC 69207
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/01/2017

EMENTA

HABEAS CORPUS. PRISÃO ADMINISTRATIVA DE ESTRANGEIRO PARA FINS DE EXPULSÃO. LEGALIDADE. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. CABIMENTO. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A Autoridade Policial representou pela decretação da prisão administrativa do paciente ao fundamento de que, após o indeferimento definitivo da solicitação de refúgio, foi recolhido o seu documento de identidade provisório, ocasião em que foi notificado a deixar o país no prazo de 08 (oito) dias, sob pena de deportação.
2. Consta dos autos que, no dia seguinte ao recolhimento de seu documento de identidade provisório, o paciente registrou um Boletim de Ocorrência Eletrônico (BOE nº 1179734/2016) noticiando, falsamente, o extravio do documento que havia sido recolhido regularmente pela Polícia Federal. Por fim, o paciente compareceu na Polícia Federal para renovar sua permanência no país, solicitando prorrogação do protocolo de refúgio.
3. Nesse contexto, a prisão cautelar para fins de deportação do paciente é medida que se impõe, sobretudo diante do indeferimento definitivo da solicitação de refúgio pelo Conare, bem como da tentativa frustrada do paciente em registrar a ocorrência falsa de extravio de seu documento com o intuito de permanecer no país.
4. Ademais, o fato de o paciente ser originário de um país politicamente instável e com condições socioeconômicas precárias não lhe confere o direito de receber refúgio, pois tal reconhecimento só se dá nas situações de perseguição ou fundado temor de perseguição por razões políticas, de grupo social, nacionalidade, raça e religião, além de grave violação de direitos humanos no país de origem, o que não parece ser o caso dos autos.
5. O pedido de liberdade vigiada não merece prosperar, pois apesar de constar o seu endereço provisório, a tentativa em burlar a lei autoriza a conclusão de que, se posto em liberdade, é alta a probabilidade de que o ato de expulsão seja frustrado.
6. Cabível a audiência de custódia. Com efeito, embora da leitura do art. 7º, 5, da Convenção Americana, depreenda-se que o instituto é sobretudo destinado às lides penais, sabe-se que uma de suas finalidades, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, é a fiscalização pelo Judiciário da regularidade da prisão e do tratamento dispensado ao preso.
7. Ademais, como o procedimento de deportação não está sujeito a uma maior formalização, nos termos do Estatuto do Estrangeiro, a audiência de custódia pode

mostrar-se relevante à garantia dos direitos individuais e notadamente à aferição da existência de algum impedimento à deportação, que seriam aqueles que também impedem a extradição, nos termos do art. 63 do referido diploma legal.

8. Concedida parcialmente a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de janeiro de 2017.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de JOÃO BICO UCERA contra ato do Juízo da 1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais de São Paulo/SP, que decretou a prisão administrativa do paciente, para fins de deportação, com prazo de 30 (trinta) dias.

A impetrante alega, em síntese, o quanto segue:

a) o paciente é originário da Guiné-Bissau, país politicamente instável e com precárias condições socioeconômicas, tendo ingressado no Brasil em 12/09/2013 na qualidade de turista;

b) fez pedido de refúgio, o qual foi registrado no SIAPRO nº 08505.033955/2014-88, ficando em situação migratória regular;

c) posteriormente, o CONARE (Comitê Nacional sobre Refugiados) indeferiu o seu pedido de refúgio, ocasião em que foi cientificado do fato pessoalmente, em 01/03/2016;

d) apesar do vínculo histórico do país africano com o Brasil, em razão da colonização portuguesa, e de o português ser a língua oficial, apenas 14% da população domina o idioma, não sendo este, contudo, o caso do paciente, que pertence a um grupo étnico chamado Manjaco, dominando apenas o dialeto manjaco e o crioulo guineense, falando português de forma limitada;

e) diante do indeferimento do pedido de refúgio, o paciente passou a ter problemas em compreender os trâmites burocráticos, motivo pelo qual não teve seu pedido de refúgio avaliado até o trâmite final, tendo em vista que, por falta de orientação e compreensão dos trâmites burocráticos, deixou escoar o prazo para apresentação do recurso contra o aludido indeferimento;

f) o paciente, contudo, foi até a Polícia Federal regularizar sua situação no país, ocasião em que teve seu protocolo provisório recolhido, sendo comunicado sobre a necessidade de deixar o país em 08 (oito) dias, sob pena de deportação;

g) após a retenção do referido documento, a Polícia Federal alega que o paciente pro-

curou novamente a Polícia Federal munido de um Boletim de Ocorrência de extravio de documento, a fim de solicitar a segunda via do protocolo provisório que havia sido retido pela própria Polícia Federal, o que ensejou a representação pela prisão do paciente para fins de deportação, que foi deferida pelo Juízo impetrado;

h) a alegada fraude do Boletim de Ocorrência não deve prosperar, pois o paciente fez o registro por orientação dos atendentes da Polícia Federal, que lhe informaram que poderia conseguir a nova via do protocolo com esse procedimento;

i) o paciente, pessoa de pouca instrução e com pouco domínio do idioma português, deve ter se equivocado com as instruções que lhe foram passadas, não registrando o Boletim de Ocorrência com intuito de fraude, o que seria impossível diante do sistema da Polícia Federal;

j) o paciente possui residência fixa em Itapevi/SP, nunca praticou nenhum delito e sempre exerceu seu labor de forma lícita, passando a fazer “bicos” quando da retenção do seu documento de trabalho;

k) discorre sobre a proteção constitucional ao direito de locomoção e a excepcionalidade da prisão cautelar, aduzindo que o paciente não pode ser expulso em razão do princípio do *non-refoulement*;

l) a decisão é inconstitucional e ofende diversos tratados internacionais sobre direitos humanos;

m) requer a revogação da deportação, ou, subsidiariamente, sua suspensão por 90 (noventa) dias para que o paciente possa regularizar sua situação migratória;

n) subsidiariamente, revogação da prisão para fins de deportação diante da desproporcionalidade da medida;

o) ou ainda, subsidiariamente, seja submetido à liberdade vigiada;

p) designação de audiência de custódia perante o Juízo de 1º grau.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 16/48.

A liminar foi concedida parcialmente, a fim de determinar a realização de audiência de custódia (fls. 50/53), que foi efetivamente realizada no dia 14/10/2016, conforme informação prestada pela autoridade impetrada (fls. 59 vº).

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 57/60).

Após vistar os autos, a Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem, na parte em que não prejudicada, tendo em vista a designação da audiência de custódia (fls. 63/65 vº).

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal e artigo 647 do Código de Processo Penal.

É sob esse prisma, pois, que se analisa a presente impetração.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão que visa assegurar a efetividade do processo de expulsão de estrangeiro do Brasil se encontra em pleno vigor e em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, consoante vem decidindo essa Egrégia Corte Regional, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. EXPULSÃO. PRISÃO ADMINISTRATIVA. - A prisão administrativa para cumprimento de decreto de expulsão é medida que sobrevive no ordenamento jurídico pátrio, apenas saindo da esfera de atribuições do Ministério da Justiça para ingressar na competência da autoridade jurisdicional, por imposição do artigo 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988. Precedentes. - Necessidade da medida que se observa pelo comportamento anterior do paciente, que retornou ao país de modo irregular e cometeu novo delito. - Ordem denegada. (HC - HABEAS CORPUS - 47932 Processo: 0038978-41.2011.4.03.0000 UF: SP Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data do Julgamento: 07/02/2012 Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2012 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. PRISÃO PREVENTIVA PARA FINS DE EXPULSÃO. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA PARA A SUA DECRETAÇÃO. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE REINGRESSO DE ESTRANGEIRO EXPULSO. FILHO NASCIDO NO BRASIL. CONVIVÊNCIA SÓCIO-AFETIVA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADAS. NECESSIDADE DE EXAME DE PROVA, INCABÍVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. POSSIBILIDADE DE EXPULSÃO NA PENDÊNCIA DE PROCESSO. ORDEM DENEGADA. 1. A prisão administrativa de estrangeiro submetido a processo de expulsão, prevista na Lei nº 6.815/80, é admitida mediante decisão da autoridade judiciária, e não mais da autoridade administrativa, nos termos da ordem constitucional vigente. 2. A superveniência de prole brasileira não prejudica a expulsão anteriormente decretada. Como não bastasse, o paciente já havia sido expulso em ocasião ainda mais anterior, de sorte que a formação de família após o seu reingresso criminoso jamais poderia render ensejo à sua permanência no país. 3. Descabe, no *writ*, a dilação probatória que seria necessária para o exame quanto à prova de constituição de família no Brasil e das dificuldades financeiras, uma vez que demandaria minucioso exame e cotejo do material cognitivo. 4. A teor do artigo 67 da Lei 6.815/80, a expulsão de estrangeiro, desde que conveniente ao interesse nacional, poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação. 5. Ordem denegada (HC - HABEAS CORPUS - 38505 Processo: 0039990-61.2009.4.03.0000 UF: SP Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data do Julgamento: 15/12/2009 Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/01/2010 PÁGINA: 129 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF).

HABEAS CORPUS - PRISÃO ADMINISTRATIVA PARA EXPULSÃO DE ESTRANGEIRO - LEI Nº 6.815/80, ARTIGOS 69 e 73 - LIBERDADE VIGIADA - INEXISTÊNCIA DE CONTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. I - A Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, expressamente prevendo a prisão administrativa do estrangeiro para fins de sua expulsão do país (artigo 69), a qual pode se dar “a qualquer tempo” e “por 90 (noventa) dias”, prorrogável por igual prazo, quando for submetido a processo de expulsão, destinando-se a custódia cautelar “para concluir o inquérito ou assegurar a execução da medida”, com a única ressalva de que a prisão somente pode ser ordenada, conforme a nova ordem constitucional, por ordem escrita e fundamentada e pela autoridade judiciária competente (Constituição Federal, artigo 5º, LXI). II - A prisão administrativa para fins de expulsão pode ser decretada “a qualquer tempo” e “ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação” (art. 67), pelo que não há impedimento legal a que o réu tenha sua expulsão procedida após o cumprimento da pena a que foi condenado, muito menos podendo se falar em “prescrição”, que não tem previsão legal, bastando que o estrangeiro

venha a “de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais” (art. 65). III - No caso dos autos, a prisão foi decretada por autoridade judiciária competente (o juiz federal da localidade de seu domicílio, onde se encontrava preso em cumprimento da pena), mediante representação da autoridade policial em razão da instauração do inquérito destinado à expulsão do estrangeiro, em decisão fundamentada com a necessidade da custódia cautelar para assegurar a expulsão, à vista do seu estado de estrangeiro em situação irregular no país e do prazo necessário à conclusão do procedimento administrativo de expulsão, daí não se inferindo qualquer ilegalidade na prisão decretada. IV - Quando da impetração, o prazo da prisão administrativa decretada ainda não havia se encerrado, daí não decorrendo também qualquer ilegalidade. V - Ante a necessidade da prisão cautelar e o prazo regular da medida, incorrentes as situações de concessão de liberdade vigiada do artigo 73 da Lei nº 6.815/80. VI - Por fim, a paternidade que seria impedimento à expulsão do estrangeiro, nos termos do artigo 75, II, “b”, da Lei nº 6.815/80, exige produção de provas e verificação de situação fática a ser primeiramente exposta e analisada à autoridade administrativa competente, relativas à dependência econômica dos menores sob sua guarda e às regras dos §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo legal, descabendo sua análise preliminar no âmbito estreito do procedimento de “habeas corpus” (que não admite produção de provas), aliando-se a isso o fato de que a própria paternidade do paciente, alegada nestes autos, não está devidamente comprovada, somente podendo ser reconhecida se devidamente formalizada junto ao registro civil competente ou mediante ação judicial própria junto ao juízo cível competente. VII - Ordem denegada. (HC 00375425220084030000, JUIZ CONVOCADO SOUZA RIBEIRO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 2 DATA:12/02/2009 PÁGINA: 170..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Consta dos autos (fls. 18/20) que a Autoridade Policial representou pela decretação da prisão administrativa do paciente ao fundamento de que, após o indeferimento definitivo da solicitação de refúgio, foi recolhido o seu documento de identidade provisório, ocasião em que lhe foi notificado a deixar o país no prazo de 08 (oito) dias, sob pena de deportação.

Informa a Autoridade Policial que, no dia seguinte ao recolhimento de seu documento de identidade provisório, o paciente registrou um Boletim de Ocorrência Eletrônico (BOE nº 1179734/2016) noticiando, falsamente, o extravio do documento que havia sido recolhido regularmente pela Polícia Federal. Por fim, o paciente compareceu na Polícia Federal para renovar sua permanência no país, solicitando prorrogação do protocolo de refúgio.

A prisão administrativa foi justificada pelo MM. Juízo da 1ª Vara Criminal de São Paulo/SP nos seguintes termos:

(...)

verifica-se que o estrangeiro João Bico Ucera permanece no território nacional de maneira ilegal, eis que, apesar de devidamente cientificado, no dias 09/06/2016, de que deveria deixar o país em 08 (oito) dias (fls. 05), não o fez até a presente data.

Não bastasse a insistência do estrangeiro em permanecer ilegalmente no território nacional, constata-se que registrou ocorrência falsa de extravio de seu documento, pois, na verdade, tal documento havia sido legalmente apreendido pela autoridade policial federal (fls.06), no dia anterior ao registro da referida ocorrência policial forjada (fls.08/09), o que revela o ardil do alienígena para manter-se no território nacional.

Ademais, a medida prisional solicitada é necessária para que as autoridades administrativas possam dar efetividade à deportação determinada, como, por exemplo, providenciar o agendamento de passagens com certa antecedência, a verificação de passaporte, imunização contra

febre amarela, etc.

(...)

Assim nesse contexto é possível afirmar, então, que a prisão cautelar para fins de deportação do estrangeiro João Bico Ucera é medida que se revela necessária, sob pena de prejudicar o resultado útil da ordem de deportação que pesa sobre ele.

Diante do exposto, defiro a representação formulada pela autoridade policial às fls. 02/04 e, com fundamento no artigo 61 da Lei nº 6.815/80, determino a expedição de mandado de prisão para fins de deportação do estrangeiro João Bica Ucera, com prazo de 30 (trinta) dias. (...).

Consoante se depreende da decisão supra transcrita, a necessidade de prisão do expulsando veio satisfatoriamente fundamentada e encontra embasamento legal, consoante o artigo 61 da Lei nº 6.815/90 (Estatuto do Estrangeiro), que estabelece a possibilidade de decretação da prisão administrativa do estrangeiro submetido às medidas de deportação e expulsão.

Consta, ainda, da decisão impugnada, que houve o indeferimento definitivo da solicitação de refúgio pelo Conare, bem como a tentativa frustrada do paciente em registrar a ocorrência falsa de extravio de seu documento com o intuito de permanecer no país.

Cumpre, por fim, consignar, que não há nos autos a cópia da decisão do Conare indicando os motivos pelos quais o pedido de refúgio foi indeferido.

É de se observar, contudo, a partir da leitura da inicial, que o fato de o paciente ser originário de um país politicamente instável e com condições socioeconômicas precárias não lhe aufere o direito de receber refúgio, pois tal reconhecimento só se dá nas situações de perseguição ou fundado temor de perseguição por razões políticas, de grupo social, nacionalidade, raça e religião, além de grave violação de direitos humanos no país de origem, o que não parece ser o caso dos autos.

Além disso, as alegações de que o paciente não recorreu da decisão do Conare por dificuldades com o idioma e por não compreender os trâmites burocráticos não merecem prosperar, sobretudo tendo em vista que o paciente se encontra no país desde 2013 e que, segundo a impetrante, sempre exerceu atividade laboral, não sendo plausível a alegação de dificuldades em compreender o idioma, restando patente a tentativa em frustrar a expulsão.

Quanto ao pedido para que seja deferida ao paciente a liberdade vigiada, não merece guarida, pois apesar de constar o seu endereço provisório, a tentativa em burlar a lei autoriza a conclusão de que, se posto em liberdade, é alta a probabilidade de que o ato de expulsão seja frustrado.

Ademais disso, de acordo com as informações prestadas pela autoridade impetrada, além de o paciente insistir em permanecer ilegalmente no país, registrou ocorrência falsa de extravio de seu documento, quando, na verdade, havia sido legalmente apreendido pela autoridade policial federal.

Não se constata, pois, flagrante ilegalidade ou abuso de poder na prisão com vistas a garantir a instrumentalização do decreto de expulsão em desfavor do paciente.

No entanto, merece melhor sorte o pleito de realização da audiência de custódia. Com efeito, embora da leitura do art. 7º, 5, da Convenção Americana, depreenda-se que o instituto é sobretudo destinado às lides penais, sabe-se que uma de suas finalidades, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, é a fiscalização pelo Judiciário da regularidade da prisão e do tratamento dispensado ao preso.

Ademais, como o procedimento de deportação não está sujeito a uma maior formalização, nos termos do Estatuto do Estrangeiro, a audiência de custódia pode mostrar-se relevante à garantia dos direitos individuais e notadamente à aferição da existência de algum impedimento à deportação, que seriam aqueles que também impedem a extradição, nos termos do art. 63 do referido diploma legal, *in verbis*:

Não se procederá à deportação se implicar em extradição inadmitida pela lei brasileira.

Diante do exposto, concedo parcialmente a ordem para, confirmando a liminar, determinar a realização da audiência de custódia, nos termos do voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO CRIMINAL

0021621-72.2016.4.03.0000

(2016.03.00.021621-0)

Excipiente: MARCOS ALVES PINTAR

Excepto: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES - QUINTA TURMA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA - EM SUBSTITUIÇÃO REGIMENTAL

Classe do Processo: Suspei 1289

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/02/2017

DECISÃO

Vistos etc.,

Cuida-se de exceção de suspeição oposta contra o Desembargador Federal *Paulo Fontes* em face de sua participação no julgamento da apelação criminal nº 0003618-31.2009.4.03.6106.

Afirma o excipiente, em síntese, ter apresentado queixa-crime contra o Juiz Federal Dasser Lettière Júnior (processo nº 0017179-34.2014.4.03.0000), ação rejeitada pelo Desembargador Federal Márcio Moraes em decisão datada de 28.08.2014. Diante desta decisão interpôs agravo regimental visando a sua reforma pelo órgão colegiado, contudo, não teve notícia sobre o andamento do feito até o dia 08 de junho de 2016, quando publicado o acórdão. Nesta oportunidade teve conhecimento de que o excepto participara do julgamento.

Analisando o acórdão constatou que a decisão havia sido proferida com parcialidade, visando proteger o magistrado querelado. Afirma que o órgão colegiado distorceu o teor de um julgado do Superior Tribunal de Justiça (RHC nº 5134/MG) para gerar a impunidade do magistrado acusado. Portanto o excepto, ao votar no processo nº 0017179-34.2014.4.03.0000, o fez em evidente má-fé processual para prejudicar o agora excipiente.

Os autos foram recebidos na Presidência deste E. Tribunal em 28.11.2016.

A fl. 809 foi determinada a intimação do excipiente para que emendasse a sua petição inicial.

Atendendo ao comando judicial o excipiente emendou a petição inicial com os seguintes esclarecimentos (fls. 811/814):

* Que o incidente é tempestivo porque protocolado antes do início do julgamento;

* Que as considerações apresentadas referentes ao processo nº 0017179-34.2014.4.03.0000 demonstram de forma clara a suspeição do excepto para atuar no processo nº 003618-31.2009.4.03.6106.

* Que o excepto não julga as ações envolvendo advogados e magistrados tomando o direito, já que “de forma parcial, ele primeiro estabelece o resultado tomando por base o que interessa para sua categoria profissional, depois sai em busca dos argumentos que justificariam em tese o posicionamento que adota” (sic). E que no processo nº 0017179-34.2014.4.03.0000 o juiz federal Dasser Lettière Júnior é acusado por ter praticado crime contra o advogado Marcos Alves Pintar, enquanto no processo nº 003618-31.2009.4.03.6106 ocorre o inverso. Por ambos os processos envolverem as mesmas partes, o excepto não reúne condições de isenção necessárias para o julgamento.

É o relatório.

Decido.

Reconheço a competência desta Presidência para relatar e julgar o feito, nos termos do artigo 103, § 4º, CPP, e do artigo 284, § 4º, do RITRF3.

Ao contrário do que apregoa o excipiente, a exceção de suspeição apresentada *não pode ser tida como tempestiva*. Ao reverso, notória a intempestividade.

Com efeito, preceitua o artigo 282 do Regimento Interno desta Corte:

Art. 282 - A arguição de suspeição do Relator poderá ser suscitada até 15 (quinze) dias após a distribuição, quando fundamentada em motivo preexistente; no caso de motivo superveniente, o prazo de 15 (quinze) dias será contado a partir do fato que ocasionou a suspeição. A arguição de suspeição do Revisor poderá ser suscitada em iguais prazos, após a conclusão; *a arguição de suspeição dos demais Desembargadores Federais, até o início do julgamento*. - grifo inexistente no original.

De forma mendaz o excipiente afirma que “conforme se infere pelos autos, antes do início do julgamento o Excipiente ingressou com a exceção, protocolando a peça no dia 10 de outubro de 2016 no período da manhã” (fl. 813, item 4). Acontece que o protocolo da petição (fl. 04) deixa incontroverso que o incidente foi protocolado na Subseção Judiciária de São José do Rio Preto no dia 10.10.2016 às 14h01, portanto no período da tarde.

E, de acordo com o Regimento Interno, as sessões ordinárias começam às 14h00 (artigo 135), de modo que o incidente foi apresentado depois do início da sessão.

Não bastasse a hora do protocolo, deve-se ter em mente que a apelação no processo nº 003618-31.2009.4.03.6106 foi julgada no Tribunal, com sede na cidade de São Paulo, enquanto a exceção de suspeição foi apresentada na Subseção Judiciária de São José do Rio Preto, por meio do protocolo integrado. Óbvio, neste caso, que a existência da exceção de suspeição não chegaria - como não chegou - ao conhecimento dos integrantes do Órgão Especial antes do início do julgamento do apelo.

O dispositivo regimental que regulamenta o prazo para se apresentar exceção de suspeição de membro de órgão colegiado, ao dispor que o incidente deverá ser apresentado até o início do julgamento, tem por objetivo impedir o pronunciamento jurisdicional nulo ou anulável, viciado pela participação de desembargador impedido ou suspeito. Impede-se, assim, a análise inútil de um processo, já que toda discussão a respeito da matéria será estéril.

Não à toa que a legislação processual brasileira dispõe, a respeito do tema, que as alegações de impedimento e de suspeição devem ser formuladas antes da apreciação do pedido, isto é, antes da análise de mérito a ser feita com a sentença ou no julgamento da apelação. Inadmite-se a oposição de exceção de suspeição após o julgamento do processo, pois com isso estar-se-ia conspirando contra o princípio da segurança jurídica, que visa preservar as decisões emanadas do Poder Judiciário.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. PRAZO PARA OFERECIMENTO. CIÊNCIA DO FATO CAUSADOR DA SUSPEIÇÃO. PRIMEIRA MANIFESTAÇÃO NOS AUTOS. VEDAÇÃO DE ARGUIÇÃO APÓS INICIADO O JULGAMENTO DO FEITO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DAS DECISÕES JUDICIAIS. REEXAME QUANTO À DATA DA CIÊNCIA DA SUSCITADA SUSPEIÇÃO. SÚMULA Nº 07/STJ. INCIDÊNCIA.

1. A arguição de suspeição deve ser suscitada na primeira oportunidade em que couber à parte interessada se manifestar nos autos (§ 1º, do art. 138, do CPC), observado o prazo de até 15 (quinze) dias contados da data ciência do fato causador da alegada suspeição, (arts. 304 e 305, do CPC).
2. *In casu*, o aresto recorrido, baseando-se em certidão da Diretoria da Quinta Turma Cível do Tribunal de origem, concluiu que o quórum originário para julgamento do Agravo de Instrumento, no âmbito do qual surgiu a suscitada suspeição, dar-se-ia, pelo Relator, o 1º Vogal, na pessoa do Desembargador excepto, e do 2º Vogal pela Desembargadora que teve que se ausentar temporariamente e foi substituída por outro Desembargador.
3. Consectariamente, nos termos do aresto recorrido, que decidiu com ampla cognição fático-probatória, cuja revisão revela-se vedada em sede de recurso especial ante o óbice da Súmula nº 07/STJ, o excipiente tinha conhecimento da composição do órgão colegiado desde a distribuição do feito haja vista que o excepto integraria o quórum originário em nada afetando, para fins de suscitada suspeição, a substituição da Desembargadora ocorrida na data do julgamento do recurso.
4. *A suspeição do julgador somente pode ser arguida enquanto não realizado o julgamento do feito. Inaugurar a possibilidade de apresentação da exceção após a prolação de voto de primeiro vogal conspiraria contra o Princípio da Segurança Jurídica que visa preservar as decisões judiciais.* (Precedentes: AgRg na ExSusp 14/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/08/2003, DJ 22/09/2003 p. 248; REsp 151768/RN, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/1998, DJ 26/04/1999 p. 107 REsp 520.026/CE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 01/02/2005 p. 481 RMS 2022/RJ, Rel. MIN. CLÁUDIO SANTOS, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/1993, DJ 18/10/1993 p. 21871)
5. Diversa seria a hipótese se a suposta suspeição adviesse da substituição de Desembargador que não compareceu na sessão de julgamento do feito. Todavia a revisão do julgado, *in casu*, revela-se incabível haja vista que a *exceptio suspicionis*, rejeitada pela instância *a quo* à luz de elementos fático-probatórios, interdita o E. STJ invadir a questão de prova, obstada pela Súmula 07 da Corte.
6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.
(STJ, REsp 955783/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.05.2010, DJe 20.05.2010) - grifo meu.

Assim, considerando a inobservância das normas regimentais, forçoso o reconhecimento da intempestividade do incidente. Como corolário, deixo de apreciar os argumentos meritórios veiculados pelo excipiente diante da manifesta prejudicialidade dos mesmos.

Ante o exposto, dada a manifesta intempestividade, **REJEITO LIMINARMENTE** a presente exceção de suspeição, nos termos do artigo 285, § 1º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Publique-se.

Intimem-se.

Comunique-se.

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se.

São Paulo, 03 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - em substituição regimental

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0000440-22.2005.4.03.6104
(2005.61.04.000440-4)

Apelante: ELIAS CHAMISO E OUTROS
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe do Processo: AC 1258822
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2017

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. IMPOSTO DE RENDA SOBRE DIFERENÇAS SALARIAIS PERCEBIDAS ACUMULADAMENTE. INCIDÊNCIA. REGIME DE COMPETÊNCIA. TRIBUTAÇÃO INCIDENTE SOBRE OS JUROS DE MORA. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDA.

- Trata-se de ação autônoma, que trata exclusivamente da cobrança de tributo de responsabilidade da União, que, saliente-se, sequer fez parte da relação processual na Justiça do Trabalho, a qual examinou a reclamação proposta pelos autores contra a Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP. Desse modo, tal feito não se enquadra no artigo 114 da Lei Maior, mas sim no mencionado inciso I do artigo 109, com o que a competência para processá-lo e julgá-lo é da Justiça Federal.

- Imposto de renda sobre *diferenças salariais*. Nos termos da legislação referente ao imposto sobre a renda (mais especificamente o artigo 43 do Código Tributário Nacional), o recebimento de verbas que ostentem caráter salarial, ainda que em atraso, configuram acréscimo patrimonial a atrair a incidência da exação em debate, salvo no caso de quantias consideradas indenizatórias. No que concerne às *diferenças salariais*, resta necessário reconhecer a subsunção dessa verba na hipótese de incidência do IR, uma vez que consistem em uma contraprestação ao trabalhador. Assim, conclui-se que referido numerário não constitui indenização e, portanto, não se encontra acobertado pela não incidência de IR, o que permite manter o capítulo da sentença relativo a essa questão.

- A matéria relativa aos demais dispositivos suscitados pela apelante, quais sejam, Decreto-lei nº 2.335/87 e artigo 43 da Lei nº 8.541/92, não tem o condão de alterar esse entendimento pelas razões explicitadas.

- Imposto de renda sobre verbas trabalhistas pagas acumuladamente. Nos termos da redação do artigo 12 da Lei nº 7.713/1988 e dos artigos 56 e 640 do Decreto nº 3.000/1999, o imposto de renda, no caso de rendimentos auferidos acumuladamente, deverá incidir no mês do recebimento do crédito e sobre o total do montante. Todavia, a referida legislação determina o momento de incidência do tributo e não a sua forma de cálculo. Na aferição da exação, como no caso concreto, devem ser consideradas as alíquotas das épocas a que se referem. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, conforme julgamento do Recurso Especial nº 1.118.429/SP, representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, sedimentou entendimento de que o tributo não pode ser cobrado com base no montante global e deve ser considerada a alíquota vigente no período em que as parcelas deveriam ter sido pagas.

- É certo que deverá incidir o imposto de renda, nos termos do artigo 153, inciso III, da Constituição Federal e dos artigos 43 a 45, 116 e 144 do Código Tributário Nacional, pois os valores em debate têm natureza de renda e representam acréscimo patrimonial. Contudo, é ilegítima a cobrança com a alíquota da época do pagamento do montante acumulado e sobre a totalidade da importância. Nesse ponto, cumpre esclarecer que o indébito deverá ser calculado com a incidência do imposto sob o regime de competência, consideradas, ainda, as declarações de ajuste anual dos autores no período, a fim de compor a base de cálculo que irá determinar a faixa de incidência. Assim, tem-se que a decisão proferida pelo juízo *a quo* deve ser reformada quanto a esse capítulo.

- Saliente-se que não se trata de aplicação do art. 12-A da Lei nº 7.713/1988, mas do artigo 12 da mesma lei, com relação ao qual não há que se falar em negativa de vigência ou de validade nem em afronta ao art. 97 da Constituição Federal (Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal), pois, como visto, tal norma determina o momento de incidência do imposto de renda, no caso de rendimentos auferidos acumuladamente, e não a sua forma de cálculo, razão pela qual igualmente não se cogita de aplicação equitativa *contra legem*.

- Imposto de renda sobre juros de mora decorrentes de verbas trabalhistas pagas acumuladamente. O artigo 153, inciso III, prevê a competência da União para instituir imposto sobre *renda e proventos de qualquer natureza*. O artigo 43 do Código Tributário Nacional define como fato gerador da exação a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica *de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos* (inciso I) e *de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior* (inciso II). É possível afirmar, portanto, que o pagamento de montante que não seja produto do capital ou do trabalho ou que não implique acréscimo patrimonial afasta a incidência do imposto de renda e, por esse fundamento, não deve ser cobrado o tributo sobre as indenizações que visam a recompor a perda patrimonial. Devem ser consideradas, ainda, as hipóteses de isenção ou não incidência legalmente previstas.

- A controvérsia está em se determinar se os juros de mora subsumem-se na hipótese de incidência do imposto de renda. Nos termos do artigo 110 do CTN, 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*. Reconhece-se que há inúmeros debates quanto à conceituação da palavra “renda”, a qual não está expressa na Constituição Federal. Acerca do tema, registre-se trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa proferido no RE nº 582.525/SP. Não obstante toda essa discussão, antes mesmo da Constituição Federal de 1988 já se encontrava em vigor a Lei nº 4.506/1964, que dispõe sobre o imposto de renda em seu artigo 16, em que o parágrafo único classifica os juros de mora provenientes do atraso no pagamento das remunerações descritas nos incisos do *caput* como rendimentos de trabalho assalariado. Como bem observado pelo Ministro Joaquim Barbosa no voto cujo trecho foi anteriormente mencionado, mesmo que uma palavra citada na Lei Maior possa ter diversos significados, *não pode ela significar qualquer coisa ao alvedrio do legislador infraconstitucional*. Prossegue o Ministro: *Por maior que seja a ambiguidade da expressão “renda e proventos de qualquer natureza”, a respectiva definição não fica ao exclusivo arbítrio do legislador complementar ou ordinário*. Necessário examinar, portanto, a natureza dos juros moratórios para verificar se a qualificação

dada pelo artigo 16, parágrafo único, da Lei nº 4.506/1964 é legítima diante da hipótese de incidência constitucionalmente prevista (artigo 153, inciso III) e da descrição do fato gerador e da base de cálculo feita pela lei complementar (artigo 43 do CTN).

- Os juros de mora visam a recompor a lesão verificada no patrimônio do credor em razão da demora do devedor, representam uma penalidade a ele imposta pelo retardamento culposo do adimplemento e têm natureza indenizatória autônoma, independentemente do caráter da prestação principal. Destarte, não se equiparam aos lucros cessantes. Em realidade, o pressuposto do pagamento é o dano que deve ser recuperado, de forma que não é gerada riqueza nova, na medida em que, primeiramente, houve um prejuízo e, só depois, um crédito. A indenização é paga somente para recompor a perda havida. Tanto é assim que o novo Código Civil trouxe em seu artigo 404 a seguinte redação: Art. 404. *As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.* Parágrafo único. *Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.* Da leitura do dispositivo resta evidente não se tratar da concepção em que juros representam a remuneração do capital e, consequentemente, não se enquadram no conceito de renda ou acréscimo patrimonial. O núcleo de materialidade do imposto de renda é constitucionalmente previsto (artigo 153, inciso III). O Código Tributário Nacional (artigo 43) estabelece as normas gerais que lhe são relacionadas, nos termos do artigo 146, inciso III, alínea a, da CF. Ao legislador infraconstitucional caberia tão somente a tarefa de acrescentar-lhe os demais elementos imprescindíveis para a constituição da regra-matriz de incidência tributária. No entanto, no caso do parágrafo único do artigo 16 da Lei nº 4.506/1964, tais limites não foram observados e há evidente incompatibilidade com a Lei Maior por ter sido alargado o núcleo de materialidade do tributo. Considerado que a lei é anterior à Constituição Federal de 1988, essa norma não pode ter sido recepcionada e, portanto, não tem aplicabilidade.

- Saliente-se que não há desrespeito à cláusula de reserva de plenário, eis que não há qualquer juízo de inconstitucionalidade, nos moldes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

- Dessa forma, os juros moratórios não são passíveis de incidência de imposto de renda e a sentença deve ser reformada nesse tópico.

- Saliente-se que a redação dos demais dispositivos suscitados pela União em sede de contrarrazões, quais sejam, artigo 43 do RIR/99, artigo 111, incisos I e II, do Código Tributário Nacional, artigo 457 da CLT e artigo 3º da Lei nº 9.250/95 não tem o condão de alterar esse entendimento pelas razões já expostas.

- Encargos legais. A correção monetária é mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal, o qual estabelece que a partir de janeiro 1996, como no caso dos autos, incide tão somente a SELIC. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. No que se refere aos juros de mora (artigo 161 do CTN), o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e nº 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no

sentido de que nas hipóteses de restituição e de compensação de indébitos tributários são eles devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto no artigo 13 da Lei nº 9.065/1995, artigo 30 da Lei nº 10.522/2002 e artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do CTN, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

- Honorários advocatícios. Os autores foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento), observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50. Entretanto, à vista do presente julgamento, há que se reconhecer a sucumbência mínima do contribuinte e, em consequência, condenar a União ao pagamento de honorários advocatícios. O Superior Tribunal de Justiça consolidou orientação no sentido de que, vencida a fazenda pública, a definição do montante deverá ser feita conforme apreciação equitativa, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, sem limitação aos percentuais indicados no § 3º do mesmo artigo. Por outro lado, o valor não pode ser inferior a 1% do valor da causa, sob pena de ser considerado irrisório, segundo orientação daquela mesma corte superior. Dessa maneira, considerados o trabalho realizado pelo patrono, o tempo exigido para seu serviço e a natureza e o valor da demanda (em novembro de 2004 era de R\$ 25.000,00), justifica-se a fixação dos honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (mil reais), pois propicia remuneração adequada e justa ao profissional.

- Preliminar rejeitada e dado parcial provimento à apelação dos autores para reformar em parte a sentença, a fim de julgar parcialmente procedente o pedido e reconhecer-lhes o direito ao cálculo pelo regime de competência do IR incidente sobre o numerário percebido acumuladamente sob a rubrica *diferenças salariais* e, ademais, condenar a União à restituição de eventuais valores indevidamente cobrados a título de imposto de renda sobre referido montante, assim como o incidente sobre os juros de mora, devidamente atualizados pela taxa SELIC, e ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar arguida pela fazenda em sede de contrarrazões, bem como dar parcial provimento à apelação dos autores para reformar em parte a sentença, a fim de julgar parcialmente procedente o pedido e reconhecer-lhes o direito ao cálculo pelo regime de competência do IR incidente sobre o numerário percebido acumuladamente sob a rubrica *diferenças salariais* e, ademais, condenar a União à restituição de eventuais valores indevidamente cobrados a título de imposto de renda sobre referido montante, assim como o incidente sobre os juros de mora, devidamente atualizados pela taxa SELIC, e ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Apelação interposta pelos autores contra sentença (fls. 188/195) que julgou improcedente o pedido e condenou-os ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento), observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Os autores argumentam na apelação (fls. 200/209), em síntese, que:

a) os rendimentos auferidos por meio de reclamação trabalhista e decorrentes de *recomposição inflacionária* (atrasados da URP - aplicação do Decreto-lei nº 2.335/87) devem ser isentos de tributação pelo imposto de renda, dado que se trata de *mera manutenção do poder aquisitivo do salário* (artigo 43 do Código Tributário Nacional e artigo 43 da Lei nº 8.541/92);

b) ainda que sejam consideradas de natureza salarial, tais verbas devem ser tributadas pelo regime de competência, nos termos do artigo 46 da Lei nº 8.541/92 e artigo 3º da Lei nº 9.250/95);

c) os juros moratórios não podem sofrer a incidência do imposto de renda, porquanto têm natureza indenizatória (artigo 46, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.541/92).

Em contrarrazões (fls. 212/222), a União alega, resumidamente, que:

a) as questões de fato e de direito a envolverem a incidência do imposto de renda sobre o numerário foram devidamente analisadas e decididas nos autos de reclamação trabalhista e, portanto, já estariam *sob o manto da coisa julgada* (artigo 46 da Lei nº 8.541/92, artigo 43 da Lei nº 8.212/91 e artigo 114, § 3º, da Constituição Federal);

b) as verbas referentes aos atrasados de URP e recebidas por meio de provimento judicial (inclusive os juros moratórios) têm caráter remuneratório e, portanto, são passíveis de incidência pelo IR (artigo 43 do RIR/99, artigos 43, inciso II, 111, incisos I e II, e 123 do Código Tributário Nacional e artigo 457 da CLT);

c) com relação ao cálculo, o imposto de renda incidente sobre os rendimentos acumulados devem ser tributados pelo regime de caixa, conforme artigo 12 da Lei nº 7.713/88 e artigo 3º da Lei nº 9.250/95.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

A ação de repetição de indébito foi proposta com o objetivo de que fossem restituídos valores relativos à retenção indevida de imposto de renda incidente sobre verbas recebidas acumuladamente em decorrência de reclamação trabalhista, bem como sobre os juros de mora. A sentença recorrida julgou improcedente o pedido sob o fundamento de que o numerário recebido ostentaria caráter salarial, uma vez que seria relativo a *reajuste salarial* e, ademais, afirmou que os juros de mora, pela sua qualidade de acessório, *seguem a sorte do principal*. A apelação foi interposta com a finalidade de que não haja incidência do IR sobre os montantes recebidos a título de *recomposição monetária de salários por reajuste previsto em lei* e de juros moratórios ou, subsidiariamente, seja observado o regime de competência no que concerne ao cálculo desse imposto.

Ressalte-se que as quantias abrangidas pela reclamação trabalhista (certidão da Justiça do Trabalho - fls. 69/72) e sobre as quais gira a controvérsia a respeito da incidência do tributo em comento foram as *diferenças salariais* e os correspondentes juros de mora. Destarte, cumpre perquirir acerca da natureza jurídica delas, a fim de se analisar, em primeiro plano, a respeito da incidência ou não do imposto sobre a renda e eventual regime de tributação, se assim o exigir.

I - Da coisa julgada

Os autores ajuizaram esta demanda contra a apelante para que lhe fossem devolvidos valores concernentes ao imposto de renda que incidiu sobre verbas percebidas em virtude de sentença trabalhista. É, portanto, ação autônoma, que trata exclusivamente da cobrança de tributo de responsabilidade da União, que, saliente-se, sequer fez parte da relação processual na Justiça do Trabalho, a qual examinou a reclamação proposta pelos autores contra a Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP (fls. 69/72). Desse modo, tal feito não se enquadra no artigo 114 da Lei Maior, mas sim no mencionado inciso I do artigo 109, com o que a competência para processá-lo e julgá-lo é da Justiça Federal. Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 132.050 - RJ (2013/0421964-4)

RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

SUSCITANTE: JUÍZO DA 15ª VARA DO TRABALHO DO RIO DE JANEIRO - RJ

SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 20ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTERES.: MAURO BASTOS NOGUEIRA

ADVOGADO: RAFAEL AUGUSTO VALENTE CARVALHO DE MENDONÇA

INTERES.: FAZENDA NACIONAL

ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUÍZO DO TRABALHO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE IRRF. DEMANDA AUTÔNOMA AJUIZADA EM DESFAVOR DA UNIÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 109, I, DA CF. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL, SUSCITADO.

DECISÃO

Trata-se de conflito negativo de competência instaurado pelo Juízo da 15ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro em face de decisão do Juízo Federal da 20ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da ação ajuizada por Mauro Bastos Nogueira em desfavor da União (Fazenda Nacional), pela qual o autor busca a repetição de indébito tributário de IRRF. A ação foi proposta no Juízo Federal, ora suscitado, o qual declarou a sua incompetência, declinando-a em favor do Juízo do Trabalho, sob a seguinte fundamentação (fl. 48):

Trata-se de ação ajuizada por MAURO BASTOS NOGUEIRA em face da UNIÃO, objetivando a restituição de valores retidos a título de imposto de renda, incidentes sobre verbas trabalhistas.

O demandante alegou, para tanto, serem estes valores decorrentes de incidência indevida de IRRF sobre verba oriunda de reclamação trabalhista ajuizada em face da EBCT, que tramitou na 15ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, conforme cálculos de fls. 10/15.

Falece competência à Justiça Federal para processar e julgar o presente feito, não comportando maiores digressões, tendo em vista o entendimento do Eg. STF sobre o tema, consignando à Justiça Laboral a competência para apreciar questão referentes aos descontos do imposto de renda incidentes sobre verbas trabalhistas.

O Juízo do Trabalho, ora suscitante, por sua vez, entendeu que não possui competência para apreciar a demanda, “já que, apesar de ter origem em cumprimento de sentença trabalhista,

não se trata de incidente da execução, o que estaria dentro da competência do órgão executante” (fl. 138), cabendo à Justiça Federal o seu julgamento, nos termos do art. 109, I, da CF/88. O Ministério Público opina pela competência do juízo suscitado, nos termos da seguinte ementa (fls. 24):

Conflito Negativo de Competência. Ação de Repetição de Indébito Tributário decorrente de execução trabalhista já finda. Discussão acerca do Imposto de Renda Pessoa Física. Ação autônoma ajuizada em face da União. Competência da Justiça Federal (artigo 109, inciso I, da CF/88). Precedente. Parecer pelo conhecimento do Conflito Negativo de Competência, dando-o por procedente, proclamando-se a competência do Juízo Suscitado (Justiça Federal) para conhecer a julgar a causa.

É o relatório. Decido.

Conforme relatado, cuida de ação ordinária ajuizada por Mauro Bastos Nogueira em desfavor da União (Fazenda Nacional), com o objetivo de repetir suposto indébito tributário de imposto de renda que incidiu sobre verbas recebidas em face de sentença trabalhista.

Tem-se, portanto, que o caso não cuida de incidente na execução da sentença trabalhista, até porque o tributo decorrente daquele provimento judicial fora recolhido e tal execução já encerrou.

Cuida-se, sim, de demanda autônoma de repetição de indébito tributário ajuizada em desfavor da União, razão pela qual deve ser processada perante a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF.

A esse respeito:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUSTIÇA FEDERAL E TRABALHISTA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS RECOLHIDAS EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA TRABALHISTA. RESTITUIÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS. ARTIGO 114 CF/88. INAPLICABILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Com as alterações do art. 114 da CF/88, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/04, ampliou-se a competência da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe, inclusive, executar, de ofício, as ‘contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir’.

2. Todavia, não se inclui na competência da Justiça Trabalhista processar e julgar ação de repetição de indébito tributário movida contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ainda que o pagamento alegadamente indevido tenha sido efetuado como decorrência de sentença trabalhista.

3. Compete à Justiça Federal processar e julgar a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente (CF, art. 109, I).

4. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo Federal do Juizado Especial Federal Previdenciário da Subseção Judiciária de Campo Grande - MS, o suscitado” (CC 98476/MS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 09/12/2008).

“CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA. RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. ART. 114, INCISO VIII, DA CARTA MAGNA. INAPLICABILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, INCISO I, DA CF/88.

I - A questão em debate não se amolda à previsão contida no artigo 114, inciso VIII, da Constituição Federal/88, alterada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, a qual trata da ‘execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir’.

II - *In casu*, o autor requer a restituição de valor recolhido indevidamente, a título de imposto de renda, sobre verbas indenizatórias, contra a União, quando da execução de sentença trabalhista ajuizada contra a ex-empregadora.

III - Constando a União, autarquias ou empresas públicas federais como autoras, rés, assistentes ou oponentes, a competência para o julgamento da ação é da Justiça Federal, conforme previsão do art. 109, inciso I, da Carta Magna.

IV - Agravo regimental improvido” (AgRg no CC 91596/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, DJe 17/11/2008).

No mesmo sentido: CC 56.946/GO, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJ 27/08/2007; CC 63.643/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJ 12/02/2007.

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo Federal, ora suscitado.

Comunique-se aos juízos suscitante e suscitado.

Publique-se.

Brasília (DF), 14 de março de 2014.

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator

(Ministro BENEDITO GONÇALVES, 19/03/2014 - ressaltei e grifei)

Assim, rejeito a preliminar suscitada pela fazenda em sede de contrarrazões (212/222).

II - Imposto de renda sobre diferenças salariais

Nos termos da legislação referente ao imposto sobre a renda (mais especificamente o artigo 43 do Código Tributário Nacional), o recebimento de verbas que ostentem caráter salarial, ainda que em atraso, configuram acréscimo patrimonial a atrair a incidência da exação em debate, salvo no caso de quantias consideradas indenizatórias. No que concerne às *diferenças salariais*, resta necessário reconhecer a subsunção dessa verba na hipótese de incidência do IR, uma vez que consiste em uma contraprestação ao trabalhador. Assim, conclui-se que referido numerário não constitui indenização e, portanto, não se encontra acobertado pela não incidência de IR, o que permite manter o capítulo da sentença relativo a essa questão.

A matéria relativa aos demais dispositivos suscitados pela apelante, quais sejam, Decreto-lei nº 2.335/87 e artigo 43 da Lei nº 8.541/92, não tem o condão de alterar esse entendimento pelas razões explicitadas.

III - Imposto de renda sobre verbas trabalhistas pagas acumuladamente

Nos termos da redação do artigo 12 da Lei nº 7.713/1988 e dos artigos 56 e 640 do Decreto nº 3.000/1999, o imposto de renda, no caso de rendimentos auferidos acumuladamente, deverá incidir no mês do recebimento do crédito e sobre o total do montante. Todavia, a referida legislação determina o momento de incidência do tributo e não a sua forma de cálculo. Na aferição da exação, como no caso concreto, devem ser consideradas as alíquotas das épocas a que se referem. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO JUDICIAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VALORES PAGOS ACUMULADAMENTE.

1. *No cálculo do imposto incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente, devem ser levadas em consideração as tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos.*

2. *O art. 12 da Lei 7.713/88 disciplina o momento da incidência e não o modo de calcular o imposto.*

3. Agravo regimental não-provido

(AgRg no REsp 641.531/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ª Turma, Julg.: 21/10/2008, v.u., DJe 21/11/2008 - ressaltei)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, conforme julgamento do Recurso Especial nº

1.118.429/SP, representativo da controvérsia e submetido ao regime previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, sedimentou entendimento de que o tributo não pode ser cobrado com base no montante global e deve ser considerada a alíquota vigente no período em que as parcelas deveriam ter sido pagas, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PARCELAS ATRASADAS RECEBIDAS DE FORMA ACUMULADA.

1. O Imposto de renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado. Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente. Precedentes do STJ.

2. Recurso Especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução STJ 8/2008.

(REsp 1118429/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 14/05/2010)

Destaque-se a aplicabilidade do julgado especificamente ao caso de imposto de renda incidente sobre verbas trabalhistas recebidas acumuladamente:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS TRABALHISTAS DECORRENTES DE RESCISÃO. APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO. REGIME DE COMPETÊNCIA. JUROS DE MORA. ISENÇÃO.

1. “O Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado. Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente. Precedentes do STJ” (REsp 1.118.429/SP, processado sob o rito do art. 543-C do CPC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 14/5/2010).

[...]

3. *Hipótese em que o recorrido, por força de decisão judicial, recebeu, acumuladamente, verbas trabalhistas decorrentes de rescisão de contrato de trabalho.*

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1238127/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 18/03/2014 - ressaltei)

É certo que deverá incidir o imposto de renda, nos termos do artigo 153, inciso III, da Constituição Federal e dos artigos 43 a 45, 116 e 144 do Código Tributário Nacional, pois os valores em debate têm natureza de renda e representam acréscimo patrimonial. Contudo, é ilegítima a cobrança com a alíquota da época do pagamento do montante acumulado e sobre a totalidade da importância. Nesse ponto, cumpre esclarecer que o indébito deverá ser calculado com a incidência do imposto sob o regime de competência, consideradas, ainda, as declarações de ajuste anual dos autores no período, a fim de compor a base de cálculo que irá determinar a faixa de incidência.

Assim, tem-se que a decisão proferida pelo juízo *a quo* deve ser reformada quanto a esse capítulo.

Saliente-se que não se trata de aplicação do art. 12-A da Lei nº 7.713/1988, mas do artigo 12 da mesma lei, com relação ao qual não há que se falar em negativa de vigência ou de validade nem em afronta ao art. 97 da Constituição Federal (Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal), pois, como visto, tal norma determina o momento de incidência do imposto de

renda, no caso de rendimentos auferidos acumuladamente, e não a sua forma de cálculo, razão pela qual igualmente não se cogita de aplicação equitativa *contra legem*.

IV - Imposto de renda sobre juros de mora decorrentes de verbas trabalhistas pagas acumuladamente

O artigo 153, inciso III, prevê a competência da União para instituir imposto sobre *renda e proventos de qualquer natureza*. O artigo 43 do Código Tributário Nacional define como fato gerador da exação a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica *de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos* (inciso I) e *de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior* (inciso II). É possível afirmar, portanto, que o pagamento de montante que não seja produto do capital ou do trabalho ou que não implique acréscimo patrimonial afasta a incidência do imposto de renda e, por esse fundamento, não deve ser cobrado o tributo sobre as indenizações que visam a recompor a perda patrimonial. Devem ser consideradas, ainda, as hipóteses de isenção ou não incidência legalmente previstas.

A controvérsia está em se determinar se os juros de mora subsumem-se na hipótese de incidência do imposto de renda. Nos termos do artigo 110 do CTN, *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*. Reconhece-se que há inúmeros debates quanto à conceituação da palavra “renda”, a qual não está expressa na Constituição Federal. Acerca do tema, registre-se trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa proferido no RE nº 582.525/SP:

[...] Em uma série de precedentes, o Supremo Tribunal Federal examinou o alcance semântico dos vocábulos empregados pela Constituição, para examinar se a legislação infraconstitucional que instituiu tributos se adequava ou não aos parâmetros postos pela competência tributária. Registro, por exemplo, as discussões acerca dos conceitos de serviços e locação de bens móveis (ISS e locação - RE 201.465), indenização e renda (RE 188.684, rel. min. Moreira Alves, DJ de 07.06.2002), e faturamento e receita bruta (Cofins).

Em mais de uma ocasião a Corte afirmou que a estipulação dos conceitos em matéria tributária não está à livre disposição do legislador infraconstitucional.

Todos os precedentes mencionados denotam que o Supremo Tribunal Federal considera pertencer ao contencioso constitucional a investigação acerca do alcance semântico das palavras utilizadas pela Constituição para demarcar a competência tributária. Em sentido semelhante ao que sustentou *UMBERTO ECO* (Os Limites da Interpretação, 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2004), a jurisprudência da Corte aponta, em termos gerais, à existência de uma espécie de *direito do texto Constitucional à interpretação*. Quer dizer, embora uma mesma palavra utilizada na Carta Magna possa significar várias coisas, não pode ela significar *qualquer coisa* ao alvedrio do legislador infraconstitucional. Por maior que seja a ambigüidade da expressão “renda e proventos de qualquer natureza”, a respectiva definição não fica ao exclusivo arbítrio do legislador complementar ou ordinário.

Passo ao exame de mérito e enfrento a alegada violação do conceito constitucional de renda (art. 153, III da Constituição).

A Constituição de 1988 permite a tributação da “renda e proventos de qualquer natureza” (art. 153, III) sem estipular, expressamente, um conceito para *renda* ou para *proventos*, que são as bases de cálculo *constitucionais* do tributo.

Por outro lado, não há um conceito ontológico para renda, de dimensões absolutas, caráter imutável e *existente independentemente da linguagem*, que possa ser violado pelo legislador complementar ou pelo legislador ordinário, dado que se está diante de um *objeto cultural*.

A inexistência de um conceito ontológico para lucro ou renda já foi examinada pela Corte, por

ocasião do julgamento do RE 201.465 (red. p/ acórdão min. Nelson Jobim, DJ de 17.10.2003), precedente que versa sobre efeito da inflação sobre as demonstrações financeiras e sobre a fixação da base de cálculo do IRPJ, na modalidade lucro real (Leis 8.200/1991 e 8.682/1993). Assim, nos quadrantes do sistema constitucional tributário, o conceito de renda somente pode ser estipulado a partir de uma série de influxos provenientes do sistema jurídico, como a proteção ao mínimo existencial, o direito ao amplo acesso à saúde, a capacidade contributiva, a proteção à livre iniciativa e à atividade econômica, e de outros sistemas com os quais o Direito mantém acoplamentos, como o sistema econômico e o contábil.

Não há consenso, na doutrina ou na jurisprudência, acerca do alcance da expressão renda. O cerne das discrepâncias, como já alertava *BULHÕES PEDREIRA* em 1971 (Imposto de Renda. Rio de Janeiro: Justec, 1971, p. 2-10), tem por origem a circunstância de a maioria dos autores “ao procurarem definir renda, não se preocupar em saber o que é renda, e sim o que, no seu entender deve ser considerado renda pessoal como base da incidência do imposto”. [...]

Não obstante toda essa discussão, antes mesmo da Constituição Federal de 1988 já se encontrava em vigor a Lei nº 4.506/1964, que dispõe sobre o imposto de renda e cujo artigo 16 estabelece:

Art. 16. Serão classificados como rendimentos do trabalho assalariado tôdas as espécies de remuneração por trabalho ou serviços prestados no exercício dos empregos, cargos ou funções referidos no artigo 5º do Decreto-lei número 5.844, de 27 de setembro de 1943, e no art. 16 da Lei número 4.357, de 16 de julho de 1964, tais como:

I - Salários, ordenados, vencimentos, soldos, soldadas, vantagens, subsídios, honorários, diárias de comparecimento;

II - Adicionais, extraordinários, suplementações, abonos, bonificações, gorjetas;

III - Gratificações, participações, interesses, percentagens, prêmios e cotas-partes em multas ou receitas;

IV - Comissões e corretagens;

V - Ajudas de custo, diárias e outras vantagens por viagens ou transferência do local de trabalho;

VI - Pagamento de despesas pessoais do assalariado, assim entendidas aquelas cuja dedução ou abatimento a lei não autoriza na determinação da renda líquida;

VII - Aluguel do imóvel ocupado pelo empregado e pago pelo empregador a terceiros, ou a diferença entre o aluguel que o empregador, paga pela locação do prédio e o que cobra a menos do empregado pela respectiva sublocação;

VIII - Pagamento ou reembolso do imposto ou contribuições que a lei prevê como encargo do assalariado;

IX - Prêmio de seguro individual de vida do empregado pago pelo empregador, quando o empregado e o beneficiário do seguro, ou indica o beneficiário dêste;

X - Verbas, dotações ou auxílios, para representações ou custeio de despesas necessárias para o exercício de cargo, função ou emprêgo;

XI - Pensões, civis ou militares de qualquer natureza, meios-soldos, e quaisquer outros proventos recebidos do antigo empregador de institutos, caixas de aposentadorias ou de entidades governamentais, em virtude de empregos, cargos ou funções exercidas no passado, excluídas as correspondentes aos mutilados de guerra ex-integrantes da Fôrça Expedicionária Brasileira.

Parágrafo único. *Serão também classificados como rendimentos de trabalho assalariado os juros de mora e quaisquer outras indenizações pelo atraso no pagamento das remunerações previstas neste artigo.* [ressaltei]

O parágrafo único classifica os juros de mora provenientes do atraso no pagamento das

remunerações descritas nos incisos do *caput* como rendimentos de trabalho assalariado. Como bem observado pelo Ministro Joaquim Barbosa no voto cujo trecho foi anteriormente mencionado, mesmo que uma palavra citada na Lei Maior possa ter diversos significados, *não pode ela significar qualquer coisa ao alvedrio do legislador infraconstitucional*. Prossegue o Ministro: *Por maior que seja a ambigüidade da expressão “renda e proventos de qualquer natureza”, a respectiva definição não fica ao exclusivo arbítrio do legislador complementar ou ordinário*. Necessário examinar, portanto, a natureza dos juros moratórios para verificar se a qualificação dada pelo artigo 16, parágrafo único, da Lei nº 4.506/1964 é legítima diante da hipótese de incidência constitucionalmente prevista (artigo 153, inciso III) e da descrição do fato gerador e da base de cálculo feita pela lei complementar (artigo 43 do CTN).

Entendo que os juros de mora visam a recompor a lesão verificada no patrimônio do credor em razão da demora do devedor, representam uma penalidade a ele imposta pelo retardamento culposo do adimplemento e têm natureza indenizatória autônoma, independentemente do caráter da prestação principal. Destarte, não se equiparam aos lucros cessantes. Em realidade, o pressuposto do pagamento é o dano que deve ser recuperado, de forma que não é gerada riqueza nova, na medida em que, primeiramente, houve um prejuízo e, só depois, um crédito. A indenização é paga somente para recompor a perda havida. Tanto é assim que o novo Código Civil trouxe em seu artigo 404 a seguinte redação:

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

Da leitura do dispositivo resta evidente não se tratar da concepção em que juros representam a remuneração do capital.

Conclui-se, conseqüentemente, que os juros moratórios não se enquadram no conceito de renda ou acréscimo patrimonial. O núcleo de materialidade do imposto de renda é constitucionalmente previsto (artigo 153, inciso III). O Código Tributário Nacional (artigo 43) estabelece as normas gerais que lhe são relacionadas, nos termos do artigo 146, inciso III, alínea *a*, da CF. Ao legislador infraconstitucional caberia tão somente a tarefa de acrescentar-lhe os demais elementos imprescindíveis para a constituição da regra-matriz de incidência tributária. No entanto, no caso do parágrafo único do artigo 16 da Lei nº 4.506/1964, tais limites não foram observados e há evidente incompatibilidade com a Lei Maior por ter sido alargado o núcleo de materialidade do tributo. Considerado que a lei é anterior à Constituição Federal de 1988, essa norma não pode ter sido recepcionada e, portanto, não tem aplicabilidade.

Saliente-se que não há desrespeito à cláusula de reserva de plenário, eis que não há qualquer juízo de inconstitucionalidade, nos moldes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. ALEGADO DESRESPEITO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 10. NÃO OCORRÊNCIA. NORMA PRÉ-CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A norma cuja incidência teria sido afastada possui natureza pré-constitucional, a exigir, como se sabe, um eventual juízo negativo de recepção (por incompatibilidade com as normas constitucionais supervenientes), e não um juízo declaratório de inconstitucionalidade.

lidade, para o qual se imporia, certamente, a observância da cláusula de reserva de plenário. II - Agravo regimental a que se nega provimento. (Rel 15786 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 18-02-2014 PUBLIC 19-02-2014)

Dessa forma, os juros moratórios não são passíveis de incidência de imposto de renda e a sentença deve ser reformada nesse tópico.

Saliente-se que a redação dos demais dispositivos suscitados pela União em sede de contrarrazões, quais sejam, artigo 43 do RIR/99, artigos 111, incisos I e II, e 123 do Código Tributário Nacional, artigo 457 da CLT, artigo 3º da Lei nº 9.250/95 e artigo 43 da Lei nº 8.212/91 não tem o condão de alterar esse entendimento pelas razões já expostas.

V - Encargos legais

A correção monetária é mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal, o qual estabelece que a partir de janeiro 1996, como no caso dos autos, incide tão somente a SELIC. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. “Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico” (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012 - ressaltei)

No que se refere aos juros de mora (artigo 161 do CTN), o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e nº 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários são eles devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto no artigo 13 da Lei nº 9.065/1995, artigo 30 da Lei nº 10.522/2002 e artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do CTN, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

VI - Honorários advocatícios

Os autores foram condenados ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento), observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50. Entretanto, à vista do presente julgamento, há que se reconhecer a sucumbência mínima do contribuinte e, em consequência, condenar a União ao pagamento de honorários advocatícios.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou orientação no sentido de que, vencida a fazenda pública, a definição do montante deverá ser feita conforme apreciação equitativa, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC, sem limitação aos percentuais indicados no § 3º do mesmo artigo, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008. AÇÃO ORDINÁRIA. DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS. ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. CRITÉRIO DE EQUIDADE.

1. *Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade.*

[...]

5. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008.

(REsp nº 1.155.125/MG, Primeira Seção do STJ, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 10/03/2010, DJe em 06/04/2010 - ressaltei)

Por outro lado, o valor não pode ser inferior a 1% do valor da causa, sob pena de ser considerado irrisório, segundo orientação daquela mesma corte superior:

[...]

SEGUNDO RECURSO ESPECIAL. (ANDRÉ PUPPIN MACEDO). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM AÇÃO RESCISÓRIA EM VALOR INFERIOR A UM POR CENTO SOBRE O VALOR DA CAUSA. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE.

4.- *Conforme orientação desta Corte, em linha de princípio deve ser considerada irrisória a verba honorária de R\$ 5.000,00 (dado da sentença) fixada em valor inferior a 1% do valor da causa ou do proveito econômico perseguido no processo.*

5.- Recurso Especial do BANCO DO BRASIL S/A improvido e Recurso Especial de ANDRÉ PUPPIN MACEDO provido para elevação dos honorários para 1% do valor atualizado da causa. (REsp 1356986/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 11/12/2013 - ressaltei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA INFERIOR A 1% DO VALOR DA CAUSA. IRRISORIEDADE. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO. NECESSIDADE DE EXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. PROCEDIMENTO VEDADO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO Nº 5/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *São irrisórios os honorários advocatícios fixados objetivamente em patamar inferior a 1% do valor da causa, devendo ser majorados. Precedentes.*

2. O presente feito enseja análise de cláusulas contratuais, procedimento vedado em sede de recurso especial, à luz do Enunciado nº 5/STJ.

3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg nos EDcl no Ag nº 1.181.142/SP, Terceira Turma do STJ, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 22/08/2011, DJe em 31/08/2011 - ressaltei)

Dessa maneira, considerados o trabalho realizado pelo patrono, o tempo exigido para seu serviço e a natureza e o valor da demanda (em novembro de 2004 era de R\$ 25.000,00 - fl. 18), justifica-se a fixação dos honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (mil reais), pois propicia remuneração adequada e justa ao profissional.

Ante o exposto, rejeito a preliminar arguída pela fazenda em sede de contrarrazões, bem como dou parcial provimento à apelação dos autores para reformar em parte a sentença, a fim de julgar parcialmente procedente o pedido e reconhecer-lhes o direito ao cálculo pelo regime de competência do IR incidente sobre o numerário percebido acumuladamente sob a rubrica *diferenças salariais* e, ademais, condenar a União à restituição de eventuais valores indevidamente cobrados a título de imposto de renda sobre referido montante, assim como o incidente sobre os juros de mora, devidamente atualizados pela taxa SELIC, e ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0003296-17.2009.4.03.6104
(2009.61.04.003296-0)

Apelantes: MULTILASER INDL/ LTDA E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelados: OS MESMOS

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: AC 1686149

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. NULIDADE DE SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. LIMITES DO PEDIDO. SUBFATURAMENTO DE IMPORTAÇÃO. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO ADUANEIRA. PREÇO PRATICADO NO MERCADO INTERNACIONAL E CERTIFICADO POR ÓRGÃOS OFICIAIS DE COMÉRCIO EXTERIOR. VALOR CORRESPONDENTE À REALIDADE DA TRANSAÇÃO. ANULAÇÃO DA PERDA DE PERDIMENTO E INEXIGIBILIDADE DE MULTA. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA. REMESSA OFICIAL E RECURSO DA UNIÃO PREJUDICADOS.

I. A sentença de procedência parcial não extravasou os limites do pedido, nem substituiu a atuação da Administração Pública.

II. Multilaser Industrial Ltda., subsidiariamente ao desembaraço aduaneiro com recusa de subfaturamento, requereu a entrega das mercadorias sem prejuízo da aplicação da multa.

III. O Juízo de Origem procedeu exatamente dessa forma, anulando a pena de perdimento e condicionando a liberação dos produtos ao pagamento da penalidade pecuniária.

IV. Entretanto, os documentos trazidos ao processo indicam a ausência de infração à legislação aduaneira (artigos 105, XII, e 108, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/1966).

V. O preço adotado para a unidade do CD-R e DVD-R e constante das faturas comerciais - UDS 0,11 - não diverge da realidade da operação de comércio exterior.

VI. Multilaser Industrial Ltda. trouxe informações de que as importações de mídias eletrônicas na Ásia, com destino aos países da América Latina no mesmo período, refletiram igual valor.

VII. A Associação de Empresas Fabricantes, Importadoras e Distribuidoras de Suprimentos e Acessórios de Informática do Brasil - AEMIBR apresentou negociações similares feitas por diversos importadores brasileiros.

VIII. O próprio órgão do Ministério da Fazenda de Taiwan forneceu estatísticas de exportações com idêntico faturamento.

IX. A prática sistemática do preço de USD 0,11 põe em dúvida a fraude das importações fiscalizadas, como se elas fossem negócios isolados, sem paralelo internacional.

X. A manifestação técnica do Departamento de Comércio Exterior - DECEX fortalece a disseminação do montante declarado no mercado externo (Informe Técnico nº

508/2009).

XI. A posição partiu de repartição integrante do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, com atribuições voltadas a pesquisas de preços em todos os níveis, especificamente bolsas de mercadorias, publicações especializadas, listas de fabricantes estrangeiros e estatísticas oficiais nacionais e estrangeiras (artigo 30 da Portaria SECEX nº 23/2011)

XII. A documentação compromete a planilha de custos da Philips Intellectual Property & Standards, que constitui o fundamento do Auto de Infração nº 0817800/37260/08. O faturamento de UDS 0,11 por unidade teve projeção em várias transações internacionais e recebeu a certificação de órgãos oficiais de comércio exterior.

XIII. Nessas circunstâncias, parece difícil cogitar de discrepância entre o montante declarado pelo importador brasileiro e o efetivamente praticado no país exportador (artigos 105, XII, e 108, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/1966), o que autoriza a anulação da pena de perdimento.

XIV. Sucumbência da União. Honorários de advogado arbitrados na forma do artigo 20 do CPC de 73.

XV. Apelação a que se dá provimento. Reexame necessário e recurso da União prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação de Multilaser Industrial Ltda., julgando prejudicados o reexame necessário e o recurso da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de fevereiro de 2017.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de apelação interposta por Multilaser Industrial Ltda. em face de sentença que julgou parcialmente procedente pedido de anulação de perdimento, liberando as mercadorias integrantes das Declarações de Importação nº 08/1587940-1 e 08/1589062-0 mediante o depósito de multa de 100% sobre a diferença entre o valor apurado na fiscalização e o declarado pelo importador.

Houve aplicação das regras de sucumbência recíproca.

Decidiu o Juízo de Origem que o subfaturamento das importações de CD-R e DVD-R veio comprovado por estudo da Philips Intellectual Property & Standards juntado ao Auto de Infração nº 0817800/37260/08 e que considerou o preço da unidade inferior ao custo de fabricação nos países exportadores - Taiwan e China.

Ponderou, em contrapartida, que o comportamento da empresa importadora não causou falsidade material ou ideológica, o que autoriza a anulação da pena de perdimento e a incidên-

cia de multa de 100% sobre a diferença apurada.

Sustenta Multilaser Industrial Ltda. que a sentença, ao aplicar a sanção pecuniária e condicionar a liberação das mídias eletrônicas ao pagamento dela, fugiu dos limites do pedido e substituiu a atuação da Administração Aduaneira.

Explica que, subsidiariamente ao desembaraço aduaneiro com a recusa de subfaturamento, requereu a entrega dos produtos sem prejuízo da aplicação da multa em lançamento administrativo específico.

Argumenta, de qualquer modo, que o pedido principal deve ter sido julgado procedente. Alega que, em relação ao CD-R, o preço praticado por unidade - USD 0,11 - não se distancia em mais de 10% do valor mínimo indicado pelo estudo da Philips Intellectual Property & Standards - USD 0,115 -, de modo a impedir a ocorrência de infração administrativa.

Acrescenta que tanto as importações de CD-R quanto as de DVD-R não feriram as regras internacionais de comércio por outros fundamentos. Esclarece que o próprio DECEX, no Informe Técnico nº 508/2009, reconheceu como preço de referência das mercadorias em dezembro de 2008 a quantia de USD 0,08, para a qual teria contribuído a redução do montante da principal matéria-prima das mídias eletrônicas - resina de policarbonato (PC).

Alega que as associações do setor, outros importadores e a própria Receita Federal, em casos similares, têm considerado válido o valor de USD 0,11 por unidade.

A União apresentou contrarrazões (fls. 1.089). Posteriormente, interpôs apelação (fls. 1.090/1.093), na qual requer a manutenção da pena de perdimento, sob o fundamento de que a declaração de negociação abaixo da realidade configura falsidade ideológica e fraude fiscal.

Multilaser Industrial Ltda. respondeu ao recurso (fls. 1.101/1.110). Afirma que eventual subfaturamento é apenado somente com multa.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Devido à sucumbência da União em parte da lide, conheço de ofício da remessa oficial.

A sentença de procedência parcial não extravasou os limites do pedido, nem substituiu a atuação da Administração Pública.

Multilaser Industrial Ltda., subsidiariamente ao desembaraço aduaneiro com recusa de subfaturamento, requereu a entrega das mercadorias sem prejuízo da aplicação da multa.

O Juízo de Origem procedeu exatamente dessa forma, anulando a pena de perdimento e condicionando a liberação dos produtos ao pagamento da penalidade pecuniária.

A sanção decorre diretamente do artigo 108, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/1966 - discrepância entre o valor declarado e o praticado em transação internacional - e representa o meio de composição de conflito de interesses já levado à apreciação do Poder Judiciário.

Entretanto, os documentos trazidos ao processo indicam a ausência de infração à legislação aduaneira (artigos 105, XII, e 108, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/1966).

O preço adotado para a unidade do CD-R e DVD-R e constante das faturas comerciais - UDS 0,11 - não diverge da realidade da operação de comércio exterior.

Multilaser Industrial Ltda. trouxe informações de que as importações de mídias eletrô-

nicas na Ásia, com destino aos países da América Latina no mesmo período, refletiram igual valor (fls. 686).

A Associação de Empresas Fabricantes, Importadoras e Distribuidoras de Suprimentos e Acessórios de Informática do Brasil - AEMIBR apresentou negociações similares feitas por diversos importadores brasileiros - Carrefour Comércio e Indústria Ltda., Elgin S/A, Rio Branco Comércio e Indústria de Papéis Ltda., Golden Distribuidora Ltda., entre outros (fls. 101).

O próprio órgão do Ministério da Fazenda de Taiwan forneceu estatísticas de exportações com idêntico faturamento (fls. 102).

A prática sistemática do preço de USD 0,11 põe em dúvida a fraude das importações fiscalizadas, como se elas fossem negócios isolados, sem paralelo internacional.

A manifestação técnica do Departamento de Comércio Exterior - DECEX fortalece a disseminação do montante declarado no mercado externo (Informe Técnico nº 508/2009, junta-do a fls. 646/652).

O órgão informou que o valor de referência do CD-R e DVD-R fixado em 2005 está defasado. Argumentou que a principal matéria-prima dos produtos - resina de policarbonato (PC) - se desvalorizou e as empresas importadoras adotam o parâmetro por simples receio de autuação fiscal.

Afirmou que, como os custos de produção decresceram, o preço mínimo, já embutido de royalties devidos aos titulares das patentes e da margem de lucro do fornecedor, deveria ser alterado para UDS 0,08.

A posição partiu de repartição integrante do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, com atribuições voltadas a pesquisas de preços em todos os níveis, especificamente bolsas de mercadorias, publicações especializadas, listas de fabricantes estrangeiros e estatísticas oficiais nacionais e estrangeiras (artigo 30 da Portaria SECEX nº 23/2011)

A mudança de referência indica que Multilaser Industrial Ltda. pagou até faturas superiores ao piso, quando realizou as importações de Taiwan e China.

A documentação compromete a planilha de custos da Philips Intellectual Property & Standards, que constitui o fundamento do Auto de Infração nº 0817800/37260/08. O faturamento de UDS 0,11 por unidade teve projeção em várias transações internacionais e recebeu a certificação de órgãos oficiais de comércio exterior.

Aliás, as empresas asiáticas exportadoras são licenciadas da propriedade intelectual que recai sobre as mídias eletrônicas. Com a oficialização do valor da exportação pelo Ministério da Fazenda de Taiwan, presume-se que elas contabilizaram no faturamento os royalties devidos aos titulares das patentes.

Nessas circunstâncias, parece difícil cogitar de discrepância entre o montante declarado pelo importador brasileiro e o efetivamente praticado no país exportador (artigos 105, XII, e 108, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/1966), o que autoriza a anulação da pena de perdimento.

Na verdade, a autuação fiscal não deve ser ambientada na falsidade de declarações comerciais, mas na estrutura de produção do empresariado asiático. Se o faturamento da unidade não reflete o custo de fabricação ou decorre de subsídios governamentais, cabe ao governo brasileiro reagir mediante a implantação de políticas antidumping ou compensatórias (artigo 695 do Decreto nº 4.543/2002 e artigo 784 do Decreto nº 6.759/2009)

Com a procedência do pedido principal, a União assumirá o pagamento de despesas pro-

cessuais e de honorários de advogado, segundo as diretrizes do artigo 20 do Código de Processo Civil de 73.

Baseado no valor da causa (R\$ 1.471.740,00), na antiguidade do processo (2009), nas constantes intervenções do profissional, na proximidade do escritório e na equidade - moderador das condenações impostas à Fazenda Pública -, reputo razoável o montante de R\$ 20.000,00 a título de verba honorária.

Ante o exposto, dou provimento à apelação de Multilaser Industrial Ltda., julgando prejudicados o reexame necessário e o recurso da União.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0005442-23.2012.4.03.6105
(2012.61.05.005442-1)

Apelante: ROBERTA DE FREITAS LEITÃO PORTO
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AC 1943799
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2017

EMENTA

TRIBUTÁRIO - BEM IMÓVEL RECEBIDO POR HERANÇA - ALIENAÇÃO - IMPOSTO SOBRE A RENDA - GANHO DE CAPITAL - INCIDÊNCIA

1. O imóvel da autora foi vendido por R\$ 850.000,00, tendo pago à título de Imposto de Renda por ganho de capital a quantia de 76.090,50.
2. O artigo 3º, § 2º, da Lei nº 7.713/88 dispõe sobre a forma de apuração do valor do ganho de capital, assinalando que este é devido quando há diferença positiva entre o valor de transmissão do bem e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente.
3. O custo de aquisição de imóvel recebido por herança é disciplinado pelo artigo 16, III, da Lei nº 7.713/88, que prescreve ser o valor da avaliação do inventário ou arrolamento.
4. A jurisprudência de forma pacífica entende que o recebimento de bem imóvel em decorrência de herança não isenta o herdeiro do pagamento de lucro imobiliário.
5. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de dezembro de 2016.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Cuida-se de ação de repetição de indébito, ajuizada por Roberta de Freitas Leitão Porto, em 25/4/2012, face a União Federal, para obter a restituição do valor cobrado à título de Imposto de Renda sobre o ganho de capital na venda de imóvel herdado. Segundo alega, por força do falecimento de sua mãe, herdou imóvel, o qual foi vendido posteriormente, sendo que

a Receita Federal cobrou o valor do ganho de capital decorrente da diferença entre o valor de aquisição e o de venda, sendo que a exigência fiscal foi atendida. Sustenta, ainda, que tal exação é indevida, pois a aquisição de imóvel havido por herança se dá a título gratuito, não estando presente nas hipóteses de incidência da Lei nº 7.713/88. Por outro lado, requer que os valores restituídos sofram os acréscimos legais, desde a data do pagamento indevido. Por fim, pede a condenação da ré no pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, arbitrado sobre o valor da condenação. Atribuído à causa o valor de R\$ 76.090,50 (setenta e seis mil, noventa reais e cinquenta centavos).

Após a citação da ré (fl. 40) e a apresentação de contestação (fls. 41/42), sobreveio sentença que julgou improcedente o pedido, uma vez que entendeu legal a exigência fiscal. Consequentemente, condenou à autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa (fls. 66/68).

Apela à autora, pugnando pela reforma da sentença, sustentando que a Lei nº 7.713/88 não contempla o caso de imóvel havido por herança, sendo pois a transferência de imóvel por herança se dá a título gratuito e por isso não se encontra presente nas hipóteses da citada Lei. Por outro lado, alega que a Portaria nº 89/79 do Ministério da Fazenda ao tentar regulamentar a situação do custo de aquisição de imóvel por herança, o fez de modo ilegal, uma vez que a matéria está submetida à reserva legal, portanto não poderia ser fixada à base de cálculo por meio de Portaria e sim por Lei (fls. 70/77).

A União apresentou contrarrazões, requerendo o não provimento do apelo (fls. 85/86).

Regularmente processado o recurso, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Trata-se de ação de repetição de indébito, que visa à restituição do Imposto de Renda sobre o ganho de capital na venda de imóvel adquirido por herança.

A matéria limita-se à verificação da natureza jurídica dos valores recebidos com a venda de imóvel recebido em herança, perfilando-se seu alcance e consequente ingerência ou não no conceito de renda, preceituada no artigo 153, III, da Constituição Federal, artigo 43 do Código Tributário Nacional e Lei nº 7.71/88.

Inicialmente, assevero que o imóvel da autora era situado na Rua Artur de Freitas Leitão, nº 66, o qual fora construído no lote 24, da quadra 12, do loteamento “Nova Campinas”, e que se encontrava registrado no 1º Registro Imobiliário de Campinas, sob a matrícula nº 40.644, pelo valor venal de R\$ 201.873,42. Ocorre que, tal imóvel foi recebido por herança, devido ao falecimento da mãe da autora, sra. Mucy Maria Falson (mãe da autora).

Nesse passo, observo que o imóvel da autora foi vendido por R\$ 850.000,00, tendo sido pago a título de Imposto de Renda por ganho de capital a quantia de 76.090,50.

Ocorre que, o artigo 3º, § 2º, da Lei nº 7.713/88 dispõe sobre a forma de apuração do valor do ganho de capital, assinalando que este é devido quando há diferença positiva entre o valor de transmissão do bem e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, dispositivo que transcrevo:

Art. 3º O imposto incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta Lei.

(...)

§ 2º Integrará o rendimento bruto, como ganho de capital, o resultado da soma dos ganhos auferidos no mês, decorrentes de alienação de bens ou direitos de qualquer natureza, considerando-se como ganho a diferença positiva entre o valor de transmissão do bem ou direito e o respectivo custo de aquisição corrigido monetariamente, observado o disposto nos arts. 15 a 22 desta Lei.

Por sua vez, o custo de aquisição de imóvel recebido por herança é disciplinado pelo artigo 16, III, da Lei nº 7.713/88, que prescreve ser o valor da avaliação do inventário ou arrolamento, conforme pode ser verificado do dispositivo abaixo:

Art. 16. O custo de aquisição dos bens e direitos será o preço ou valor pago, e, na ausência deste, conforme o caso:

(...)

III - o valor da avaliação do inventário ou arrolamento;

A jurisprudência de forma pacífica entende que o recebimento de bem imóvel em decorrência de herança não isenta o herdeiro do pagamento de lucro imobiliário, sendo tal entendimento sintetizado pelo egrégio Tribunal Regional da 2ª Região no julgamento da AC 201251010012280, cuja ementa transcrevo:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL HAVIDO POR HERANÇA. LUCRO. GANHO DE CAPITAL. INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO. AUSÊNCIA DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. INTERPRETAÇÃO LITERAL. BASE DE CÁLCULO. ART. 16, III, DA LEI Nº 7.713/88. LEGALIDADE DA COBRANÇA.

1 - Apelação cível interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da presente ação ordinária, ajuizada com vistas ao reconhecimento do direito à repetição de imposto de renda incidente sobre o lucro auferido com a venda de imóveis havidos por herança.

2 - O recebimento dos bens a título de herança não isenta o Apelante do pagamento do tributo sobre o lucro imobiliário proveniente de alienação posterior, haja vista que a incidência do IR não ocorre sobre o valor da herança, mas quando da apuração de ganho de capital decorrente da venda desses bens. Pouco importa, para fins tributários, o momento em que os imóveis passaram a integrar o patrimônio do herdeiro, eis que o imposto não incide sobre a transmissão mortis causa, mas, tão somente, sobre o lucro advindo da venda do bem a terceiro, momento em que o contribuinte obteve a disponibilidade econômica da renda, nos termos do art. 43, II, do CTN.

3 - A alienação dos bens se deu na vigência da Lei nº 7713/88, conforme comprovam os documentos de fls. 33/39, cujo art. 16, III, fixou a base de cálculo do imposto de renda sobre o lucro imobiliário obtido com a venda de bens provenientes de herança, de maneira que, a apuração deve ser aferida pela diferença entre o valor da avaliação do bem no inventário ou arrolamento e o valor da venda.

4 - Os dispositivos legais que tratam da isenção devem ser interpretados de forma literal, nos termos do art. 111, inciso II, do Código Tributário Nacional.

5 - Legitimidade da cobrança. Impossibilidade de restituição.

6 - Recurso conhecido e improvido. Sentença confirmada.

(AC 201251010012280, Desembargadora Federal GERALDINE PINTO VITAL DE CASTRO, TRF2 - TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::04/11/2013.)

Ante o exposto, nego provimento à apelação, mantendo o julgado contido na sentença.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0002216-49.2014.4.03.6134

(2014.61.34.002216-4)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: INDÚSTRIAS ROMI S/A E FILIAIS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE AMERICANA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY

Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL VALDECI DOS SANTOS

Classe do Processo: ApelReex 2111188

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/02/2017

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA. LEI Nº 12.546/2011. PEDIDO DE EXCLUSÃO DOS VALORES REFERENTES AO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS.

1. As E. 1ª e 2ª Turmas do TRF 3R já decidiram não ocorrer dupla tributação ou violação ao disposto no artigo 154, I, da Constituição Federal, uma vez que o ICMS é um imposto indireto, cuja alíquota, embora destacada, é incluída no preço das mercadorias ou dos serviços prestados e, por conseguinte, é ônus suportado pelo adquirente da mercadoria ou pelo destinatário do serviço.

2. Sendo o preço do produto da venda computável como receita da empresa e, inserindo-se no faturamento, integra a base de cálculo do PIS e COFINS (TRF3, AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0011397-12.2015.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. Hélio Nogueira, Primeira Turma, j. 01-03-2016, e-DJF3 14-03-2016 e TRF3, AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009423-44.2014.4.03.6120/SP, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, Segunda Turma, j. 07-07-2015, e-DJF3 16-07-2015).

3. O STJ também vem decidindo neste sentido, afastando o entendimento adotado no RE nº 240.785, uma vez que, os artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011, da mesma forma que as contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS - na sistemática não cumulativa - previstas nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, adotou conceito amplo de receita bruta, ao passo que, naquele recurso, o STF tratou das contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS regidas pela Lei 9.718/98, sob a sistemática cumulativa, que adotou um conceito restrito de faturamento (STJ, RESP 201500965940, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJE 17-09-2015).

4. Apelação e Remessa Oficial providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Desembargador Federal Valdeci dos Santos, acompanhado pelo Desembargador Federal Hélio Nogueira, Desembargador Federal Cotrim

Guimaraes e Desembargador Federal Souza Ribeiro, vencido o relator que dava parcial provimento à apelação e à remessa oficial, a fim de fixar os honorários advocatícios em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

São Paulo, 06 de outubro de 2016.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

Cuida-se de ação de rito ordinário ajuizada em 29/09/2014 com o fito de obter provimento jurisdicional que assegure à autora o direito de proceder ao recolhimento da contribuição previdenciária substitutiva, incidente sobre a receita bruta conforme previsto na Lei nº 12.546/2011, sem a inclusão na base de cálculo dos valores referentes ao ICMS e ISS, bem como o de reaver, “atualizados pela Taxa Selic, os valores recolhidos à maior em razão da inclusão dos referidos tributos na base de cálculo da contribuição previdenciária substitutiva, seja por meio de compensação com tributos devidos para a Receita Federal do Brasil, ou por via de repetição de indébito”. Atribuído à causa o valor de R\$ 50.000,00.

Processado o feito, foi proferida sentença nos seguintes termos:

(...)

Posto isso, julgo PROCEDENTE o pedido, com a resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, para DECLARAR a exclusão da base de cálculo da contribuição previdenciária instituída pela Lei 12.546/2011, o ICMS e o ISS, bem como para assegurar aos requerentes o direito à repetição ou à compensação - apenas entre contribuições, consoante acima explanado - das quantias recolhidas a maior em virtude do cômputo de aludidos tributos para a apuração da receita bruta. Sobre o montante devido deverá ser aplicado apenas, a teor do acima já expendido, a taxa SELIC, instituída pela Lei 9.250/96, para fins de acréscimo de juros e correção, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros.

Deverá ser observado, no tocante à compensação, o quanto determinado no artigo 170-A do CTN.

Condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios, os quais, atento ao disposto no art. 20, §§3º e 4º, do CPC, fixo em 5% do valor da condenação.

Custas *ex lege*.

Sentença sujeita ao reexame necessário. Oportunamente, após o decurso de prazo para a interposição de recursos voluntários, remetam-se os autos ao E. TRF da 3ª Região.

(...).

Inconformada, apela a União defendendo a constitucionalidade e a legalidade da inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo da contribuição previdenciária incidente sobre a receita bruta, sustentando, quanto aos honorários advocatícios, que devem reduzidos e estipulados “em valor fixo, à luz do art. 20 §4º, do Código de Processo Civil”.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WILSON ZAUHY (Relator):

A Lei nº 12.546/2011, alterada por sucessiva legislação, instituiu para determinadas empresas discriminadas na referida norma, contribuição incidente sobre a receita bruta, “excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos”, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do “*caput*” do art. 22 da Lei nº 8.212/91.

A discussão posta nos autos em razão da base de cálculo imposta por essa nova lei reaviva o antigo debate atinente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, daí porque entendendo aplicável à espécie o mesmo entendimento fundamentado para aquela celeuma.

No particular, aplico ao caso o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que equiparou, sob o aspecto econômico, o faturamento à receita, entendido como o resultado bruto das vendas de mercadoria, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, despegando o conceito de faturamento daquele restrito dado pelo direito comercial, como se vê do voto do eminente Ministro ILMAR GALVÃO, proferido no RE nº 150.164-1/PR e reproduzido quando do julgamento da ADC -1-1, *verbis*:

De outra parte, o DL nº 2.397/87, que alterou o DL nº 1940/82, em seu art.22, já havia conceituado a receita bruta do art. 1º, § 1º, do mencionado diploma legal como a “receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços”, conceito esse que coincide com o de faturamento, que, para efeitos fiscais, sempre entendido como o produto de todas as vendas, e não apenas das vendas acompanhadas de fatura, formalidade exigida tão-somente nas vendas mercantis a prazo (art. 1º da Lei nº 187/36). A Lei nº 7.689/88, pois ao converter em contribuição social, para os fins do art. 195, I, da Constituição, o FINSOCIAL, até então calculado sobre a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, nada mais fez do que instituir contribuição social sobre o faturamento (RTJ. 156/738-9).

Por conseguinte, o que se tem é que a inclusão na base de cálculo dos tributos de elemento econômico estranho à venda de mercadorias, de mercadorias e serviços ou de serviços, como ocorre com o ICMS, é prática que importa em afronta à própria Constituição Federal.

Entendo que ganha relevo a tese jurídica defendida nos autos, considerando ter o egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao tratar do tema, no julgamento do RE nº 240.785-MG, fixado posicionamento no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, como se denota da ementa do aludido recurso, *verbis*:

TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento.

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

Assim, em que pese o julgado do STF não se referir propriamente à contribuição questionada nos autos, tomo tal norte de fundamentação e o precedente citado, de todo aplicável à

espécie, dada a analogia entre as situações postas a julgamento, para reconhecer a plausibilidade da tese defendida pela autora quanto à impossibilidade de inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo da contribuição prevista na Lei nº 12.546/11.

Os valores indevidamente recolhidos serão objeto de repetição observada a prescrição quinquenal (data do ajuizamento da ação).

No tocante à compensação, far-se-á com contribuições de mesma espécie e destinação, também observada a prescrição quinquenal, nos termos da legislação vigente à data do encontro de contas conforme decidido no REsp 1.164.452/MG.

Quanto à correção monetária, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.112.524/DF e do REsp nº 1.111.175/SP, conforme procedimento previsto para os recursos repetitivos, assentou o entendimento de ser a taxa SELIC aplicável exclusivamente a partir de 01º/01/1996, sem cumulação com qualquer outro índice de correção monetária ou de juros.

Acerca do valor dos honorários advocatícios, não deve ser fixado de maneira desproporcional - seja em montante manifestamente exagerado seja em quantia irrisória - distanciando-se da finalidade da lei.

Por outro lado, a fixação deve ser justa e adequada às circunstâncias de fato, consoante iterativa jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CPC, ART. 20, § 4º. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO OCORRÊNCIA.

I - Os embargos à execução, julgados procedentes, têm natureza constitutiva, e não condenatória, pelo que o arbitramento dos honorários advocatícios deve ocorrer na forma prevista no § 4º do art. 20 do CPC. Isso não significa critério subjetivo, mas fixação justa, com observância das alíneas a, b e c do § 3º do art. 20, sem, contudo, se vincular aos percentuais ali estabelecidos.

(...)

III - Recurso especial não conhecido.

(REsp nº 330295/CE, 3ª Turma, Rel. Min. ANTÔNIO de PÁDUA RIBEIRO, v.u., j. 21.09.04, DJ. 22.11.04, pág. 330)

Na espécie, denota-se ser de R\$ 50.000,00 o valor da causa, tendo a ação sido ajuizada em 29/09/2014.

Infer-se ainda que o tema ora tratado não apresenta complexidade elevada, sendo, ademais, vencida a Fazenda Pública.

Diante destes subsídios, considerando ainda que foi a decisão recorrida proferida em junho/2015, tenho ser de rigor fixar os honorários advocatícios em R\$ 2.500,00, com base no artigo 20, §4º, do CPC/73.

Ante o exposto, voto por *dar parcial provimento* à apelação e à remessa oficial, a fim de fixar em R\$ 2.500,00 o valor dos honorários advocatícios.

É o voto.

Desembargador Federal WILSON ZAUHY - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS (Relator para o Acórdão):
Peço vênica ao e. Relator para dele divergir.

Deveras, quanto à questão posta em debate, as E. 1ª e 2ª Turmas desta C. Corte assim já decidiram não ocorrer dupla tributação ou violação ao disposto no artigo 154, I, da Constituição Federal, uma vez que o ICMS é um imposto indireto, cuja alíquota, embora destacada, é incluída no preço das mercadorias ou dos serviços prestados e, por conseguinte, é ônus suportado pelo adquirente da mercadoria ou pelo destinatário do serviço.

Portanto, sendo o preço o produto da venda computável como receita da empresa e, inserindo-se no faturamento, integra a base de cálculo do PIS e COFINS (TRF3, AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0011397-12.2015.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. Hélio Nogueira, Primeira Turma, j. 01/03/2016, e-DJF3 14/03/2016 e TRF3, AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0009423-44.2014.4.03.6120/SP, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, Segunda Turma, j. 07/07/2015, e-DJF3 16/07/2015).

Observa-se que o STJ também vem decidindo neste sentido, afastando o entendimento adotado no RE nº 240.785, uma vez que, os arts. 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011, da mesma forma que as contribuições ao PIS/Pasep e à COFINS - na sistemática não cumulativa - previstas nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, adotou conceito amplo de receita bruta, ao passo que, naquele recurso, o STF tratou das contribuições ao PIS/Pasep e à COFINS regidas pela Lei 9.718/98, sob a sistemática cumulativa, que adotou um conceito restrito de faturamento (STJ, RESP 201500965940, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 17/09/2015).

Ante o exposto, dou provimento à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS - Relator para o Acórdão

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA

0008506-36.2015.4.03.6105

(2015.61.05.008506-6)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: GIOVANIBRUNO CORRETORA DE SEGUROS LTDA.

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE CAMPINAS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE

Classe do Processo: AMS 361890

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2017

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CORRETORAS DE SEGUROS. INAPLICABILIDADE DO ART. 18 DA LEI Nº 9.718/98. NÃO EQUIPARAÇÃO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DA UF IMPROVIDAS.

- Com efeito, o art. 18 da Lei nº 10.684/03 elevou para quatro por cento a alíquota da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, devida pelas pessoas jurídicas referidas nos parágrafos 6º e 8º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

- Por sua vez, os mencionados parágrafos assim dispõem: “§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei no 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)” “§ 8º Na determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, poderão ser deduzidas as despesas de captação de recursos incorridas pelas pessoas jurídicas que tenham por objeto a securitização de créditos:”

- Desse modo, conclui-se que são sujeitos da alteração perpetrada pelo art. 18 da lei nº 10684/03 as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91: “§ 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo”.

- A controvérsia dos autos cingiu-se a constatar se a impetrante, na condição de administradora e corretora de seguros, enquadrava-se no rol previsto pelo parágrafo 1º acima transcrito.

- De fato, o referido dispositivo menciona as sociedades corretoras e os agentes autônomos de seguros privados. A abrangência de tais termos foi discutida nas cortes superiores, encerrando a dúvida acerca da melhor interpretação cabível para o tema. Nesse sentido o Resp nº 1.400.287, julgado no rito dos recursos especiais repetitivos.

- Segundo entendeu o C. STJ, o art. 22 da Lei nº 8.212, ao fazer menção às sociedades corretoras, não o fez de forma irrestrita, mas qualificou o gênero sociedades corretoras, especificando que as determinações ali estabelecidas eram direcionadas às “socie-

dades corretoras distribuidoras de títulos e valores mobiliários”.

- Constatou do voto do Relator, Min. Campbell Marques que: “No entanto, no exame da matéria e com amparo em informações trazidas posteriormente pela própria FAZENDA NACIONAL na petição de e-STJ fls. 375/387, observei que ‘O corretor de seguros, seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguros, admitidos pela legislação vigente, entre as Sociedades de Seguros e as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado’ (art. 1º, da Lei 4.594/64). Seu registro é feito na SUSEP. Tem por função a intermediação dos contratos de seguros por meio da administração da relação segurado X seguradoras, na defesa dos interesses dos segurados. Tanto que o art. 17, da Lei nº 4.594/64 veda relação empregatícia, societária ou de subordinação às seguradoras. Sua comissão é paga pelo segurado, em percentual calculado sobre o prêmio, e não pela seguradora. Seu contrato com o cliente é o de corretagem regido pelo art. 722, do CC/2002.”

- “Já os ‘agentes autônomos de seguros’ são pessoas físicas ou jurídicas representantes da seguradora e autorizados a intermediar operações de seguro diretamente com os interessados. O agente de seguros tem interesse direto na colocação de determinadas apólices de seguros, as quais são emitidas pela seguradora que ele representa e de cuja venda sai sua remuneração. Sua relação com a seguradora rege-se pelo contrato de agência, previsto no art. 710, do CC/2002. Desse modo, em que pese o disposto no art. 1º; Decreto nº 56.903/65, não há como compreender que as ‘sociedades corretoras de seguros’ sejam os ‘agentes autônomos de seguros privados’, havendo que se compreender que o referido decreto não se reporta aos ‘agentes autônomos de seguros’ mas só às ‘sociedades corretoras de seguros’ que, por uma mera e inconveniente coincidência, anteriormente se chamavam ‘agentes’.”

- Realmente, as sociedades corretoras de seguros atuam através de contratos de corretagem com os clientes, nos termos do art. 722 do Código Civil, tendo a comissão paga pelo segurado, não podendo, por sua própria estrutura, se beneficiar das deduções previstas pela Lei. 9.718/98, o que somente se aplica as sociedades corretoras de valores imobiliários, regidas pela Resolução Bacen nº 1.655/89, integrantes do Sistema Financeiro Nacional, as quais concretizam negócios jurídicos nas bolsas de mercadorias e futuros.

- Assim, considerando-se aspectos como função, fonte de renda e deduções previstas por lei, obtém-se que as sociedades corretoras de seguros não se equiparam as sociedades corretoras de valores imobiliários e nem aos agentes autônomos de seguros privados (representantes das seguradoras e autorizados a intermediar operações, remunerados pela própria seguradora em função das apólices emitidas), não se tratando a questão de mera relação de gênero e espécie, mas de entidades que não devem ser encaradas, perante a lei, como idênticas.

- O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

- No caso concreto, o ajuizamento da ação ocorreu em 06/07/2015, devendo o contribuinte atender às regras do artigo 74 da Lei 9.430/96, com redação alterada nos termos das Leis 10.637/2002, 10.833/2003, 11.051/2004, 11.941/2009, 12.249/2010 e 12.844/2013. No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão proferido neste processo, em face do disposto no art. 170-A do

CTN, instituído pela LC 104/2001.

- Fica ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios e o quantum, que está adstrito aos valores devidamente comprovado nos autos.
- A correção do indébito deve ser aquele estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.
- Remessa oficial e apelação da União Federal improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de dezembro de 2016.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Trata-se de reexame necessário e apelação da União Federal, em face da r. sentença de fls. 83/85 que concedeu a segurança, e autorizou a impetrante ao recolhimento mensal da COFINS sob a alíquota de 3% (três por cento), bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título, devidamente corrigidos, observada a prescrição quinquenal e o disposto no art. 170-A do CTN.

Em suas razões, alega a União Federal, em síntese, que as empresas corretoras de seguros são espécies do gênero “sociedades corretoras” e que de acordo com o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91, combinado com o art. 18 da Lei nº 10.684/03, as sociedades corretoras devem recolher a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social com a alíquota de quatro por cento. Aduz, também, que as corretoras de seguros e os agentes de seguros são entes idênticos, de modo que ainda que não se considere a classificação da agravada como sociedade corretora, deve a mesma ser enquadrada na qualidade de agente de seguro, o que enseja o recolhimento da Cofins na alíquota de quatro por cento. Pede a reforma da r. decisão *a quo* (fls. 94/97).

O representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o Relatório.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE (Relatora):

Sem preliminares, passo, então, a análise do mérito.

O cerne da controvérsia travada nos autos é a exigência do recolhimento mensal da COFINS sob a alíquota de 3% para 4%, nos termos da Lei 10.684/03.

Com efeito, o art. 18 da Lei nº 10.684/03 elevou para quatro por cento a alíquota da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, devida pelas pessoas jurídicas referidas nos parágrafos 6º e 8º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

Por sua vez, os mencionados parágrafos assim dispõem:

§ 6º Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei no 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 8º Na determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, poderão ser deduzidas as despesas de captação de recursos incorridas pelas pessoas jurídicas que tenham por objeto a securitização de créditos:

Desse modo, conclui-se que são sujeitos da alteração perpetrada pelo art. 18 da lei nº 10684/03 as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212/91: “§ 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo”.

A controvérsia dos autos cingiu-se a constatar se a impetrante, na condição de administradora e corretora de seguros, enquadrava-se no rol previsto pelo parágrafo 1º acima transcrito.

De fato, o referido dispositivo menciona as sociedades corretoras e os agentes autônomos de seguros privados. A abrangência de tais termos foi discutida nas cortes superiores, encerrando a dúvida acerca da melhor interpretação cabível para o tema. Nesse sentido o Resp nº 1.400.287, julgado no rito dos recursos especiais repetitivos consignou que:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COFINS. SOCIEDADES CORRETORAS DE SEGURO E SOCIEDADES CORRETORAS, DISTRIBUIDORAS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 22, § 1º, DA LEI 8.212/91 APLICADO À COFINS POR FORÇA DO ART. 3º, § 6º DA LEI Nº 9.718/98 E ART. 18 DA LEI 10.684/2003. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA (4%) PREVISTA NO ART. 18 DA LEI 10.684/2003.

1. Não cabe confundir as “sociedades corretoras de seguros” com as “sociedades corretoras de valores mobiliários” (regidas pela Resolução BACEN nº 1.655/89) ou com os “agentes autônomos de seguros privados” (representantes das seguradoras por contrato de agência). As “sociedades corretoras de seguros” estão fora do rol de entidades constantes do art. 22, § 1º,

da Lei nº 8.212/91.

2. Precedentes no sentido da impossibilidade de enquadramento das empresas corretoras de seguro como sociedades corretoras: 2.1) Primeira Turma: AgRg no AgRg no REsp 1132346 / PR, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 17/09/2013; AgRg no AREsp 307943 / RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 03/09.2013; AgRg no REsp 1251506/ PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01/09/2011; Segunda Turma: REsp 396320 / PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 16.12.2004.

3. Precedentes no sentido da impossibilidade de equiparação das empresas corretoras de seguro aos agentes de seguros privados: Primeira Turma: AgRg no AREsp 441705 / RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 03/06/2014; AgRg no AREsp 341247 / RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 22/10/2013; AgRg no AREsp 355485 / RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 22/10/2013; AgRg no REsp 1230570 / PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 05/09/2013; AgRg no AREsp 307943 / RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 03/09/2013; AgRg no REsp 1251506 / PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01/09/2011; REsp 989735 / PR, Rel. Min. Denise Arruda julgado em 01/12/2009; Segunda Turma: AgRg no AREsp 334240 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 20/08/2013; AgRg no AREsp 426242 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 04/02/2014; EDcl no AgRg no AREsp 350654 / RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10/12/2013; AgRg no AREsp 414371 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 05/12/2013; AgRg no AREsp 399638 / SC, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 26/11/2013; AgRg no AREsp 370921 / RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 01/10/2013; REsp 1039784 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 07/05/2009.

4. Precedentes superados no sentido da possibilidade de enquadramento das empresas corretoras de seguro como sociedades corretoras: Segunda Turma: AgRg no AgRg no AREsp 333496 / SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 10.09.2013; AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 342463/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 26.11.2013; REsp 699905 / RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 05.11.2009; AgRg no REsp 1015383 / RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 19/05/2009; REsp 1104659 / RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 05/05/2009; REsp 555315/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, julgado em 21/06/2007.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 8/08.

Segundo entendeu o C. STJ, o art. 22 da Lei nº 8.212, ao fazer menção às sociedades corretoras, não o fez de forma irrestrita, mas qualificou o gênero sociedades corretoras, especificando que as determinações ali estabelecidas eram direcionadas às “sociedades corretoras distribuidoras de títulos e valores mobiliários”.

Constou do voto do Relator, Min. Campbell Marques que:

No entanto, no exame da matéria e com amparo em informações trazidas posteriormente pela própria FAZENDA NACIONAL na petição de e-STJ fls. 375/387, observei que “O corretor de seguros, seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguros, admitidos pela legislação vigente, entre as Sociedades de Seguros e as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado” (art. 1º, da Lei 4.594/64). Seu registro é feito na SUSEP. Tem por função a intermediação dos contratos de seguros por meio da administração da relação segurado X seguradoras, na defesa dos interesses dos segurados. Tanto que o art. 17, da Lei nº 4.594/64 veda relação empregatícia, societária ou de subordinação às seguradoras. Sua comissão é paga pelo segurado, em percentual calculado sobre o prêmio, e não pela seguradora. Seu contrato com o cliente é o de corretagem regido pelo art. 722, do CC/2002.

“Já os ‘agentes autônomos de seguros’ são pessoas físicas ou jurídicas representantes da seguradora e autorizados a intermediar operações de seguro diretamente com os interessados. O agente de seguros tem interesse direto na colocação de determinadas apólices de seguros, as quais são emitidas pela seguradora que ele representa e de cuja venda sai sua remuneração. Sua relação com a seguradora rege-se pelo contrato de agência, previsto no art. 710, do CC/2002.

Desse modo, em que pese o disposto no art. 1º; Decreto nº 56.903/65, não há como compreender que as ‘sociedades corretoras de seguros’ sejam os ‘agentes autônomos de seguros privados’, havendo que se compreender que o referido decreto não se reporta aos ‘agentes autônomos de seguros’ mas só às ‘sociedades corretoras de seguros’ que, por uma mera e inconveniente coincidência, anteriormente se chamavam ‘agentes’.”

Realmente, as sociedades corretoras de seguros atuam através de contratos de corretagem com os clientes, nos termos do art. 722 do Código Civil, tendo a comissão paga pelo segurado, não podendo, por sua própria estrutura, se beneficiar das deduções previstas pela Lei. 9.718/98, o que somente se aplica as sociedades corretoras de valores imobiliários, regidas pela Resolução Bacen nº 1.655/89, integrantes do Sistema Financeiro Nacional, as quais concretizam negócios jurídicos nas bolsas de mercadorias e futuros.

Assim, considerando-se aspectos como função, fonte de renda e deduções previstas por lei, obtém-se que as sociedades corretoras de seguros não se equiparam as sociedades corretoras de valores imobiliários e nem aos agentes autônomos de seguros privados (representantes das seguradoras e autorizados a intermediar operações, remunerados pela própria seguradora em função das apólices emitidas), não se tratando a questão de mera relação de gênero e espécie, mas de entidades que não devem ser encaradas, perante a lei, como idênticas.

Sobre o tema destaco os precedentes:

TRIBUTÁRIO COFINS. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. EMPRESA CORRETORA DE SEGUROS. EQUIVALÊNCIA INEXISTENTE COM AGENTE DE SEGUROS PRIVADOS. PRECEDENTES.

O STJ firmou o entendimento de que as sociedades corretoras de seguros, responsáveis por intermediar a captação de interessados na realização de seguros, não podem ser equiparadas aos agentes de seguros privados (art. 22, § 1º, da Lei 8.212). Dessa forma, a majoração da alíquota da cofins (art. 18 da Lei 10.684/2003), de 3% para 4%, não alcança as corretoras de seguro. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 442022/RS, relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 26.05.2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COFINS. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. SOCIEDADES CORRETORAS DE SEGUROS. NÃO SUJEIÇÃO. RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS Nº 1.391.092-SC E 1.400.287-RS.

1. A Primeira Seção sob o rito do artigo 543-C do CPC, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais de nº 1.391.092/SC e 1.400.287/SC, decidiu pela impossibilidade de extensão da majoração de alíquota da COFINS, prevista pelo art. 18 da Lei 10.684/03, às sociedades corretoras de seguros.

2. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 403669/RS, relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 28.05.2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. SOCIEDADE CORRETO-

RA DE SEGUROS . COFINS . INAPLICABILIDADE DA ALÍQUOTA ADICIONAL DE 1% (LEI 10.648/03). ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE: RESP. 989.735/PR, REL. MIN. DENISE ARRUDA, DJE 09.12.2009, AGRG NO AGRG NO RESP. 1.132.346/PR, REL. MIN. ARI PARGENDLER, DJE 25.09.2013, AGRG NO ARESP. 334.240/RS, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 12.09.2013; AGRG NO RESP. 1.230.570/PR, REL. MIN. SÉRGIO KUKINA, DJE 12.09.2013; AGRG NO ARESP. 307.943/RS, REL. MIN. BENEDITO GONÇALVES, DJE 10.09.2013. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia em torno da possibilidade de majoração da alíquota da COFINS, de 3% para 4%, sobre o faturamento de corretora de seguros.

2. Esta egrégia Corte Superior entende que as Sociedades corretoras de seguros, responsáveis por intermediar a captação de interessados na realização de seguros, não podem ser equiparadas aos agentes de seguros privados (art. 22, § 1º da Lei 8.212), cuja atividade é típica das instituições financeiras na busca de concretizar negócios jurídicos nas bolsas de mercadorias e futuros.

Destarte, a majoração da alíquota da COFINS (art. 18 da Lei 10.684/2003), de 3% para 4%, não alcança as corretoras de seguro.

3. Ademais, afigura-se inadequada a argumentação relacionada à observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB) e do enunciado 10 da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, pois não houve declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais suscitados, tampouco o afastamento destes, tão somente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável à espécie.

4. Agravo Regimental da Fazenda Nacional desprovido.

(STJ, AgRg no AREsp 441.705/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COFINS. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. CORRETORA DE SEGURO. NÃO EQUIPARAÇÃO A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

1. Somente as sociedades corretoras e os agentes autônomos de seguros, equiparados às instituições financeiras, é que tiveram sua alíquota majorada para 4% (quatro por cento), não se incluindo nesse rol as corretoras de seguros, como é o caso da agravada.

2. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

3. Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0027005-21.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 24/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE CORRETORA DE SEGUROS. COFINS. INAPLICABILIDADE DA ALÍQUOTA ADICIONAL DE 1% (LEI 10.648/03).

O colendo Superior Tribunal de Justiça assentou que as Sociedades corretoras de seguros, responsáveis por intermediar a captação de interessados na realização de seguros, não podem ser equiparadas aos agentes de seguros privados (art. 22, § 1º, da Lei nº 8.212), cuja atividade é típica das instituições financeiras na busca de concretizar negócios jurídicos nas bolsas de mercadorias e futuros; assim, a majoração da alíquota da COFINS (art. 18 da Lei nº 10.684/2003), de 3% para 4%, não alcança as corretoras de seguro (AgRg no AREsp 441.705/RS).

Agravo legal desprovido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0022534-92.2013.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 27/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/01/2015)

Desta forma, faz jus a impetrante à compensação dos valores recolhidos a título da CO-FINS nos termos ora pleiteados.

O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

No caso concreto, o ajuizamento da ação ocorreu em 16/06/2015, devendo o contribuinte atender às regras do artigo 74 da Lei 9.430/96, com redação alterada nos termos das Leis 10.637/2002, 10.833/2003, 11.051/2004, 11.941/2009, 12.249/2010 e 12.844/2013.

No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão proferido neste processo, em face do disposto no art. 170-A do CTN, instituído pela LC 104/2001.

Fica ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios e o quantum, que está adstrito aos valores devidamente comprovado nos autos.

A correção do indébito deve ser aquele estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

Assim, há que ser mantida a r. sentença *a quo*, concessiva da segurança.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal.

É o meu voto.

Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE - Relatora

