

Sentenças



AÇÃO PENAL

0008647-36.2006.4.03.6181

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Denunciados: BORIS ABRAMOVICH BEREZOVSKY E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: MARCELO COSTENARO CAVALI
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2014

1. Trata-se de ação penal derivada de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal originariamente em face de Boris Abramovich Berezovsky (também chamado Platon Elenin), russo, casado, nascido em 23.01.1946, portador do passaporte britânico nº C00165789, Kiavash Joorabchian (também chamado Kia Joorabchian ou Kia Kiavash), iraniano, solteiro, portador do passaporte britânico nº 093023841 e inscrito no CPF sob nº 005.776.939-72, Alberto Dualib, brasileiro, casado, nascido em 01.01.1920, portador do RG nº 1.029.682-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 027.896.208-49, Nesi Curi, brasileiro, viúvo, portador do RG nº 1.244.183-1-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 007.024.598-36, Renato Duprat Filho, brasileiro, casado, portador do RG nº 6.610.836-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 567.734.638-15, Alexandre Verri, brasileiro, casado, advogado, portador do RG nº 12.277.216-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 082.290.548-51, Paulo Sérgio Scudiere Angioni, brasileiro, casado, portador do RG nº 2.300.914-5-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 097.699.277-91, e de Nojan Bedroud, iraniano, solteiro, portador do passaporte britânico nº 094538819 e inscrito no CPF sob nº 059.967.527-60, por meio da qual se lhes imputou a prática dos *delitos tipificados nos artigos 288 do Código Penal e 1º, incisos V e VII, da Lei nº 9.613/1998*.

A denúncia, acostada às fls. 02/21, principia por relatar a evolução patrimonial de Boris Abramovich Berezovsky (doravante denominado apenas Boris).

Narra a peça inicial acusatória que, em 1986, Boris teria investido, na Rússia, juntamente com outros quatro sócios, o equivalente a 5.000 dólares dos EUA numa joint venture firmada entre o Instituto de Ciências e Controle da Academia de Ciências (Autovaz) e a empresa italiana Logosystems. Passados 5 anos, em 2001, o patrimônio desses sócios, entre os quais Boris, teria atingido a espantosa quantia de 20 milhões de dólares, o que seria bastante suspeito.

Posteriormente, entre 1992 e 1999, Boris teria ampliado seu poder econômico e ganhado ascendência política na Rússia durante os dois mandatos sucessivos de Boris Yeltsin. Também participou ativamente da campanha de Vladimir Putin, sucessor de Yeltsin, em 2000. Na mesma eleição foi eleito representante da Duma, casa legislativa da Federação Russa.

Ainda em 2000, foi preso Nikolai Gluchkov, seu associado empresarial. Boris, supostamente temendo o mesmo destino, fugiu para a Inglaterra, obtendo asilo político naquele país.

2. Segundo a imputação, o aumento patrimonial de Boris teria decorrido da prática de crimes cometidos contra a Federação Russa. Documentos encaminhados pela Procuradoria Geral daquele país dão conta de que Boris lá responderia a três investigações policiais.

A primeira diz respeito à Aeroflot – Linhas Aéreas Internacionais Russas, criada em 1993 pelo governo russo, sendo o Estado titular de 51% das ações. Um ano depois, Boris e Nikolai Gluchkov constituíram a empresa Andava, na Confederação Suíça. A Andava, por sua vez, criou a Corporação Financeira Unida FOK. Boris teria se valido de sua influência para designar como diretor-geral, vice-diretor geral e vice-diretor para comércio e propaganda da Aeroflot, respectivamente, Cheinin, Nikolai Gluchkov e Krasnenker.

Em comum acordo com Kryzhevskaya, contadora-chefe da Aeroflot, Boris, Gluchkov e Krasnenker, sob pretexto de manutenção de recursos no exterior, teriam desviado para a conta corrente nº 423237, mantida pela Andava junto ao UBS, em Lausanne, recursos da Aeroflot no valor de duzentos e cinquenta e seis milhões de dólares. Dessa conta, teriam sido transferidos valores para contas pessoais de Gluchkov, Krasnenker, Kryshevskaya e Cheinin, bem como para a conta corrente nº 90-254.646.1 no UBS, de titularidade da empresa Ruko Trading, cujo proprietário seria Boris. Para justificar a transferência dos recursos, teriam sido forjados contratos e títulos com a FOK, gerando juros e multas contratuais simulados.

Em decorrência destes fatos, Gluchkov, Kryzhevskaya e Cheinin foram condenados pela prática do delito previsto no artigo 159, parte 3 (b) do Código Penal da Federação Russa. Tal conduta, sustenta o Ministério Público Federal, equivale ao crime de peculato tipificado no artigo 312 do Código Penal brasileiro. Boris teria sido processado e estava sendo investigado, ainda, pelo delito previsto no artigo 174, parte 3, do Código Penal da Federação Russa, que seria correspondente, em nossa legislação penal, ao delito de lavagem de capitais.

3. A segunda investigação criminal remonta aos anos de 1994 e 1995, quando Boris teria comandado um grupo organizado do qual participaram Badri Patarkatsichvili e Dubov. Na condição de presidente do Conselho de Diretores e detentor de 7,7% das ações da Logovaz, empresa que comercializava automóveis, Boris teria obtido 2322 automóveis em consignação da empresa fabricante, a Autovaz. Uma vez comercializados os automóveis, os recursos correspondentes não teriam sido pagos ao fabricante, mas desviados em proveito próprio, visando-se finalidades diversas, entre elas o pagamento de ações da ORT – Televisão Russa Social, adquiridas por Boris, a compra da Editora Ogoniok e a aquisição de imóveis junto à empresa Soiuz International, entre eles um chalé para a filha de Boris, Elena Berezovskaia.

Para justificar a operação, Boris teria simulado a assunção pela Logovaz, através da entrega de títulos, de débitos fiscais que a Autovaz possuía junto ao distrito de Sâmara. Tal compensação de crédito, no entanto, nunca teria ocorrido de fato.

Em decorrência desses fatos, Boris era investigado, à época da denúncia, pela suposta prática de infração ao artigo 159, parte 3 (b) do Código Penal da Federação Russa (antigo artigo 147 do mesmo diploma legal), correspondente, de acordo com o Ministério Público Federal, ao delito de peculato previsto no artigo 312 do Código Penal brasileiro.

4. A terceira investigação mencionada pelo Ministério Público Federal está relacionada à ABBA – Aliança Automobilística de Toda a Rússia, da qual Boris foi diretor geral. Amparado em decreto presidencial, e sob o pretexto de necessidade de um local para a promoção de encontros com delegações nacionais e internacionais de alto nível, Boris teria obtido a posse de uma propriedade rural na região de Krasnogorski. Em seguida, na qualidade de presidente do Conselho de Diretores da Logovaz, fomentou a eleição de Dubov como seu diretor geral e o instigou a adquirir a casa de campo nº 2 na referida propriedade, transferindo-a para os ativos da Logovaz. Tal imóvel foi, ato contínuo, vendido à filha de Boris, Elena Berezovskaia.

Em decorrência desses fatos, Boris é investigado pela suposta prática de infração ao artigo 159, parte 4 do Código Penal da Federação Russa, correspondente, segundo o Ministério Público Federal, ao delito de peculato previsto no artigo 312 do Código Penal brasileiro.

Pela possível prática dos delitos mencionados, teria sido decretada a prisão de Boris em cada um dos referidos procedimentos criminais.

Esses crimes antecedentes teriam gerado produtos ilícitos, os quais seriam objeto de ocultação e dissimulação de sua natureza, origem e localização, através de investimentos realizados no Sport Club Corinthians Paulista, conforme prossegue explanando a denúncia.

5. Kiavash Joorabchian (doravante denominado apenas Kia) teria sido apresentado a Alberto Dualib (doravante denominado apenas Alberto), por Renato Duprat, em reunião na qual também estavam presentes Antonio Roque Citadini e Carla Dualib. Kia foi apresentado como um investidor interessado no futebol brasileiro. Propôs a formação de uma parceria entre a empresa que dizia representar, denominada MSI – Media Sports Investment Limited, e o Sport Club Corinthians Paulista.

Segundo o Ministério Público Federal, a MSI sequer existia nessa época, somente tendo sido formalmente constituída em 31 de agosto de 2004.

Segundo a denúncia, Kia é, já há tempos, um “testa-de-ferro” de Boris. Isso estaria claro desde que, em 1999, juntamente com outro iraniano, à frente de um fundo de investimentos recém-constituído e sediado nas Ilhas Virgens Britânicas, adquiriram 85% das quotas do Kom-mersant Publishing House, famoso grupo editorial russo. Os 15% restantes foram adquiridos por Boris, que, algum tempo depois, adquiriu todas as quotas.

6. Em 05 de agosto de 2004, Alberto e Nesi Curi, em nome do Sport Club Corinthians Paulista (“Corinthians”), e Kia, representando a MSI, assinaram um instrumento particular de pré-contrato, segundo o qual o Corinthians manifestava interesse em firmar contrato de gestão exclusiva de seu departamento de futebol e licenciamento de propriedade intelectual com a MSI, que faria jus a 51% do lucro líquido auferido pelo Corinthians; em contrapartida, a MSI obrigava-se a aportar o equivalente a US\$ 35 milhões no clube.

Em 07 de agosto de 2004, uma delegação de dirigentes do Corinthians – composta por Alberto, presidente do clube, Nesi Curi, vice-presidente, Andrés Navarro Sanchez, vice-presidente de futebol, e Carla Dualib – embarcou com destino a Londres a fim de conhecer os futuros parceiros da instituição.

Em Londres mantiveram reuniões e participaram de jantares com Boris. Também teriam viajado, a bordo do jato particular de Boris, à Geórgia, ex-república soviética, onde se reuniram com Badri Patarkatsishvili, amigo íntimo de Boris.

Num primeiro momento, Alberto teria afirmado desconhecer que Boris seria investidor da MSI, mas depois reconheceu que, juntamente com Badri Patarkatsishvili e Pinni Zahavi, seria o principal investidor da parceria.

Nos diálogos interceptados com autorização judicial, haveria diversas menções ao fato de ser Boris, em última instância, quem teria o poder de decisão. Ademais, teriam os réus combinado os depoimentos a serem prestados na Polícia Federal.

Boris estaria atuando, ainda, no sentido de obter a concessão de asilo político junto ao governo brasileiro.

7. Quando da apresentação da parceria perante o Conselho Deliberativo do Corinthians, Alberto teria apresentado a MSI como integrante de um grupo de empresas controladas por uma *holding*, de origem inglesa, denominada GIBM.

Após aprovação do conselho deliberativo, o contrato foi assinado em 24 de novembro de 2004. A cláusula 1.1. do instrumento obrigava a MSI a constituir, no Brasil, a empresa MSI Licenciamentos e Administração Ltda. e a cláusula 1.7. determinava a integralização de seu capital no valor equivalente a US\$ 20 milhões, parte do investimento de US\$ 35 milhões previsto no pré-contrato.

8. No Brasil, o escritório de advocacia Veirano foi contatado para criar a estrutura societária que viabilizasse o ingresso de numerário do exterior. O acusado Alexandre Verri (doravante denominado Alexandre) era o responsável pela operação.

A MSI Brasil Participações Ltda. foi constituída apenas em 19 de outubro de 2004, tendo como sócios o réu Alexandre e Carlos Fernando Sampaio Marques, também advogado do escritório de advocacia Veirano. Em 07 de dezembro de 2004, alterou-se a razão social da sociedade para MSI Licenciamentos e Administração Ltda. e Alexandre foi substituído por Maurício Fleury Pereira Leitão, outro advogado do escritório de advocacia Veirano. Já em 09 de fevereiro de 2005, Maurício e Alexandre se retiraram do quadro societário, que passou a ser integrado por três empresas *offshore*: Devetia Limited, Just Sports Inc. – sediadas ambas nas Ilhas Virgens Britânicas – e MSI – Media Sports Investment Limited, sediada em Londres, mas em endereço no qual, segundo o Ministério Público Federal, se constatou funcionar apenas uma academia de ginástica pertencente a Kia.

O réu Paulo Sérgio Scudiere Angioni (doravante denominado apenas Paulo Sérgio) – que, à época, era administrador esportivo do Corinthians – foi nomeado procurador das empresas *offshore*. Kia era um dos diretores da Just Sports Inc.

Na sequência, em 20 de abril de 2005, por ocasião da terceira alteração contratual, a empresa MSI Group Limited ingressou no quadro societário, também sendo representada por Paulo Sérgio como procurador. Tal empresa foi originalmente constituída sob a denominação Exnon Holdings Limited, nas Ilhas Virgens Britânicas, passando a ser denominada MSI Group Limited apenas duas semanas após a primeira apresentação da proposta da MSI ao conselho deliberativo do Corinthians pelo corréu Alberto.

Ao longo de 2005 e 2006, houve sucessivos aumentos do capital social da MSI Licenciamentos e Administração Ltda. Finalmente, em 18 de setembro de 2006, todas as quotas foram cedidas às empresas *offshore* Devetia Limited e MSI – Media Group Limited, ambas sediadas nas Ilhas Virgens Britânicas. Na ocasião, Paulo Sérgio foi substituído, na condição de procurador, por Alexandre. Já os corréus Kia e Nojan Bedroud (doravante denominado apenas Nojan) constavam, respectivamente, como diretor presidente e diretor sem designação.

Diferentemente do que afirmara Alberto, a Devetia Limited era controlada não pela GIBM, mas por outra empresa denominada GGAW Limited.

Diante desses fatos, conclui o Ministério Público Federal que foi criada uma rede composta de várias empresas *offshore*, cujos proprietários têm suas identidades protegidas pela garantia de anonimato fornecida pelo paraíso fiscal das Ilhas Virgens Britânicas.

9. Expõe a denúncia, então, que o ingresso de valores investidos no Brasil ocorreu entre dezembro de 2004 e abril de 2007. Conforme informações do Banco Central do Brasil e do Banco Bradesco S.A., a MSI Licenciamentos e Administração Ltda. teria recebido da Devetia Limited e, em alguns casos, da Altus Investment Management Limited, a quantia de US\$ 32.541.940,00 (trinta e dois milhões, quinhentos e quarenta e um mil, novecentos e quarenta dólares dos EUA), a título, na maioria dos casos, de investimentos diretos no país, mas também de empréstimos diretos ou pagamento de passes de atletas profissionais.

Os contratos de câmbio, registros de empréstimos estrangeiros e investimentos externos diretos referentes a esses ingressos foram assinados por Kia, Nojan, Paulo Sérgio e Alexandre Verri. Os recursos foram creditados, via de regra, na conta corrente nº 303.247-7, aberta pela MSI Licenciamentos e Administração Ltda. junto ao Banco Bradesco S.A. e posteriormente parte deles foi transferida para a conta corrente nº 209.000-7, de titularidade do Sport Club Corinthians Paulista, mantida na mesma instituição financeira.

O primeiro empréstimo recebido pelo Sport Club Corinthians Paulista após a realização da parceria teve o valor de US\$ 1.999.965,00 (um milhão, novecentos e noventa e nove mil, novecentos e sessenta e cinco dólares dos EUA). Tal remessa foi originária de uma pessoa de-

nominada Zaza Toidze, natural da República da Geórgia. Segundo depoimento de Kia, esses valores seriam referentes a empréstimo contraído anteriormente com a Devetia Limited.

Ressalta o Ministério Público Federal, ainda, que após Boris ser detido e interrogado no Brasil, em 05 de maio de 2006, apenas mais US\$ 3.950.000,00 ingressaram no país, sendo que nos dezoito meses anteriores haviam sido transferidos mais de US\$ 28 milhões – o que indicaria o receio de Boris em relação a seus investimentos. Também se frisa que jogadores como Carlos Tevez e Javier Mascherano foram pagos diretamente no exterior, em datas, valores e contas não revelados.

10. Diante desses fatos, imputa o Ministério Público Federal a todos os denunciados a prática dos delitos tipificados nos artigos 288 do Código Penal e 1º, incisos V e VII, da Lei nº 9.613/1998.

O Ministério Público Federal arrolou, como sua única testemunha, Roque Antonio Citadini (fl. 21).

11. *A denúncia foi recebida em 11 de junho de 2007 (fls. 169/214).*

Na mesma ocasião, foi decretada a prisão preventiva de Boris, Kia e Nojan, bem como, entre outras medidas, determinado o bloqueio de valores depositados em contas correntes, fundos e aplicações e investimentos de qualquer tipo mantidos pela MSI Licenciamentos e Administração Ltda. junto ao Banco Bradesco S.A. e de recursos que viessem a ser depositados na conta do Sport Club Corinthians Paulista em decorrência de contratos de câmbio celebrados com as empresas Devetia Limites, Just Sports Inc., MSI Group Limited, MSI – Media Sports Investment Limited ou Altus Investment Management Limited (fls. 212/213).

Os réus foram citados e intimados para serem interrogados, conforme prescrevia o rito procedimental então vigente.

Foram, então, interrogados os réus Alberto (fls. 688/697), Nesi (fls. 698/703), Alexandre (fls. 713/720), Renato (fls. 721/728) e Paulo Sérgio (fls. 733/739). Foi negada aos advogados dos corréus, então, a oportunidade de realizar perguntas aos interrogandos (fls. 708 e 729/730).

Os réus Alberto e Nesi apresentaram defesas prévias, acostadas respectivamente às fls. 812/821 e 824/831, arrolando, cada qual, oito testemunhas, e nas quais se sustentou a ilicitude das interceptações telefônicas realizadas com autorização do Juízo.

A defesa prévia de Alexandre se encontra às fls. 834/836, tendo sido arroladas oito testemunhas.

Renato apresentou sua defesa prévia às fls. 837/839, na qual foi alegada a inépcia da denúncia, sendo arroladas seis testemunhas.

Paulo Sérgio apresentou defesa prévia (fls. 840/843), na qual sustenta a inépcia da denúncia e a ilicitude da interceptação telefônica. Arrolou seis testemunhas.

Por meio da decisão de fls. 1142/1177 foram analisadas as defesas prévias até então apresentadas, sendo rejeitados os argumentos nelas argüidos.

Kia e Nojan apresentaram sua defesa prévia às fls. 1455/1468, na qual, preliminarmente, foram alegadas a ausência de justa causa e a inépcia da denúncia, a nulidade dos documentos juntados aos autos oriundos de contatos diretos entre o Procurador da República e o Ministério Público da Federação Russa, a ilegalidade da imposição de sigilo de documentos encaminhados pelo governo da França, a ilegalidade das interceptações telefônicas e a nulidade decorrente da vedação da realização de perguntas pela Defesa dos corréus nos atos de interrogatório. Requereu a tradução dos documentos redigidos em língua estrangeira e a tradução das gravações dos diálogos monitorados mantidos em língua estrangeira. Foram arroladas oito testemunhas por cada réu.

Boris apresentou defesa prévia (fls. 1469/1486), na qual sustentou sua inocência, defendeu a ilicitude da interceptação telefônica e requereu a revogação de sua prisão preventiva. Foram arroladas nove testemunhas.

Procedeu-se, então, à oitiva da testemunha de acusação Roque Antonio Citadini (fls. 1615/1627).

Por meio da decisão de fls. 1643/1679 foram afastadas as preliminares aventadas pelas Defesas de Boris, Kia e Nojan.

Está juntada às fls. 1700/1764 decisão proferida pelo Juiz Titular então condutor do processo nos autos nos 2007.61.81.014761-7 e 2007.61.81.014762-9.

Dando prosseguimento à instrução processual, foram ouvidas as testemunhas de defesa José de Castro Bigi (fls. 1870/1912), Adhemar Magon Junior (fls. 1913/1921), Wadih Helu (fls. 1969/1998), Calil Leôncio Mathias (fls. 2010/2039).

Foi homologada a desistência da oitiva das testemunhas Antônio Jorge Rachid Junior, Wagner Caetano Acedo, André Luiz Barone, Germano Augusto, Delphino Russo e Wilson Abussamra Bugarib (conforme termo de fls. 1999/2000) e das testemunhas Renato Camargo, Raif Kurban e Wilson Bento (fl. 2008).

O feito foi, porém, anulado pelo Supremo Tribunal Federal desde os interrogatórios (fl. 3333). Foi, então, determinada a renovação da instrução processual (fls. 3735/3736). Foram ouvidas a testemunha de acusação (fls. 3993/4038 e 4140/4164) e as testemunhas de defesa (fls. 4175/5011, 5519/5527 e 6144). Os réus foram, ao fim, interrogados.

O processo foi definitivamente *desmembrado em relação ao corrêu Renato Duprat* por meio da decisão de fl. 5457.

Em razão de seu falecimento, foi decretada a extinção da punibilidade do réu Nesi Curi (fl. 5659).

12. O Ministério Público Federal apresentou suas alegações finais às fls. 7328/7340, requerendo a absolvição de todos os réus, por entender não haver prova da existência do fato. Sustentou, em suma, que não restou demonstrado que ao menos parte do capital recebido pelo Sport Club Corinthians Paulista seria produto dos ilícitos cometidos por Boris na Rússia.

A Defesa de Alberto Dualib apresentou suas alegações finais às fls. 7354/7362, sustentando, preliminarmente, a afronta à indivisibilidade da ação penal. No mérito, sustenta a atipicidade da conduta e a ausência de dolo. Tece considerações acerca do perfil do acusado, bem como sobre as obras, patrimônio e prestígio do clube de futebol.

A Defesa de Paulo Sérgio Scudiere Angioni apresentou suas razões finais às fls. 7365/7373, sustentando que a manifestação do MPF pela absolvição vincularia o magistrado. No mérito, sustenta a inocência do acusado.

A Defesa de Alexandre Verri apresentou suas razões finais às fls. 7374/7437, sustentando a atipicidade de sua conduta, restrita ao exercício regular da advocacia. Aduz que não há dever de vigilância ou comunicação por parte dos advogados a respeito de operações suspeitas de lavagem de dinheiro. Defende que, conforme ressaltado pelo MPF, não teria restado comprovado que os valores movimentados constituíam produto de crime. Argumenta que não houve prova de formação de quadrilha.

A Defesa Kia Joorabchian e Nojan Bedroud apresentou suas alegações finais às fls. 7443/7533. Inicialmente, teceu considerações sobre a criação da MSI. Em seguida, aduziu a necessidade de prova do crime antecedente como requisito necessário à lavagem de dinheiro. Defendeu que não haveria relação entre Boris e o dinheiro investido no Sport Club Corinthians

Paulista. Argumenta que Boris sofreria perseguição política na Rússia. Afirma que, à época em que os crimes antecedentes foram cometidos, não havia, no Brasil, lei de lavagem de dinheiro, de modo que aplicá-la aos fatos deste processo seria ofensivo ao princípio da irretroatividade da lei penal. Sustenta a ausência de dolo, em razão da falta de conhecimento da suposta origem ilícita do dinheiro.

Quanto ao crime de quadrilha, sustentou sua inconstitucionalidade e sua não caracterização.

Teceu considerações a respeito da ausência de autoria de Nojan, que tinha função meramente administrativa na MSI.

Ao final, a Defesa apontou questões preliminares: a) nulidade do feito, em razão de terem sido feitas investigações pela ABIN; b) nulidade das interceptações telefônicas; c) necessidade de aguardar o retorno de todos os pedidos de cooperação internacional; e d) necessidade de transcrição de todas as interceptações telefônicas.

Foram juntados pareceres dos Professores da Faculdade de Direito de Coimbra, Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (fls. 7535/7583), e da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Miguel Reale Júnior (fls. 7586/7615).

13. Vieram, então, os autos conclusos, para prolação de sentença.

É o relatório.

Passo a decidir.

PRELIMINARMENTE

I. FALECIMENTO DE BORIS BEREZOVSKY

14. A Defesa de Boris Berezovsky informou seu falecimento, juntando cópia de documento encaminhado pelas autoridades britânicas nesse sentido (fls. 6966/6977).

O Ministério Público Federal requereu o reconhecimento da extinção da punibilidade de Boris Berezovsky, dado se tratar de fato amplamente divulgado na imprensa, tanto no Brasil como no exterior (fl. 6970).

Entendo que o documento juntado à fl. 6977, associado à ampla divulgação na imprensa a respeito do fato, faz as vezes de certidão de óbito, para os fins do artigo 62 do Código Penal.

Assim sendo, reconheço a extinção da punibilidade do réu Boris Abramovich Berezovsky, com fulcro nos artigos 61 e 62 do Código de Processo Penal e 107, I, do Código Penal.

II. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

15. O Ministério Público Federal requereu a absolvição de todos os denunciados, por entender ausente prova da materialidade do delito.

Esse pedido não vincula o magistrado. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal já teve ensejo de decidir exatamente no sentido de que “*a manifestação do MP, em alegações finais, não vincula o julgador*, tal como sucede com o pedido de arquivamento de inquérito policial, nos termos e nos limites do art. 28 do CPP” (HC 69957, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, julg. 09.03.1993, DJ 25.03.1994).

III. OUTRAS QUESTÕES PRELIMINARES

16. Outras questões preliminares foram levantadas, quais sejam: a) indivisibilidade da ação penal pública; b) nulidade do feito, em razão de terem sido feitas investigações pela ABIN;

c) nulidade das interceptações telefônicas; d) necessidade de aguardar o retorno de todos os pedidos de cooperação internacional; e) necessidade de transcrição de todas as interceptações telefônicas.

Todas essas questões já foram afastadas em decisões anteriores por mim proferidas. De todo modo, considerando que, como se verá adiante, a sentença é de improcedência da pretensão punitiva, mostrar-se-ia desnecessária sua análise, por aplicação analógica (CPP, artigo 3º) da regra do artigo 249, §2º, do CPC.

MÉRITO

LAVAGEM DE DINHEIRO

I. LEI PENAL APLICÁVEL

17. À época dos fatos imputados na denúncia, ocorridos entre 2004 e 2007, o artigo 1º da Lei nº 9.613/1998 estava assim redigido (destaquei):

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II – de terrorismo e seu financiamento;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI – contra o sistema financeiro nacional;

VII – praticado por organização criminosa.

VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal).

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

É essa a norma a ser considerada, à luz do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (Constituição, artigo 5º, inciso XL).

Como se depreende da expressão “provenientes, direta ou indiretamente, de crime”, o delito de lavagem de dinheiro é uma infração penal parasitária, vinculada, dependente de um ou mais crimes antecedentes. Em outras palavras, a prática de um crime antecedente, que gere *produto*, vantagem econômica, é pressuposto necessário para a caracterização da lavagem de dinheiro.

Por imposição lógica, portanto, a primeira análise a ser feita é a da prova ou não da ocorrência de crimes antecedentes, enquadrados no rol taxativo que a Lei nº 9.613/1998 trazia em sua redação então vigente.

Antes de fazê-lo, porém, impõe-se afastar o argumento trazido no parecer suscrito pelos renomados Professores da Universidade de Coimbra Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, no sentido de que “só pode relevar como *crime antecedente* para efeitos

de lavagem de dinheiro o facto que, *ao tempo da sua prática*, detenha, por imposição de lei anterior, aquele estatuto” (fl. 7542).

Com o devido respeito, esse entendimento não é minimamente convincente. O que é relevante é saber, isso sim, se, à época em que auferidos, os valores (que vieram a ser depois “lavados”) constituíam já produto dos delitos (posteriormente) arrolados como crimes antecedentes ou não. Por exemplo, não há até hoje, no Brasil, tipificação de crime de terrorismo e seu financiamento. Assim, evidentemente não seria possível considerar que eventual produto dessa atividade pudesse ser entendido, hoje, como objeto material da lavagem de dinheiro.

Agora, se os valores de fato constituem produto de crimes anteriores, já tipificados, é irrelevante que ainda não estivessem previstos especificamente como crimes antecedentes de lavagem de dinheiro.

Há aí uma confusão entre o *objeto material* do delito e a *conduta* prevista no tipo objetivo.

Os próprios pareceristas reconhecem que os bens de origem criminosa constituem o objeto da ação típica (fl. 7556). Esse aspecto, aliás, é reconhecido pela doutrina e também ressaltado no outro parecer trazido pela Defesa de Kia e Nojan, da lavra do Professor Miguel Reale Júnior, que esclarece que o objeto material é a coisa ou pessoa sobre a qual recai a ação – que, no caso da lavagem de dinheiro, é o produto do crime antecedente (fl. 7595).

O que o princípio da irretroatividade da lei penal mais grave exige, com a devida vênia, é apenas que a *conduta* prevista no tipo penal objetivo esteja estatuída em lei vigente antes da sua realização. Não exige que o *objeto material* do delito que, com a tipificação, venha a ser assim considerado, surja após a vigência da lei penal.

Pense-se nos exemplos do furto, que tem como objeto material o bem subtraído, e do homicídio, que tem como objeto material a pessoa vitimada. Ora, a levar a sério o entendimento dos eminentes professores portugueses, toda subtração de *bem já existente antes* do advento da lei que criminaliza o furto seria atípica; assassinatos não caracterizariam homicídios se a *vítima já houvesse nascido* antes do advento da tipificação do delito. O absurdo da conclusão ilustra o equívoco da premissa.

Da mesma forma, no caso da lei de lavagem de dinheiro, o que é relevante a verificar é se a *conduta* de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade” do produto de crimes antecedentes é *posterior* à vigência da lei; se os crimes antecedentes foram praticados antes da vigência da lei é circunstância totalmente irrelevante, pois o seu produto é meramente objeto material do delito.

Nesse sentido, confira-se a lição doutrinária: “E *cada novo ato está sujeito à lei vigente no momento da sua prática, ainda que mais dura que a anterior*. Nesse sentido, se o agente cometeu roubo de cargas, vendeu os bens e depositou o valor na conta de terceiros antes da nova lei – quando o crime não era previsto como antecedente de *lavagem de dinheiro* – não há tipicidade no *encobrimento*, ainda que a ocultação se mantenha vigente, dada a *instantaneidade* do delito. Porém, *se o mesmo agente movimentar os valores para outra conta na vigência da nova lei, haverá lavagem de dinheiro*” (BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 68, destaqueei).

Superada essa questão, examino os crimes antecedentes.

II. OS CRIMES ANTECEDENTES

1) *Prova dos crimes antecedentes cometidos no exterior*

18. À época dos atos imputados aos réus da presente ação penal, como exposto, o artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/1998 trazia um rol de crimes antecedentes.

Já o artigo 2º, inciso II, estava assim redigido:

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

(...)

II – independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país;

Depreende-se dos dispositivos que: a) somente poderia se falar em “lavagem” do produto de delitos oriundos de um daqueles crimes arrolados no artigo 1º; b) tal crime antecedente, contudo, poderia ter sido praticado, inclusive, no exterior.

19. E como se comprova a prática de um crime antecedente no exterior?

Em primeiro lugar, é possível que, mesmo não havendo um processo específico para a apuração desse delito antecedente, ainda assim se consiga provar, no próprio processo referente à lavagem de dinheiro, a ocorrência da infração penal antecedente. Mas essa é uma hipótese de ocorrência mais teórica do que real, pois a prova seria virtualmente impossível.

Agora, no caso em que a infração penal foi apurada e reconhecida pelo Poder Judiciário do Estado estrangeiro, a situação é bastante diferente. Entende a doutrina, nessa hipótese, que, como regra, a sentença condenatória será prova suficiente da materialidade e autoria do crime antecedente, desde que estejam presentes alguns requisitos.

Confirmam-se, nesse sentido, as percutientes lições de Isidoro Blanco Cordero (*El Delito de Blanqueo de Capitales*. 3. ed. Thomson Reuters/Arazandi: Navarra, 2012. p. 333):

Es posible que una *sentencia de un tribunal extranjero declare la existencia de un delito previo*. Siempre y cuando el proceso se haya llevado a cabo con las debidas garantías de un proceso justo, ante un tribunal independiente, con reconocimiento del derecho de defensa, con posibilidad de recursos jurídicos, en definitiva, con reconocimiento de los principios de un Estado de Derecho, *la sentencia extranjera se puede utilizar como medio de prueba sin necesidad de proceder a la práctica de otras pruebas*. Al juez le corresponderá entonces valorar si los comportamientos descritos, esto es, los hechos probados en la sentencia, son constitutivos de un hecho típico y antijurídico, y si son subsumibles o no en los tipos relativos a la clase de hecho previo exigido en la normativa penal: ya sea un delito relativo a las drogas o un delito grave. Se ha de probar que los hechos son típicos y antijurídicos, pero no que el autor es culpable. Es indiferente, por tanto, que el presunto autor resulte o no absuelto por falta de pruebas; imaginemos el caso de que varios inculpados se encuentren involucrados en el hecho, pero no se puede probar quién de ellos es el responsable del delito.

20. Vê-se, pois, dessas considerações, que me parecem acertadas, que a sentença proferida pelo Poder Judiciário estrangeiro é suficiente, por si só, para comprovar a materialidade do delito antecedente, desde que: a) seja possível reconhecer que foi proferida em um processo justo; b) a sentença estrangeira reconheça a materialidade de um delito que, independentemente da classificação jurídica do país de origem, enquadre-se na forma típica de uma infração penal antecedente à lavagem de dinheiro de acordo com a legislação do país em que praticados os atos de ocultação/dissimulação.

Esses requisitos, aliás, são praticamente os mesmos que devem ser examinados quando do julgamento, de competência do Supremo Tribunal Federal, de um pedido de extradição formulado por Estado estrangeiro.

Com efeito, conforme entendimento sedimentado pelo STF, “a ação de extradição passiva não confere, ao Supremo Tribunal Federal, qualquer poder de indagação sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional se apóia. O sistema de contenciosidade limitada, que caracteriza o regime jurídico da extradição passiva no direito positivo brasileiro, não permite qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justificou o ajuizamento da demanda extradicional perante o Supremo Tribunal Federal. Revelar-se-á excepcionalmente possível, no entanto, a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, de aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, sempre que tal exame se mostrar indispensável à solução de controvérsia pertinente (a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política tanto do delito atribuído ao extraditando quanto das razões que levaram o Estado estrangeiro a requerer a extradição de determinada pessoa ao Governo brasileiro. Inocorrência, na espécie, de qualquer dessas hipóteses” (Ext 1074, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 27.03.2008, DJe 13.06.2008).

Veja-se, então, que, abstração feita ao exame da ocorrência da prescrição penal – que é indiferente no caso da lavagem de dinheiro, por força da previsão expressa do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 9.613/1998 –, o STF verifica, ao julgar o pedido de extradição, se (a) há observância ao princípio da dupla tipicidade e (b) se o delito atribuído ou as razões do pedido de extradição possuem caráter político.

Essa convergência de requisitos não é mera coincidência. Pelo contrário, ilustra de forma clara que a cooperação internacional em matéria penal é ampla e segue princípios comuns. Os atos jurisdicionais de outros países devem ser reconhecidos e surtir todos os seus efeitos no Brasil, desde que observados tais requisitos mínimos.

Postas essas premissas, são esses, pois, os pontos a serem verificados, a fim de constatar se as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário Russo, juntadas às fls. 6974/7315, são suficientes para comprovar a materialidade dos delitos antecedentes aos atos de lavagem imputados na presente ação penal.

Passo a examiná-los separadamente.

1.1) A questão da dupla tipicidade

21. Na primeira sentença juntada aos autos (tradução às fls. 6974/7050), Boris foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 159, parte 3, do Código Penal da Federação Russa. Segundo consta da fundamentação, ele era Vice-Secretário do Conselho de Segurança da Federação Russa e, valendo-se dessa função, desviou mais de US\$ 4 milhões da empresa estatal Aeroflot para contas na Suíça.

Na segunda sentença trazida aos autos (tradução às fls. 7054/7292), Boris foi condenado pela prática do delito previsto no artigo 147, parte 3, do Código Penal da Federação Russa. O enquadramento típico é, em verdade, o mesmo da primeira sentença, já que o artigo 159, parte 3, representa o mesmo tipo do antigo 147, parte 3. Neste caso, de acordo com a fundamentação, valendo-se de sua “posição oficial”, Boris desviou valores da empresa Autovaz.

Para a verificação da dupla tipicidade, o delito cometido no exterior deve ser juridicamente qualificado como um dos crimes antecedentes arrolados no artigo 1º da Lei nº 9.613/1998. É indiferente o *nomen juris* atribuído ao delito, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado de longa data em relação à possibilidade de extradição: “O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, é a presença dos elementos estruturantes do tipo penal (‘essentialia delicti’), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação

constantes da legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do Estado requerente, independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos” (Ext 1073, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 30.04.2008, DJe 29.08.2008).

No mesmo sentido, há vários outros julgados (Ext 1293, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 11.06.2013, DJe 12.08.2013; Ext 1145, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 18.12.2008, DJe 26.02.2009; Ext 1074, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 27.03.2008, DJe 12.06.2008; Ext 1039, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 21.06.2007, DJe 22.11.2007; Ext 953, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 28.09.2005, DJ 11.11.2005).

Os crimes imputados a Boris seriam enquadráveis, no Brasil, grosso modo, na figura típica do peculato, previsto no artigo 312 do nosso Código Penal (“Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”), dado que houve desvio de valores aos quais Boris tinha acesso em razão de sua função na Administração Pública russa.

Assim sendo, está suficientemente demonstrada a prática por Boris de delitos antecedentes contra a Administração Pública, restando preenchido o elemento normativo previsto no inciso V do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, na redação vigente à época dos fatos.

1.2) A alegação de que a sentença seria fruto de perseguição política

22. Por outro lado, a Defesa de Boris, desde o início do processo, vinha sustentando o caráter político da persecução penal dirigida contra si na Rússia.

Analiso-o. Valho-me, para tanto, da vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de extradição. Como expus anteriormente, a rica experiência da Suprema Corte nessa matéria pode ser aplicada no exame de processos de lavagem de dinheiro em que a infração penal antecedente foi cometida no estrangeiro, porquanto os fundamentos do sistema de cooperação internacional em matéria penal são os mesmos.

Como dito, o Supremo Tribunal Federal não se permite “qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justificou o ajuizamento da demanda extradicional”. Não obstante, reconhece que “não deve autorizar a extradição, se se demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do ‘due process of law’ (RTJ 134/56-58 - RTJ 177/485-488), notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante” (Ext 1074, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 27.03.2008, DJe 13.06.2008).

Em pesquisa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se constatar a existência de alguns julgados nos quais, reconhecida situação de excepcional instabilidade política no país requerente, foi negada a extradição. Isso ocorreu, por exemplo, em julgamento de 1961, relativo a pedido formulado por Cuba, que se encontrava em plena revolução (Ext 232 segunda, Rel. Min. Victor Nunes, Tribunal Pleno, julg. 09.10.1961, DJ 17.12.1962).

Também há precedente em que se reconheceu a existência de perseguição política contra um nacional chinês pelo governo comunista de Pequim (Ext 633, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julg. 28.08.1996, DJ 06.04.2001). Nesse último caso, o caráter político da persecução penal somente foi reconhecido devido ao vasto conjunto probatório reunido pelo extraditando e por outras pessoas, instituições e organizações não governamentais, como a Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, a Comissão Teotônio Vilela e a

Chinese Democratic Developing Association. Destaco, ademais, que o referido extraditando seria condenado à morte na China.

Na imensa maioria dos casos, contudo, reconhece-se a inexistência de caráter político do processo criminal em que se baseia a extradição. Vê-se, pois, que o reconhecimento da imparcialidade do Poder Judiciário estrangeiro, embora comumente alegado, é excepcional, e deve ser suficientemente demonstrado por quem o alega.

Nesse sentido, inclusive, vale destacar outro julgado do STF, no qual se afastou a parcialidade do Poder Judiciário da Eslováquia, ex-integrante da URSS. Na ementa, restou consignado que “não se presume a parcialidade do Juiz do Estado Eslovaco, por ressentir do regime político e econômico anterior, que impunha limitações a atuação do Poder Judiciário; esta discussão esta ultrapassada desde a desintegração da extinta União Soviética” (Ext 646, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julg. 21.06.1995, DJ 18.08.1995).

No famoso “Caso Battisti”, da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não há que se falar em “crime político” se o agente cometeu um crime previsto na legislação penal e foi julgado, com plena garantia de seus direitos, no âmbito da normalidade institucional de Estado Democrático de Direito.

A ementa, na parte que aqui interessa, restou assim registrada:

(...) 3. EXTRADIÇÃO. Passiva. Crime político. Não caracterização. Quatro homicídios qualificados, cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. *Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados*. Preliminar rejeitada. Voto vencido. Não configura crime político, para fim de obstar a acolhimento de pedido de extradição, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, *em plena normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo*.

4. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de justo receio de perseguição política. Inconsistência. Sentenças proferidas em processos que respeitaram todas as garantias constitucionais do réu. Ausência absoluta de prova de risco atual de perseguição. Mera resistência à necessidade de execução das penas. Preliminar repelida. Voto vencido. Interpretação do art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.474/97. Aplicação do item 56 do Manual do Alto Comissariado das Nações Unidas - ACNUR. Não caracteriza a hipótese legal de concessão de refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradição para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns, proferidas com observância do devido processo legal, quando *não há prova de nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado*.

(...)

(Ext 1085, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2009, DJe 16/04/2010)

23. Não desconheço que, mesmo após o advento da democracia, a Rússia tem sido notícia na imprensa internacional, devido a alegadas ofensas a direitos humanos e à aplicação excessivamente gravosa de sua lei penal (citem-se, por exemplo, os casos das integrantes da banda *Pussy Riot*, presas quando encenavam uma prece “punk” numa catedral ortodoxa de Moscou, e dos ativistas do *Green Peace*, presos no Ártico ao protestar contra a extração de petróleo).

No caso concreto, entretanto, não foi comprovada de forma suficiente a alegação de caráter político da perseguição penal.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que as infrações penais cometidas na Rússia por Boris não consistem em um mero “vandalismo”, como nos casos *Pussy Riot* e *Green Peace*, mas em crimes contra a Administração Pública.

Em segundo lugar, o depoimento de Alexander Goldfarb (fls. 6142/6144) tampouco foi suficiente para tal demonstração, dado que se trata de pessoa cujo salário era pago por Boris e que, portanto, não se encontra em condições de imparcialidade sobre esse tema. Além disso, trata-se de simples alegações, sem qualquer comprovação concreta.

Em terceiro lugar, as sentenças juntadas estão longamente fundamentadas e indicam a observância do devido processo legal, sendo necessária uma clara demonstração de parcialidade pela Defesa para que pudessem ser desconsideradas.

1.3) Identificação do titular dos valores investidos no Sport Club Corinthians Paulista

24. Demonstrada a prática, por Boris, de delitos na Rússia, passíveis de enquadramento no rol de crimes antecedentes vigente à época dos supostos atos de lavagem no Brasil, resta verificar se os valores investidos no Brasil possuem vínculo, direto ou indireto, com o produto dos ilícitos antecedentes.

Para tanto, a primeira verificação a ser feita consiste em saber se, ao menos, o dinheiro era oriundo de Boris.

Quanto a esse ponto, entendo que restou largamente comprovado. Sem aprofundar a motivação – especialmente considerando que a sentença será favorável às Defesas – indico alguns dos elementos que fundamentam essa conclusão:

a) relatório do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizada (GAECO) (fls. 220/234), com várias indicações de que Boris (juntamente com Badri Patarkatsishvili) era o verdadeiro investidor;

b) transcrição de fita de vídeo de Alberto Dualib (fls. 215/216), em que aquele afirma que Boris é o investidor;

c) perante a Polícia Federal (fls. 80 e 83), Alberto Dualib disse que Pinni Zahavi, Badri Patarkatsishvili e Boris eram os principais investidores;

d) Nesi Curi também disse que os mesmos eram os investidores (fl. 86);

e) em Juízo, tanto Alberto Dualib como Nesi Curi disseram que viajaram a Londres com a finalidade específica de conhecer os investidores. Não é crível que, no entanto, tenham se encontrado com Boris, que não seria o investidor;

g) a tentativa de “apresentar” um suposto investidor, chamado Rafael Filinov, no fim da instrução, mostrou-se absolutamente infrutífera – ninguém no Corinthians jamais ouviu falar de tal pessoa e Kia não deu nenhuma razão plausível do anonimato de tal pessoa desde o início da parceria;

h) na ligação nº 3037570, Andrés Sanches conversa com interlocutor que lhe diz que “Seu Nesi” (Nesi Curi) mencionou conversa com Boris Berezovsky (mídia à fl. 646);

i) Renato Duprat negou que Boris fosse o investidor, mas ligou para ele quando teve problemas com Kia e, logo em seguida, Kia, voltou a lhe telefonar (fl. 725);

j) em vários momentos, os réus alegaram que o investidor seria Badri Patarkatsishvili. Ocorre que, com o falecimento de Badri, Boris ajuizou ação contra o seu espólio, na Inglaterra, afirmando justamente ser o verdadeiro proprietário de metade de todos os bens de Badri, com exceção de casas, em razão de parceria “informal”;

- k) Kia já havia atuado como “testa-de-ferro” de Boris em negócios anteriores;
- l) logo após a curta detenção de Boris no Brasil, os investimentos diminuíram substancialmente e, em seguida, cessaram.

1.4) Prova de que os valores, de propriedade de Boris Berezovsky, investidos no Sport Club Corinthians Paulista, tem origem, direta ou indireta, nos crimes antecedentes

25. Como já ressaltado por diversas vezes no curso desta sentença, o artigo 1º da Lei nº 9.613/1998 previa, à época dos fatos imputados na denúncia, que, para a caracterização do delito, os atos de lavagem deveriam incidir sobre “bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime” previsto no rol taxativo então vigente.

Reitero: o tipo penal exige que os valores objeto da lavagem sejam bens, direitos ou valores *provenientes* do crime antecedente. A palavra “proveniente” se refere àquilo “que provém; oriundo, procedente” (*Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1.649). A referência àquilo que provém só pode aludir, no âmbito do direito penal, aos produtos ou aos proveitos do crime, ou seja, à vantagem econômica auferida com a prática do crime, seja direta ou indiretamente.

A doutrina especializada, invariavelmente, interpreta tal expressão como alusiva a produto ou proveito do crime (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 38; CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. pp. 169-170; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei nº 9.613/98*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 116). Rodolfo Tigre Maia menciona que “O tipo refere objetos ‘provenientes’ (resultantes, decorrentes, originários, produzidos) dos crimes que menciona, qual seja, quaisquer bens gerados como desdobramento direto ou indireto de um crime” (*Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63).

26. E como se faz a prova de que os valores objeto da lavagem são aqueles oriundos do crime antecedente?

Também à época dos fatos, o § 1º do artigo 2º dispunha que “a denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime”. O dispositivo indica que a decisão de recebimento da denúncia, caracterizada por juízo de cognição sumária, não deve exigir prova contundente do delito antecedente, bastando sua demonstração indiciária. Por decorrência lógica, se sequer o delito antecedente precisa estar comprovado de plano, também a determinação de que os bens objeto da lavagem tem naquela infração penal sua procedência não é, ainda, necessária.

É dizer que se mostra admissível a postergação, para o curso da instrução processual, da prova, acima de qualquer dúvida razoável, tanto da existência dos crimes antecedentes como da vinculação do respectivo produto aos atos de lavagem de dinheiro.

Muitas vezes, essa prova é bastante difícil. Em crimes complexos, o produto do crime será, geralmente, convertido e transformado em outros bens, por diversas vezes, tornando pouco provável o rastreamento, com margem de certeza, do seu destino específico. Essa dificuldade se agrava no âmbito da criminalidade mais sofisticada, envolvendo transações internacionais.

Por isso, admite-se a prova indireta, desde que convincente, para demonstrar a ligação entre o bem e o crime. Assim, por exemplo, seria possível demonstrar a lavagem se verificada a condenação de alguém por tráfico de drogas, com elevado potencial lucrativo, seguida da

aquisição, em nome de parentes seus, de imóveis de elevado padrão, sem que se verifique, em contrapartida, qualquer origem lícita que justifique essa compra.

Um indício comum de lavagem de dinheiro é, justamente, a utilização de “laranjas”, “homens-de-palha” ou “testas-de-ferro” para realizar os atos em nome do detentor do produto do crime (MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173).

Essa circunstância foi verificada no caso concreto, em que, como dito anteriormente, os réus fizeram um grande, porém inútil, esforço no sentido de esconder que o verdadeiro titular do dinheiro investido no Sport Club Corinthians Paulista fosse o acusado Boris Berezovsky. Kia era, evidentemente, pelas razões expostas anteriormente para demonstrar que o dinheiro provinha de Boris, um mero “testa-de-ferro”, um “fantoche” de Boris.

É claro que toda a gama de artifícios utilizada para esconder o verdadeiro proprietário do dinheiro causa espécie e conduz à suspeita de que, de fato, se trate de dinheiro “sujo”. Afinal, se o dinheiro tem origem lícita, o que justificaria procurar de todas as formas ocultar a identidade de seu titular?

27. Não obstante, a suficiente comprovação de que o titular do dinheiro investido no Sport Club Corinthians Paulista era, de fato, Boris Berezovsky, não é um indício que, por si só, se mostre apto para a condenação.

Em primeiro lugar, embora a alegada perseguição política na Rússia não caracterize, como visto, fundamento para afastar a possibilidade de consideração dos crimes antecedentes para o presente processo, é uma razão bastante plausível para que Boris, exilado no Reino Unido por desavenças com o governo russo, procurasse manter todos os seus investimentos ocultos, a fim de evitar medidas constritivas, legítimas ou ilegítimas, tomadas pelo Kremlin.

Em segundo lugar, a denúncia sustenta que Boris teria cometido crimes entre 1994 e 1995. Não houve nenhuma demonstração do caminho tomado pelo produto desses crimes desde essa data até a transferência de valores para o Sport Club Corinthians Paulista, que se iniciou somente aproximadamente dez anos mais tarde.

Por outro lado, a denúncia afirma que, entre 1992 e 1999, Boris viu seu poder político e econômico crescer, sem asseverar – muito menos demonstrar – que essa ascendência adviria apenas de atividades ilícitas.

28. Não foi demonstrado nos autos, tampouco, que Boris Berezovsky fosse um criminoso profissional. Alegações genéricas de que se trata de um “mafioso” ou de um “gângster” precisam ser sustentadas por provas para legitimar uma condenação criminal. Não importa o que a imprensa divulga ou o que é vox populi: no Estado de Direito, o que é relevante é o que se comprova nos autos da ação penal.

Nesta ação penal, não há qualquer prova da profissionalidade criminosa de Boris Berezovsky. É o próprio Ministério Público Federal que reconhece que “não se pode equiparar Boris Berezovsky a um traficante de drogas que não possui, além de seus negócios escusos, fonte de renda lícita, situação que permite inferir que todos os seus bens são oriundos de atividade criminosa” (fl. 7337).

Alguns países preveem presunções específicas a respeito da ilicitude do patrimônio quando se está diante de um criminoso profissional. No Reino Unido, por exemplo, o *Proceeds of Crime Act* (2002) estabelece, em sua Seção 10, que se deve presumir – no caso de réus que tenham “estilo de vida criminoso” (*criminal lifestyle*), isto é, que sejam criminosos profissionais – que: a) toda a propriedade transferida ao acusado no período de seis anos an-

tes do início do processo teria sido obtida como resultado de sua atividade criminosa; b) toda propriedade mantida pelo acusado após a data da condenação teria sido obtida como resultado de sua atividade criminosa; c) todo gasto havido pelo acusado no período de seis anos antes do início do processo seria financiado por sua atividade criminal; e d) para fins de avaliação da propriedade adquirida pelo acusado, não haveria outros interesses ou direitos pendentes sobre ela (cf. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/section/10>).

Em Portugal, a Lei nº 5, de 11.01.2002, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, prevê, em seu artigo 7º, presunções específicas a serem aplicadas para o confisco relacionado a determinados crimes previstos em rol específico (cf. http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/combate_crimin_organ.pdf).

Nos EUA, a jurisprudência também tem admitido a utilização de algumas presunções, como a de que, se provado que o acusado obteve dinheiro decorrente de fraude antes da realização de transações financeiras, é possível presumir que o dinheiro empregado seja o objeto do crime antecedente [*United States v. Habhab*, 132 F.3d 757 (7th Cir. 1993)]. Também se entende que não é necessário que o dinheiro seja rastreado até uma fraude específica se demonstrada a prática de atos criminosos à época dos atos de lavagem [*United States v. Blackman*, 904 F.2d 1250 (8th Cir.1990)]. Ademais, admite-se que somente parte do dinheiro envolvido na transação derive da atividade ilícita [*United States v. Marbella*, 73 F.3d 1508, 1514 (9th Cir.)].

De toda forma, nota-se que, em todos esses países, a aplicação legítima da presunção exige que estejam demonstradas circunstâncias fáticas aptas a demonstrar, com um grau razoável de probabilidade, que os bens lavados são aqueles obtidos por meio de prática criminosa anterior.

29. No caso concreto, essas circunstâncias não estão presentes. Como visto, não há prova de que Boris não detivesse ganhos lícitos, de modo que não é possível presumir que todo seu patrimônio seja oriundo dos crimes pelos quais foi condenado na Rússia. Mas, ainda que se pudesse considera-lo como criminoso profissional e habitual, fazendo do crime seu modo de vida, seria razoável presumir que os valores aplicados no Brasil são provenientes de crimes praticados dez anos antes? No Reino Unido, como dito, mesmo para criminosos profissionais a presunção vai apenas até seis anos.

Não é razoável a aplicação dessa presunção no Brasil, cujo ordenamento jurídico sequer tem uma previsão legal nesse sentido, para admitir que todos os valores aplicados por Boris no nosso país seriam ilícitos. Até porque, se assim fosse, todos os investimentos que ele realizou durante esse período no Reino Unido deveriam também ser assim considerados e ele deveria responder por lavagem de dinheiro igualmente perante a justiça britânica.

Concluo.

O princípio do Estado de Direito e o conexo princípio da legalidade manifestam no direito penal sua particular relevância. Nos termos do artigo 5º, XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Decorre daí, na inspirada formulação de Karl Engisch, que “ninguém pode ser punido simplesmente por ser merecedor da pena de acordo com as nossas convicções morais ou mesmo segundo a ‘sã consciência do povo’, porque praticou uma ‘ordinarice’ ou um ‘facto repugnante’, porque é um ‘canalha’, ou um ‘patife’ – mas só o pode ser quando tenha preenchido os requisitos daquela punição descritos no ‘tipo (hipótese) legal’ de uma lei penal ...” (*Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. pp. 79-80. destaquei).

Se, conforme aponta o MPF, a parceria entre MSI e Sport Club Corinthians Paulista era “temerária” ou “irresponsável”, se Alberto Dualib e os demais conselheiros que aprovaram a parceria “dobraram-se a interesses econômicos e fecharam os olhos para as suspeitas que

recaíam sobre o pretendente rico que cortejava o SCCP”, se Kia era “mero testa de ferro” de Boris, se ambos (Kia e Alberto Dualib) eram “pessoas despreparadas”, se Kia e Alberto Dualib “foram inescrupulosos ao ocultarem a participação de Boris no empreendimento”, *nada disso é suficiente para uma condenação penal*, porquanto não está preenchido pressuposto essencial para a caracterização de lavagem de dinheiro: a comprovação, acima de dúvida razoável, de que o dinheiro investido no Brasil era proveniente de crimes antecedentes previstos no rol da legislação então vigente.

QUADRILHA

30. A denúncia imputou, ademais, o delito de quadrilha aos réus. Este delito estava assim tipificado à época dos fatos:

Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

O delito de quadrilha é tido como um crime de perigo abstrato, que exige uma associação estável e permanente de pessoas para o fim de cometer uma série indeterminada de delitos.

Entende-se que o bem jurídico tutelado seria a paz pública, de modo que somente uma associação criminosa voltada à permanente prática de ações criminosas caracterizaria o delito. Essa estabilidade ou permanência é um dos traços mais importantes a diferenciar a quadrilha do simples concurso de pessoas.

31. No caso concreto, no qual, como visto anteriormente, não se comprovou sequer a prática de um único delito, nem se apontou que a suposta “quadrilha” estaria interessada na prática de outros crimes, está evidentemente descaracterizada a prática do crime.

O que se verificou, na prática, foi apenas a atuação de cada um dos acusados de acordo com seus papéis sociais com a finalidade de realizar os investimentos combinados no clube de futebol. Descaracterizada a suposta lavagem de dinheiro, afasta-se, por decorrência lógica, a perpetração do delito de quadrilha.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *julgo improcedente a pretensão punitiva* deduzida na denúncia, para, com fulcro no artigo 386, II, do Código de Processo Penal, *absolver* os réus KIAVASH JOORABCHIAN, iraniano, solteiro, portador do passaporte britânico nº 093023841 e inscrito no CPF sob nº 005.776.939-72, ALBERTO DUALIB, brasileiro, casado, nascido em 01.01.1920, portador do RG nº 1.029.682-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 027.896.208-49, ALEXANDRE VERRI, brasileiro, casado, advogado, portador do RG nº 12.277.216-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 082.290.548-51, PAULO SÉRGIO SCUDIERE ANGIONI, brasileiro, casado, portador do RG nº 2.300.914-5-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 097.699.277-91, e NOJAN BEDROUD, iraniano, solteiro, portador do passaporte britânico nº 094538819.

Declaro *extinta a punibilidade do réu* BORIS ABRAMOVICH BEREZOVSKY (também chamado PLATON ELENIN), russo, casado, nascido em 23.01.1946, portador do passaporte

Revista do TRF3 - Ano XXV - n. 121 - Abr./Jun. 2014

britânico nº C00165789, com fulcro nos artigos 61 e 62 do Código de Processo Penal e 107, I, do Código Penal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

São Paulo, 31 de março de 2014.

Juiz Federal MARCELO COSTENARO CAVALI

6ª Vara Criminal de São Paulo

AÇÃO PENAL

0001445-79.2010.4.03.6112

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: TNM E ELP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Juiz Federal: BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/05/2014

Vistos, em sentença.

I - RELATÓRIO:

O Ministério Público Federal, lastreado em inquérito policial, ofereceu denúncia em desfavor de TNM e ELP, qualificados, dando-os como incurso nas penas dos artigos 229 e art. 231, § 2º, IV e § 3º, do Código Penal, em concurso de pessoas (art. 29, do CP).

Aduziu, em síntese, que os réus promoveram e facilitaram a entrada de mulheres estrangeiras no Brasil para aqui exercerem a prostituição, valendo-se de fraudes e grave ameaça, com o fim de obterem vantagem econômica, e mantiveram casa de prostituição, por conta própria e com finalidade lucrativa, onde ocorria a exploração sexual de mulheres.

A denúncia foi recebida em 22/02/2011 e os réus foram citados cf. fls. 129/130, tendo apresentado defesa preliminar às fls. 121/122.

Pela r. decisão de fl. 136 foi determinado o prosseguimento do feito, posto incorrentes as hipóteses do art. 397 do CPP.

Na instrução processual, foram ouvidas oito testemunhas de acusação (fls. 164, 168/171, 365/368 e 469) e duas de defesa (fls. 175/176). Interrogatório dos réus às fls. 177/178, 179/180 e 485/489.

Não foram requeridas diligências na fase do art. 402, do Código de Processo Penal.

Em alegações finais, o Órgão Ministerial argumentou que foram suficientemente comprovadas a materialidade e a autoria, postulando pela condenação, cf. fls. 499/526.

Os réus, em alegações finais, aduziram que não incidiram nos tipos penais imputados, rogando absolvição por ausência de prova da ocorrência dos fatos narrados na denúncia (fl. 531/533).

Vieram os autos conclusos para sentença. É o breve relato do que consta do caderno processual.

II - FUNDAMENTO E DECIDO:

Ausentes preliminares a serem apreciadas, ou nulidades a sanar, passo de pronto ao mérito da causa, entendendo procedente a denúncia.

Aos réus foram imputados os crimes previstos nos artigos 229 e art. 231, § 2º, IV e § 3º, do Código Penal, em concurso de pessoas (art. 29, do CP). Passo à análise de cada uma das imputações.

Do crime de tráfico internacional de pessoas – art. 231, do CP

Conforme definição do Protocolo das Nações Unidas para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças, o tráfico de pessoas significa o recrutamento, transporte e recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamento ou benefício para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração.

Justamente por se constituir - tal tipo penal - em cumprimento de obrigação assumida pelo Brasil em convenção internacional, advém a competência da Justiça Federal:

Sendo o Brasil signatário de convenção internacional para a repressão ao tráfico de mulheres, competente é a Justiça Federal. Art. 109, V, da Constituição Federal de 1988. (TRF 1, 4ª Turma. ACR 2000.01.00.030202-6/GO, Rel. Juiz Fed. Francisco Neves da Cunha. Publicação 4.6.2004, pg. 37)

O tipo penal está descrito no art. 231, do Código Penal:

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

O crime se consuma com a entrada ou a saída da pessoa do território nacional, independentemente do efetivo exercício da prostituição e do consentimento da vítima.

Pois bem. Da análise dos elementos de prova que instruem os autos tenho que os réus incidiram no tipo penal acima descrito. Vejamos.

Apurou-se que, em janeiro de 2010, os réus promoveram a entrada no País da paraguaia RBMS, a fim de que ela aqui viesse exercer a prostituição, empregando fraude para tanto.

Segundo depoimento de RBMS à Polícia (fl. 08), esta foi procurada pela corré TNM na cidade de Curuguatê – Paraguai, que lhe ofereceu emprego como atendente num restaurante que alegou possuir em Mirante do Paranapanema, SP. Aceita a oferta, vieram as duas de ônibus até uma cidade vizinha a Guaíra, PR, e, desta, foram conduzidas pelo corréu ELP até a cidade de Mirante do Paranapanema, SP, em veículo fornecido por este. Chegando ao local, tomou conhecimento de que na verdade o restaurante tratava-se de um prostíbulo, onde RBMS deveria exercer a prostituição. A vítima, inconformada, fugiu do estabelecimento e foi alójarse na residência da testemunha Cristiano. No dia seguinte, os réus foram até a casa deste para

buscar RBMS, ocasião em que ela se recusou a voltar, quando foi agredida fisicamente por TNM.

Segundo a testemunha Cristiano (fls. 14 e 171), que confirmou o relato da vítima RBMS, ele foi ameaçado de agressão pelo corréu ELP caso se recusasse a devolver RBMS aos réus. Confirmam estes fatos as testemunhas Ivanilde (fls. 17 e 169), José Cícero (fls. 16 e 170) e Wilson Bento (fls. 19 e 168), além do laudo de exame de corpo de delito acostado às fls. 13, que aponta lesões possivelmente feitas por unhas contra a vítima RBMS.

Assim agindo, os réus, em coautoria, promoveram e facilitaram a entrada da paraguaia RBMS no território brasileiro para que esta exercesse a prostituição, a fim de obterem vantagem econômica, empregando violência, fraude e grave ameaça na execução do delito.

Consta também que os réus, em novembro de 2004, promoveram e facilitaram a entrada de RA no território nacional, mediante o fornecimento de dinheiro a ela para que fizesse a viagem de Vado Facho, Paraguai, até Mirante do Paranapanema, SP. RA foi procurada pela corré TNM em sua cidade no País vizinho, tendo lhe oferecido um emprego como doméstica no Brasil mas, da mesma forma que ocorreu com RBMS, ao chegar no endereço da corré, tomou conhecimento de que este era um prostíbulo, onde deveria se prostituir. Por isso, abandonou o local e se refugiou na casa da testemunha Clóvis, onde foi procurada pela corré TNM que a levou de volta ao prostíbulo, de onde fugiu novamente, após ser agredida por ela, retornando à casa de Clóvis. TNM então foi mais uma vez à casa da testemunha, a fim de trazer a vítima para seu prostíbulo e, diante da negativa, exigiu da testemunha o pagamento de R\$ 1.000,00 pela “compra” de RA. Sem sucesso, a corré ameaçou a genitora de Clóvis, insinuando produzir mal futuro à testemunha e ao filho desta.

Comprovam o acima exposto o depoimento de RA à Polícia (fl. 25/26), e os depoimentos das testemunhas Clóvis (fls. 368) e Maria Jandira (fls. 29/30, e 369).

Assim agindo, os réus, em coautoria, promoveram e facilitaram a entrada da paraguaia RA no território brasileiro para que esta exercesse a prostituição, a fim de obterem vantagem econômica, empregando violência, fraude e grave ameaça na execução do delito.

Restou ainda apurado que os corréus facilitaram a entrada de DCC no território nacional a fim de que exercesse a prostituição no estabelecimento deles. Segundo relato de DCC em sede policial (fl. 58), ela veio do Paraguai ao Brasil após receber convite da corré TNM para trabalhar no bar desta e ali “fazer programas” com os clientes. Da renda auferida com esses “programas”, parte é destinada aos corréus. A testemunha Adaiusa confirmou, no inquérito policial (fl. 70) e em Juízo (fl. 469), o depoimento da vítima DCC.

Dessa forma, os réus, em coautoria, promoveram e facilitaram a entrada de DCC no território brasileiro para que esta exercesse a prostituição, a fim de obterem vantagem econômica.

Todavia, no que tange às vítimas IA e RRF, entendendo não comprovadas a autoria e materialidade delitivas, eis que os únicos elementos que permitiriam imputar aos réus a prática do crime do art. 231 do CP, em relação a elas, são os testemunhos prestados por ambas em sede policial e não corroborados em Juízo, não havendo, pois, prova suficiente à condenação por estes fatos.

Do crime de “casa de prostituição” – art. 229, do CP

A denúncia ainda imputa aos réus a prática do delito de casa de prostituição, assim tipificado no art. 229, do CP:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:
 Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

E o acervo probatório dos autos é farto quanto à comprovação de que os réus também incidiram nesse tipo penal.

Ora, os réus cometeram o delito de tráfico internacional de mulheres a fim de manterem, por conta própria, o estabelecimento (“bar da Neguinha”, na cidade de Mirante do Paranapanema) onde ocorria a exploração sexual das pessoas traficadas, dentre outras mulheres que ali também se dedicavam ao exercício da prostituição.

Com efeito, dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, bem como dos depoimentos prestados pelas vítimas das condutas dos acusados, extrai-se que os réus mantinham, por conta própria, estabelecimento destinado à exploração sexual de mulheres, com intuito de lucro e mediação dos proprietários (os réus), que auferiam parte da renda obtida pelas prostitutas a título de comissões. Nesse sentido, os depoimentos prestados às fls. 08, 14 e 171, 17 e 169, 16 e 170, 19 e 168, 25/26, 29/30, 368, 369, 52, 56, 58, 70 e 469, e 164.

Ressalto que, conforme a prova testemunhal, os réus eram conhecidos por manterem uma casa de prostituição no bar em que trabalhavam, onde, além das mulheres traficadas, outras exerciam a prostituição, utilizando-se dos quartos que haviam nos fundos do “bar” para realizarem seus “programas”, e pagando parte do lucro destes aos réus, a título de comissão ou mesmo aluguel desses quartos.

E, embora os réus tenham negado que em seu estabelecimento ocorresse prostituição (fls. 47, 179/180, e 490), admitiram que possuíam o bar onde as vítimas e testemunhas referiram a ocorrência dos ilícitos a eles imputados, de forma que suas negativas não encontram ressonância na prova dos autos.

De fato, notam-se severas contradições no interrogatório judicial do corréu ELP (fl. 490), que iniciou o ato negando totalmente as acusações, mas ao ser inquirido pelo Douto Promotor de Justiça admitiu que por vezes trouxe mulheres do Paraguai para “passear” no Estado de São Paulo, cobrando delas o combustível da viagem. Também disse que guardava dinheiro delas, a pedido das mesmas, deixando tudo anotado num caderno que objeto de apreensão pela Polícia Federal. Por fim, admitiu que a assinatura lançada à fl. 47, no seu interrogatório constante dos autos de inquérito policial, partiu de seu próprio punho.

Por sua vez, a acusada TNM negou a prática de qualquer dos crimes imputados (fls. 179/180, e 490), em que pese todos os demais elementos de prova não lhe serem favoráveis.

Bem por isso, não merecem credibilidade as alegações dos réus, também não aproveitando ao corréu ELP eventual confissão por ele exarada em sede policial, eis que posteriormente retratada em Juízo.

E nem se diga que o fato de os réus explorarem sua atividade (“bar”) a menos de cem metros do posto da Polícia Militar de Mirante do Paranapanema lhes tornaria impossível a prática dos delitos imputados. Ao contrário, tal circunstância revela a ousadia com que a atividade criminosa era desenvolvida, a par de evidenciar a ineficiência crônica dos órgãos de segurança pública.

Patente, pois, que os réus cometeram o crime de “casa de prostituição”, previsto no art. 229, do Código Penal.

Ausentes causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade dos crimes ora reconhecidos, passo à dosimetria das sanções.

Dosimetria

I - *Corréu ELP:*

1 - *crime de tráfico internacional de mulheres:*

1-a) praticado em relação a RBMS: em face da primariedade do réu e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Considerando que houve emprego de fraude, aumento a pena de metade (§ 2º, IV, do art. 231, do CP), fixando a sanção corporal em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Tendo o delito sido cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (§ 3º, do art. 231, do CP), que fixo em 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, e causas de aumento ou diminuição de pena. Assim, para este fato, imponho ao corréu a pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 10 (dez) dias multa;

1-b) praticado em relação a RA: em face da primariedade do réu e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Considerando que houve emprego de fraude, aumento a pena de metade (§ 2º, IV, do art. 231, do CP), fixando a sanção corporal em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Tendo o delito sido cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (§ 3º, do art. 231, do CP), que fixo em 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, e causas de aumento ou diminuição de pena. Assim, para este fato, imponho ao corréu a pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 10 (dez) dias multa;

1-c) praticado em relação a DCC: em face da primariedade do réu e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Tendo o delito sido cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (§ 3º, do art. 231, do CP), que fixo em 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, e causas de aumento ou diminuição de pena. Assim, para este fato, imponho ao corréu a pena de 3 (três) anos de reclusão, e 10 (dez) dias multa.

2 - *crime de casa de prostituição:*

Em face da primariedade do réu e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causas de diminuição ou aumento de pena, torno a pena para este fato definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus.

Tratando-se de concurso material de crimes, como as penas impostas, na forma do art. 69 do Código Penal, totalizando 14 (quatorze) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, e 40 (quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa.

II - *Corré TNM:*

1 - *crime de tráfico internacional de mulheres:*

1-a) praticado em relação a RBMS: em face da primariedade da corré e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Considerando que houve emprego de fraude, aumento a pena de metade (§ 2º, IV, do art. 231, do CP), fixando a sanção corporal em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Tendo o delito sido cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (§ 3º, do art. 231, do CP), que fixo em 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, e causas de aumento ou diminuição de pena. Assim, para este fato, imponho à corré a pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 10 (dez) dias multa;

1-b) praticado em relação a RA: em face da primariedade da corré e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Considerando que houve emprego de fraude, aumento a pena de metade (§ 2º, IV, do art. 231, do CP), fixando a sanção corporal em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Tendo o delito sido cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (§ 3º, do art. 231, do CP), que fixo em 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, e causas de aumento ou diminuição de pena. Assim, para este fato, imponho à corré a pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 10 (dez) dias multa;

1-c) praticado em relação a DCC: em face da primariedade da corré e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Tendo o delito sido cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (§ 3º, do art. 231, do CP), que fixo em 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, e causas de aumento ou diminuição de pena. Assim, para este fato, imponho à corré a pena de 3 (três) anos de reclusão, e 10 (dez) dias multa.

2 - *crime de casa de prostituição:*

Em face da primariedade da corré e da ausência de maus antecedentes, além das demais circunstâncias do art. 59, do CP, não lhe prejudicarem, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causas de diminuição ou aumento de pena, torno a pena para este fato definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, à míngua de elementos que permitam aferir a capacidade econômica dos réus.

Tratando-se de concurso material de crimes, como as penas impostas, na forma do art. 69 do Código Penal, totalizando 14 (quatorze) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, e 40 (quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa.

III - DISPOSITIVO

Com essas razões, acolho parcialmente o pedido constante da denúncia e condeno:

1 - ELP à pena de 12 (doze) anos de reclusão e 30 dias-multa, cada um destes à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática da conduta prevista no artigo 231, do Código Penal, por três vezes em concurso material; e à pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, cada um destes à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática da conduta prevista no artigo 229 do Código Penal. Em face do concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal), somo as penas, que totalizam 14 (quatorze) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, e 40 (quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, em valor vigente ao tempo dos fatos.

2 - TNM à pena de 12 (doze) anos de reclusão e 30 dias-multa, cada um destes à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática da conduta prevista no artigo 231, do Código Penal, por três vezes em concurso material; e à pena de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, cada um destes à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática da conduta prevista no artigo 229 do Código Penal. Em face do concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal), somo as penas, que totalizam 14 (quatorze) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, e 40 (quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo para cada dia multa, em valor vigente ao tempo dos fatos.

Custas pelos réus.

Após o trânsito em julgado, lance-se o nome dos réus no rol dos culpados e oficiem-se aos órgãos de estatística e informações criminais.

Tendo os réus respondido ao processo em liberdade, poderão permanecer soltos até o trânsito em julgado da condenação, salvo ulterior demonstração da presença dos requisitos ensejadores da custódia cautelar.

Cópia desta sentença, devidamente instruída com o Termo de Apelação, servirá de CARTA PRECATÓRIA, com prazo de 30 (trinta) dias, à JUSTIÇA ESTADUAL DA COMARCA DE MIRANTE DO PARANAPANEMA, para INTIMAÇÃO dos réus.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Juiz Federal BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

0050508-23.2011.4.03.6182

Embargante: ELMO DE ARAUJO CAMÕES FILHO
Embargada: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS - SP
Juiz Federal: ERIK FREDERICO GRAMSTRUP
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/04/2014

Trata-se de embargos à execução fiscal movida para cobrança de multa pecuniária imposta pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, com fundamento no art. 11, inciso II, par. 1º inciso I da lei nº 6.385/76. Alega a parte embargante que:

- a) Não há nexo de causa entre os elementos fáticos nos quais se baseia a sanção pecuniária aplicada;
- b) Não houve danos ou prejuízos à Ordem Econômica Nacional, tampouco aos investidores ou às Bolsas de Valores que justificassem a aplicação da sanção pecuniária;
- c) A CVM não tem competência legal para fiscalizar e regular o mercado face à atuação das Bolsas de Valores Mobiliários;
- d) Violação ao devido processo legal, por ocasião da tramitação do inquérito administrativo;
- e) A decretação da liquidação extrajudicial e consequente solidariedade do embargante, com indisponibilização de seus bens, desconstituiu o débito em cobro;
- f) Ocorrência da prescrição;
- g) A citação editalícia foi nula.

Emenda da petição inicial a fls. 528/529, para juntada de documentos essenciais a fls. 531/567.

Os embargos foram recebidos com efeito suspensivo a fls. 568.

O embargado apresentou impugnação a fls. 595 e ss, refutando um a um os pontos da petição inicial.

Houve réplica a fls. 966 e ss.

Foram rejeitados os embargos de declaração interpostos em face da decisão que determinou a conclusão dos autos para sentença, tendo em vista tratar a presente lide apenas de matéria de direito (fls. 977).

Vieram os autos conclusos para decisão.

É o relatório. DECIDO.

PRECLUSÃO DE MATÉRIA: CITAÇÃO EDITALÍCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO. PRECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE TORNAR A DECIDIR.

A argumentação referente à nulidade da citação por edital, não merece ser conhecida, pois já foi objeto de deliberação no executivo fiscal a fls. 147/148, conforme segue:

A alegação de nulidade base puramente formal, mas não colhe êxito em vista das particularidades do caso.

Com efeito, a carta de citação foi entregue no endereço que o executado afirma ser seu e foi devidamente recebida.

Além disso, sua residência recebeu visita do Oficial de Justiça, que a certificou a fls. 91.

Desse modo, é evidente que tinha ciência da execução fiscal há muito e que a suspeita de ocultação aventada pela Sra. Oficial de Justiça se confirma.

Por outro lado, o executado está alegando a própria torpeza.

Somente agora, após o bloqueio eletrônico de valores, comparece o executado com o fito de anular os atos processuais, sendo evidente que seu único interesse consiste na ineficácia da constrição.

Em outra execução, conforme certificou a Sra. Oficial, repetiu-se essa conduta típica de litigante de má-fé.

Assim, sobram motivos para repelir sua pretensão:

1. Primeiramente, ninguém pode se beneficiar de sua própria má-fé;
2. A citação por edital que se reputa nula na verdade foi desnecessária, porque o executado já havia sido citado por via postal em seu endereço (que agora confirma ser, realmente, o seu);
3. Suas tentativas de ocultação - bem como de seu patrimônio - têm atravancado esta execução, que se processa desde 1997.

Pelo exposto, indefiro o pedido de nulidade dos atos processuais.

Quanto à nomeação de bens à penhora, não tem o menor propósito, em face do quadro acima explicitado, sendo certo ainda que foi penhorado dinheiro, bem que está no primeiro grau de preferência legal. Recebo esse pedido como pleito de substituição de bens penhorados. E determino que se abra vista ao exequente, para que sobre ele se manifeste.

Desse modo, houve PRECLUSÃO. Não há espaço nem ocasião para a parte embargante reiterar sua inconformidade quanto a esse ponto. Houve inclusive interposição de agravo de instrumento, ao qual foi negado seguimento. Não cumpre a este Juízo tornar a deliberar matéria que já foi suficientemente decidida.

Não se pode simplesmente reiterar, ad libitum, questões já decididas e a respeito das quais já se consumou preclusão.

É o que reza o art. 473, do CPC:

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Essa vedação, que se aplica à parte, igualmente incide sobre a atividade do Juiz: “Art. 471/ CPC. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, (...)”

Nesse sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em ocasião similar, que matéria já revolvada em objeção de pré-executividade (portanto matéria de ordem pública, à semelhança do que aqui ocorre) não pode ser reapreciada em sede de embargos à execução fiscal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. Determinadas matérias de defesa do executado podem ser aduzidas nos próprios autos da execução por meio de exceção de pré-executividade, o que não quer dizer que não se está utilizando da mesma defesa processual preconizada nos arts. 736 e seguintes do Código de Processo Civil.

2. Aventada a ocorrência de prescrição mediante objeção de pré-executividade, pretensão afastada definitivamente nesta instância especial, a matéria estará acobertada pelo instituto

da coisa julgada após o decurso do prazo recursal, não podendo mais ser discutida nas vias ordinárias dos embargos de devedor.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(STJ, EDcl no REsp nº 795.764, Ministro Castro Meira, DJ 26/05/2006)

Do voto do eminente Ministro Relator CASTRO MEIRA, no mesmo EDcl no REsp nº 795.764, destaco:

A irrisignação da embargante cinge-se tão-somente à preclusão de matéria alusiva à ocorrência de prescrição do crédito tributário cuja cobrança foi levada a efeito por meio deste executivo fiscal.

Mediante exceção de pré-executividade, a recorrente arguiu a decretação da prescrição do crédito, pedido acolhido pela sentença primária e rechaçado pelo Tribunal *a quo*.

Nesta instância especial a decisão da Corte revisora foi mantida, afastando-se a ocorrência da prescrição do débito em comento.

Naquela oportunidade, esta Casa rejeitou as razões da recorrente, tendentes a imputar à exequente a responsabilidade pelo decurso do prazo prescricional sem qualquer marco interruptivo de prescrição, prestigiando a diretriz aqui assentada sob o verbete sumular nº 7, segundo o qual o simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Reclama agora manifestação acerca da possibilidade de poder travar novo embate sobre o mesmo assunto em âmbito de embargos de devedor.

Ora, é sabido que, muito embora não prevista na legislação pátria, a objeção de pré-executividade perfaz incidente de defesa perante o qual é dada a discussão acerca de questões de ordem pública que contaminem o título executivo de maneira clara, independentemente de dilação probatória. Admite-se que, diante de vício flagrante a vulnerar a execução em curso, a defesa do executado se processe sem os requisitos enumerados no Diploma Processual pátrio, tal como a garantia do juízo.

Contudo não se trata de nova modalidade de defesa do executado, mas apenas de prestígio ao princípio da economia processual, evitando-se, assim, a formação de novos autos apartados para a defesa e, conseqüentemente, a demora na prestação jurisdicional.

Determinadas matérias de defesa do executado podem ser aduzidas nos próprios autos da execução por intermédio de petição simples, o que não implica dizer que não se está utilizando da mesma defesa processual preconizada nos arts. 736 e seguintes do Código de Processo Civil. Assim sendo, forçoso concluir que, tendo sido aventada a ocorrência de prescrição por meio de objeção de pré-executividade, pretensão afastada definitivamente nesta instância especial, a matéria estará acobertada pelo instituto da coisa julgada após o decurso do prazo recursal, não podendo mais ser discutida nas vias ordinárias. Isso porque a executada já exerceu seu direito de defesa.

Portanto, julgo preclusa a matéria relativa à validade da citação, cuja discussão ficou manifestamente superada.

PRESCRIÇÃO - DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA

A natureza jurídica da multa imposta por infração administrativa é a de “Dívida Ativa Não-Tributária”, nos termos do artigo 39, § 2º, da Lei 4.320/64:

Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária

são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, *multa de qualquer origem ou natureza*, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. (GRIFEI)

Sendo assim, não se submete à prescrição prevista no artigo 174, do Código Tributário Nacional, ainda que sua cobrança esteja sujeita às regras da Execução Fiscal, de acordo com o disposto no artigo 2º da Lei 6.830/80.

O E. Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o prazo para cobrança de multas administrativas é de cinco anos, afastando-se de sua orientação anterior, segundo a qual a prescrição seria vintenária ou decenal, tratadas, respectivamente, pelos Códigos Civis de 1916 e de 2002.

Vale mencionar os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. SUNAB. PRAZO PRESCRICIONAL.

1. Inexistindo regra específica sobre prescrição, deverá o operador jurídico valer-se da analogia e dos princípios gerais do direito como técnica de integração, já que a imprescritibilidade é exceção somente aceita por expressa previsão legal ou constitucional.

2. O prazo prescricional para a cobrança de multa administrativa é de cinco anos.

3. As hipóteses em que transcorreu o prazo prescricional, contado da decisão que ordenou o arquivamento dos autos da execução fiscal por não haver sido localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, estão sob a disciplina do art. 40, § 4º, do Código Tributário Nacional.

4. Tendo a execução fiscal permanecido suspensa por mais de sete anos, sem ao menos ter sido efetivada a citação, ocorreu a prescrição intercorrente, já que o prazo teve início quando do despacho que ordenou o arquivamento (24.10.00).

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1026725/PE; RECURSO ESPECIAL2008/0021849-7; Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA; SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 15/05/2008; DJe 28.05.2008)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. A relação de direito material que deu origem ao crédito em execução - infringência ao art. 1º do Decreto-Lei 5.998/43, que diz:

“As usinas e destilarias somente podem dar saída no álcool de sua produção, quando consignado ao Instituto do Açúcar e do Alcool, ou quando sua entrega a terceiros tenha sido autorizada por esse órgão” - é regida pelo Direito Público, tornando inaplicável a prescrição de que trata o Código Civil.

3. Em atenção ao princípio da isonomia, é de cinco anos o prazo para que a Administração Pública promova a execução de créditos decorrentes da aplicação de multa administrativa, se não houver previsão legal específica em sentido diverso.

4. Hipótese de execução fiscal ajuizada em fevereiro/1990, mais de cinco anos depois de encerrada, na seara administrativa (dezembro/1984), a discussão acerca da exigibilidade de auto de infração lavrado em julho/1980.

5. Recurso especial parcialmente provido, para julgar procedentes os embargos à execução, declarando-se a prescrição dos valores cobrados.

(REsp 855694/PE; RECURSO ESPECIAL; 2006/0137090-8; Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA (1126); PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 13/05/2008; DJe 29.05.2008)

Por fim, transcrevo a seguinte ementa, de julgado relatado pelo Em. Min LUIZ FUX:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. MULTA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/32. PRAZO QUINQUÊNAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO VINTENÁRIO PREVISTO NO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O recurso especial é inadmissível para a cognição de matéria sobre a qual não se pronunciou o tribunal de origem, porquanto indispensável o requisito do prequestionamento.

2. Ademais, como de sabença, “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada” (Súmula 282/STF).

3. Os embargos declaratórios não são cabíveis para a modificação do julgado que não se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro.

4. Não há violação ao artigo 535, II do CPC, quando a matéria não analisada pelo aresto recorrido não foi objeto de recurso de apelação.

5. A Administração Pública, no exercício do *ius imperii*, não se subsume ao regime de Direito Privado.

6. Ressoa inequívoco que a inflicção de sanção às ações contra as posturas municipais é matéria de cunho administrativo versando direito público indisponível, afastando por completo a aplicação do Código Civil a essas relações não encartadas no *ius gestionis*.

7. A sanção administrativa é consectário do Poder de Polícia regulado por normas administrativas.

8. A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado.

9. Deveras, e ainda que assim não fosse, no afã de minudenciar a questão, a Lei Federal 9.873/99 que versa sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Federal colocou um pá de cal sobre a questão assentando em seu art. 1º *caput*: “Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.”

10. A possibilidade de a Administração Pública impor sanções em prazo vintenário, previsto no Código Civil, e o administrado ter a seu dispor o prazo quinquenal para veicular pretensão, escapa ao cânone da razoabilidade, critério norteador do atuar do administrador, máxime no campo sancionatório, onde essa vertente é lindeira à questão da legalidade.

11. Outrossim, as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada *in casu*.

12. Destarte, esse foi o entendimento esposado na 2ª Turma, no REsp 623.023/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14.11.2005:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO - PRESCRIÇÃO - RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO - CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE DO CC E DO CTN - DECRETO 20.910/32 - PRINCÍPIO DA SIMETRIA.

1. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil.

2. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo

de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN.

3. Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria.

3. Recurso especial improvido.”

13. Precedentes jurisprudenciais: REsp 444.646/RJ, DJ 02.08.2006; REsp 539.187/SC, DJ 03.04.2006; REsp 751.832/SC, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, DJ 20.03.2006; REsp 714.756/SP, REsp 436.960/SC, DJ 20.02.2006.

14. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 951568/SP; 2007/0221044-0; Relator(a) Ministro LUIZ FUX; PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 22/04/2008; DJe 02.06.2008)

A execução é de multa administrativa, aplicada por decisão da CVM em 27.12.1994, mantida pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, por ato de 26.11.1996 e exigível com acréscimos a partir de 17.02.1997.

Ainda, quanto à interrupção da prescrição, merecem menção os seguintes dispositivos:

- Art. 219, §§ 1º a 4º, do CPC, em sua redação originária:

A prescrição considerar-se-á interrompida na data do despacho que ordenar a citação. Incumbe à parte, nos 10 (dez) dias seguintes à prolação do despacho, promover a citação do réu. Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias, contanto que a parte o requeira nos 5 (cinco) dias seguintes ao término do prazo do parágrafo anterior. Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

- Os três primeiros parágrafos, na redação atribuída pela Lei nº 8.952, de 1994:

A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. Incumbe à parte promover a citação do réu nos dez dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de noventa dias.

- O art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830, de 1980:

O despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

- O art. 174, par. Único, do CTN, na redação que lhe foi dada pela LC nº 118/2005:

A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

Das regras citadas, o art. 8º, par. 2º da Lei nº 6.830 deve ser entendida em interpretação sistemática com o Diploma Processual Civil, cuja vigente redação não fez senão consagrar o

entendimento que a Jurisprudência sempre atribuiu à originária. Em outras palavras, na execução da dívida ativa da Fazenda, esta deve promover a citação, para que a mesma retroaja à data do ajuizamento (é o que diz, no fundo, a própria Lei nº 6.830, presumindo que o despacho de citação ocorra nessa data; o que nem sempre ocorre, nos locais onde haja distribuição de feitos a mais de um Juízo, mas deveria ocorrer, a bem da celeridade processual). Promover significa fornecer os meios que cabem à parte, quer dizer, as despesas quando devidas e o endereço aonde se postará a carta mencionada pelo art. 8º, I, da LEF.

Se o aviso de recepção não retornar no prazo de quinze dias (art. 8º, III, da LEF), far-se-á a citação por oficial de justiça, ou por edital. Entendo, em face disso, que o exequente beneficiado pelo rito especial da Lei nº 6.830 está vinculado ao seguinte regime:

- dispõe dos dez dias subsequentes ao despacho de citação para fornecer os meios de citação pela via postal (se já não o fez);
- se, em quinze dias, não retornar o AR, o juiz prorrogará (ou, no silêncio da autoridade, prorrogar-se-á automaticamente pelo máximo, já que a disposição é imperativa e não lhe deixa discricção) o prazo até noventa dias, para que o interessado promova a citação por oficial de justiça ou por edital;
- se, nessa dilação, forem fornecidos os meios - isto é, o correto endereço no primeiro caso e as providências de publicação no segundo - o exequente não será prejudicado por eventual demora, que se presumirá imputável à máquina judiciária (já que mais nada se lhe pode exigir, razoavelmente).

Preenchidas essas condições, o exequente gozará da interrupção retroativa à data em que entregou a inicial ao protocolo judiciário, mesmo que a citação tenha sido ordenada por juiz incompetente (*caput* do art. 219, CPC).

A execução fiscal foi ajuizada em 13 de novembro de 1997, sendo o executado, ora embargante, regularmente citado por AR em 10.03.1998 (fls. 06 - executivo fiscal).

Já com a petição inicial foram fornecidos os meios necessários à citação. O ligeiro retardamento deveu-se exclusivamente ao mecanismo judiciário, sem culpa imputável à parte exequente - ora embargada.

Invocável, ao abrigo de qualquer dúvida, o enunciado sumular nº 106/STJ:

PROPOSTA A AÇÃO NO PRAZO FIXADO PARA O SEU EXERCÍCIO, A DEMORA NA CITAÇÃO, POR MOTIVOS INERENTES AO MECANISMO DA JUSTIÇA, NÃO JUSTIFICA O ACOLHIMENTO DA ARGUIÇÃO DE PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA.

Desta forma, fica afastada qualquer especulação a propósito de ocorrência da prescrição.

COMPETÊNCIA - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Compete à CVM, nos termos do art. 8º, I e III, da Lei 6.385/76, regulamentar e fiscalizar as atividades e serviços do mercado de valores mobiliários, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participam, e aos valores ali negociados. À época da aplicação da multa, o par. 1º do referido artigo, tinha a seguinte redação: "O disposto neste artigo não exclui a competência das bolsas de valores com relação aos seus membros e aos valores mobiliários nelas negociados."

No cumprimento desses deveres, a autarquia-exequente atua como Administração Pú-

blica, exercendo poder de polícia, de modo a condicionar e restringir condutas individuais em benefício do interesse social.

A Lei 6.385/76, em seu artigo 11, dispõe sobre as competências atribuídas à CVM e as penalidades aplicáveis aos infratores, prevendo dentre elas, a multa.

Portanto, é descabido o argumento de que a CVM não teria competência legal para fiscalizar e sancionar operações que estão relacionadas com sua própria razão de ser.

Mesmo que a lei não houvesse sido suficientemente clara - e o foi - a atribuição da CVM para o caso decorreria das finalidades de sua criação enquanto pessoa jurídica de direito público.

Na verdade ocorre o oposto do que a parte embargante alega: a competência da CVM é que se impõe malgrado a existência da Bolsa de Valores (pessoa jurídica de direito privado) e não o inverso.

Em notável voto a propósito dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, relacionados com a competência fiscalizatória e punitiva da Comissão de Valores Mobiliários, restou reconhecido que essa Autarquia não apenas pode agir, como deve fazê-lo, sendo implícito tal poder-dever no exercício da polícia do mercado de capitais. Transcrevo-o na parte em que interessa ao presente:

Há muito que a leitura do princípio da proporcionalidade não mais se assenta apenas sobre a proibição do excesso, tendo-se expandido, também, para vedar a proteção deficiente dos bens jurídicos, segundo a lição de Lênio Luiz Streck:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador (Lênio Luiz Streck. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p. 180).

Ademais, relembro o disposto no art. 11 da Lei nº 6.385/76, que traça o modelo legal de sanções administrativas atribuídas à Comissão de Valores Mobiliários, prevendo as seguintes penalidades: I - advertência; II - multa; III - suspensão do exercício de cargo de administrador de companhia aberta ou de entidade do sistema de distribuição de valores; IV - inabilitação para o exercício dos cargos referidos no inciso anterior; V - suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata esta Lei; VI - cassação da autorização ou registro indicados no inciso anterior.

De fato, a interpretação dessa norma deve levar em conta as finalidades do exercício do poder de polícia da Comissão de Valores Mobiliários, com vista à proteção e à guarda dos bens jurídicos e fins sociais, assim previstas pelo mesmo Diploma Legal:

“Art. 4º O Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários exercerão as atribuições previstas na lei para o fim de:

[...]

II - promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações, e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social de companhias abertas sob

controle de capitais privados nacionais;

III - assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da bolsa e de balcão;

IV - proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra:

a) emissões irregulares de valores mobiliários;

b) atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas, ou de administradores de carteira de valores mobiliários.

[...]

Art. 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2º do art. 15, poderá:

[...]

V - apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado;

VI - aplicar aos autores das infrações indicadas no inciso anterior as penalidades previstas no Art. 11, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal.

§ 1º. Com o fim de prevenir ou corrigir situações anormais do mercado, a Comissão poderá:

I - suspender a negociação de determinado valor mobiliário ou decretar o recesso de bolsa de valores;

II - suspender ou cancelar os registros de que trata esta Lei;

III - divulgar informações ou recomendações com o fim de esclarecer ou orientar os participantes do mercado;

IV - proibir aos participantes do mercado, sob cominação de multa, a prática de atos que especificar, prejudiciais ao seu funcionamento regular” (sem grifos no original).

Ora, para o cumprimento de tais misteres, não se mostraria razoável restringir o uso das sanções disponíveis à CVM, tendo em vista seu melhor aparelhamento quando da apuração dos fatos ilícitos e da reprimenda do caso concreto.

O silêncio do art. 11 da Lei nº 6.385/76, quanto à possibilidade de aplicação cumulativa de sanções, antes de representar espécie de “silêncio eloquente”, a impedir tal espécie de apenação, deve ser interpretado como técnica legislativa que prestigia a garantia do exercício efetivo, autônomo e independente das funções da Comissão de Valores Mobiliários que, no mais das vezes, depende de um juízo de oportunidade e conveniência quanto ao tipo e grau de reprimenda adequada ao caso concreto, devido à natureza altamente cambiante e complexa do mercado em destaque e dos ilícitos que lhe são peculiares. Desse modo, deixa-lhe margem de liberdade para aplicar a sanção de acordo com a espécie e a gravidade da falta cometida. Ciente dos desafios que o exercício do poder de polícia impõe à Administração Pública, no referente à interpretação dos fatos e à escolha dos meios mais adequados para restringir e condicionar a liberdade dos cidadãos, com vistas ao interesse público, a doutrina brasileira tende a atribuir-lhe o caráter discricionário, máxime quando a lei não detalha a forma como tal prerrogativa pública deverá ser desempenhada, o que ocorre no caso dos autos.

Neste sentido, é o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Quanto à discricionariedade, embora esteja presente na maior parte das medidas de polícia, nem sempre isso ocorre. Às vezes, a lei deixa certa margem de liberdade de apreciação quando a determinados elementos, como o motivo ou o objeto, mesmo porque ao legislador não é dado prever todas as hipóteses possíveis a exigir a atuação de polícia. Assim, em grande parte dos casos concretos, a Administração terá que decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante das previstas na norma legal. Em tais circunstâncias, o poder de polícia será discricionário.

Em outras hipóteses, a lei já estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração terá que adotar a solução previamente estabelecida, sem qualquer possibilidade de opção. Nesse caso, o poder será vinculado. O exemplo mais comum do ato de polícia vinculado é o da licença. Para o exercício de atividades ou para a prática de atos sujeitos ao poder de polícia do Estado, a lei exige alvará de licença ou de autorização. No primeiro caso, o ato é vinculado,

porque a lei prevê os requisitos diante dos quais a Administração é obrigada a conceder o alvará de licença ou de autorização. No primeiro caso, o ato é vinculado, porque a lei prevê os requisitos diante dos quais a Administração é obrigada a conceder o alvará; é o que ocorre na licença para dirigir veículo automotores, para exercer determinadas profissões, para construir. No segundo caso, o ato é discricionário, porque a lei consente que a Administração aprecie a situação concreta e decida se deve ou não conceder a autorização, diante do interesse público em jogo; é o que ocorre com a autorização para porte de arma, com a autorização para circulação de veículos com peso ou alturas excessivos, com a autorização para produção ou distribuição de material bélico.

Diante disso, pode-se dizer que o poder de polícia tanto pode ser discricionário (e assim é na maior parte dos casos), como vinculado” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 106-107).

Na mesma linha, são a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

“Reina alguma controvérsia quanto à caracterização do poder de polícia, se vinculado ou discricionário. Em nosso entender, porém, a matéria tem de ser examinada à luz do enfoque a ser dado à atuação administrativa.

Quando tem a lei diante de si, a Administração pode levar em consideração a área de atividade em que vai impor a restrição em favor do interesse público e, depois de escolhê-la, o conteúdo e a dimensão das limitações. É o caso, por exemplo, em que as autoridades públicas enumeram apenas alguns rios onde a pesca se tornará proibida. Sem dúvida que nesse momento a Administração age no exercício de seu poder discricionário.

[...]

O inverso ocorre quando já está fixada a dimensão da limitação. Nessa hipótese, a Administração terá de cingir-se a essa dimensão, não podendo, sem alteração da norma restritiva, ampliá-la em detrimento dos indivíduos. A atuação, por via de consequência, se caracterizará como vinculada. No exemplo acima dos rios, será vedado à Administração impedir a pesca (não havendo, obviamente, outra restrição) naqueles cursos d’água não arrolados como alvo das medidas restritivas de polícia” (José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 80).

(REsp 1130103/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 30/08/2010)

O precedente citado versa sobre punição diversa da aqui cogitada, mas serve como forte apoio à idéia de que a CVM não apenas tinha a potencialidade de atuar com severidade no caso presente - porque detinha atribuição legal - como também devia fazê-lo, sob pena de o Estado vir a ser responsabilizado por omissão.

Rejeito, portanto, a alegação de incompetência da CVM.

INEXISTÊNCIA DE DANO. REQUISITO NÃO IMPOSTO POR LEI PARA FINS DE RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

O dano é requisito legal da responsabilidade civil e não da responsabilidade administrativa.

Trata-se de mais um dos muitos argumentos falaciosos dos presentes embargos. Alega-se a ausência de pressuposto que, em verdade, não é previsto em lei para fim da reprimenda administrativa imposta.

Primeiramente, a afirmação sequer foi provada, de modo que não se houve a parte embargante com o cumprimento de seus ônus processuais.

Em segundo lugar, não há necessidade de demonstrar-se dano ao mercado de capitais, ou à ordem econômica nacional, para que se caracterize a responsabilidade administrativa e conseqüente punição.

Repito, para que não haja dúvida ou mal-entendido: o dano é pressuposto legal da responsabilidade civil e não daquela espécie que se discute nestes autos, nem da respectiva multa.

NEXO LÓGICO ENTRE A CONDUTA E A PENALIDADE APLICADA

A multa foi imposta legitimamente, devendo ser repelidos os fundamentos arguidos pelo embargante em sentido contrário.

Essa penalidade tem origem em operações simuladas realizadas por investidores, atuando em nome próprio e de terceiros, com finalidades antijurídicas e propósito de lucro, coletivamente conhecidas pela infame denominação “caso Nahas”.

Mais especificamente, os investidores criaram condições artificiais de demanda, oferta ou preço e/ou manipularam preços, todas faltas graves devidamente previstas em Regulamento (Instrução CVM nº 08/1979; e na Lei que lhes cominou penalidades (Lei nº 6.385/1976, art. 11, incs. I a IV).

A atuação do embargante ELMO foi individualizada pela autoridade, que lhe aplicou a multa de 8% do valor de operações canceladas pela Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, no mês de junho de 1989. A respectiva penalidade foi dimensionada de forma pessoal, específica e considerando-se a conduta do agente individualmente.

Apurou-se que o embargante valeu-se de Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários (Capitânea DTVM) e de um testa-de-ferro, Roberto Robillota Filho, mas que todos os negócios eram da responsabilidade de Elmo Camões Filho.

O embargante foi especificamente condenado por ter participado diretamente na alta artificial das cotações no mercado naquele ano de 1989, relacionada com a concentração de negócios dissimulada pelo emprego de pessoas interpostas.

Empregou a Comissão de Valores Mobiliários a definição corrente e aceita de manipulação, também admitida à época dos fatos pela autoridade norte-americana (SEC). Estava embasada não em uma operação isolada, mas no conjunto das operações realizadas nos mercados à vista, a termo, de opções e futuro de índice, na concentração de posições nesses descritos mercados e no volume de negócios realizados.

Na verdade, não haveria outra maneira de estabelecer os ilícitos, a não ser considerando a concentração, o conjunto das operações simuladas, o emprego de intermediários diversos como indícios que, interpretados como um sistema, apontam para as infrações reprimidas.

A conclusão geral indicou que os vários grupos participantes, dentre eles o embargante, provocaram distorções na livre formação de preços do mercado, em seu próprio benefício. A única peculiaridade foi a de que o Grupo Elmo atuou em menor escala em relação aos demais partícipes da trama. Sua punição por via de reprimenda financeira considerou tais especificidades. Não somente há nexo lógico entre a conduta apenada e a sanção incorrida, como também com a quantidade e natureza dessa sanção. Rejeito, portanto, as alegações do embargante em sentido oposto.

VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFIRMAÇÃO GRATUITA E NÃO COMPROVADA

O devido processo legal integra diversos princípios, dentre eles o da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e da possibilidade de recursos. Todos foram indisputavelmente observados pela autoridade administrativa. Mais uma vez, os embargos clamam no vazio, sem supedâneo sério para suas alegações.

O ato impositivo de reprimenda, amplamente motivado, foi precedido do trabalho de comissão de inquérito administrativo, cujo relatório límpido, detalhado e primoroso está colacionado a fls. 411 e seguintes.

À parte embargante foi oportunizada defesa perante a presidência da CVM, reproduzida a fls. 696. Defesa ademais técnica, subscrita por advogado e acadêmico prestigioso.

A ata de julgamento do inquérito CVM nº 07/1989 (fls. 707 e seguintes) está substancialmente fundamentada, definindo a infração investigada e suas balizas; seu conceito na órbita interna e internacional; a conduta de cada qual dos investidores e intermediários envolvidos e a pena aplicada a cada um, de modo detalhado e até perfeccionista.

Observo que o embargante ELMO teve nova oportunidade de, amparado por defensor muito qualificado, apresentar recurso voluntário ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (fls. 922), afinal rejeitado fundamentadamente (fls. 954).

Assim sendo, analiso as frágeis objeções do embargante:

a) É incorreto que o indiciamento no inquérito administrativo tenha prejudicado o exercício da ampla defesa. Pelo contrário, ela foi exercida até o exaurimento da instância administrativa, inclusive com acesso aos recursos a ela inerentes;

b) O embargante, como os demais envolvidos, teve oportunidade de deduzir defesa técnica, assinada por profissional prestigiado, com plena ciência das apurações do inquérito administrativo.

c) A multa aplicada não é de natureza penal, mas administrativa, o que põe por terra a linha de argumentação da parte embargante;

d) O que é chamado nos embargos de “norma ancilar interna” da CVM é na realidade o regulamento que baixou com base no seu poder de polícia sobre o mercado de capitais;

e) A conduta dos agentes, inclusive o embargante, não pode ser reputada lícita à época dos fatos, porque desbordou a simples especulação e tomou os moldes de manipulação do mercado e de seus preços, ampla e tecnicamente demonstrada pela autoridade administrativa;

f) Eventual corresponsabilidade das bolsas envolvidas não elimina a responsabilidade do embargante. E, mesmo assim, aquela primeira existe apenas no plano das cogitações do embargante, não tendo sido analiticamente comprovada;

g) Não apenas havia regulamentação preexistente aos fatos, como os coautores e partícipes tinham plena consciência de seu caráter imoral e antijurídico, tanto que se serviram de pessoas interpostas com a finalidade de ocultar a concentração de operações.

h) Não há que falar em inexistência de defesa que foi efetivamente exercida, em mais de um grau administrativo e cujas peças estão reproduzidas nestes autos.

SUPOSTA DESCONSTITUIÇÃO DO TÍTULO PELA DISSOLUÇÃO DA CAPITÂNEA DTVM ou PELA INDISPONIBILIDADE DE BENS – RELAÇÃO NENHUMA COM A RESPONSABILIDADE POR ILÍCITO PESSOALMENTE COMETIDO PELO EMBARGANTE

O devedor inscrito como tal no livro de dívida ativa e respectiva certidão é a pessoa

física do embargante. Ele, da mesma forma, foi considerado responsável pela infração reprimida com pena pecuniária. A Distribuidora de Títulos e Valores mobiliários foi considerada instrumento para o perfazimento de atos ilícitos. Portanto, nem a indisponibilidade de bens decretada na esfera administrativa, nem a liquidação da pessoa jurídica guardam qualquer relação com a responsabilidade do embargante com ilícito de sua própria autoria e que lhe foi pessoalmente imputado.

A presente execução é de multa imposta a pessoa física, em resumo e nada tem a ver com a corresponsabilidade de sócio ou de administrador por débito de pessoa jurídica.

O capcioso raciocínio dos embargos dirige-se a uma pessoa jurídica que foi considerada meio para o ilícito, mas que não sofreu, ela própria, a penalidade em curso de cobrança. Esta foi cominada diretamente à pessoa natural do embargante, não havendo nenhum sentido ou nexos lógico na argumentação que, erroneamente, pressupõe a desconstituição do título executivo.

Também neste ponto, a defesa apresentada pela parte embargante sofre do vício de *non sequitur*. Incorre, mais propriamente, no sofisma da *ignoratio elenchi*. Tal se dá quando se aventam premissas irrelevantes para a conclusão desejada.

Argumento irrelevante, repise-se, porque a liquidação de pessoa jurídica não tem nenhuma relação com a multa imposta pessoal e diretamente a uma pessoa natural. Irrelevante, outrossim, porque não há nenhum nexos entre a indisponibilidade de bens, motivada por aquela liquidação e a multa imposta por ato ilícito de pessoa física, em procedimento também diverso.

ORNAMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO PUNITIVO e DA CDA NÃO FORAM ABALADOS

Os atos administrativos que desaguam na inscrição, como essa própria e a certidão dela retirada gozam de presunção de veracidade e legitimidade.

Além disso, a certidão de dívida ativa também goza da liquidez e certeza decorrentes de sua classificação legal como título executivo extrajudicial.

No caso, a CDA apresenta-se perfeita, com a descrição adequada do débito e seus acréscimos legais, cuja legislação de regência foi oportunamente mencionada, abrindo oportunidade para a defesa de mérito do contribuinte.

A principal decorrência desse fato é o de que, em executivo fiscal, o ônus da prova recai integralmente sobre o devedor.

Ele deve, na qualidade de pólo ativo dos embargos do devedor, demonstrar todos fatos constitutivos de sua pretensão elisiva do título executivo.

O exequente nada tem de demonstrar, embora possa eventualmente fazer contraprova. Pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que:

Na execução fiscal, com o título revestido de presunção de certeza e liquidez, a exequente nada tem que provar. Opondo embargos, o devedor terá que desconstituir o título. Se nada provar, a pretensão resistida será agasalhada a pretensão satisfeita. Não é a embargada que irá robustecer o seu título, mas o embargante que irá enfraquecê-lo (...). No caso a certidão da dívida ativa está regular e não foi ilidida com as alegações formuladas pela embargante, já que não acompanhadas de nenhuma prova, como nem foi requerida a posterior produção de elemento probatório.

(Acórdão da 5ª T. de extinto E. Tribunal Federal de Recursos, na Apel. Cív. nº 114.803-SC; rel. Min. Sebastião Reis - Boletim AASP nº 1465/11)

Se isso pode-se dizer da Certidão de Dívida Ativa, na mesma toada podem ser lembrados os ornamentos do ato administrativo punitivo que deu origem remota ao débito em curso de cobrança.

Somando-se a isso que o ato administrativo (auto de infração e imposição de multa) é dotado de presunção de veracidade e legitimidade, tem-se a inelutável conclusão de que im-procede a linha de defesa da embargante.

Comentam os doutrinadores, acerca desses predicamentos:

A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Direito Administrativo". São Paulo, Atlas, 1990, p. 150)

Presunção de legitimidade - é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção juris tantum de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Esta característica é comum aos atos administrativos em geral. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Curso de Direito Administrativo". São Paulo, Malheiros, 1993, p. 195)

Daí se segue a consequência da

... transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até a sua anulação o ato terá plena eficácia. (MEIRELLES, Hely Lopes. "Direito Administrativo Brasileiro". São Paulo, RT, 1988, p. 118)

Dos mencionados ônus, a parte embargante não se desincumbiu adequadamente. De onde a improcedência dos embargos.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto e demais elementos dos autos, JULGO IMPROCEDENTES OS EMBARGOS e subsistente o título executivo. Condeno a parte vencida no pagamento de honorários, arbitrados em 10% sobre o valor exequendo devidamente atualizado. Determino o traslado de cópia desta para os autos do executivo fiscal, em que se prosseguirá.

Publique-se, registre-se, intime-se e cumpra-se.

São Paulo, 19 de março de 2014.

Juiz Federal ERIK FREDERICO GRAMSTRUP

AÇÃO ORDINÁRIA **0007146-26.2012.4.03.6120**

Autores: EMPRESA CRUZ DE TRANSPORTES LTDA. E OUTROS
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juíza Federal: VERA CECÍLIA DE ARANTES FERNANDES COSTA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/11/2013

Vistos etc.,

Trata-se de demanda ajuizada por EMPRESA CRUZ DE TRANSPORTES LTDA., RUI MARTINS DE OLIVEIRA, JOAQUIM CONSTATINO NETO, HENRIQUE CONSTANTINO, CONSTANTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR e RICARDO CONSTANTINO em face da UNIÃO FEDERAL postulando autorização para o depósito do crédito tributário constituído no PA 18088-720.298/2012-62, para o fim de declarar que possui os mesmos efeitos do pagamento e que representa a integralidade do crédito tributário, permitindo o benefício de redução da multa de ofício em 50% e assegurando a não incidência de encargos moratórios, inclusive de juros pela Taxa SELIC, a partir da data do depósito.

Pleiteiam também a declaração de inaplicabilidade do artigo 806, do CPC e, em caso de procedência da demanda, que:

- a) se obtiverem êxito na impugnação administrativa ou judicial, o depósito reverta em seu favor;
- b) se não obtiverem êxito na impugnação administrativa ou judicial, o depósito seja convertido em renda da União como pagamento integral do crédito tributário, beneficiando-se da redução no valor da multa;
- c) se obtiverem êxito parcial na impugnação administrativa, que o depósito seja proporcionalmente repartido entre as partes e a parte autora seja beneficiada pela redução no valor da multa.

Argumentam na inicial que foram autuados em razão de omissão de receitas decorrentes de ganho de capital na alienação de veículos e de receitas de aplicações financeiras do numerário supostamente decorrente dessas alienações. Ressaltam seu direito ao depósito judicial do crédito tributário controvertido enquanto discutem a legalidade do débito na via administrativa e judicial para evitar os efeitos da mora e a instauração de processo criminal tributário.

De outra parte, defendem a pretensão de terem o benefício da redução do valor da multa conforme artigo 6º, I, da Lei 8.218/91, dizendo que o depósito de R\$ 5.500.00,00 que efetuam equivale ao pagamento da integralidade do débito referido no dispositivo por aplicação dos artigos 110, do CTN e 334, do Código Civil, e os livra da incidência de juros de mora.

Instruem a inicial com auto de infração IRPF no valor de R\$ 5.476.239,27 incluindo R\$ 2.949.538,99 de multa (fls. 60/78), auto de infração CSLL no valor de R\$1.914.142,19 incluindo R\$ 1.030.581,34 de multa (fls. 79/97), relatório de atividade fiscal IRPF e CSLL (fls. 98/176), termo de sujeição passiva de responsabilidade pessoal (fls. 178/187), representação fiscal para fins penais (fls. 189/202), recibo de entrega de arquivos digitais (fl. 204), cópia de minuta de recurso administrativo (fls. 205/223), termos do processo administrativo de fiscalização (fls. 225/232).

Custas recolhidas (fl. 21).

Os autores juntam comprovantes de depósitos no valor de R\$ 5.500.000,00 (fls. 235/243).

O pedido de tutela antecipada foi indeferido, oportunidade em que foi determinada a conversão da medida cautelar para ação ordinária (fls. 244/246).

A parte autora pediu a reconsideração da decisão e interpôs agravo de instrumento, informando que protocolou impugnação administrativa por via eletrônica, conforme extrato processual que comprova a entrega dos arquivos digitais (fls. 251/291), tendo o TRF3 indeferido o efeito suspensivo do recurso (fls. 298/300).

A União apresentou contestação defendendo a legalidade de sua conduta sob o argumento de que o depósito realizado pelos autores não contempla a integralidade do crédito tributário e não pode ser equiparado ao pagamento, motivo pelo qual a parte autora não faz jus à redução da multa. Ao final, requereu a conversão do numerário depositado em juízo em renda, com fundamento no art. 32, § 2º da Lei 6.830/80 (fls. 303/310).

Intimadas a especificar as provas que pretendem produzir, a parte autora requereu a procedência da ação, aduzindo que o depósito e o pagamento produzem os mesmos efeitos perante o Fisco (fls. 313/315), e a União pugnou pela improcedência do pedido (fl. 316).

É o relatório.

DECIDO:

Mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

A autora vem a juízo postular a declaração de que o depósito que fez (1) representa pagamento integral do crédito tributário e, portanto, (2) tem os mesmos efeitos do pagamento, mormente o de (3) ensejar o direito ao benefício da redução da multa e (4) implica na não incidência de encargos moratórios, inclusive de juros pela Taxa SELIC, a partir da data em que realizado. Pedem, também, (5) que no caso de procedência da impugnação administrativa o depósito seja revertido em seu favor.

1) Quanto à *declaração de existência de depósito integral*, ao que consta dos autos houve depósito judicial de R\$ 5.500.000,00 (fls. 238/243).

Todavia, foi lavrado auto de infração IRPF no valor de R\$ 5.476.239,27 (fls. 60/78) e auto de infração CSLL no valor de R\$1.914.142,19 (fls. 79/97), o que totaliza um débito de R\$ 7.390.381,46.

Logo, não houve depósito integral.

2) Se o depósito não é integral, naturalmente, *não tem os mesmos efeitos do pagamento*.

Ora, como já observado na decisão liminar, a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias (art. 110, CTN), entendendo-se que também não pode alterar os institutos do Código Civil.

Daí porque, os autores invocam a aplicação do artigo 334, do Código Civil que diz que se considera pagamento, e extingue a obrigação, o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais.

Diferentemente do direito privado, que equipara o depósito ao pagamento para todos os efeitos (art. 334, CC), porém, o *depósito* do crédito tributário limita-se a suspender a exigibilidade da obrigação tributária (art. 151, II, CTN) eis que somente o *pagamento* extingue a obrigação tributária (art. 156, I, CTN).

O pagamento exonera o devedor da obrigação tributária e os valores devidos passam imediatamente para a esfera de disponibilidade da União, com a extinção da obrigação tributária.

Já no depósito, os valores consignados apenas asseguram o cumprimento da obrigação fiscal e permanecem *sub judice* até deliberação definitiva sobre a legalidade e legitimidade do crédito tributário, ou, no caso, a obrigação acessória (multa) discutida. Ou seja, realizado o depósito, a importância monetária somente ingressa definitivamente no patrimônio do credor se for reconhecida a exigibilidade do crédito tributário impugnado na esfera administrativa ou judicial.

Tanto é que a Lei 9.703/98, que cuida dos depósitos judiciais e extrajudiciais dos tributos, dispõe que o pagamento definitivo só ocorrerá após a solução da lide ou do processo litigioso favoravelmente à Fazenda Nacional, nos termos do art. 1º, § 3º, II.

Assim, o depósito realizado nos autos não tem os mesmos efeitos do pagamento.

A propósito, em decisão do STJ já se consignou que “no Direito Tributário, não se confundem os institutos do depósito e do pagamento. O depósito do montante integral suspende a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN), enquanto o pagamento consiste em uma das modalidades de sua extinção (art. 156, I, do CTN)” e que “somente se equipara ao pagamento eventual conversão do depósito em renda da União (art. 156, VI, do CTN)” (AgRg no AREsp 112481/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 02/08/2012).

Também, que “se há discussão judicial não há que se falar em ‘pagamento efetivo’, já que o destino do valor depositado é mutável conforme o que for judicialmente decidido” (AgRg no AREsp 95.530/MG, Ministro Mauro Campbel Marques).

3) No que diz respeito ao pedido principal destes autos, isto é de reconhecimento do direito à redução da multa, no caso, de R\$ 3.980.120,33 para R\$ 1.990.060,16, dispõe o artigo 6º, I, da Lei 8.218/91.

Art. 6º Ao sujeito passivo que, notificado, efetuar o pagamento, a compensação ou o parcelamento dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, inclusive das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do *art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, será concedido redução da multa de lançamento de ofício nos seguintes percentuais:

I – 50% (cinquenta por cento), se for efetuado o *pagamento* ou a *compensação* no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que o sujeito passivo foi notificado do lançamento;

Nos autos de infração, nessa linha, consta que: “fica o sujeito passivo intimado a extinguir o crédito tributário constituído pelo presente lançamento de ofício, por meio do pagamento ou outra forma de extinção prevista em lei, OU impugná-lo, no prazo de 30 (trinta) dias”, e que a multa seria reduzida em “50% (cinquenta por cento), se for efetuado o *pagamento* ou a *compensação* no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência deste auto de infração” (fls. 60 e 79).

Por oportuno, vale observar que a benesse da redução da multa visa desestimular que se prolongue a discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário, incentivando aqueles que optaram por saldar o débito, seja por meio do pagamento ou da compensação.

Pois bem.

No caso, o contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 28/05/2012 (Fls. 163 e 206) e em 26/06/2012 o impugnou administrativamente (fl. 223) e ajuizou a presente demanda.

No mesmo dia 26/06/2012, efetuou o depósito de R\$ 5.500.000,00 nas contas número 5599-0 (fls. 238/239), 5600-7 (fls. 240/241) e 5598-1 (fls. 242/243).

Com efeito, quisesse o legislador conferir ao depósito (causa suspensiva de exigibilidade)

o mesmo tratamento dispensado ao pagamento (causa extintiva de exigibilidade de crédito tributário), teria feito expressamente, como fez com a hipótese de parcelamento (art. 151, VI, do CTN), prevista no art. 6º, inciso II da Lei 8.218/91. Aliás, no caso do parcelamento, o legislador previu a redução da multa em apenas 40%, e não em 50%, por se tratar de causa de suspensão do crédito tributário, e não de extinção.

Ademais, vale lembrar que não cabe ao Judiciário ampliar o alcance dos benefícios fiscais para hipóteses não previstas pelo legislador, pois a técnica interpretativa determina que as situações ali enumeradas (art. 6º da Lei 8.218/91) sejam restritivamente interpretadas:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou *exclusão do crédito tributário*;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Assim, haveria violação ao princípio da isonomia caso o benefício de redução de multa fosse estendido aos contribuintes que optaram por discutir o crédito tributário, pois desestimularia aqueles que prontamente efetuaram o pagamento do débito e incentivaria os que costumam protelar o cumprimento das obrigações tributárias, em detrimento dos interesses do erário.

A situação, então, se equipara à da redução da multa prevista no artigo 27, § 2º, da Lei 9.711/98, que “é claro ao condicionar a redução da multa à ‘liquidação do valor total da notificação fiscal de lançamento’. *A intenção do legislador foi premiar o pagamento imediato e desestimular a litigiosidade.* Nesse aspecto, inviável equiparar depósito judicial à liquidação do valor total da notificação.” (RESP 200300103999, RESP - RECURSO ESPECIAL – 496949, HERMAN BENJAMIN, STJ, DJE DATA: 31/08/2009 RDDT VOL.: 00170 PG: 00178).

Resumindo, se não há como atribuir-se os efeitos jurídicos do pagamento ao depósito, a parte autora não faz jus à redução da multa prevista no art. 6º da Lei nº 8.218/91.

4) Quanto ao pedido de afastamento da incidência dos *encargos moratórios*, porém, é possível acolher a pretensão dos autores.

De fato, o depósito em dinheiro do valor da dívida evita a fluência de juros moratórios e correção monetária (art. 9º, § 4º da Lei nº 6.830/80), possibilitando ao contribuinte a discussão da legitimidade da exação sem que se sujeite aos efeitos da mora.

A instituição financeira então se responsabiliza pela correção dos valores recebidos, consoante Súmula 179 do STJ:

O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos.

Se após a realização dos depósitos for apurada eventual diferença entre os índices de atualização aplicados e os incidentes sobre os créditos tributários, a questão deverá ser dirimida diretamente entre a Fazenda Nacional e o estabelecimento de crédito, conforme decidido no REsp 1234702/MG (DJe 10/02/2012).

Vale salientar que embora a extinção do crédito tributário esteja condicionada ao depósito *integral* do débito, não seria razoável imputar-se ao contribuinte todos os encargos moratórios somente porque não efetuou o depósito da integralidade do crédito tributário, mas dos valores que reputa “incontroversos”, que correspondem a cerca de 75% do débito.

De outra parte, não seria justo desonerá-lo da totalidade dos ônus moratórios, pois se a controvérsia reside nos 50% da multa que não foram objeto de depósito, o depósito feito nos autos não livra os autores dos efeitos da mora em relação a essa parcela.

Nesse quadro, diante da existência do depósito parcial do crédito tributário, a parte autora estará desonerada dos encargos moratórios no limite dos valores efetivamente depositados devendo-se considerar que houve o pagamento parcial definitivo do crédito tributário, leia-se, extinção parcial do crédito tributário o que permite que os encargos moratórios incidam somente no valor remanescente do crédito tributário.

5) Por fim, quanto ao pedido relativo à destinação do depósito, observo que as hipóteses de reversão em favor da União (total ou parcial) com redução do valor da multa de 50%, não procede como corolário da fundamentação retro.

Por outro lado quanto à hipótese de êxito na via administrativa, cabe lembrar que, uma vez efetuado o depósito, sua destinação está vinculada ao resultado final deste processo.

Nesse ponto, cabe anotar que embora até aqui se tenha falado em crédito tributário, toda a fundamentação com base nisso se faz de forma empírica já que ainda não houve constituição definitiva do mesmo.

Isso porque, embora já conste dos autos Representação Fiscal para Fins Penais por Crime Tributário ante a verificação pela fiscalização de que a empresa autora teria praticado “*evasão fiscal* (economia ilícita) pela prática de OPERAÇÕES SIMULADAS nas vendas de seus ônibus usados para terceiros, cujas notas fiscais foram emitidas em nome de MORASOL COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA” (fl. 189), esta, provavelmente, deve estar suspensa em razão da impugnação administrativa (fls. 204/223) o que é indicativo de que a discussão e a constituição do crédito ainda deve estar longe de se tornar definitiva.

A destinação do depósito feito nestes autos, porém, não pode ficar sujeita à eventual (mas bastante provável) demora na solução administrativa da questão.

Em outras palavras, a exoneração dos encargos moratórios somente tem razão de ser considerando-se o depósito como um pagamento parcial do crédito tributário e extinção *parcial* do crédito tributário.

Vale observar que não mais se aplica ao caso o artigo 32, § 2º, da LEF, referido na constatação, que dizia somente que “após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do Juízo competente.”

Isso porque a matéria é hoje disciplinada pela Lei 9.703/98 que dispõe:

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

§ 2º Os depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade, no mesmo prazo fixado para recolhimento dos tributos e das contribuições federais.

§ 3º Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional.

Sendo assim, não acolhida a demanda principal quanto ao discussão do direito à redução da multa na hipótese de depósito não integral, há que se convir que não existe possibilidade de haver devolução do valor depositado, mesmo na mínima parte em que esta sentença lhe é favorável (não incidência dos encargos moratórios no limite do depósito feito).

Portanto, tendo o contribuinte espontaneamente decidido se antecipar e depositar parte do crédito tributário ainda não definitivamente constituído, não poderá reaver o valor depositado restando-lhe a via de futura REPETIÇÃO DE INDÉBITO há hipótese de, após toda a discussão administrativa e eventualmente judicial que sobrevier, se concluir pela inexistência do mesmo.

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido da parte autora, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, para, considerando o pagamento parcial definitivo do crédito tributário apurado no *Processo Administrativo Fiscal Eletrônico nº 18088.720.298/2012-62*, declarar a não incidência de encargos moratórios, inclusive de juros pela Taxa Selic, sobre o limite do valor depositado R\$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil reais) a partir de 26/07/2012.

Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com a verba honorária respectiva.

Custas ex lege.

Transitada em julgado esta sentença, independentemente da constituição definitiva do crédito tributário, officie-se à CEF informando a transformação em pagamento parcial definitivo proporcional à exigência relativo ao crédito tributário apurado no *Processo Administrativo Fiscal Eletrônico nº 18088.720.298/2012-62*.

Comunique-se o Relator do Agravo de Instrumento nº 0021735-50.2012.4.03.0000, enviando cópia desta sentença.

Anote-se o sigilo de documentos nos autos.

P.R.I.C.

Araraquara, 9 de maio de 2014.

Juíza Federal VERA CECÍLIA DE ARANTES FERNANDES COSTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO **0007146-26.2012.4.03.6120**

Embargantes: EMPRESA CRUZ DE TRANSPORTES LTDA. E OUTROS
Embargada: R. SENTENÇA DE FLS. 313/317
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juíza Federal: VERA CECÍLIA DE ARANTES FERNANDES COSTA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/01/2014

Fls. 326/332: Cuida-se de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos em face da sentença de fls. 313/317 sob alegação de omissão quanto à apreciação do pedido de suspensão do processo até o julgamento definitivo do processo administrativo e de contradição tendo em conta considerar o pedido principal o de reconhecimento do direito à redução da multa, quando o pedido é de depósito judicial.

Recebo os Embargos de Declaração, eis que tempestivos e os acolho tendo em vista que não foi apreciado o pedido de suspensão do processo e tendo em vista ter sido considerado o depósito como pagamento autorizando-se a conversão em renda sem a constituição definitiva do crédito.

Pois bem.

De fato, dispõe o Código de Processo Civil que o processo suspende-se quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente (art. 265, IV, a).

Assim, tivesse sido esta demanda limitada ao pedido de depósito *integral* do crédito tributário para suspensão da exigibilidade do mesmo (art. 151, CTN), não resta dúvida de que seria caso para suspensão do feito até a constituição definitiva do crédito tributário.

Lembre-se que o mero depósito voluntário facultativo destinado à suspensão da exigibilidade do crédito tributário e assemelhados não dependeria de autorização judicial (art. 205, Provimento 64/05, CORE/TRF3) e seria suficiente para expedição de certidão com efeitos negativos de débito, configurando-se como uma garantia para o crédito tributário.

Ocorre que a parte autora não fez o depósito integral do crédito tributário (o que nesse momento só pode ter como parâmetro o valor apontado no Auto de Infração recebido pelo contribuinte em 28/05/2012, ou seja, R\$ 7.390.381,46), mas ainda deliberou livremente em incluir na demanda um pedido de natureza declaratória cuja análise não depende da conclusão do processo administrativo e da constituição definitiva do crédito tributário.

A pretensão jurisdicional de natureza meramente declaratória – de ver reconhecido seu direito à redução da multa *sem* ter pago ou compensado integralmente o tributo que lhe foi imputado (art. 6º, I, da Lei 8.218/91) – não está condicionado à constituição definitiva do crédito (logo não incide o artigo 265, CPC), mormente porque não cabe redução da multa para quem, mediante interposição de impugnação administrativa, suspende a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, III, CTN).

Isso porque, repito, se a benesse da redução da multa visa “*premiar o pagamento imediato e desestimular a litigiosidade*” (Resp 496949) e evitar que se prolongue a discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário, incentivando aqueles que optaram por saldar o débito, seja por meio do pagamento ou da compensação, a ela não faz jus quem impugna o Auto de Infração.

Não obstante, reconheço que embora a resposta à pretensão declaratória (se faz ou não faz jus à redução da multa) não dependa da decisão na esfera administrativa não sendo o caso para suspensão do feito, não se pode autorizar a conversão do depósito em renda o que, de fato, deve aguardar a constituição definitiva do crédito tributário.

Vale observar que a referida decisão com efeitos repetitivos do E. STJ da lavra do Ministro Fux (Resp 1123669) restou igualmente ressaltado que “2. (...). A *caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo*” (fl. 15).

Aliás, conquanto que curiosamente omitido na inicial, consta também da ementa que “9. *In casu, verifica-se que a cautelar restou extinta sem resolução de mérito, impedindo a expedição do documento de regularidade fiscal, não por haver controvérsia relativa à possibilidade de garantia do juízo de forma antecipada, mas em virtude da insuficiência dos bens oferecidos em caução (...)*”

Então, se fosse o caso de se aplicar o mesmo entendimento (e não penso que seja já que as situações não equivalem tendo em conta não haver constituição definitiva do crédito), o pedido ação (pedido) cautelar (de depósito) deveria ser extinta sem resolução do mérito.

Assim, acrescentando-lhe a presente fundamentação, declaro a sentença cujo dispositivo passa a ser assim lançado:

Ante o exposto, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil:

a) **JULGO IMPROCEDENTE os pedidos (48.1, 48.2 e 48.3) para declarar que o depósito feito nos autos não representa a integralidade do crédito tributário, não tem os mesmos efeitos do pagamento e não permite o benefício da redução da multa de ofício em 50%; e**

b) **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido (48.4) para, considerando o depósito parcial do crédito tributário apurado no Processo Administrativo Fiscal Eletrônico nº 18088.720.298/2012-62, declarar a não incidência de encargos moratórios, inclusive de juros pela Taxa Selic, sobre o limite do valor depositado R\$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil reais) a partir de 26/07/2012.**

Diante da sucumbência recíproca, cada parte arcará com a verba honorária respectiva.

Custas ex lege.

Transitada em julgado esta sentença, arquivem-se os autos até que venha notícia de constituição definitiva do crédito tributário para deliberação sobre o destino do depósito conforme incisos I ou II, do § 3º, do artigo 1º, da Lei 9.703/98.

Comunique-se o Relator do Agravo de Instrumento n. 0021735-50.2012.4.03.0000, enviando cópia desta sentença.

Anote-se o sigilo de documentos nos autos.

P.R.I.C.

No mais, a sentença permanece tal como lançada.

P.R.I. Retifique-se o registro da sentença, anotando-se. Cumpra-se.

Araraquara, 29 de maio de 2014.

Juíza Federal VERA CECÍLIA DE ARANTES FERNANDES COSTA

AÇÃO ORDINÁRIA **0007256-49.2012.4.03.6112**

Autora: ELISABETH PACHECO CALISSI
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Juiz Federal: CLÁUDIO DE PAULA DOS SANTOS
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/03/2014

I – RELATÓRIO:

ELISABETH PACHECO CALISSI, qualificada na exordial, propõe ação declaratória em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

Diz a Autora que adquiriu o imóvel de sua residência por cessão de direitos de contrato particular de compromisso de compra e venda, bem esse originariamente financiado pelo do Programa de Arrendamento Residencial - PAR. Entretanto, a Ré se recusa a reconhecer a avença a despeito do advento da Lei nº 12.424, de 16.6.2011, que veio a admitir a cessão de direitos no âmbito do referido Programa. Argumenta que satisfaz os requisitos para assunção do contrato, pretendendo quitar o saldo devedor e ter adjudicado para si referido bem. Pede ao final a declaração da “validade de seus contratos perante a requerida”.

Medida antecipatória de tutela foi parcialmente deferida para o fim de reconhecer provisoriamente a legitimidade da Autora em permanecer no imóvel, tendo sido vedado o depósito em juízo das parcelas mensais, à vista da informação da Autora de que vinha efetuando os pagamentos regularmente, mantendo-se em dia.

Em contestação a Ré discorre sobre o funcionamento do PAR e a natureza jurídica do contrato firmado com os arrendatários. Diz que a transferência ocorreu sem seu conhecimento e anuência e que o imóvel não aproveitado pelo verdadeiro arrendatário deve ser repassado a outros interessados, visto que se trata de programa destinado a pessoas que não têm recursos financeiros. Defende que o § 3º do art. 1º da Lei nº 10.188, de 12.2.2001, se refere a imóveis vendidos sem arrendamento, o que não é o caso presente, cujo bem se encontra arrendado; ademais, a alteração legislativa não poderia atingir o contrato presente, porquanto posterior à sua assinatura. Destaca que os arrendatários firmaram o contrato cientes das restrições, em livre autonomia de vontade, e que a retomada do imóvel consubstancia exercício regular de direito. Pugna pela improcedência do pedido.

Interposto pela Ré agravo retido em face da medida liminar concessiva de antecipação de tutela.

Replicou a Autora.

Designada audiência, restaram inconciliadas as partes.

Manifestou-se a Autora no sentido de que a CEF vem causando embaraços ao recebimento das prestações mensais, sobre o que foi intimada a Ré para falar, vindo os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

A matéria principal ventilada na presente diz respeito à possibilidade de cessão dos direitos do contrato firmado no âmbito do Programa de Arrendamento Residencial - PAR, criado pela Lei nº 10.188/2001.

A Autora “adquiriu” o imóvel após ter passado por outro cessionário, que, que por sua vez, o adquiriu do arrendatário original. Defende que seu direito está albergado pelo ordenamento, especialmente pela Lei em questão, em seu art. 1º, § 3º, com redação dada pela Lei nº 12.424/2011, *in verbis*:

Art. 1º. Fica instituído o Programa de Arrendamento Residencial para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra.

...

§ 3º. Fica facultada a alienação, sem prévio arrendamento, ou a cessão de direitos dos imóveis adquiridos no âmbito do Programa.

De sua parte, opõe-se a instituição financeira ao argumento de que o dispositivo legal não trata da hipótese vertente, invocando cláusula contratual que dispõe sobre a rescisão do contrato em caso de transferência/cessão dos direitos nele dispostos.

A uma primeira vista, de fato pela leitura do dispositivo invocado tem-se a impressão de que está expressamente prevista a possibilidade de cessão dos direitos oriundos do contrato, tanto que este Juízo, em análise perfunctória da questão por ocasião do deferimento parcial da medida antecipatória de tutela requerida, chegou a consignar haver disposição legal autorizativa.

No entanto, interpretação sistemática leva à conclusão de que não está relacionado à cessão em causa.

O PAR tem por objeto o arrendamento de imóveis adquiridos pelo Fundo de Arrendamento Residencial - FAR especificamente para fins residenciais de população de baixa renda (art. 1º da Lei), com opção de compra pelo arrendatário ao final do prazo contratual. A *propriedade do bem*, portanto, até que ocorra a transferência para o arrendatário ao final do contrato, se vier a optar pela aquisição, *é do Fundo*, que o adquire no mercado ou promove a construção ou reforma, como empreendedor ou como financiador do empreendedor, para o fim específico de atender à demanda do Programa.

O patrimônio do Fundo, de acordo com o art. 2º, § 2º, é constituído por cotas (inc. II) e “pelos bens e direitos *adquiridos pela CEF no âmbito do Programa*” (inc. I, grifei), dentre os quais, obviamente, “*os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da CEF*”, conforme § 3º, ou seja, exatamente aqueles objetos dos contratos de arrendamento.

Nestes termos, quando o § 3º do art. 1º, invocado pela Autora e antes transcrito, faculta a alienação, “*sem prévio arrendamento*”, ou a cessão de direitos dos “*imóveis adquiridos no âmbito do Programa*”, está se referindo a alienação, *pela CEF*, desse patrimônio componente do Fundo, e não pelo arrendatário, como imagina a Autora. Ou seja, *autoriza a gestora do Fundo a eventualmente promover alienação direta (compra e venda) sem o submeter ao regime de arrendamento*.

A redação original do dispositivo era mais clara nesse sentido, pois dizia o seguinte:

§ 3º. Fica facultada a alienação dos imóveis adquiridos no âmbito do Programa sem prévio arrendamento.

Vê-se, desde logo, que não trata da hipótese de negócio por parte do arrendatário, uma vez que fala de alienação sem prévio arrendamento, a excluir de seu contexto o bem que esteja arrendado, como *in casu*.

A alteração promovida pela Lei nº 12.424 veio a complicar um pouco a inteligência do

dispositivo ao acrescentar a hipótese de “cessão de direitos” – a qual, aliás, não está submetida à ressalva “sem prévio arrendamento”, dada a posição para a qual transferida a expressão, ou seja, após a palavra “alienação”.

O sentido exato da alteração é dado pela Exposição de Motivos Interministerial nº 8/2010¹, que encaminha a MP nº 514, de 1º.12.2010², convertida na Lei mencionada:

(...)

p) o art. 2º da Medida Provisória, ao acrescentar à Lei nº 11.977, de 2009, o art.79-A, combinado com o seu art. 3º, que altera a Lei nº 10.188, de 2001, passa a possibilitar que operações do Programa de Arrendamento Residencial - PAR, lastreadas nos recursos do FAR, possam adquirir imóveis que ainda não tenham concluído seu processo de desapropriação, permitindo ampliar a atuação do programa, beneficiando, em especial, os projetos de urbanização e regularização fundiária de assentamentos precários;

p.1) a Medida Provisória restringe esse tipo de aquisição ao compromisso do ente público de transferir o direito de propriedade do imóvel, após o trânsito em julgado da sentença do processo judicial de desapropriação, e ainda ao adimplemento das obrigações assumidas pelo beneficiário junto ao FAR.

Assim reza o art. 79-A, então incluído na Lei nº 11.977, de 7.7.2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida:

Art. 79-A. Para construção, reforma ou requalificação de imóveis no âmbito do PMCMV, a Caixa Econômica Federal fica autorizada a adquirir, em nome do FAR, e pelo prazo necessário à conclusão das obras e transferência da unidade construída aos beneficiários do programa: I - os direitos de posse em que estiver imitado qualquer ente da Federação a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso, conforme comprovado mediante registro no cartório de registro de imóveis competente; e

II - os direitos reais de uso de imóvel público, de que trata o art. 7º do Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967.

§ 1º A aquisição prevista no inciso I do *caput* será condicionada ao compromisso do ente público de transferir o direito de propriedade do imóvel ao FAR, após o trânsito em julgado da sentença do processo judicial de desapropriação.

§ 2º A transferência ao beneficiário final será condicionada ao adimplemento das obrigações assumidas por ele com o FAR.

§ 3º A aquisição prevista no inciso II do *caput* somente será admitida quando o direito real de uso for concedido por prazo indeterminado.

§ 4º Os contratos de aquisição de imóveis ou de direitos a eles relativos pelo FAR serão celebrados por instrumento particular com força de escritura pública e registrados no registro de imóveis competente.

O Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV, por ser mais amplo, acabou por englobar o PAR, sendo ambos destinados a diminuir o déficit habitacional entre pessoas de baixa renda. Na prática, o PMCMV tornou-se sucessor do PAR.

A CEF passou, então, a poder adquirir, dentro do PMCMV e em favor do FAR, direitos de posse de imóveis desapropriados ou direitos reais de uso de qualquer ente público,

1 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMi-8-MCIDADES--MF-MP-MJ-MPv514-10.htm - acesso nesta data

2 “Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, e 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e dá outras providências.”

possibilitando parcerias com a União, os Estados e Municípios para o fomento habitacional, pois entre as prioridades do Minha Casa, Minha Vida está a regularização fundiária urbana, mediante doação dos terrenos pelos mencionados entes (art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei nº 11.977). Esses direitos reais adquiridos passam a compor o patrimônio do Fundo, conforme art. 2º da Lei do PAR, ficando também autorizada a cedê-los aos beneficiários do Programa pelo § 3º do art. 1º, ora em causa.

Essa, portanto, a inteligência do dispositivo: a CEF pode a) vender diretamente, mesmo sem prévio contrato de arrendamento, os imóveis adquiridos pelo FAR, assim como pode, sempre em nome do Fundo, b) *ceder a arrendatários direitos reais sobre imóveis que tenha adquirido de entes públicos*, inclusive, antes mesmo de regular transferência da propriedade, bens que tenham sido objetos de desapropriação com imissão na posse.

Enfim, embora de redação pouco clara, o dispositivo invocado pela Autora, a facultar a *alienação e a cessão de direitos* dos imóveis adquiridos no âmbito do PAS está direcionado à CEF, sua gestora, e não aos arrendatários. Não tem relação, portanto, com cessão de direitos sobre o contrato de arrendamento firmado com beneficiário final.

A bem da verdade, a Lei não prevê essa cessão de direitos.

Há outra regra que pode levar a confusão quanto ao tema, estipulada no § 1º do art. 8º da Lei, mas também não está relacionada à cessão de direitos ora em causa. Assim reza esse dispositivo:

Art. 8º. O contrato de aquisição de imóveis pelo arrendador, as cessões de posse e as promessas de cessão, bem como o contrato de transferência do direito de propriedade ou do domínio útil ao arrendatário, serão celebrados por instrumento particular com força de escritura pública e registrados em Cartório de Registro de Imóveis competente.

§ 1º. *O contrato de compra e venda referente ao imóvel objeto de arrendamento residencial que vier a ser alienado na forma do inciso II do § 7º do art. 2º desta Lei, ainda que o pagamento integral seja feito à vista, contemplará cláusula impeditiva de o adquirente, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, vender, prometer vender ou ceder seus direitos sobre o imóvel alienado.*

§ 2º. O prazo a que se refere o § 1º deste artigo poderá, excepcionalmente, ser reduzido conforme critério a ser definido pelo Ministério das Cidades, nos casos de arrendamento com período superior à metade do prazo final regulamentado.

§ 3º. Nos imóveis alienados na forma do inciso II do § 7º do art. 2º desta Lei, será admitida a utilização dos recursos depositados em conta vinculada do FGTS, em condições a serem definidas pelo Conselho Curador do FGTS.

Há quem interprete o § 1º no sentido de que a cessão de direitos pelos arrendatários estaria por ele expressamente autorizada, condicionada apenas ao decurso de dois anos da celebração do contrato. Entretanto, tal inteligência também não se sustenta, porquanto não se atém à expressão “alienado na forma do inciso II do § 7º do art. 2º desta Lei”, dispositivo que trata especificamente de política de desmobilização do Fundo de Arrendamento Residencial. Vejamos:

Art. 2º. Para a operacionalização do Programa instituído nesta Lei, é a CEF autorizada a criar um fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa.

...

§ 7º. A alienação dos imóveis pertencentes ao patrimônio do fundo a que se refere o *caput* deste artigo será efetivada diretamente pela CEF, constituindo o instrumento de alienação

documento hábil para cancelamento, perante o Cartório de Registro de Imóveis, das averbações pertinentes às restrições e ao destaque de que tratam os §§ 3º e 4º deste artigo, observando-se: I - o decurso do prazo contratual do Arrendamento Residencial; ou II - *a critério do gestor do Fundo, o processo de desimobilização do fundo financeiro de que trata o caput deste artigo.*

São duas situações distintas: uma normal, qual a alienação aos arrendatários ao fim do contrato de arrendamento (inc. I), e outra excepcional, a destinada a desimobilização do Fundo (inc. II).

Essa previsão de desimobilização independe de se tratar de imóvel arrendado ou não, pois, como antes visto, tem a CEF autorização para alienar os imóveis sem prévio arrendamento. Se se tratar de imóvel objeto de arrendamento, pode ser alienado ao arrendatário antes mesmo do vencimento do contrato (§ 1º), para o que, inclusive, está prevista a utilização de recursos que tenha em conta do FGTS (§ 3º). Assim, o arrendatário, além da opção de aquisição do imóvel ao fim do contrato, pode optar por antecipar sua quitação utilizando recursos do Fundo de Garantia.

Nessa hipótese, ou seja, quando vier o arrendatário a adquirir antecipadamente, mesmo à vista, restará impedida a alienação por dois anos, prazo que pode ser reduzido a critério do Ministério das Cidades, se tiver decorrido mais da metade do período contratual do arrendamento (§ 2º).

Portanto, *a cessão de direitos* relativos ao contrato de arrendamento *não está albergada* nem pelo § 3º do art. 1º, nem pelo § 1º do art. 8º da Lei. Um autoriza a CEF a promover venda direta de bens do Fundo sem submissão a arrendamento; o outro impede que imóvel arrendado que venha a ser adquirido por antecipação de quitação do contrato seja vendido em menos de dois anos.

Entretanto, ainda que não a preveja, *a Lei também não a veda expressamente.*

Resta que se trata de impedimento decorrente apenas da cláusula contratual em debate (décima-nona), que prevê as causas de rescisão, entre elas a “transferência/cessão de direitos decorrentes deste contrato” (item III) e a “destinação dada ao bem que não seja a moradia do arrendatário e seus familiares” (inc. V).

O que se deve analisar é a validade dessa cláusula à vista do ordenamento, já antecipado que não tem previsão nem vedação na Lei.

Não procede oposição de que fira o direito de propriedade, já que estaria atingindo elemento básico desta, consubstanciado na livre disposição. Neste ponto não há contrariedade ao ordenamento, uma vez que o arrendatário, como é cediço, não adquire a propriedade, mas apenas os direitos de uso e gozo pelo prazo contratual. O domínio pleno é adquirido apenas ao final do contrato, se exercer a opção contratual.

A Ré destaca que para a assunção do contrato de arrendamento o interessado deve satisfazer as condições legais e contratuais impostas. Deveras, o Programa foi criado, tal como o antigo Sistema Financeiro da Habitação - SFH, para a viabilização de aquisição da propalada “casa própria”, em especial para a população de menor renda. Por isso que é legítima a imposição de condições para a concessão, tais como não ter o futuro arrendatário outro imóvel residencial (ao menos não na mesma localidade); possuir renda compatível com o vulto da prestação mensal; não ser mutuário; destinar o imóvel a residência própria etc.

De fato, é legítima a estipulação de fórmulas de controle pela instituição financeira, a quem cabe verificar o enquadramento nas exigências legais. O contrário seria admitir que

pudesse o arrendatário decidir quem poderia entrar no Programa, eventualmente dispensando-se do cessionário o enquadramento nos critérios legais que o regem, que, contraditoriamente, foram exigidos do próprio cedente, obrigando a instituição a aceitar como tal uma pessoa que não tem, por exemplo, capacidade de pagamento do valor da prestação mensal, que já tenha outro imóvel residencial na localidade ou que tenha renda superior ao limite estipulado.

Isto viabilizaria até o que se pode chamar de uma disfunção ou desvirtuamento do Programa, qual o ingresso de imóveis destinados PAR na especulação imobiliária, quando é certo que este não é um resultado desejável, e deve ser coibido.

Ademais, é de ver que a cessão de débito, sem a anuência do credor, não é um direito do devedor. Leciona o professor SÍLVIO RODRIGUES:

A cessão de dívida é o negócio pelo qual o devedor transfere para outra pessoa sua posição na relação jurídica, de modo que esta o substitua na obrigação. Trata-se, em rigor, de substituição em a mesma relação jurídica, pois caso contrário haveria novação. E é condição de sua eficácia o consentimento do credor.³

Por sua vez, a lição de PONTES DE MIRANDA, sobre a necessidade da anuência do credor na substituição de devedor por terceiros, é no mesmo sentido:

Transferência de dívidas pode haver sem consentimento do devedor: não, sem consentimento do credor. Transferência de créditos há sem que o devedor consinta, razão porque apenas se lhe notifica o acordado para a eficácia em relação a ele. Transferência da posição subjetiva no negócio jurídico exige que consinta o figurante permanente, que é tão interessado no “status quo” quanto o figurante sainte.⁴

Óbvio. No mais das vezes a concessão de um crédito está diretamente ligada à capacidade de pagamento do devedor, ou em confiança, ou em sua solidez. O contrato em causa, embora reconhecidamente *sui generis*, não foge a essa conclusão; a concessão se dá por que o beneficiário está albergado pelas regras do sistema.

Também não se diga que não há interesse da parte da Ré quanto a quem vai efetuar o pagamento, desde que seja feito, garantida que está por não ter transferido a propriedade. Como antes exposto, o adquirente deve se credenciar à aquisição, por se tratar de um programa oficial e seletivo sob o aspecto econômico (“população de baixa renda”).

Consigne-se ainda que de longa data os programas de financiamento habitacional têm previsto a impossibilidade de transferência direta dos contratos entre particulares, sem intervenção dos agentes financeiros.

Com efeito, assim dispunha o art. 9º do Decreto-lei nº 2.291/86:

§ 3º. A transferência de contratos no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação dar-se-á pela concessão de novo financiamento, observadas as normas vigentes para o referido Sistema.

E também a Lei nº 8.004/90:

Art. 1º. O mutuário do Sistema Financeiro da Habitação - SFH pode transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei.

3 *in* “Direito Civil”, Parte Geral das Obrigações, Ed. Saraiva, 17ª ed., pág. 338 - grifei

4 *in* “Tratado de Direito Privado”, Ed. Borsoi, 1971, pág. 408

Parágrafo único. A formalização da venda, promessa de venda, cessão (...) dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, com a interveniência obrigatória da instituição financeira (...) observados os requisitos legais e regulamentares para o financiamento da casa própria, vigentes no momento da transferência (...).

A própria Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 31.12.73) traz o seguinte dispositivo (com redação dada pela Lei nº 6.941, de 14.9.81):

Art. 292. É vedado aos tabeliães e aos oficiais de registro de imóveis, sob pena de responsabilidade, lavrar ou registrar escritura ou escritos particulares autorizados por lei, que tenham por objeto imóvel hipotecado a entidade do Sistema Financeiro da Habitação, ou direitos a eles relativos, sem que conste dos mesmos, expressamente, a menção ao ônus real e ao credor, bem como a comunicação ao credor necessariamente feita pelo alienante, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) d

Mais, o artigo seguinte ainda dispunha:

Art. 293. Se a escritura deixar de ser lavrada no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da data da comunicação do alienante, esta perderá a validade.
 Parágrafo único. A ciência da comunicação não importará consentimento tácito do credor hipotecário.

Ou seja, ao menos desde 1981 era obrigação legal do mutuário do SFH a prévia comunicação ao credor da alienação que pretendia efetuar.

Houve ao longo dos anos algumas anistias promovidas pela legislação do SFH, sendo exemplo a própria Lei nº 8.004 em seu art. 3º, § 3º (“As transferências que, à data da publicação desta lei, tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente, sem a interveniência da instituição financeira, serão regularizadas nos termos desta lei”) e a Lei nº 10.150, de 21.12.2000, em seu art. 20 (“As transferências no âmbito do SFH, à exceção daquelas que envolvam contratos enquadrados nos planos de reajustamento definidos pela Lei nº 8.692, de 28 de julho de 1993, que tenham sido celebradas entre o mutuário e o adquirente até 25 de outubro de 1996, sem a interveniência da instituição financiadora, poderão ser regularizadas nos termos desta Lei”).

No entanto, sempre dispuseram que as cessões dela carentes poderiam ser regularizadas de acordo com seus ditames, em especial os requisitos regulamentares para assunção do financiamento. Ou seja, ainda que concedidos perdões às infrações contratuais, possibilitando que os novos proprietários finalmente regularizassem sua situação, não dispensavam o enquadramento dos adquirentes a certos requisitos legais.

Pode o mutuário do SFH (sistema hipotecário) vender o imóvel – que já é seu – a quem bem lhe convenha? Sim. Mas isto não significa que o credor hipotecário estará obrigado a aceitar o novo proprietário como seu mutuário sem qualquer restrição. Isto porque, independentemente de quem ocupe as posições de mutuário e de proprietário, a hipoteca acompanha o imóvel, porquanto, a teor do art. 1.419 do Código Civil, “Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”. A consequência da venda sem transferência do financiamento é que o novo proprietário estará sujeito a ver seu bem excutido para pagamento da dívida.

No mesmo sentido de exigência de intervenção necessária dispõe a Lei nº 9.514, de

20.11.97, que trata do Sistema Financeiro Imobiliário – SFI – pelo qual a garantia pelo mutuário final se dá tanto por hipoteca, como no SFH, quanto por alienação fiduciária –, *in verbis*:

Art. 29. O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

Por essas e outras razões, o e. Superior Tribunal de Justiça decidiu, sob o regime do art. 543-C, pela licitude da exigência de prévia anuência para as cessões de contrato no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação:

RECURSO ESPECIAL. REPETITIVO. RITO DO ART. 543-C DO CPC. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CESSIONÁRIO DE CONTRATO DE MÚTUO. LEI Nº 10.150/2000. REQUISITOS.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. Tratando-se de contrato de mútuo para aquisição de imóvel garantido pelo FCVS, avençado até 25/10/96 e transferido sem a interveniência da instituição financeira, o cessionário possui legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos.

1.2. Na hipótese de contrato originário de mútuo sem cobertura do FCVS, celebrado até 25/10/96, transferido sem a anuência do agente financiador e fora das condições estabelecidas pela Lei nº 10.150/2000, o cessionário não tem legitimidade ativa para ajuizar ação postulando a revisão do respectivo contrato.

1.3. *No caso de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25/10/1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade ativa para requerer revisão das condições ajustadas, tanto para os contratos garantidos pelo FCVS como para aqueles sem referida cobertura.*

2. Aplicação ao caso concreto:

2.1. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte provido.

Acórdão sujeito ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ nº 8/2008.⁵

Enfim os programas habitacionais, dada a sua natureza social – já não fosse, conforme legislação e doutrina, por imposição da relação jurídica –, sempre tiveram como regra a necessária intervenção dos agentes financeiros para a alienação dos imóveis a terceiros.

Porém – e isto é importante destacar para o raciocínio que segue – a par da necessidade de anuência do credor, também *sempre previram a possibilidade dessa transferência*, bastando rever os dispositivos antes transcritos. E não parece que no novel sistema do PAR devesse ser diferente.

Esta é uma enorme diferença, pois se no SFH e no SFI, bem ou mal, é admitida a cessão de direitos, sendo vedada e ilícita apenas aquela feita diretamente entre os particulares, sem intervenção do agente financeiro, no PAR, pela defesa feita pela Ré, não se aceita nenhuma cessão, com ou sem sua participação, resultando que o adquirente que por qualquer motivo vier a desistir do negócio sofrerá sempre a perda de tudo que pagou em favor da arrendadora – cuja contrapartida, obviamente, será a apropriação por esta.

Ocorre que a licitude da cláusula pelas exigências sociais do Programa, em especial o

5 REsp 1.150.429/CE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Corte Especial, julgado em 25.4.2013, DJe 10.5.2013 – grifei

enquadramento restrito dos beneficiários, não autoriza seu uso de forma potestativa, ou seja, dependente apenas da vontade da Ré. Com efeito, o Código Civil veda a estipulação contratual de cláusulas dessa estirpe dispondo no art. 122 que “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.” Por isso que a gestora do Fundo não tem o direito de, unilateralmente e sem motivação, negar a transferência do contrato a adquirente indicado pelo arrendatário se satisfeitos pelo pretendente todos os requisitos necessários para sua assunção. Dependerá o enquadramento na vedação do Código Civil de análise de cada caso; se, satisfeitos os requisitos, o arrendante negar a transferência, haverá sem dúvida violação do direito da parte arrendatária.

E esta constatação vem ainda mais acentuada por se tratar da Caixa Econômica Federal, uma empresa pública, e como tal integrante da administração indireta, que, por força do art. 37 da Constituição da República, entre outros princípios constitucionais aplicáveis, está jungida aos ditames da legalidade, moralidade, publicidade e, em especial, da impessoalidade. Significa dizer que a CEF está obrigada a aceitar como seu novo arrendatário a pessoa apresentada pelo atual, se esta satisfizer as condições legais impostas.

Ocorre que há outra cláusula no contrato (décima-oitava) que estipula a perda de todas as taxas de arrendamento pagas na hipótese de desistência por parte do arrendatário, cujos valores “serão apropriados como taxa de ocupação pelo uso do imóvel no período”. Pela via normal do cumprimento integral do contrato, referidas taxas se destinam a amortização do valor do imóvel, se optar o arrendatário pela aquisição; porém, havendo desistência, há *apropriação* como receita do Fundo, que, além disso, permanecerá com o bem livre e desimpedido para nova contratação.

É certo que referida cláusula pode ser entendida como própria de um contrato de arrendamento, mas, neste aspecto, o PAR apresenta outra diferença enorme em relação aos demais sistemas – e justamente contra as pessoas de menor poder aquisitivo: naqueles não há perda dos valores pagos até a rescisão.

Nos contratos firmados sob regime hipotecário todas as prestações se destinam a pagamento do bem (ao saldo devedor do financiamento) e, assim, não há propriamente perda pelo mutuário, visto que em eventual alienação do imóvel o adquirente assume o saldo devedor já amortizado, tanto para quitá-lo quanto para passar a ocupar a posição do alienante como mutuário. Mesmo na hipótese de rescisão do contrato, ao final da execução extrajudicial que se siga, conforme o DL nº 70, de 21.11.66, tem o mutuário direito à restituição de valores que sobejarem ao valor da dívida e das despesas.

O mesmo ocorre na alienação fiduciária no Sistema Financeiro Imobiliário - SFI (Lei nº 9.514/97):

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.

...

§ 4º. Nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel no leilão, o credor entregará ao devedor a importância que sobejar, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos de que tratam os §§ 2º e 3º, fato esse que importará em recíproca quitação, não se aplicando o disposto na parte final do art. 516 do Código Civil.

No caso presente, pela tese da arrendante, fica o adquirente com as mãos atadas. Não pode transferir a terceiros, mesmo que a procure para tanto, e, de outro lado, se desistir do imóvel e entregar as chaves, perde tudo que pagou em favor dela, que contabiliza como renda sem qualquer contrapartida. Certamente, pela natureza do Programa e do fim a que se destina, não é escopo a obtenção de lucro à custa do empobrecimento de seus beneficiários. Há, obviamente, vantagem exagerada de uma das partes em relação à outra, pela quebra do equilíbrio.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, veda a estipulação de cláusulas que “subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga” (inc. II) ou que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (inc. IV). Tais vedações visam ao equilíbrio e harmonização que deve nortear toda a relação de consumo (art. 4º, inc. III) e a igualdade na contratação, também direito básico do consumidor (art. 6º, inc. II).

Ora, em quinze anos muita coisa pode acontecer, como mudanças pessoais e profissionais, eventualmente até impondo a transferência para outras cidades, ou mesmo mera – e nem por isso ilegítima – intenção de melhora no padrão de moradia, em função, por exemplo, de acréscimo no nível de renda.

Nesse sentido, a negativa peremptória de possibilidade de cessão acaba por se tornar contraditória em relação aos fins aos quais se destina o contrato, atendendo contra a função social própria da sua natureza. Como dito, justamente as pessoas de menor poder aquisitivo – lembrando-se que o PAR, diferentemente do SFH e do SFI, se destina unicamente a adquirente de baixa renda – têm a consequência mais drástica por eventuais vicissitudes, previsíveis ou não.

Note-se que a coibição de fraudes ao Programa, com inserção dos bens no mercado especulativo imobiliário, ou ainda prevenção ao acesso a pessoas que não satisfaçam os requisitos regulamentares, podem ser facilmente atendidos com uma análise acurada do caso por parte da Ré, de modo que apenas a imposição de prévia anuência seria suficiente para tanto.

Resta que efetivamente o fundamento único para a negativa seria o não ferimento a ordem de espera de beneficiários, que poderia ocorrer com a transferência direta, o que não procede. Primeiro, porque sequer se ocupa a Ré de provar que de fato exista tal fila de pessoas cadastradas e ainda não contempladas, sendo cediço, ademais, que em regra o cadastramento se dá por empreendimento e para selecionar as famílias que receberão as chaves, encerrando-se após; para outros empreendimentos deve haver nova inscrição. Segundo, porque, sendo apenas o respeito à preferência de outros interessados o objetivo da vedação, *acaba por se tornar desproporcional o gravame causado ao arrendatário*.

Embora previsto apenas implicitamente na Constituição da República, e tendo origem no direito constitucional americano, o princípio da razoabilidade deve ter e tem plena aplicabilidade no direito constitucional brasileiro, como declara a unanimidade doutrina e jurisprudência, em especial do e. Supremo Tribunal Federal⁶. É corolário do princípio da legalidade e da finalidade, porquanto, para que estes sejam observados, além de estar a norma em conformidade à Constituição em termos formais, deve também atender à harmonia entre o objeto pretendido e seu resultado, sem inviabilizar as garantias e direitos individuais nela previstos.

6 E.g. ADC nº 29 (rel. Min. LUIZ FUX, 16.2.2012); ADPF nº 54 (rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 12.4.2012); RE 603.191 (rel. Min. ELLEN GRACIE, j. 1.8.2011); ADI nº 4.125 (rel. Min. CARMEN LÚCIA, j. 10.6.2010); ADPF nº 130 (rel. Min. CARLOS BRITTO, j. 30.4.2009); IF nº 4.176 AgR (rel. Min. Maurício Corrêa, j. 10.3.2004); ADI nº 2.019 (rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 2.8.2001); ADI nº 2.210 (rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 28.9.2000); ADI nº 2.010 (rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 30.9.1999); ADI nº 966 (rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 11.5.1994); ADI nº 955 (rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 1.10.1993).

Destaque-se trecho do voto do em. Min. ILMAR GALVÃO no julgamento da ADI nº 2.019-6/MS:

(...)

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, na definição de Luís Roberto Barroso, 'é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça'.

Decorre, para alguns doutrinadores, da instituição do Estado Democrático de Direito, e para outros, da teoria criada e desenvolvida pelo direito norte-americano, do postulado do devido processo legal, reverenciado pela nossa Carta Constitucional em seu art. 5º, inciso LIV.

O princípio se divide em três aspectos: a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro cânone indica a aferição da eficácia do meio escolhido em alcançar o fim colimado; o segundo, a necessidade ou exigibilidade, em que se traduz no imperativo de escolha do meio eficaz, porém que imponha menos restrições; e a proporcionalidade em sentido estrito revela a necessidade de ponderação entre os benefícios alcançados com o ato e os danos por ele causados.

Não há razoabilidade, assim, em se determinar a perda de tudo que pagou o adquirente (com conseqüente enriquecimento da Ré), dado que causa prejuízo desproporcional ao fim ao qual se destina.

Ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que "ao aferir a licitude, ou não de uma conduta contratual, o juiz tem que, primeiramente, fixar tal padrão, buscando-o no meio social (usos e costumes locais observados pelas pessoas de bem). Em seguida, procederá o cotejo entre o padrão ético já delineado e o caso concreto submetido a seu julgamento"⁷, para o que não pode olvidar dos fins sociais aos quais se dirige a lei e das exigências do bem comum (art. 5º, LICC).

Nestes termos, a fim de que não se convole em potestativa e iníqua, por indiretamente impor a perda de tudo que tenha o arrendatário pago até então, deve ser interpretada a cláusula em questão no sentido de que não veda peremptoriamente a cessão a terceiros, mas a impede apenas quando não ocorrida prévia análise, pela arrendante, do enquadramento do interessado nos requisitos legais do Programa, em especial a renda familiar. Jamais poderá ser usada como vedação irrestrita à cessão, como defende a contestação.

Então dirá a Ré que, por esta conclusão, tornar-se-ia de todo modo improcedente a pretensão da Autora, porquanto o negócio se deu sem sua intervenção, vindo apenas a ser comunicado posteriormente. Ocorre que a posição defendida por ela nesta causa deixa claro qual seria o resultado de eventual requerimento administrativo de anuência na cessão, visto como não a admite em nenhuma hipótese, com ou sem prévia consulta e participação dela.

Admitindo-se a cessão de direitos controlada, ou seja, com apresentação do interessado e prévia anuência da Ré, estar-se-ia certamente coibindo o uso indevido do imóvel para fins não próprios do Programa e atendendo mais um beneficiário, ao mesmo tempo em que possibilitaria ao arrendatário que necessite ou simplesmente tencione deixar o bem a recuperação do valor que nele investiu.

Lícita é, assim, a cláusula em questão, em si mesma considerada. Ilícita se torna ao ser utilizada pela Ré para imposição de exigência não prevista no ordenamento (ou, ainda que prevista, ela própria iníqua), no caso de vir o adquirente a satisfazer todas as condições para ingresso no Programa mas assim mesmo lhe negar a gestora.

⁷ in "O contrato e sua função social", Rio de Janeiro, 2003, Editora Forense, pág. 18

A Autora procurou a Ré para regularizar sua situação, mas não logrou êxito, dados os entraves criados pela instituição. Por outro lado, demonstra que satisfaz o requisito de baixa renda, único previsto expressamente na Lei do PAR, não tendo sido apontada pela Ré em sua contestação nenhum outro que lhe retirasse o direito ao ingresso no Programa.

Evidentemente que não procede o critério apontado na exordial quanto ao conceito de baixa renda, qual o limite jurisprudencial para obtenção de direito a assistência judiciária gratuita.

A Lei do PAR não estabelece o limite de renda para efeito de enquadramento em suas benesses, atribuindo ao Ministério das Cidades a estipulação em seus artigos 5º e 6º. Nesse desiderato foi baixada a Portaria nº 493, de 4.10.2007, ainda vigente, que fixava o valor de R\$ 1.800,00 como teto, então equivalente a 5,14 salários mínimos (depois R\$ 2.000,00, com redação dada pela Portaria nº 258, de 14.5.2008 – 4,82 salários mínimos).

Os arrendatários originários apresentaram renda de R\$ 1.739,04 (4,96 SM) à época da assinatura do contrato, em julho/2006 (fl. 100).

De sua parte, demonstra a Autora que tinha salário de R\$ 1.954,47 (fl. 51) em março/2012, equivalente a 3,14 salários mínimos.

Com o advento da Lei nº 11.977/2009 o PAR passou a atender majoritariamente às contratações com base no PMCMV, de modo que os requisitos passaram a se confundir com os deste, sendo inicialmente fixado limite geral de renda de 10 salários mínimos para atendimento (art. 2º, redação original), ou 6 salários mínimos para financiamentos com recursos do FGTS e subvenção do Governo Federal, conforme artigos 5º e 6º (não é o caso presente), o que atendia perfeitamente a Autora por ocasião da assunção do imóvel (fevereiro/2009).

Com o advento da MP nº 514/2010 houve parcial mudança de perfil, pois foram criadas subvenções da União a fundo perdido (art. 2º). Mantido o limite de renda em 10 salários mínimos (art. 1º c/c art. 6º) para as operações em geral, restaram estipulados outros limites conforme origem do recurso, tipo de imóvel, operação e público alvo (art. 3º, § 6º), de 3 salários mínimos para imóveis de “configuração mínima”, participação financeira do beneficiário e subvenção da União com pagamento parcial da prestação mensal por 120 meses (art. 6º-A, § 5º) e 6 salários mínimos para moradores em locais de risco para regularização fundiária, sem participação financeira do beneficiário, ou seja, com subvenção integral da União (art. 6º-A, § 3º).

Como o contrato ora em análise não se enquadra nas duas últimas hipóteses, pois não há subvenção da União, aplica-se o limite geral, de 10 salários mínimos. Assim, não há dúvida que a Autora atende ao conceito legal de baixa renda, podendo se beneficiar do Programa.

III – DISPOSITIVO:

Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na exordial, para o fim de declarar a validade, perante a Ré, da cessão de direitos ostentada pela Autora, relativamente ao contrato de arrendamento residencial firmado com VIVALDO JÚNIOR RAMPAZZO JAQUES e sua esposa DAYANE CRISTINA OLIVEIRA DE MOURA JAQUES em 13.7.2006, assegurados à Autora todos os direitos e deveres estipulados no contrato original.

Considerando a manifestação de fls. 138/140, sobre a qual, instada e mesmo se manifestando nos autos, nada falou a Ré, *rerratifico a medida antecipatória de tutela concedida, para o fim de determinar que seja regularizado o envio de boletos de cobrança ao endereço*

do imóvel. Fixo multa diária correspondente a 5% do valor mensal devido na eventualidade de descumprimento da presente, medida esta cabível *ex officio* (art. 461, *caput, in fine*, e § 4º).

Condeno a Ré ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono da Autora, que fixo em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), forte no art. 20, § 3º, do CPC, cujo valor deverá sofrer os critérios de correção monetária e juros fixados pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal (Resolução CJF nº 134/2010 e sucessoras).

Custas pela Ré. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Presidente Prudente, 19 de fevereiro de 2014.

Juiz Federal CLÁUDIO DE PAULA DOS SANTOS

MANDADO DE SEGURANÇA

0008215-65.2012.4.03.6000

Impetrante: MARIA FÁTIMA ALE

Impetrados: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM CAMPO GRANDE - MS E FAZENDA NACIONAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Juiz Federal: RENATO TONIASO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/02/2014

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, objetivando decisão judicial que declare para todos os efeitos, a não incidência de Imposto de Renda - IR - sobre a parcela de juros moratórios recebidos pela impetrante, dispensando a fonte pagadora de retificar a DIRF e os comprovantes desses rendimentos, assim como que ordene à autoridade impetrada que deixe de exigir da mesma que retifique a sua Declaração de Imposto de Renda, exercício 2008, ano-calendário 2007.

Como fundamentos de tais pedidos, a impetrante informa que é funcionária pública federal, lotada no Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso do Sul - TRE/MS, e que, em 1997, através do seu sindicato classista, ajuizou ação declaratória (Feito nº 97.3643-0, da 4ª Vara Federal de Campo Grande/MS) buscando a condenação da União Federal a incorporar à sua remuneração os valores equivalentes ao percentual de 11,98%, incidente sobre os seus vencimentos desde 1º de março de 1994. O pedido material da ação foi julgado procedente e esse decisum restou confirmado em sede recursal. Devido a tal ao êxito, a impetrante recebeu as diferenças monetariamente corrigidas e acrescidas de juros de mora. Em 2008, porém, quando da apresentação da Declaração de Ajuste Anual, relativa ao ano calendário de 2007, elaborou uma declaração retificadora, para o fim de retirar dos rendimentos tributáveis, a parte relativa aos juros moratórios, em razão do entendimento pacífico de que esses valores não englobam tais rendimentos para fins de IR.

Ocorre que, em janeiro de 2012, a autoridade apontada como coatora encaminhou ofício ao Presidente do TRE/MS informando que a fonte pagadora deveria proceder a uma retificação da DIRF e dos Comprovantes de Rendimentos dos seus servidores, para que fizesse incidir o IR sobre as verbas decorrentes dos juros de mora calculados sobre o reajuste de 11,98%, bem como para comunicar que os servidores afetados procedessem à retificação espontânea da Declaração de rendimentos, no prazo de 60 dias, sob pena de sujeitarem-se ao procedimento de revisão interna e ação fiscal competente.

Afirma ser indevida a incidência do IR sobre os juros moratórios decorrentes de reposição salarial.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 17-57.

A apreciação do pedido de medida liminar foi postergada para após a oitiva da autoridade impetrada (fl. 60).

A União apresentou petição manifestando interesse na causa e requerendo o seu ingresso no Feito (fl. 64).

Notificado, o impetrado prestou informações, sustentando, em síntese, a legalidade do ato objurgado (fls. 66-74).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 75-79. Mas, contra essa decisão, a impetrante inter-

pôs Agravo de Instrumento (fls. 98-114), recurso ao qual foi negado seguimento (fls. 121-128).

O Ministério Público Federal emitiu cota pela inexistência de interesse que justifique a sua manifestação no Feito (fls. 115-118).

É o que se fazia necessário relatar. *Decido*.

A controvérsia estabelecida nos presentes autos diz respeito, única e exclusivamente, à incidência (ou não) de IR sobre juros de mora recebidos em ação judicial.

O assunto em si sempre foi bastante tormentoso, sendo que o Fisco (conforme, aliás, argumenta neste caso) defende exegese no sentido de que, na espécie, se aplica o princípio de que o acessório segue o principal – *accessorium sequitur suum principale*. Como aqui a verba principal tem natureza remuneratória (e, por isso, sofre incidência de IR), os juros de mora, que lhe são acessórios, também o sofreriam. Aponta posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais nesse sentido.

Todavia, em 10.10.2012, o Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, através da sua Primeira Seção, ao julgar o Resp. 1.089.720-RS, firmou orientação no sentido de que a regra geral é pela incidência do IRRF sobre juros de mora, mesmo havidos em reclamatória trabalhista, salvo quando esses juros foram pagos: 1) no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho; e, 2) quando a verba principal é isenta ou está fora do campo de incidência do tributo. Notem-se julgados nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS RECEBIDAS EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA FORA DO CONTEXTO DE PERDA DE EMPREGO. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA REGRA DE QUE “O ACESSÓRIO SEGUE A SORTE DO PRINCIPAL”, FIRMADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO RESP 1.089.720/RS. AUSÊNCIA DE QUALQUER UM DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE EFEITOS INFRINGENTES. CARÁTER PROTTELATÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 538 DO CPC.

Em 10.10.2012, ao julgar o Resp. 1.089.720/RS, a Primeira Seção, por maioria, nos termos do voto do Min. Rel. Mauro Campbell Marques, firmou orientação no sentido da regra geral de que incide o IRRF sobre os juros de mora, a teor do art. 16, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 4.506/64, inclusive quando reconhecidos em reclamatória trabalhista, apesar de sua natureza indenizatória reconhecida pelo mesmo dispositivo legal, salvo: I) quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho, em reclamatória trabalhista ou não; e II) nos casos em que a verba principal é isenta ou fora do campo de incidência do imposto de renda, estendendo-se a isenção aos juros de mora mesmo quando por ocasião de circunstância em que não há perda do emprego, consoante a regra do “accessorium sequitur suum principale”. (...); 3. (...); 4. (...); e, “5. (...)”.

(EDecl nos EDcl no AgRg no REsp 1305039/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS (1130), SEGUNDA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe de 29/04/2013)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. LEI COMPLEMENTAR 118/2005. MATÉRIA DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA.

(...);

(...);

Por ocasião do julgamento do recurso representativo da controvérsia REsp. 1.227.133/RS, a Primeira Seção firmou entendimento de que não incide imposto de renda sobre juros de mora quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho.

(...).

(AgRg. no REsp. 1234294/RS. Agr. Reg. no REsp. 2001/0023122-7. Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142). Primeira Turma. Julgado de 11/04/2013. DJe de 17/04/2013)

Por fim, colaciono (na parte que interessa para estes autos) a ementa do próprio REsp. 1.089.720-RS:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA Nº 284/STF. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA – IRPF. REGRA GERAL DE INCIDÊNCIA SOBRE JUROS DE MORA. PRESERVAÇÃO DA TESE JULGADA NO RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA RESP. Nº 1227.133 – RS NO SENTIDO DA INSENÇÃO DO IR SOBRE JUROS DE MORA PAGOS NO CONTEXTO DE PERDA DO EMPREGO. ADOÇÃO DE FORMA CUMULATIVA DA TESE DO ACCESSORIUM SEQUITUR SUUM PRINCIPALE PARA ISENTAR DO IR OS JUROS DE MORA INCIDENTES SOBRE VERBA ISENTA OU FORA DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO IR.

1. (...);

2. *Regra geral: incide o IRPF sobre os juros de mora, a teor do art. 16, caput de parágrafo único da Lei nº 4.506/64, inclusive quando reconhecidos em reclamatória trabalhista, apesar de sua natureza indenizatória reconhecida pelo mesmo dispositivo legal (matéria ainda não pacificada em recurso representativo da controvérsia).*

3. *Primeira exceção: são isentos de IRPF os juros de mora quando pagos no contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho, em reclamatórias trabalhistas ou não. Isto é, quando o trabalhador perde o emprego, os juros de mora incidentes sobre as verbas remuneratórias ou indenizatórias que lhe são pagas são isentos de imposto de renda. A isenção é circunstancial para proteger o trabalhador em uma situação sócio-econômica desfavorável (perda de emprego), daí a incidência do art. 6º, V, da Lei nº 7.713/88. Nesse sentido, quando reconhecidos em reclamatória trabalhista, não basta haver a ação trabalhista, é preciso que a reclamatória se refira também às verbas decorrentes da perda do emprego, sejam indenizatórias, sejam remuneratórias (matéria já pacificada no recurso representativo da controvérsia REsp. nº 1.227.133 – RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Rel. p/acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 28.9.2011).*

3.1. (...);

3.2. (...);

4. *Segunda exceção: são isentos de imposto de renda os juros de mora incidentes sobre verba principal isenta ou fora do campo de incidência do IR, mesmo quando pagos fora do contexto de despedida ou rescisão do contrato de trabalho (circunstância em que não há perda do emprego). (...)*. (Negritos no original. Sublinhei trecho do item 3).

(REsp. nº 1.089.720-RS. Relator o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Primeira Seção do STJ. Julgamento em 10.12.2012)

Porém, pedindo toda a vênia possível àquele augusto sodalício, e mesmo reconhecendo o chamado “argumento de autoridade”, que representam os julgados da Corte Superior de uniformização de jurisprudência do País, como se trata de decisões não vinculantes, prefiro ficar com o meu livre convencimento a respeito, eis que penso de modo um pouco diferente sobre o assunto: entendo que, em se tratando de juros de mora, independentemente da natureza jurídica da obrigação principal, não há incidência de IR; e isso devido ao caráter indenizatório desses juros (aliás, reconhecido no próprio julgado paradigma, já colacionado, e mesmo no texto do artigo 16, *caput* e parágrafo único da Lei nº 4.506/64); com o que sequer há necessidade de se colacionar posicionamentos doutrinários nesse sentido.

Para mim, os juros de mora representam a indenização que o credor deve receber pela não disponibilidade, a tempo e modo, dos recursos financeiros que lhe são devidos, uma vez que, exatamente porque esses recursos não lhe foram pagos na época ajustada, ele foi obrigado a valer-se de outra(s) fonte(s) financeira(s) para atender aos seus compromissos, inclusive àqueles de natureza alimentar.

Por exemplo: João tinha um crédito de R\$ 100.000,00, em face de José, com vencimento para 20 de abril do ano em curso; e com esses recursos pretendia sustentar a sua família, além de adquirir uma máquina necessária para as suas atividades laborais. Ocorre que José não adimpliu essa obrigação, na data avençada, e João foi obrigado a tomar no mercado, os recursos necessários para atender às suas necessidades; com o que foi compelido a pagar juros ao seu credor (remuneratórios). Depois, quando receber o pagamento de José, se não for ressarcido dos juros que pagara ao seu credor, sofrerá uma inegável diminuição do seu patrimônio; exatamente na proporção desses juros; e isso faz com que a natureza dos juros por ele recebidos, por conta do pagamento tardio do seu crédito, seja sempre indenizatória, o que os retira do campo de incidência de IR.

Aliás, nesse mesmo exemplo, ainda que João se valha de recursos próprios, para atender aos referidos compromissos, se não receber juros de mora de José, mesmo assim terá prejuízo, pois não poderá contar com o rendimento (financeiro ou oriundo de uma atividade produtiva) do capital utilizado para suprir a falta de pagamento do seu devedor, o que também atesta a natureza indenizatória de tais juros.

Portanto, tenho que o artigo 16 da Lei nº 4.506/64, em seu *caput* e parágrafo único, ao referir que: “Art. 16. São classificadas como rendimentos de trabalho assalariado todas as espécies de remuneração por trabalhos ou serviços prestados no exercício dos empregos, cargos ou funções referidas no artigo 5º do Decreto-lei nº 5.844, de 27 de setembro de 1943, e no art. 16 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, tais como: (...). Parágrafo único. Serão também classificadas como rendimento assalariado os *juros de mora* e quaisquer outras *indenizações* pelo atraso no pagamento de remuneração prevista neste artigo”), não foi recepcionada pela Carta Política de 05.10.1988, uma vez que esta, em seu artigo 153, III, estabelece competência da União para tributar *renda e proventos de qualquer natureza*. Como juros de mora não se confundem com renda e nem são proventos, e tendo eles natureza indenizatória, nos próprios termos da lei, não há que se falar em incidência de IR (Sublinhei).

Assim, mais uma vez pedindo vênica à referida Corte Superior, considero que ela interpretou o instituto dos juros de mora de uma maneira parcialmente equivocada, pois, ao admitir a não incidência de IR apenas aos casos de verba paga em sede de rescisão do contrato de trabalho, ou quando a natureza da obrigação principal seja a de verba indenizatória, a meu ver estabeleceu uma distinção que não se sustenta à luz do Direito.

A esse respeito, é de se perguntar qual a diferença dos juros de mora recebidos em uma ação trabalhista (ou administrativamente) em que não houve a despedida do trabalhador, em relação àqueles casos em que não houve rescisão do contrato de trabalho?

Parece-me que nenhuma, pois em ambas essas situações, os juros de mora, se devidos, destinaram-se a refazer o patrimônio do obreiro, por conta de a obrigação não haver sido adimplida na época em que deveria tê-lo sido. O credor teve prejuízo independentemente da situação em que ficou após a inadimplência: de perda ou não do emprego.

Ainda, parece-me que, ao assim proceder, o Colendo STJ quis dar um enfoque mais de resguardo à situação presumivelmente fragilizada do trabalhador que perdeu o seu emprego: como ele ficará desempregado, convém poupar-lhe da incidência do IR.

Mais uma vez, porém, vislumbro que essa interpretação não se sustenta: primeiro, porque a natureza jurídica dos juros de mora não se altera em qualquer dessas situações, permanecendo como indenizatória; e segundo porque mesmo tal dedução, de caráter pretensamente humanitário, se de fato foi feita, pode se mostrar enganosa. A parte por mim sublinhada, na ementa do REsp. 1.089.720-RS, anteriormente colacionada, indica exatamente nesse sentido: “A isenção é circunstancial para proteger o trabalhador em uma situação sócio-econômica desfavorável”.

Note-se, *v.g.*, a situação de um servidor público ou trabalhador (da iniciativa privada) que tinha uma remuneração bastante modesta, pelo seu trabalho, e que passou em um concurso para admissão na Magistratura ou no Ministério Público, com vencimentos notoriamente maiores do que aqueles que até então recebia. Ele terá rescindido, sim, o seu contrato anterior de trabalho, mas passará a receber uma remuneração bem maior do que aquela a que anteriormente fazia jus, e não sofrerá a incidência do IR sobre eventuais juros de mora amealhados na reclamação trabalhista ou fora dela, ao passo que aquele seu antigo colega de trabalho, que continuará a labutar no cargo/emprego anterior, terá praticamente a mesma remuneração, bastante modesta, conforme já referido, e sofrerá a incidência do aludido imposto, sobre o montante de juros de mora que receber.

É também de se indagar sobre qual deles estará em situação mais fragilizada, de sorte a merecer (no sentido sociológico) o benefício da não incidência de IR sobre juros de mora havidos? Parece-me inegavelmente ser aquele que não sofreu interrupção do seu contrato de trabalho, e isso para mim demonstra, agora por outra faceta, que a interpretação feita pelo Colendo STJ é equivocada.

Assim, entendo que a solução para dissídio posto encontra-se em julgados, ainda que anteriores ao referido, do STJ, tanto dessa Corte Superior, como dos tribunais ordinários, que reconhecem a não incidência de IR sobre juros de mora. Notem-se aresto nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL E TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS DE MORA PAGOS EM VIRTUDE DE SENTENÇA PROFERIDA EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. NÃO-INCIDÊNCIA.

O Superior Tribunal de Justiça já assentou o entendimento de que os valores recebidos a título de juros moratórios, na vigência do Código Civil de 2002, têm natureza jurídica indenizatória, razão pela qual não incide a referida exação.

Com relação ao valor pleiteado a título de restituição do imposto de renda, a questão deve ser postergada para a fase de cumprimento de sentença, quando serão apurados os valores devidos. Tratando-se de repetição de indébito tributário, sobre o montante devido deverá incidir a taxa SELIC, a título de juros moratórios e correção monetária, calculada a partir da data da retenção indevida, e vedada sua cumulação com outro índice de atualização, nos termos do disposto na art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95.

Em face da sucumbência recíproca, as partes arcarão com os honorários advocatícios de seus patronos.

Apelação provida.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021362-86.2011.61.00.021362-6/SP. Relatora: Desembargadora Federal MARLI FERREIRA. Número de Origem: 002136286201114036100 25/vr/São Paulo/SP)

Conforme se pode perceber, a posição pela não incidência de IR sobre juros de mora era adotada pelo próprio STJ, anteriormente ao seu julgado de 10.10.2012, sendo ainda de se considerar que essa decisão inovadora não foi unânime – fico com a divergência.

Diante do exposto, *declaro como não recepcionada* pela Carta Constitucional de

05.10.1988, a parte do artigo 16, *caput* e parágrafo único da Lei nº 4.506/64, que institui a incidência de Imposto de Renda sobre juros de mora, e CONCEDO A SEGURANÇA para reconhecer a não incidência dessa exação sobre a parcela de juros moratórios recebidos pela impetrante, e, bem assim, para *declarar* que a fonte pagadora está dispensada de retificar a DIRF e os comprovantes de rendimentos daquela, conforme determinado pelo ofício nº 1/2012/SAFIS/DRF-CGE/SRRF01/RFB/MF-MS, encaminhado pelo Fisco, ao Egrégio TRE/MS, e, também, que a impetrante está dispensada de retificar a sua Declaração de rendimentos, exercício 2008, ano-calendário 2007.

Dou por resolvido o mérito do dissídio posto, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil - CPC.

Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, consoante artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009. Remetam-se os autos ao E. TRF da 3ª Região.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Ciência ao MPF.

Oficie-se ao e. relator do agravo.

Campo Grande - MS, 23 de janeiro de 2014.

Juiz Federal RENATO TONIASSO

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

0002703-37.2013.4.03.6301

Autora: HOSANA NUNES DOS SANTOS

Ré: UNIÃO FEDERAL (AGU)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: MONICA APARECIDA BONAVINA CAMARGO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/02/2014

Trata-se de ação proposta por HOSANA NUNES DOS SANTOS, Servidora Pública Federal do Tribunal de Contas da União, em face da UNIÃO, a fim de que seu nome seja retirado do sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União, bem como indenização por danos morais.

Aduz a autora que, com o advento da Lei Federal nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011, regulamentada no âmbito do TCU pela Resolução nº 249 de 02 de maio de 2012, ato contínuo, foi disponibilizado no sítio eletrônico do referido órgão a relação nominal dos servidores e suas respectivas remunerações.

A União, devidamente citada, apresentou contestação pugnando pela improcedência do pedido.

É o resumo do relatório.

Fundamento e decido.

Preliminarmente, mister consignar que o tema objeto da presente demanda foi levado ao STF, por meio do Agravo convertido em Recurso Extraordinário ARE 652777 RG/SP, e que, em 11/12/2013, foi reconhecida a *repercussão geral da matéria*. O feito está pendente de julgamento, atualmente aguardando parecer da Procuradoria-Geral da República, conforme última determinação daqueles autos (www.stf.jus.br – Consulta realizada em 29/01/2014: 12/12/2013 AI provido e determinada a conversão em RE MIN. TEORI ZAVASCKI Em 11.12.2013: “... dou provimento ao agravo para convertê-lo em recurso extraordinário. Após, dê-se vista à Procuradoria-Geral da República para elaboração de parecer. Publique-se. Intime-se.” “DJE nº 250, divulgado em 17/12/2013 // 06/01/2014 Devolução de mandado.”)

Não havendo óbice, passo a analisar o *mérito*.

Acesso às informações

A Constituição Federal de 1988 consagra como princípios da administração pública a legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e dispõe expressamente, em seu art. 37, parágrafo 3º, inciso II, que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;”

Ressalta, na parte final, que o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo deve observar o disposto no art. 5º, X e XXXIII, que asseguram que:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

(grifei)

Notório o intuito do legislador originário em resguardar o direito à intimidade e à vida privada, quando do acesso às informações públicas a que se refere o art. 37, parágrafo 3º, inciso II da CF/88. A inviolabilidade da intimidade e da vida privada faz parte dos direitos e garantias fundamentais protegidos por cláusula pétreia, conforme art. 60 § 4º inciso IV da Constituição Federal:

Art. 60 (...)

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Nota-se que, ao tornar uma norma imutável, o Poder Constituinte pretendeu que tais disposições jamais fossem alteradas, elevando-as ao patamar mais privilegiado da própria Constituição Federal que são as cláusulas pétreas.

Ademais, a Emenda Constitucional nº. 19/1998 alterou o art. 39 para incluir o § 6º, que determina expressamente que a remuneração dos *cargos e empregos públicos* sejam publicados anualmente.

Vejamos:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

(...)

§ 6º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos. (Redação da EC19/1998)

(grifei)

A determinação trazida no âmbito constitucional determina a publicidade de subsídio e remuneração relativa aos *cargos e empregos públicos*, não sobre subsídio e remuneração nominal de servidores ou empregados públicos, pessoalmente individualizados.

O fenômeno da publicação dos salários *nominais* dos servidores e empregados públicos deu-se após a publicação da Lei nº. 12.527 de 18 de novembro de 2011, conhecida como “Lei de Acesso à Informação”.

Ora, *não existe* determinação *constitucional* nem legal para divulgação de *nomes* com as respectivas remunerações mensais dos servidores ou empregados públicos. A Lei 12.527/2011 dispõe sobre o acesso à informação:

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;

II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;

III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;

IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;

V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

VII - informação relativa:

a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;

b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

Dentre os normativos da Lei, é possível depreender o esforço do legislador em proteger informações pessoais, incluindo vários dispositivos legais para sua proteção. Vejamos:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

IV - informação pessoal: aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável;

A definição de “informação pessoal” é dada pela própria lei, como visto acima, que determina que “informação pessoal” é aquela relacionada à *pessoa natural identificada ou identificável*. Portanto, informação pessoal é toda forma de dados que possa conter identificação da pessoa natural, para efeitos da lei.

A lei determina que o órgão público deverá assegurar a proteção da informação pessoal:

Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, *assegurar a:*

(...)

III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.

(...)

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e *com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais*.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados

e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, *sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem*;

III - ao cumprimento de ordem judicial;

IV - à defesa de direitos humanos; ou

V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

§ 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal.

Não bastassem os dispositivos já citados, o legislador reforçou ainda a questão da inviolabilidade ao criar o art. 32, que prevê a conduta ilícita a seguir:

Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:

IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou *informação pessoal*;

Desse modo, a própria administração pública é responsável por zelar pela informação pessoal, sob pena de cometimento de conduta ilícita.

No presente caso, os dados divulgados no sítio eletrônico do TCU permitem a identificação da servidora por expor seu nome completo e respectiva remuneração (fls. 29 pet_provas).

Como já dito, reza a Constituição Federal (art. 39 § 6º) que os *Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos*. Não se trata de nomear seus ocupantes e remunerações, mas, sim, de publicar as remunerações relativas aos cargos e empregos públicos.

A vida privada do servidor ou empregado público não pode ser exposta à população sem sua anuência, sob pena de ferir todas as garantias fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Concerne à população apenas suas ações no exercício de suas funções, em razão do cargo ou valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário público. Portanto, sua remuneração mensal (que pode conter compromissos financeiros, decorrentes de ordens judiciais etc) faz parte de sua intimidade e vida privada.

Não resta dúvida de que qualquer indício de irregularidade deverá ser objeto de apuração, sempre que houver suspeita, mas é inconstitucional que a suspeita seja a regra, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência em nosso ordenamento pátrio.

A publicidade garantida pela Constituição e pela Lei de Acesso à Informação é de importância inquestionável para o Estado Democrático de Direito, mas tal finalidade pode ser atingida sem ferir a intimidade e vida privada dos agentes públicos, na medida em que pode

ser veiculado nos sítios oficiais a remuneração, cargo e número de identificação do servidor (registro de matrícula). Desse modo, é possível conciliar ambos institutos constitucionais, de forma coexistirem pacificamente, resultando em situação satisfatória para todos.

O julgado da Ilustre Ministra Eliana Calmon, proferido em 2002, já afastava a situação de ser disponibilizada a remuneração e *nome do servidor público*, a saber:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - CERTIDÃO. 1. A remuneração dos servidores públicos está prevista em lei, com publicidade ampla para conhecimento dos interessados. 2. Diferentemente, *não pode o cidadão ter acesso à intimidade de cada servidor*. 3. *Impossibilidade de conceder a Administração certidão nominal dos ganhos de cada servidor*. 4. Recurso ordinário improvido. (ROMS 200101925089 ROMS – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 14163 Relator(a) ELIANA CALMON Sigla do órgão STJ Órgão julgador SEGUNDA TURMA Fonte DJ DATA: 16/09/2002 PG: 00161 Decisão Por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário). (grifei)

Portanto, a melhor interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, no caso, é a aplicação de forma a coexistirem harmonicamente, sem sobreposição de um princípio ao outro.

Diante do exposto, quanto ao pedido contido no item “c” da petição inicial, julgo-o parcialmente procedente, apenas para que o nome da servidora seja retirado e substituído por seu registro de matrícula, de forma atender tanto aos direitos e garantias fundamentais da publicidade quanto da intimidade, da inviolabilidade da vida privada e da dignidade da pessoa humana, todos previstos na Constituição Federal de 1988.

Dano moral decorrente de violação à intimidade e vida privada

Aduz a autora que o direito à indenização pelo dano moral decorrente da violação à intimidade e à vida privada é objetivo e independe de comprovação de dano efetivo. Colaciona julgados.

Para análise deste pedido, necessária a leitura do dispositivo constitucional pertinente, art. 5º inciso X da CF/88:

“5º (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, *assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*”

A obrigação de reparação do dano moral perpetrado decorre da configuração de ato ou omissão injusta ou desmedida do agressor contra o agredido, no concernente à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, de modo a configurar como prejudicadas estas, com o dano medido na proporção da repercussão da violação à integridade moral do agredido.

Da análise dos fatos, constata-se não haver prova de prejuízo concreto decorrente da publicidade supra analisada.

Um aborrecimento, por si, não enseja o dano moral. Nesse sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.

A mera contrariedade ou aborrecimento cotidiano não dão ensejo ao dano moral. Recurso

especial não conhecido.

Indexação VEJA A EMENTA E DEMAIS INFORMAÇÕES. Data Publicação 22/11/2004
Acórdão Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 592776 Processo: 200301649957 UF: PB Órgão Julgador: QUARTA TURMA – Data da decisão: 28/09/2004 Documento: STJ000579630 Fonte DJ DATA: 22/11/2004 PÁGINA: 359 Relator(a) CESAR ASFOR ROCHA

- Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Cabe à parte autora provar o alegado em sua petição inicial, a teor do disposto no artigo 333-I do Código de Processo Civil.

Tendo em vista que o inciso X da Constituição prevê que será devido dano moral *decorrente* da violação da intimidade e da vida privada, é necessário que exista um dano experimentado e demonstrado pela autora decorrente do fato de ter seu nome publicado na internet. Não havendo prova nos autos nesse sentido, improcedente o pedido de danos morais requerido pela autora.

1 - Em face do exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido na inicial, para o fim de condenar a União apenas a retirar o nome da servidora do sítio oficial do Tribunal de Contas da União, *substituindo-o por sua matrícula*, a fim de cumprir todos os dispositivos legais, tanto para cumprir a Lei de Acesso à Informação quanto para proteger a intimidade e vida privada da autora.

2 - Julgo improcedente o pedido de danos morais, nos termos do art. 269 do Código de Processo Civil.

3 - Sem condenação em custas e honorários nos termos dos artigos 55 da Lei nº 9.099/95 e 1º da Lei nº 10.259/01.

4 - Publicado e registrado eletronicamente.

5 - Não havendo pedido de antecipação de tutela, após o trânsito em julgado, oficie-se a ré para que cumpra a presente sentença.

6 - Tudo cumprido, ao arquivo.

7 - Intimem-se.

Juíza Federal MONICA APARECIDA BONAVINA CAMARGO

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

0000171-81.2014.4.03.6325

Autor: C. M. G. J. COMÉRCIO E MANUTENÇÃO DE AR CONDICIONADO LTDA.
Ré: UNIÃO FEDERAL (PFN)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE BAURU - SP
Juiz Federal: CLAUDIO ROBERTO CANATA
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/03/2014

A independência judicial não é um privilégio ou prerrogativa individual do juiz. Ela é a responsabilidade imposta sobre cada juiz para habilitá-lo a julgar honesta e imparcialmente uma disputa com base na lei e na evidência (...). O cerne do princípio da independência judicial é a completa liberdade do juiz para ouvir e decidir as ações impetradas na corte. (R v Beauregard, Suprema Corte do Canadá (1987) LRC (Const) 180 a 188, por Dickson CJ, cit. em *Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial*, tradução de Marlon da Silva Maia e Ariane Emilio Kloth, Conselho da Justiça Federal, 2008, p. 45).

Trata-se de ação sob o rito dos Juizados Especiais Federais, movida contra a UNIÃO. Questiona a parte autora o procedimento adotado pela Receita Federal do Brasil para cobrança de débito relativo a tributo federal, a saber, o protesto da certidão de dívida ativa, levado a efeito com fundamento no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, acrescentado pela Lei nº 12.767/2012, *verbis*:

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.

A pretexto de regulamentar tal dispositivo, foram baixadas a Portaria PGFN nº 321/2006, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional; a Portaria Interministerial nº 574-A, de 20/12/2010, do Ministro de Estado da Fazenda (interino) e do Advogado-Geral da União; e a Portaria nº 17, de 11 de janeiro de 2013, do Procurador-Geral Federal.

A ré contestou. Sustenta, em preliminar, a incompetência do Juizado Especial Federal para processar e julgar o pedido, sob o argumento de que a questão debatida não possui natureza fiscal ou previdenciária, mas sim de Direito Civil, mais precisamente de matéria notarial (protesto de título representativo de dívida), devendo a causa ser apreciada por Vara Federal comum.

Quanto ao mérito, alega que:

a) a cobrança de crédito público (de origem tributária ou não tributária) é verdadeiro dever-poder jurídico relacionado à Administração Pública, e o protesto das Certidões de Dívida Ativa consubstancia um dos instrumentos a ser utilizado na recuperação efetiva desses créditos;

b) o protesto das Certidões de Dívida Ativa tem respaldo na constatação dos casos de reduzido custo/benefício na cobrança do crédito pela via, muitas vezes ineficiente, da execução fiscal, em que o dispêndio de dinheiro público nas atividades inerentes à arrecadação não justifica o valor que regularmente ingressa no Erário de forma definitiva;

c) a Lei nº 9.492/97 inovou a ordem jurídica, autorizando não apenas que títulos de crédito, mas também que quaisquer outros documentos de dívidas - inclusive CDAs - pudessem ser

protestados. De qualquer forma, o protesto de CDAs encontra-se hoje previsto expressamente no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/97, por força do art. 25 da Lei nº 12.767/12;

d) não há razões jurídicas para a utilização exclusiva do protesto pelos particulares. O ordenamento jurídico há muito prevê que é possível protestar documentos de dívida, sem haver, todavia, uma distinção entre as espécies desses documentos;

e) estudos realizados pelo IPEA, recomendações advindas do TCU e do CNJ, e a experiência exitosa na recuperação de créditos pela Procuradoria-Geral Federal e pelas Procuradorias Estaduais por meio do protesto das CDAs evidenciaram que essa é uma medida cabível e indispensável à recuperação de créditos públicos e manutenção das receitas que darão concretude às políticas públicas;

f) o protesto das CDAs é corroborado também pela recente edição da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), que reconheceu o amplo acesso à informação pública como um direito fundamental do cidadão e impôs ao Estado uma postura de transparência pública de suas informações, reduzindo os custos das relações jurídicas porque, com mais informações, mais claros ficam os riscos negociais;

g) o protesto das CDAs não viola direitos fundamentais e não fere Princípios Constitucionais, tendo em conta que protestar um título, seja ele público ou privado, não implica a inviabilidade da atividade econômica, não afasta a apreciação do Poder Judiciário sobre a constituição e validade do documento objeto do protesto e não consiste em medida desproporcional;

h) não há inobservância do disposto no art. 11, inciso III, alínea “a”, da LC nº 95/98, pois a norma trazida pelo art. 25 da Lei nº 12.767/12 não inova no ordenamento jurídico, não cria procedimento novo, não inaugura instituto, além de estar abarcada pelo objeto da segunda das referidas leis. Ademais, a LC nº 95/98 cuida-se apenas de norma de orientação do processo legislativo, estando previsto no seu art. 18 que eventual colisão formal entre ela e um outro ato normativo não resulta em possibilidade de inobservância e escusa;

i) o protesto da CDA é medida aceita pela recentíssima jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, revelada no acórdão proferido no REsp 1.126.515/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, DJe 16/12/2013.

É o breve relatório.

Conheço diretamente do pedido, nos termos do que dispõe o artigo 330, inciso I do Código de Processo Civil.

Rejeito a preliminar. Reconheço a competência do Juizado Especial Federal para processar e julgar a lide, uma vez que a certidão de dívida ativa enviada para protesto veicula cobrança fiscal, nos termos da exceção estabelecida na segunda parte do inciso III do § 1º do artigo 3º da Lei nº 10.259/2001.

Inicialmente, há de ser posta em evidência a manobra utilizada para modificação da Lei nº 9.492/97, vale dizer, a forma subreptícia de que lançou mão o Governo Federal para transformar a certidão de dívida ativa em título passível de protesto.

Sabedor de que parte considerável da jurisprudência vinha rechaçando tal possibilidade, o Executivo utilizou-se de um expediente artiloso para inserir, no texto da Lei nº 12.767/2012, o dispositivo que autorizava o protesto da CDA: aproveitou o fato de que enviara ao Congresso Nacional a Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012, e, não se sabe por qual meio, por ocasião da promulgação da Lei nº 12.767/2012 “enxertou” no respectivo texto o art. 25, o qual incluiu entre os títulos passíveis de protesto a certidão de dívida ativa - que nada diz com a matéria tratada no ato, como se verá.

Basta ler a exposição de motivos da MP nº 577/2012 e o próprio texto daquele ato, para perceber que esse dispositivo *não constava da redação original* daquele ato. Tanto que sequer uma palavra a respeito da matéria é dita na Exposição de Motivos (EM) nº 00036/MME/AGU, de 29 de agosto de 2012, subscrita por Edison Lobão e Luís Inácio Lucena Adams.

A citada Medida Provisória, convertida na Lei nº 12.767/2012, tratava de *matéria absolutamente estranha às questões envolvendo protesto de títulos*: ela dispunha sobre a “extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço, sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica, e dá outras providências” (*sic*).

Ao sancionar a Lei nº 12.767/2012 com o acréscimo de dispositivo que trata de matéria estranha ao seu objeto, a Sra. Presidente da República não observou o que dispõe a *Lei Complementar nº 95*, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, cujo artigo 7º, inciso II prescreve:

Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

II - a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

A matéria relativa a protesto de CDA em nada se relaciona com a questão central tratada na medida provisória e na lei em que ela se converteu.

Isso revela não apenas a falta de observância de regra essencial de técnica legislativa - o que não é novidade na produção normativa brasileira -, mas mostra que o verdadeiro propósito foi o de *camuflar* alteração tão significativa, a deitar reflexos na vida dos contribuintes, colhidos de surpresa, no apagar das luzes de 2012, com essa inovação legislativa silenciosa e dissimuladamente aprovada.

Resta analisar se a medida adotada fere ou não o Código Tributário Nacional (CTN), lei complementar da Constituição, e se contraria ou não a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nas lições de Maria Helena Diniz, nos primórdios da civilização o devedor respondia, moral e fisicamente, com sua própria pessoa, pelas suas dívidas. Entre os egípcios, adjudicava-se ao credor a própria pessoa do devedor. Entre os hebreus, tornava-se ele escravo do seu credor. Entre os romanos, o credor podia prender o devedor, vendendo-o em três feiras sucessivas, ou ainda, se assim lhe aprouvesse, matá-lo, como permitia a Lei das Doze Tábuas.

Somente em 326 a.C., com o advento da *Lex Paetelia Papiria*, transferiu-se ao patrimônio material do devedor a garantia do adimplemento das suas obrigações, se estas não proviessem de ato ilícito. A partir de então, a ideia da garantia da dívida ficou jungida ao patrimônio ou aos bens do devedor, deixando este de responder com sua vida e liberdade.

Entretanto, essa garantia genérica foi insuficiente, dando origem a fraudes e simulações. Para contornar isso, foram criadas duas espécies de garantia: 1) a pessoal ou *fidejussória*, pela qual uma terceira pessoa, alheia à relação obrigacional, assumia o dever de pagar, caso o obrigado não o fizesse; e 2) a garantia *real*, pela qual o devedor, ou alguém por ele, destinava parte de seu patrimônio para assegurar o cumprimento da obrigação contraída.

É natural que o credor de determinada obrigação – seja pública, seja privada – procure cercar-se das garantias previstas em lei com vistas à *efetiva e tempestiva satisfação de seu crédito*.

No campo do direito privado brasileiro, o penhor (em suas diversas modalidades), a hipoteca e a anticrese (Código Civil, artigos 1.431, 1.473 e 1.506) constituem direitos reais de garantia. Por sua vez, a fiança e o aval são garantias pessoais.

No campo do direito público, e, em especial, na seara tributária, não é diferente. As pessoas de direito público têm a prerrogativa de lançar mão dos instrumentos previstos em lei com vistas a assegurar o recebimento do crédito tributário, a proporcionar recursos financeiros indispensáveis para a manutenção dos vários serviços e investimentos a cargo dos governos federal, estadual, distrital e municipal.

Para tanto, a legislação põe à disposição dessas entidades *um vasto arsenal de garantias e privilégios*.

A Constituição da República atribui à *lei complementar* - no caso, o Código Tributário Nacional - a tarefa de dispor sobre normas gerais em matéria de legislação tributária, e, mais especificamente, sobre *crédito tributário* e, é claro, suas respectivas garantias e privilégios (Const. Fed., art. 146, inciso III, alínea “b”, terceira figura).

De seu turno, no Livro Segundo, Título III, Capítulo VI, o CTN disciplina, em linhas gerais – porém não de forma exaustiva - essas *garantias e privilégios* do crédito tributário. Destacam-se, entre outros:

a) o privilégio geral de que goza o crédito público sobre os bens do devedor (excetuados os absolutamente impenhoráveis), não podendo ser oposta à sua cobrança qualquer gravame, inclusive hipotecas, anticreses, penhores, cauções, usufrutos, cláusulas de inalienabilidade ou de impenhorabilidade, entre outros, independentemente da data de sua constituição (art. 184);

b) a presunção de fraude na alienação ou oneração de bens ou de rendas por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa (art. 185);

b) a decretação, pelo juiz da execução fiscal, de indisponibilidade de bens e direitos, caso o devedor tributário, regularmente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora, com imediata comunicação aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais (art. 185-A);

c) a preferência do crédito tributário a qualquer outro, seja qual for a sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos trabalhistas ou relativos a acidente do trabalho (art. 186);

d) a não sujeição do crédito tributário a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento (art. 187);

e) o pagamento preferencial dos créditos tributários vencidos ou vincendos a cargo do *de cujus* ou de seu espólio, exigíveis no decurso do processo de inventário ou arrolamento (art. 189), bem assim dos créditos vencidos ou vincendos a cargo de pessoas jurídicas de direito privado em liquidação judicial ou voluntária, exigíveis no decurso da liquidação (art. 190).

Além disso, a prática de uma série de transações civis e comerciais, como, e. g., a alienação de bem imóvel, reclama a apresentação de *certidão negativa de débito* (CND), de sorte a resguardar o interesse da Administração Tributária (art. 205), visto que o patrimônio do sujeito passivo é a garantia da satisfação da obrigação tributária. Isso sem falar nos amplos poderes de fiscalização conferidos pelo Código às pessoas políticas, expressos nos artigos 194 a 200, incluindo permuta de informações com Estados estrangeiros sobre o patrimônio do sujeito passivo e até mesmo a requisição de auxílio policial, se necessário à efetivação de

medida prevista na legislação tributária (artigos 199, § único, e 200).

E, em se tratando de cobrança *judicial* de tributo, a lei complementar mune a Fazenda Pública da presunção de certeza e liquidez da dívida ativa regularmente inscrita, atribuindo-lhe efeito de prova pré-constituída (art. 204).

O rol de garantias do crédito tributário previsto no CTN não é exaustivo. Permite-se que leis editadas pelas pessoas políticas - União, Estados, Distrito Federal e Municípios – criem *outras modalidades* de garantia do crédito tributário, *em função da natureza ou das características do tributo a que se refiram*, conforme artigo 183 do CTN:

Art. 183. A enumeração das garantias atribuídas neste Capítulo ao crédito tributário não exclui outras que sejam expressamente previstas em lei, em função da natureza ou das características do tributo a que se refiram.

Segundo o magistério de Paulo de Barros Carvalho, “por garantias devemos entender *os meios jurídicos assecuratórios que cercam o direito subjetivo do Estado de receber a prestação do tributo*” (*Curso de Direito Tributário*. 21. ed. Saraiva, 2009, p. 604, grifos meus).

Ao tratar dessas garantias, Luciano Amaro diz que “a preocupação do Código, tendo em vista que o crédito tributário decorre de imposição legal, foi *garnece-lo de normas protetoras que permitam, na eventualidade de o Fisco ter de recorrer à execução, evitar certos obstáculos que poderiam frustrar a realização de seu direito*” (*Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Saraiva, 2005, p. 470, grifos meus).

Por isso, criou-se ao longo do tempo um vasto instrumental legislativo para tornar efetivo o cumprimento de obrigação tributária, *removendo obstáculos à sua satisfação*, a saber:

a) o *arrolamento de bens*, sempre que o valor dos créditos tributários de responsabilidade do contribuinte seja superior a 30% de seu patrimônio conhecido, devendo o termo ser registrado nos órgãos competentes (Lei nº 9.532/97, art. 64);

b) a possibilidade de propositura de *medida cautelar fiscal*, quando evidentes os indícios de que o devedor poderá adotar estratégias e expedientes ilícitos para frustrar a satisfação do débito (Lei nº 8.397/92, art. 2º);

c) execução fiscal com penhora de bens e sua *indisponibilidade imediata, concomitantemente à citação do devedor* (Lei 8.212/91, art. 53, § 1º);

d) a instituição de regime especial de fiscalização, com fiscalização ininterrupta no estabelecimento do sujeito passivo e redução, à metade, dos prazos de recolhimento dos tributos, entre outras medidas (Lei nº 9.430/96, art. 33; Instrução Normativa SRF nº 979/2009);

e) inserção do nome do devedor nos registros do Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (CADIN), a restringir-lhe acesso a crédito que envolva utilização de recursos públicos (Lei nº 10.522/2003, art. 6º), etc..

É verdade que várias das medidas baixadas pelas pessoas políticas, sob o argumento de defender o crédito tributário, se mostram legítimas e adequadas, quando confrontadas com a finalidade verdadeira de sua criação. Ninguém dirá ser ilegítima a exigência de prova da quitação de tributos de empresa que vai contratar com o Poder Público (Lei 8.666/93, art. 29, inciso III). Em casos assim, a própria *moralidade administrativa*, enquanto princípio que deve informar a atuação da Administração Pública de todos os níveis (art. 37 da CF), justifica a adoção de tais medidas.

Mas, há de se reconhecer, algumas tantas outras - *a depender da sua verdadeira finalida-*

de e do modo como são implementadas - são de questionável juridicidade, porque extrapolam a ratio essendi que informa a criação das garantias do crédito tributário.

Com efeito, na linha do disposto no art. 183 e seguintes do Código Tributário Nacional, a instituição e a adoção dessas medidas só se legitimará quando o seu objetivo, realmente, for o de proteger o crédito fiscal, assegurando em favor da Fazenda Pública o efetivo e tempestivo recebimento do tributo devido. Jamais, todavia, como instrumento de coação.

Em reiteradas ocasiões, a jurisprudência reconheceu a injuridicidade de certas medidas que, a pretexto de servirem como garantia do adimplemento do crédito tributário, funcionavam como verdadeiras *sanções políticas*, assim entendidas aquelas *restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma oblíqua de obrigá-lo ao pagamento do tributo*, sem possibilidade de discussão do débito, ou mesmo de retaliá-lo pelo fato haver ido a Juízo pedir proteção contra eventuais desmandos.

Por diversas vezes, a jurisprudência da Suprema Corte enfrentou a questão, prevalecendo o entendimento de que tais expedientes são inconstitucionais.

Assim, no RE nº 57.235/SP, decidiu-se: “Não se permite à autoridade o bloqueio ou a suspensão das atividades profissionais do contribuinte faltoso” (RE 57.235/SP, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Evandro Lins e Silva, negaram provimento, unânime, j. em 11/05/1965, RTJ 33/99-100). Naquela oportunidade o relator, Min. Evandro Lins, destacou que “as autoridades federais deverão valer-se do processo administrativo e do executivo fiscal, cobrando multa e juros, de acordo com a lei, não podendo, porém suspender o exercício de atividade profissional” (Idem, voto do relator, p. 100).

Tanto que, a esse respeito, o Supremo Tribunal Federal editou as *Súmulas nº 70, 323 e 547*:

Súmula nº 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula nº 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula nº 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

As assim denominadas sanções políticas fogem ao desiderato visado pelas garantias do crédito tributário, tal como concebidas no Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição Federal com o “status” de lei complementar.

Tais sanções não têm como finalidade dotar a Fazenda Pública de instrumentos que a forem quanto ao recebimento do crédito, mas funcionam como verdadeiros *instrumentos de pressão contra o sujeito passivo, que se vê forçado a pagar determinado tributo, mesmo reputando indevida, ilegal ou inconstitucional a cobrança, sob pena de sofrer gravames a repercutirem, em alguns casos, na sua vida pessoal, sobre comprometerem e até mesmo inviabilizarem a própria manutenção de suas atividades civis, comerciais e profissionais.*

Enfim, sanção política é “aquele constrangimento, aquela ameaça feita a um cidadão - pessoa física ou jurídica - para que, submetido à coação ou processo psicológico que lhe leve a sentimento de *fragilidade e falta de opção tempestiva e/ou economicamente viável*, concorde com tudo o que o agente do Poder Executivo deseje, *independentemente de um exame de seus próprios direitos*” (SIQUEIRA, Édison Freitas. *Débito Fiscal. Análise Crítica e Sanções*

Políticas. Tomo I, 3. ed. Porto Alegre: Sulista, 2005. Grifos meus).

Entre essas sanções políticas, rechaçadas pela jurisprudência pátria, destacam-se:

a) a oblíqua *interdição de estabelecimento* - prevista no Decreto-lei nº 5, de 13 de novembro de 1937, baixado por Getúlio Vargas, e rechaçada pela *Súmula nº 70* do STF - como meio de forçar o sujeito passivo à quitação dos tributos dados como devidos (medida admissível noutras situações, como, p. ex., fiscalização sanitária, caso em que a interrupção temporária das atividades é medida natural, até que sejam sanadas as irregularidades encontradas);

b) *recusa, pelo Fisco, de autorização para imprimir documentos fiscais*, enquanto não solvido o pretenso débito para com a Fazenda Pública (*Supremo Tribunal Federal*, RE 413.782, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 3.6.2005; *Tribunal de Justiça de São Paulo*, 2ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 0191238-94.2012.8.26.0000, v. u., relator Desembargador EDSON FERREIRA, julgado em 10/12/2013; *Superior Tribunal de Justiça*, 1ª Turma, REsp 783766/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 03/05/2007, DJ 31/05/2007, p. 349);

c) *recusa de fornecimento de CNPJ a pessoa jurídica* em débito para com a Fazenda, ou cujos sócios, pessoas físicas, não estejam, a juízo da repartição fazendária, em situação regular perante o Fisco – Instruções Normativas nº 112/94, 82/97 e 54/98, da Secretaria da Receita Federal (*TRF-3ª Região*, AMS 66500/SP, proc. 1999.03.99.066500-2, Relatora Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO, julgado em 01/10/2003, Quarta Turma; *TRF-4ª Região*, AMS 1800/RS, proc. 1999.71.04.001800-3, Relator VILSON DARÓS, julgado em 18/05/2000, Segunda Turma, publ. DJ de 26/07/2000, p. 83);

d) *apreensão de mercadorias, quando não se limitar ao tempo estritamente necessário à coleta de elementos necessários à caracterização de ilícito tributário*, vedada sua utilização como meio coercitivo para pagamento de tributo ou multa, erigido em condição *sine qua non* para a liberação dos bens (16ª Câmara Civil do TJSP, Ap. nº 143.997-2, rel. o Desembargador Clímaco de Godoy; STJ, 1ª Turma, ROMS nº 10678/PB, rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ 27/9/1999, p. 46, RSTJ 128/82);

e) *recusa de certidão negativa de débito*, quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte e a Administração não aponta objetivamente, mediante consulta aos seus registros, quais os créditos que possui contra o sujeito passivo, a que se referem e a quanto montam (PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: certidões negativas de débito*. Organizado por Leandro Paulsen. Porto Alegre: Livraria do Advogado/ESMAFE, 1999, p. 42);

f) *a adoção de “regime especial” que imponha restrições e limitações desproporcionais à atividade do contribuinte*, violando a garantia constitucional da liberdade de trabalho, “constituindo forma oblíqua de cobrança do tributo, assim execução política, que a jurisprudência do STF sempre repeliu” (STF, 1ª Turma, RE 115.452-7-SP, v. u., relator Min. CARLOS VELLOSO, DJU I 16.11.1990, pág. 13.059; Repertório IOB de Jurisprudência, nº 1/91, pág. 7).

Trata-se de medidas que visam a *constranger* o sujeito passivo ao pagamento de dívida tributária, *sem que ele tenha à sua disposição qualquer mecanismo de defesa que lhe permita alegar, v.g., a inexistência do débito, a inconsistência da cobrança, a ilegalidade e/ou inconstitucionalidade da exigência*.

Com efeito, incapazes que são de combater de forma eficaz o déficit público; de planejar e desenvolver uma política tributária que permita a ampliação do universo de contribuintes, de modo a concretizar a verdadeira justiça fiscal e combater os elevados índices de sonegação tributária; e desinteressados também em criar mecanismos que tornem mais ágil o levantamento de créditos tributários e a cobrança administrativa e judicial da dívida ativa da União,

os tecnocratas buscam saídas mais fáceis para arrecadar, ainda que isso implique burlar a Constituição e a lei.

Para alcançar esse desiderato, parecendo ignorar que o incremento da arrecadação está diretamente ligado à ampliação da base de sujeitos passivos e da intensificação das atividades de fiscalização, valem-se das saídas mais fáceis e cômodas, cujo objetivo outro não é senão o de criar toda sorte de empeco aos sujeitos passivos e às suas atividades lícitas, tudo de modo a convencê-los, por via indireta, a pagar sem discutir.

Mas a proverbial ineficiência da União na cobrança de seus créditos - ineficiência motivada, reitere-se, não pelos nobres Auditores Fiscais, Técnicos do Tesouro Nacional e Procuradores, mas pela falta de melhor gerenciamento dos recursos humanos e materiais -, não pode servir como pretexto para a adoção do mecanismo de cobrança ora combatido, que atribui ao sujeito passivo a pecha de mau pagador, *criando, de forma proposital e com efeitos funestos*, invencível obstáculo ao regular desempenho de suas atividades civis, profissionais e comerciais.

Entendo, nessa senda, que o envio de certidão de dívida ativa para protesto fere o Código Tributário Nacional e a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal.

A começar pela própria análise da *natureza da dívida tributária, que difere substancialmente da dívida civil ou comercial*. Como observa Kiyoshi Harada, não se deve confundir o direito público com o direito privado, “submetidos a regimes jurídicos próprios, bem diferenciados que até se contrapõem em termos de princípios informadores. O protesto extrajudicial de título executivo é próprio do direito comum. Visa, de um lado, alertar os comerciantes em geral quanto aos riscos de fazer negócios a prazo com pessoas negativadas com protestos de títulos. De outro lado, serve para comprovar juridicamente a impontualidade no pagamento de título líquido e certo para o efeito de requerimento de falência do devedor” (Protesto da CDA. Portaria equivocada. Disponível em <<http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Artigos/779.pdf>>. Acesso em 20/01/2014).

O protesto de títulos executivos extrajudiciais (promissória, duplicata, cheque etc.) é plenamente justificável porque estes derivam de uma obrigação *ex voluntate, que se presume conscientemente assumida pelo devedor*, ao firmar, de próprio punho ou por meio eletrônico, a cártula ou outro documento que o tenha vinculado ao negócio jurídico (salvo a existência de vício, art. 171, inciso II, do Código Civil). Nessas circunstâncias, vencida e não paga a dívida, o credor tem à sua disposição o protesto, como meio de constituir o devedor em mora e constrangê-lo a cumprir a obrigação *livre e conscientemente assumida* que, sem relevante razão de direito, se nega a saldar.

Basta uma breve consulta à legislação e à jurisprudência para verificar que títulos extrajudiciais passíveis de protesto *sempre derivam de manifestação expressa de vontade*: o termo de ajustamento de conduta (Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 6º); a *duplicata mercantil e de prestação de serviços* (Lei nº 5.474/68, art. 13); a *cédula de crédito bancário* (art. 28 da Lei nº 10.931/2004 e Súmula nº 14 do TJSP).

O mesmo ocorre com a *sentença* (título executivo judicial): a condenação está transitada em julgado, há a indicação do valor a ser pago e de quem deve pagá-lo. Legítimo, pois, o protesto, uma vez que o Estado-Juiz já se manifestou em definitivo sobre a existência da obrigação e indicou quem deve suportá-la.

Mas, no que respeita à dívida tributária, a situação é diversa. *O dever de pagar tributo não nasce da vontade das partes, tampouco da prática de ilícito civil ou criminal (CC, art. 935), assim reconhecido em sentença judicial, mas da vontade da lei, desde que ocorrido o fato jurígeno nela definido.*

Com efeito, tributo é obrigação *ex lege* (art. 3º do CTN), cuja gênese não decorre da vontade do Fisco ou do contribuinte. Tanto que, segundo a melhor jurisprudência, não possuem valor algum certas cláusulas contidas em instrumentos de confissão de dívida tributária, a conferir-lhe caráter de irretratabilidade e a conter declaração do sujeito passivo de que renuncia a qualquer contestação quanto à existência e ao valor do débito (TRF/4ª, 2ª T., AC 2004.04.01.017396-6/PR, Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares; TRF/4ª, 2ª T., AC 95.04.19433-8/RS, Rel. Tânia Escobar). Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal reconheceu inconstitucional lei que atribuiu, ao pedido de parcelamento de crédito fiscal, o efeito de confissão irretratável e de renúncia a qualquer defesa judicial (STF, Pleno, RE 94.141-0, Rel. Min. Soares Muñoz).

Até mesmo quando o contribuinte apresenta declaração, é possível a ele que, em caso de erro quanto ao fato informado, venha a retificá-la (CTN, art. 147, § 1º). Vale dizer, são *retratáveis* as informações declaradas ao fisco.

A certidão de dívida ativa é título executivo extrajudicial criado *unilateralmente* pelo fisco, a partir da *interpretação administrativa* sobre o alcance e a aplicabilidade da lei tributária - interpretação *que nem sempre coincide com a natureza do fato jurígeno tributado ou com a orientação firmada pela jurisprudência dos Tribunais*. Nesse ponto, ela destoa dos demais títulos executivos extrajudiciais, que resultam de uma *expressa declaração de vontade do devedor* (v.g., art. 585, incisos I, II, III e V do Código de Processo Civil) ou de arbitramento judicial (idem, inc. VI).

É sabido que, em grande parte dos casos, a cobrança tributária é ilegal, errada, abusiva, até mesmo inconstitucional. Exatamente por isso a Constituição Federal e a legislação ordinária abrem ao sujeito passivo as portas para o questionamento (controle judicial) do débito contra ele apontado.

É de se salientar, neste passo, que *a circunstância de ter sido franqueada ao sujeito passivo a possibilidade de discutir administrativamente a dívida, por meio dos recursos previstos em lei, não é capaz, por si só, de legitimar a cobrança*. O contribuinte *pode até não ter se valido* da faculdade de se defender em sede administrativa, *mas a sua revelia não induz, necessariamente, que a dívida cobrada seja legal*.

O protesto do título, ao equiparar uma dívida tributária, nascida *ex lege*, a uma dívida voluntariamente assumida pelo devedor, impossibilitando que o sujeito passivo se defenda mediante os instrumentos que a lei lhe confere, assume feição de verdadeira *sanção política*.

Basta atentar para o texto do art. 5º da Portaria nº 17, de 11 de janeiro de 2013, baixada pelo Procurador-Geral Federal, que disciplina a utilização do protesto extrajudicial por falta de pagamento das certidões de dívida ativa das autarquias e fundações públicas federais. Diz o preceptivo:

Art. 5º *Sendo inexitoso (sic) o protesto*, as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados, as Procuradorias Seccionais Federais e os Escritórios de Representação *promoverão, quando for o caso, o ajuizamento das respectivas execuções fiscais*.

Vale dizer, *a execução fiscal só será ajuizada se o devedor não pagar o valor apontado na CDA protestada*.

Como se vê, a execução fiscal, que assegura ao devedor, uma vez seguro o Juízo, a interposição de embargos com vistas a discutir a dívida, *está sendo claramente substituída pelo protesto de título*.

Em suma: a Fazenda inscreve a suposta dívida e a envia a protesto (art. 1º da Portaria 17/2013), mas, *de forma deliberada, suspende ou se abstém da propositura de execução fiscal, pois sabe que, nela, o contribuinte poderá oferecer garantia e defender-se.*

A expressão “se for o caso”, constante do citado art. 5º, há de ser entendida nos seus devidos termos. Como se sabe, a União não ajuíza execução fiscal para cobrança de débitos abaixo de determinado valor (Portaria nº 75, de 22 de março de 2012, do Ministro de Estado da Fazenda). *Em casos assim, a dívida será protestada, a execução fiscal não será ajuizada e o sujeito passivo, conseqüentemente, ficará impedido de se defender mediante oposição de embargos à execução ou exceção de executividade, quando se tratar de matéria de ordem pública (pagamento, ilegitimidade, nulidade do título, prescrição, decadência), simplesmente porque não há execução em curso.*

É uma constrição oblíqua, verdadeira espada de Dâmocles a pender sobre as cabeças e os negócios das pessoas físicas e jurídicas, com débitos fiscais discutíveis e embargáveis (Sacha Calmon Navarro Coelho, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, Saraiva, 1999, p. 757).

Cria-se então, propositadamente, um “limbo” jurídico, exatamente para forçar o suposto devedor a pagar o apontado débito, ainda que tenha razões de sobejo para com ele não concordar. Afinal, é mais “prático” e “eficiente” para a Fazenda Pública constrangê-lo a pagar a dívida, sob pena de ter o seu nome apontado como mau pagador, do que utilizar os instrumentos legais – que não são poucos – com vistas a receber o apontado crédito.

A execução fiscal, tal como concebida na Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), bem assim a exceção de executividade, consagrada na jurisprudência, *foram concebidas exatamente para possibilitar ao Poder Judiciário o controle da legalidade das dívidas cobradas pelas Fazendas Públicas de todos os níveis.* Trata-se do sistema de controle judicial, também chamado sistema inglês, cuja principal característica é a separação entre o administrador e o juiz (cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 11. ed., São Paulo, Saraiva, 1985, p. 27). Não pode a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Const. Federal).

Esse sistema, adotado no Brasil, foi erigido para coartar a cobrança de débito fiscal *indevido, abusivo, ilegal, confiscatório, inconstitucional, decaído, ou prescrito*, e impedir que o Poder Tributante, que já tem à sua disposição uma miríade de garantias e privilégios para exigir seus supostos créditos, lance mão de outros meios para cometer abusos contra o patrimônio do sujeito passivo.

O envio da certidão de dívida ativa a protesto, sem o ajuizamento de execução fiscal, tal como prevê a já citada Portaria, retira ao Poder Judiciário a possibilidade desse controle.

E nem se diga que o sujeito passivo pode valer-se de ação anulatória. Isto porque o prazo para pagamento do título apontado para protesto é curtíssimo, e as conseqüências da inscrição do nome do contribuinte como mau pagador são imediatas e nefastas, forçando-o a pagar sem discutir.

A alegação de que o sujeito passivo poderia pagar e depois pleitear judicialmente a restituição, caso entenda indevida a exigência, igualmente não se sustenta, pois implica admitir que se esteja ressuscitando o já proscrito *solve et repete* (primeiro se paga o cobrado, para depois discuti-lo), criado durante a vigência da “Polaca”, como ficou pejorativamente conhecida a Constituição de 1937, editada durante o Estado Novo.

É interessante notar que o *solve et repete* veio a ser abolido *em plena época de vigência do Ato Institucional nº 5/1968*, por meio do Decreto-lei nº 822, de 5 de setembro de 1969, subscrito pelo triunvirato que então governava provisoriamente o País: os ministros da Mari-

nha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar.

E agora, surpreendentemente, *o solve et repete é, na prática, reinstituído, de forma dissimulada e oblíqua, em plena vigência do Estado Democrático de Direito ...*

Não que se esteja, aqui, fazendo apologia do regime militar, que muitas mazelas produziu. O que se está tentando dizer é que causa pasmo que medida tão arbitrária esteja sendo reinstituída numa República que se constitui em Estado Democrático de Direito, *medida que até mesmo o regime de exceção decidira sepultar.*

Será que a atual Constituição - a “Cidadã”, como a cognominou Ulysses Guimarães - tudo mudou para nada mudar?

Vem-me à mente a célebre frase do personagem Tancredi, do romance *Il Gattopardo*, de Giuseppe Tomasi di Lampedusa (adaptado para o cinema pelo genial Luchino Visconti): “é preciso que tudo mude para que tudo fique exatamente como está”.

Não louvemos a inadimplência. O fisco tem direito de arrecadar todos os impostos devidos, mas deve fazê-lo por meio dos instrumentos previstos em lei.

Chama a atenção, ainda, a *falta de suporte legal* dos atos administrativos editados com a intenção de “regulamentar” o protesto (como se decreto presidencial fosse, conf. art. 84, inciso IV da CF/88). A Portaria Interministerial nº 574-A, de 2010, invoca, à guisa de amparo jurídico, o art. 4º, incisos I e XVIII da Lei Complementar nº 73/1993; o art. 46 da Lei 11.457/2007; e o art. 37-C da Lei nº 10.522/2002. *Mas nenhum desses dispositivos legais dá às autoridades signatárias poder para tanto.*

Com efeito, os incisos I e XVIII do art. 4º da LC 73/93 prevê simplesmente que compete ao Advogado-Geral da União “dirigir a Advocacia-Geral da União, superintender e coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação” e “editar e praticar os atos normativos ou não, inerentes a suas atribuições”. Mas onde está escrito que o Advogado-Geral da União pode “regulamentar” leis federais e estabelecer formas e critérios de protesto de certidão de dívida ativa?

Do mesmo modo, o art. 46 da Lei nº 11.457/2007 e o art. 37-C da Lei nº 10.522/2002 apenas permitem que a Fazenda Nacional, por intermédio da A.G.U., celebre convênios com entidades públicas e privadas para a divulgação de informações. Mas, igualmente, não contêm disposição expressa que autorize o órgão a editar regras sobre protesto de CDA.

O mesmo ocorre com a Portaria nº 17/2013. Ela invoca, como fundamento jurídico de sua edição, o art. 11, § 2º, incisos I e VIII da Lei nº 10.480/2013. Mas essa lei apenas dá poderes ao Procurador-Geral Federal para “dirigir a Procuradoria-Geral Federal, coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação” e “editar e praticar os atos normativos ou não, inerentes a suas atribuições”. Não existe, portanto, regra legal que atribua taxativamente àquela autoridade competência *específica* para editar atos normativos sobre o tema.

É óbvio que o protesto tem por objetivo agilizar a cobrança do crédito tributário mediante coação indireta do contribuinte devedor. Embora o propósito não seja o de denegrir a imagem do devedor, a verdade é que o contribuinte, para não ter a sua imagem arranhada perante os clientes e fornecedores, acaba sacrificando recursos financeiros destinados a outros fins relevantes do ponto de vista político-social e econômico para procurar quitar o débito tributário, nem sempre de natureza indiscutível. Muitas vezes, o contribuinte coagido indiretamente acaba pagando um tributo indevido para ulterior recuperação por via da morosa ação de repetição de indébito (Harada, art. cit.).

Do apontamento decorrem conseqüências de indiscutível gravidade, a impedir que o contribuinte realize vários atos da vida civil, mesmo os mais elementares, o que, em se tra-

tando de pessoa física, pode até representar atentado contra a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (Constituição Federal, art. 1º, inciso III).

Assim posta a questão, segue-se que constitui sanção política – *não caracterizando genuína forma de garantia do crédito tributário, assim definida no Código Tributário Nacional* – qualquer medida administrativa tendente a impedir, dificultar, inviabilizar ou obstar, direta ou obliquamente, a livre iniciativa ou a prática de atos da vida civil do sujeito passivo, com finalidade nitidamente arrecadatória, sem observância do devido processo legal, submetendo o sujeito passivo a irresistível pressão que o leve a pagar sem questionar.

O protesto de certidão de dívida ativa *não é uma legítima medida de defesa do crédito fiscal*, como tal concebida no CTN. Ele não foi criado para, na eventualidade de a Fazenda Pública ter de recorrer à execução, superar obstáculos que possam frustrar a realização do direito da Fazenda Pública. *Ele foi criado, isto sim, para constranger o devedor a pagar sem discutir, sob pena de sofrer, nas suas relações civis e comerciais privadas, as naturais restrições de crédito que decorrem do apontamento do título para protesto.*

Nas condições em que é levado a efeito, o protesto, no caso de pessoa jurídica, constitui *atentado à liberdade de iniciativa*, com cerceamento – *direto ou por via oblíqua* – do exercício de *atividade econômica lícita* (Const. Fed., art. 1º, inciso IV; art. 5º, inciso XIII; art. 170).

O E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, gozando a CDA desses atributos, o seu protesto é medida desnecessária:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. PROTESTO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE MUNICIPAL. PRECEDENTES. 1. *O protesto da CDA é desnecessário haja vista que, por força da dicção legal (CTN, art. 204), a dívida regularmente inscrita goza de presunção relativa de liquidez e certeza, com efeito de prova pré-constituída, a dispensar que por outros meios tenha a Administração de demonstrar a impontualidade e o inadimplemento do contribuinte.* Precedentes: AgRg no Ag 1172684/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe de 03/09/2010; AgRg no Ag 936.606/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe de 04/06/2008; REsp 287824/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2005, DJU de 20/02/2006; REsp 1.093.601/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe de 15/12/2008. 2. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.120.673/PR, Ministro Luiz Fux, DJe de 21.2.2011).

Ainda:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. *CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - CDA. PROTESTO. DESNECESSIDADE.* AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a ausência de interesse em levar a protesto a Certidão da Dívida Ativa, título que já goza de presunção de certeza e liquidez e confere publicidade à inscrição do débito na dívida ativa. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1.316.190/PR, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 25.5.2011)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre sanções políticas é pacífica no sentido de que são inconstitucionais as restrições impostas pelo Poder Público ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando utilizadas como meio de coerção indireta ao recolhimento de tributos.

Transcrevo, a propósito, trecho do que decidido pelo Min. Celso de Mello no *RE 523.366*, publicado no DJ de 9.3.2007, que versa matéria análoga à dos autos:

O litígio em causa envolve discussão em torno da possibilidade constitucional de o Poder Público impor restrições, ainda que fundadas em lei, destinadas a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo e que culminam, quase sempre, em decorrência do caráter gravoso e indireto da coerção utilizada pelo Estado, por inviabilizar o exercício, pela empresa devedora, de atividade econômica lícita.

Cabe acentuar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, tendo presentes os postulados constitucionais que asseguram a livre prática de atividades econômicas lícitas (CF, art. 170, parágrafo único), de um lado, e a liberdade de exercício profissional (CF, art. 5º, XIII), de outro – e considerando, ainda, que o Poder Público dispõe de meios legítimos que lhe permitem tornar efetivos os créditos tributários –, firmou orientação jurisprudencial, hoje consubstanciada em enunciados sumulares (Súmulas 70, 323 e 547), no sentido de que a imposição, pela autoridade fiscal, de restrições de índole punitiva, quando motivada tal limitação pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas (RTJ 125/395, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI).

A orientação firmada pelo STF tem se mantido constante, como se extrai da leitura dos seguintes precedentes: RE 424.061 (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 31.08.2004), RE 409.956 (rel. min. Carlos Veloso, DJ 31.08.2004), RE 414.714 (rel. min. Joaquim Barbosa, DJ de 11.11.2004) RE 409.958 (rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 05.11.2004), *v.g.*

O E. Tribunal Regional da Terceira Região tem “historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se predispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição” (TRF/3ª Região, Quarta Turma, AMS 0047853-19.2000.4.03.6100, Rel. Desembargadora Federal Diva Malerbi, julgado em 14/06/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 21/06/2013).

Não há que se cogitar, ainda, da aplicação das disposições da Lei nº 12.527/2011, porquanto a redução dos “custos das relações jurídicas” e a clareza dos “riscos negociais”, na linha da argumentação adotada na contestação, não se incluem entre as diretrizes expressas no artigo 3º daquele ato legal.

Seria muito mais fácil e cômodo para este Magistrado invocar as “razões de Estado”, o “interesse público”, a “necessidade de eficiência arrecadatória”, a “praticidade”, a “racionalização de procedimentos”, ou ainda a “tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado” (REsp 1.126.515/PR), além de outros argumentos metajurídicos semelhantes, para rejeitar a pretensão do autor.

Entretanto, não posso violentar minha consciência e chancelar medidas dessa natureza. Assumi um compromisso ao ingressar na Magistratura: o de desempenhar com retidão as funções do cargo, cumprindo a Constituição e as leis, quando com ela harmônicas (Lei Complementar nº 35/79, art. 79).

Sei bem que as “razões de Estado” sempre foram e serão o argumento básico do poder para ferir direitos individuais e coletivos. Como acentua Sacha Calmon Navarro Coêlho, “a

liberdade da pessoa humana e sua imanente dignidade sempre foram e serão os fundamentos dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos contra as intromissões do Estado. Esse tem sido um hábil formulador de teses intromissivas, bastando citar umas poucas: a supremacia do interesse público sobre o privado; a presunção de legitimidade dos atos administrativos; a intocabilidade dos bens do Estado; a tese realenga de que o rei nunca erra (...)” (*Dois Juízos Diferentes*. Artigo disponível em <<http://www.original123.com.br/assessoria/2014/01/19/dois-juzos-diferentes/>>. Acesso em 21/01/2014).

Diante do exposto, concluo que o protesto da certidão de dívida ativa, na forma estabelecida pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, acrescentado pela Lei nº 12.767/2012:

1) *não caracteriza genuína medida de garantia do crédito tributário, na forma preconizada no art. 183 do Código Tributário Nacional (CTN), lei complementar da Constituição Federal, mas constitui verdadeira sanção política, com o único intuito de forçar o contribuinte a pagar, sem discutir, a dívida tributária contra ele apontada;*

2) *não possui pertinência com o objeto da Medida Provisória nº 577/2012, visto que aquele ato presidencial versava matéria completamente estranha ao protesto (a saber, “extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço, sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica, e dá outras providências”), tendo o dispositivo ora questionado sido “enxertado” de maneira subreptícia ao texto da lei de conversão, com o que restou violado o artigo 95, § 7º, inciso II, da Lei Complementar nº 95/1998;*

3) *foi concebido para servir como sucedâneo da execução fiscal (art. 5º da Portaria nº 17/2013, do Procurador-Geral Federal), subtraindo ao sujeito passivo a possibilidade de defender-se, quer mediante exceção de executividade, quer por meio de embargos, forçando-o a pagar o apontado débito, sob pena de sujeitar-se a invencíveis restrições;*

4) *restitui, por via transversa e dissimulada, o odioso solve et repete, banido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porque constrange o sujeito passivo a pagar o débito contra si apontado, mesmo sendo indevida a cobrança, sob pena de ser exposto como mau pagador, remetendo-o depois à morosa repetição do indébito;*

5) *afronta o disposto no artigo 1º, inciso IV; art. 5º, inciso XIII; e art. 170 da Constituição Federal, causando insuperável óbice à prática de atos da vida civil e às atividades civis, profissionais e comerciais do contribuinte;*

6) *foi “regulamentado” por meio de atos administrativos que não são decretos (CF/88, art. 84, IV), desprovidos de embasamento legal específico;*

7) *é medida que, embora prevista em lei, não empresta, por si só, legitimidade à restrição do direito, devendo ser observados os parâmetros de razoabilidade, necessidade, utilidade e proporcionalidade, aferíveis pelo Poder Judiciário (STF, Representação nº 930, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, transcrita em RTJ 110, p. 967);*

8) *é flagrantemente contrário ao entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, expresso nas Súmulas nº 70, 323 e 547, já que representa meio coercitivo para cobrança de tributo e causa empeco à prática de atos da vida civil e ao livre desempenho de atividades civis, comerciais e profissionais;*

9) *não pode ser referendado por uma Magistratura independente e comprometida com a Constituição Federal (Lei Complementar nº 35/79, art. 79; Código de Ética da Magistratura Nacional, art. 1º e 5º).*

Por tais razões, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO.

Expeça-se, com urgência, *mandado* dirigido ao Sr. Tabelião do Cartório incumbido do protesto, para que proceda à *imediata sustação provisória dos efeitos do protesto* (artigos 64 e 104 das *Normas de Serviço - Cartórios Extrajudiciais - Tomo II, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo - NSCGJ*, aprovadas pelo Provimento nº 50/89), devendo o título permanecer no Tabelionato até decisão final da lide, ocasião em que se deliberará por sua eventual devolução à Fazenda Nacional (artigos 58 e 62 do mesmo ato). O cumprimento da ordem independerá do prévio pagamento das custas e dos emolumentos (*idem*, art. 63.1).

Do mandado deverá constar o número da protocolização do título no Cartório, caso disponível essa informação nos documentos trazidos com a inicial (art. 30 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo - Tomo I, aprovadas pelo Provimento nº 50/89).

Com o trânsito em julgado, proceder-se-á ao *cancelamento* do protesto, nos termos do disposto no art. 26, § 3º da Lei nº 9.492/97, no art. 30, inciso III da Lei nº 8.935/94, e no art. 97 das NSCGJ, no prazo de cinco (5) dias, expedindo-se oportunamente o competente mandado.

Sem custas. Sem honorários nesta instância (LJE, art. 55).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Juiz Federal CLAUDIO ROBERTO CANATA

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL 0008418-26.2014.4.03.6301

Autor: RUBENS LOPES CRESPO

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: NILSON MARTINS LOPES JUNIOR

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/03/2014

Trata-se de ação proposta por *Rubens Lopes Crespo* em relação ao *Instituto Nacional do Seguro Social - INSS*, na qual pretende renunciar ao benefício percebido, para a concessão de nova aposentadoria como cômputo das contribuições vertidas ao RGPS após a inatividade, independentemente de restituição dos valores recebidos àquele título.

Citado, o INSS ofereceu contestação alegando, em preliminar, a incompetência absoluta deste Juizado em razão do valor de alçada deste Juizado, bem como a decadência e a ocorrência da prescrição quinquenal. No mérito, sustenta a improcedência do pedido.

É o breve relatório.

Decido.

Inicialmente, defiro os benefícios da justiça gratuita.

Preliminares.

Afasto a preliminar de incompetência em razão do valor de alçada, tendo em vista que não há demonstração nos autos de que a soma das parcelas vencidas e de doze vincendas ultrapassa o valor de alçada deste juizado.

Por sua vez, não há que se falar em decadência, eis que o pedido do Autor não se relaciona com a revisão do ato de concessão do benefício previdenciário.

A prescrição, *in casu*, só atinge as parcelas vencidas anteriormente ao lustro que precede a propositura da ação, o que fica desde já reconhecido.

Mérito.

Sustenta o Autor a tese no sentido de que a aposentadoria consiste em direito patrimonial disponível, de forma que a eventual renúncia a tal direito não comprometeria qualquer princípio ou instituto destinado a preservar os direitos fundamentais. Argumenta, também, a impossibilidade de opor-se a qualquer indivíduo alguma restrição de direito em razão da preservação do ato jurídico perfeito em face da Administração Pública.

Também afirma o Autor que o acolhimento de seu pedido não contraria a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, uma vez que as novas contribuições, vertidas à Seguridade Social pelo aposentado, não faziam parte de tal previsão atuarial, de forma que se apresentam como um acréscimo não programado na arrecadação das contribuições sociais.

Finalmente, sustentado a desnecessidade de restituir o que recebeu a título de aposentadoria por tempo de contribuição até o presente momento, uma vez que tal exigência estaria

equiparando o ato de concessão daquele benefício a eventual fraude contra a Previdência Social, postula a condenação do INSS a reconhecer a renúncia ao benefício atual, com o recálculo do novo benefício a partir da propositura desta ação.

Contra argumentando a pretensão do Autor, em relação ao mérito, a Autarquia Previdenciária alega a existência de vedação expressa contra a utilização de salários-de-contribuição posteriores à inatividade decorrente da concessão de aposentadoria, para recalcular o benefício ou obter-se outro, haja vista a norma disposta no § 2º do artigo 18 da Lei nº 8.213/91, bem como no artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99.

Afirma, também o INSS que as contribuições sociais não tem caráter de contribuição especial ou taxa, de forma a possibilitar a contraprestação imediata em razão de seu recolhimento, o que estaria sendo pretendido pelo Autor, além de considerar que a desaposentação dependeria de autorização legal, o que atualmente não se encontra previsto, de forma que, eventual decisão favorável ao pleito do Autor, implicaria em indevida atuação legislativa do Poder Judiciário, com a criação de novo instituto jurídico não previsto pelo Poder Legislativo.

Finalmente, o Instituto Nacional do Seguro Social esclarece que em razão do sistema de repartição simples adotado pelo nosso sistema previdenciário, contrapondo-se, assim, ao regime de capitalização, as contribuições dos segurados, aposentados ou não, destinam-se ao financiamento de todo o sistema e não de benefício próprio, inclusive com autorização constitucional para tanto.

Postula, então, a Autarquia Previdenciária a improcedência da ação, acrescentando, apenas, que na eventual possibilidade de reconhecimento do direito aqui pretendido, que seja a ação julgada parcialmente procedente, a fim de que o Autor tenha que restituir todos os valores recebidos a título de benefício previdenciário que vem recebendo.

A tese proposta na presente ação, totalmente contrariada pelo Réu em sua contestação, impõe a análise de minimamente quatro aspectos relacionados com a pretensão, sendo eles: *a*) possibilidade de renúncia ao benefício de aposentadoria (desaposentação); *b*) possibilidade de concessão de novo benefício com a utilização do mesmo tempo de contribuição computado anteriormente; *c*) necessidade, ou não, de restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria anterior; *d*) hipóteses de reconhecimento do direito pretendido sem configurar em revisão periódica da aposentadoria.

Possibilidade de renúncia ou desistência ao benefício de aposentadoria (desaposentação).

Dispõe o artigo 7º da Constituição Federal serem *direitos dos trabalhadores urbanos e rurais*, dentre outros, a *aposentadoria*, assim prevista no inciso XXIV daquele dispositivo, tratando-se, portanto, de direito social inserido no Título II do texto constitucional que trata dos *Direito e Garantias Fundamentais*.

Em que pese a qualidade de direito fundamental, a aposentadoria, como espécie de benefício previdenciário, já foi qualificada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça como *direito patrimonial disponível*, sendo, portanto, passível de desistência ou renúncia, conforme transcrevemos abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA A OBTENÇÃO DE NOVO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento Resp nº 1.334.488, SC,

processado sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, consolidou o entendimento de que “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento” (DJe, 14.5.2013). Agravo regimental não provido.
 (AgRg no REsp 1348291/SP - 2012/0214350-8 - Relator Ministro Ari Pargendler - Órgão Julgador Primeira Turma - Data do Julgamento 04/02/2014 - Data da Publicação/Fonte DJe 13/02/2014)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. RESP 1.334.488/SC. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Consoante jurisprudência do STJ, a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 543-B do CPC, não enseja o sobrestamento dos recursos especiais que tramitam no Superior Tribunal de Justiça.

2. Nos termos do Recurso Especial 1.334.488/SC, representativo da controvérsia, os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento.

3. Assentou-se, ainda, que a nova aposentadoria, a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, há de computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1332770/SC - 2012/0137530-1 - Relator Ministro Mauro Campbell Marques - Órgão Julgador Segunda Turma - Data do Julgamento 17/12/2013 - Data da Publicação/Fonte DJe 05/02/2014)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. RESP Nº 1.334.488/SC. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento. Recurso Especial Repetitivo 1.334.488/SC.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1333341/RS - 2012/0146538-5 - Relator Ministro Mauro Campbell Marques - Órgão Julgador Segunda Turma - Data do Julgamento 10/12/2013 - Data da Publicação/Fonte DJe 16/12/2013)

De tal maneira, parece-nos supera da questão da possibilidade do segurado desistir ou renunciar à sua aposentadoria, até mesmo pelo fato de que, mesmo sendo um direito fundamental, a sua própria concessão depende de provocação do segurado, de forma que, caso ele não a requeira pessoalmente junto ao órgão de previdência social, exceção feita apenas na hipótese prevista no artigo 51 da Lei nº 8.213/91, o benefício não será concedido, o que demonstra, claramente, a disponibilidade do direito.

Note-se que, no julgamento dos Embargos Infringentes nº 0008213-97.2010.4.03.6119/SP, quando o Egrégio Tribunal Regional Federal desta Terceira Região negou provimento ao recurso do INSS, mantendo a decisão majoritária que reconheceu o direito do segurado re-

nunciar à aposentadoria, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Baptista Pereira pronunciou-se exatamente no sentido de tal possibilidade de renúncia, conforme transcrevemos:

...

A Previdência Social está inserida dentre os direitos sociais fundamentais outorgados pela Constituição Federal (Art. 6º) e, portanto, indissociável do princípio da dignidade humana. Estabelecer que a Previdência Social é um direito fundamental não implica em incompatibilidade à situação visada nos autos, pois a pretensão do autor não se encerra na “renúncia” a um direito fundamental, mas alcança a implantação de outro benefício mais vantajoso, do que se conclui não haver vulneração aos atributos de um direito fundamental, indisponibilidade e irrenunciabilidade, e às garantias constitucionais dos direitos sociais e seus princípios norteadores, seguramente preservados.

Dessarte, o Decreto 3048/99, ao prever, em seu Art. 181-B, que “as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social são irreversíveis e irrenunciáveis” extrapolou o campo normativo a ele reservado. Referida norma só deve ser invocada quando o ato implicar em prejuízo aos beneficiários (deve ser norma protetiva dos segurados); jamais quando beneficiá-los.

Há de se cogitar, ainda, que *a circunstância de a inércia ou ausência de iniciativa do titular que preencheu todos os requisitos ao direito caracteriza, na prática, verdadeira renúncia*, tornando insustentável, em que pesem opiniões em contrário, a defesa da impossibilidade de abdicação de um benefício em proveito de outro mais benéfico.

(não há destaques no original)

...

Indica, ainda, Sua Excelência, Relator para o acórdão, posicionamento precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, transcrito naquele voto, que ora reproduzimos:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RENÚNCIA À APOSENTADORIA POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL.

É possível a renúncia ao benefício de aposentadoria pelo segurado que pretende voltar a contribuir para a previdência social, no intuito de, futuramente, formular novo pedido de aposentadoria que lhe seja mais vantajoso (precedentes das ee. 5ª e 6ª Turmas deste c. STJ). Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 958.937/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 10/11/2008)

Importante, ainda, apenas para completar a remissão aos embargos infringentes mencionados acima, a transcrição de sua ementa:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. REVERSÃO DE APOSENTADORIA PARA OBTENÇÃO DE OUTRA MAIS BENÉFICA. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DA APOSENTADORIA A QUE SE RENUNCIOU. DESNECESSIDADE. PEDIDO FORMULADO EM CONTRARRAZÕES NÃO CONHECIDO. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO PROVIDOS.

1. Não conhecido o pedido formulado em contrarrazões, por extrapolar os limites da divergência 2. A Previdência Social é um direito fundamental. A pretensão do autor não se encerra na “renúncia” a um direito fundamental, mas alcança a implantação de outro benefício mais vantajoso, do que se conclui não haver vulneração aos atributos de um direito fundamental, indisponibilidade e irrenunciabilidade, e às garantias constitucionais dos direitos sociais e seus princípios norteadores, seguramente preservados. O Decreto 3.048/99 extrapolou o

campo normativo a ele reservado.

3. O Art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, ao estabelecer que novas contribuições recolhidas após o retorno do segurado à atividade não lhe darão o direito a todos os benefícios previstos pelo Regime, não repercute na situação em comento, porque o segurado, ao requerer a substituição de sua aposentadoria por outra, deixa sua condição de aposentado, passando, assim, a fazer jus às prestações da Previdência Social em decorrência do exercício da atividade que exerceu no período em que esteve aposentado. O efeito *ex tunc* operado na espécie elide a aposentação anterior, restabelecendo as coisas *in status quo ante*.

4. A usufruição da aposentadoria renunciada dá-se dentro do princípio do equilíbrio atuarial, levando-se em conta as contribuições recolhidas até o ato concessivo. Retornando à atividade, o segurado verte para o sistema um excedente financeiro com o qual o Regime não contava, portanto desnecessário, para a preservação do referido equilíbrio.

5. A aposentadoria, devida enquanto perdurou, não gera enriquecimento, antes, concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, dispensada a devolução dos valores recebidos. Esse o entendimento consagrado no julgamento do REsp 1.334.488/SC, sob o regime dos recursos repetitivos.

6. Contudo, ante os limites objetivos dos presentes embargos infringentes, o acórdão deve ser preservado tal como exarado.

7. Pedido formulado em contrarrazões não conhecido. Embargos infringentes a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, EI 0008213-97.2010.4.03.6119, Rel. JUIZA CONVOCADA RAQUEL PERRINI, julgado em 12/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 30/10/2013)

Não há que ser acolhido, portanto, o posicionamento da Autarquia Previdenciária no sentido da existência de vedação expressa à renúncia ou desistência do benefício, nem mesmo a necessidade de existência de legislação específica a autorizar tal conduta por parte do segurado, uma vez que as normas indicadas na contestação, artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 e artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99, devem ter interpretação e destinação diferenciada daquela pretendida pelo Réu.

O § 2º do artigo 18 da Lei de Benefícios da Previdência Social, na redação que lhe fora dada pela Lei nº 9.528/97, estabelece que o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

De tal maneira, não se pode interpretar a mencionada norma legal, apresentada de forma genérica, como fator de restrição de direitos dos Segurados da Previdência Social, pois sua finalidade consiste na proibição de acumulação de benefícios ao longo do tempo, devendo, assim, ser interpretada em combinação com o artigo 124 da mesma legislação, está sim apresentada como norma específica restritiva de direitos:

Art. 124. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social:

I - aposentadoria e auxílio-doença;

II - mais de uma aposentadoria; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

III - aposentadoria e abono de permanência em serviço;

IV - salário-maternidade e auxílio-doença; (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

V - mais de um auxílio-acidente; (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

VI - mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa.

Tomando-se tal norma legal restritiva de direitos para o caso em concreto, temos a proibição expressa de recebimento em conjunto de mais de uma aposentadoria, conforme previsto no inciso II acima transcrito, o que, porém, não é a pretensão do Autor, uma vez que seu pedido consiste em verdadeira substituição de sua aposentadoria por outra mais vantajosa, não consistindo jamais em qualquer acumulação de benefícios.

O que se veda, assim, com a interpretação integrativa das normas contidas nos artigos 18, § 2º e 124, ambos da Lei nº 8.213/91, é a possibilidade de que novas contribuições trazidas ao Regime Geral de Previdência Social, pelo retorno à atividade do Segurado já aposentado, possam gerar a concessão de benefícios cumulativos, haja vista que o aposentado já estaria acolhido pela proteção social que lhe fora devidamente outorgada em seu benefício de prestação continuada.

Com isso, renunciar à aposentadoria, consiste em fazer com que se retorne à qualidade de segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social, sem que seja beneficiário do mesmo regime, pois, cessada a aposentadoria anterior, os impedimentos impostos pela norma contida nos artigos 18, § 2º e 124, ambos da Lei nº 8.213/91, não mais se aplicam.

No que se refere ao artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99, incluído pelo Decreto nº 3.265/99, que estabelece que *as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis*, não se pode negar, ter ele trazido uma inovação originária ao mundo jurídico, o que não lhe cabe fazer, uma vez que, conforme dispõe o artigo 84 da Constituição Federal, compete privativamente ao Presidente da República, dentre outras, *sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução* (inciso IV).

Assim, a norma constitucional estabeleceu que os decretos têm como principal característica a de serem regulamentares, devendo estar completamente vinculados à lei, pois sua finalidade precípua é permitir ou viabilizar a fiel execução e aplicabilidade da legislação, não podendo jamais serem editados de forma autônoma e independente, o que já se encontra devidamente pacificado em nossa jurisprudência e doutrina.

Tal entendimento já fora apresentado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal desta Terceira Região, conforme transcrevemos abaixo:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. FORMA DE CÁLCULO DA RMI. PEDÁGIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A BENEFÍCIO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. TERMO INICIAL DO NOVO BENEFÍCIO.

I - Nos termos do inciso II do § 1º do artigo 9º da EC nº 20/98, deve ser descontado o “pedágio” para a apuração do percentual do salário-de-benefício que corresponderá à RMI, o qual deverá corresponder a 70% do salário-de-benefício acrescido de 5% por ano completo.

II - No caso em apreço, constata-se que o autor, em 16.12.1998, contava com 26 anos, 07 meses e 14 dias de tempo de serviço. Desse modo, considerando que o “pedágio” (40% do tempo que faltava para completar 30 anos) é de 01 ano, 04 meses e 06 dias, na DER, a parte autora contava apenas com o tempo mínimo para a concessão do benefício (31 anos, 04 meses e 06 dias). Assim, a renda mensal inicial do benefício deve corresponder a 70% do salário-de-benefício.

III - O pedido de inclusão dos salários-de-contribuição relativos ao período de 09.09.2003 a 30.07.2004, para fins de revisão do benefício nº 129.503.932-7, não merece prosperar, visto que no cálculo do salário-de-benefício somente são considerados os salários-de-contribuição anteriores ao requerimento administrativo.

IV - Não há que se cogitar da incidência dos juros de mora sobre os valores devidos entre a DIB e a DIP, ante a ausência de previsão legal de pagamento de juros na seara administrativa.

V - É pacífico o entendimento esposado por nossos Tribunais no sentido de que o direito ao benefício de aposentadoria possui nítida natureza patrimonial e, por conseguinte, pode ser objeto de renúncia.

VI - Caracterizada a disponibilidade do direito, a aceitação da outra pessoa envolvida na relação jurídica (no caso o INSS) é despicienda e apenas a existência de vedação legal poderia impedir aquele de exercer seu direito de gozar ou não do benefício.

VII - *Somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos, pois assim estatui o inciso II do art. 5º da Constituição da República. O art. 181-B do Dec. nº 3.048/99, acrescentado pelo Decreto nº 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita.* (não há destaques no original)

VIII - Esta 10ª Turma consolidou entendimento no sentido de que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida.

IX - A desapensação não representa desequilíbrio atuarial ou financeiro ao sistema protetivo. Com efeito, as contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício são atuarialmente imprevistas e não foram levadas em conta quando da verificação dos requisitos de elegibilidade para a concessão da primeira aposentadoria. Continuando a contribuir para a Previdência Social após a jubilação, não subsiste vedação atuarial ou financeira à revisão do valor do benefício.

X - O novo benefício é devido desde a data da citação, quando o INSS tomou ciência da pretensão da parte autora.

XI - Apelação da parte autora parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC 0001304- 47.2012.4.03.6126, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, julgado em 18/02/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 26/02/2014)

Não nos parece, portanto, necessária qualquer legislação expressa no sentido de autorizar o Segurado a renunciar a sua aposentadoria, como afirmado pelo INSS, pois o simples fato da possibilidade do Segurado, que tenha preenchido todos os requisitos para a obtenção do benefício de aposentadoria, não postular perante a Autarquia Previdenciária tal concessão, demonstra a total disponibilidade do direito à escolha de seu detentor.

É certo que a Administração Pública somente pode fazer aquilo que esteja previsto em Lei, não se lhe aplicando a total liberdade concedida aos particulares que podem fazer tudo aquilo que não esteja proibido em lei, mas ao afastarmos aqui a vedação regulamentar imposta ao particular, nada pode impedir o Segurado de abrir mão de seu direito, para o que tem total liberdade de fazê-lo, sem a necessidade de legislação expressa que assim o autorize.

Não bastasse isso, a norma contida no § 5º do artigo 195 da Constituição Federal, ao prever que *nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*, impõe a exigência de legislação específica para a criação, majoração ou extensão de benefício previdenciário, não podendo ser estendida sua exigência para que somente mediante autorização legal o Segurado possa renunciar ao seu benefício.

Além do mais, mesmo aceitando o raciocínio apresentado pelo Réu, a respeito do sistema de previdência social adotado no Brasil, o qual se apresenta sob o regime de *repartição simples* e não de *capitalização*, de forma a estabelecer que as contribuições dos segurados destinam-se a financiar os benefícios que já se encontrem em manutenção à época de tal recolhimento, não há qualquer óbice em aceitar a pretensão do Autor.

A norma contida no artigo 201 da Constituição Federal estabelece que *a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*, sendo que a preservação de tal equilíbrio é o verdadeiro objetivo da previsão constitucional contida no § 5º do artigo 195 daquela Carta Magna.

Não pode ser aceita a afirmação apresentada na contestação pelo INSS, no sentido de que a utilização das contribuições pagas pelo Segurado, na condição de aposentado e segurado obrigatório pelo retorno à atividade remunerada, consistiria em desvirtuamento do sistema de repartição simples, criando verdadeira *caixa de previdência ou individualização das contribuições* em favor do próprio Segurado, nem mesmo que isso pudesse configurar as contribuições sociais como contribuições específicas ou taxas.

O retorno do aposentado à atividade remunerada, com a imposição de recolhimento de contribuições sociais, na qualidade de segurado obrigatório, consiste em verdadeiro acréscimo de receita para a Seguridade Social, pois, certamente, no cálculo da matemática atuarial em que se baseia todo o plano de previdência pública de nosso País, tais aposentados passariam a figurar apenas como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, recebendo seus benefício e não mais contribuindo para o financiamento do sistema.

Portanto, a composição do período básico de cálculo para novo benefício a ser concedido após a desaposentação, utilizando-se tanto as contribuições anteriormente contabilizadas para concessão da primeira aposentadoria, quanto as novas contribuições vertidas após aquela concessão, não prejudica de forma alguma o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema de previdência social.

Aliás, se tomarmos a regra contida no § 5º do artigo 195 em sua correta interpretação, inclusive com a aplicação do *princípio da contrapartida*, assim denominado pela doutrina, temos que, além da impossibilidade de criação, majoração ou extensão de qualquer benefício ou serviço, *sem a correspondente fonte de custeio*, também teremos que concluir que o surgimento de nova fonte de custeio também só se justifica com a destinação a um novo benefício de previdência social, a majoração daqueles já previstos na legislação, ou ainda a extensão de algum deles a situações anteriormente não reconhecidas.

Assim, seguindo o critério do regime de repartição simples, bem como da solidariedade da Seguridade Social, o que veio a fundamentar a decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade da cobrança de contribuição social dos aposentados que voltam à atividade remunerada, as novas contribuições pagas pelo aposentado foram efetivamente repartidas entre aqueles que já se encontravam com seus respectivos benefícios em manutenção, inclusive o próprio Segurado.

Portanto, não há qualquer formação de caixa de previdência, individualização das contribuições e muito menos atribuição da qualidade de contribuição específica ou taxa às contribuições sociais, pois a nova aposentadoria do Segurado será financiada exatamente pela contribuição daqueles que estejam atualmente exercendo atividade remunerada e financiando o sistema, e não por aquelas recolhidas após a aposentadoria a que se renuncia, pois estas, em razão do sistema de repartição simples, já foram consumidas para financiamento dos benefícios em manutenção na respectiva época de recolhimento.

Possibilidade de concessão de novo benefício com a utilização do mesmo tempo de contribuição computado anteriormente.

Tal questionamento já fora previamente tratado ao considerarmos a norma prevista no artigo 124 da Lei nº 8.213/91, pois com a vedação de acumulação de benefícios, temos exatamente a previsão legal de que as contribuições vertidas para o sistema de previdência pública devem ser usadas para a concessão de apenas um socorro social, ou ainda que possível mais de um, que sejam em períodos diferentes, ao menos em sua maioria.

É o que acontece, por exemplo, com o tempo de contribuição utilizado inicialmente para a concessão de um benefício de auxílio-doença ou auxílio-acidente, e que futuramente também será utilizado para a concessão de eventual aposentadoria, seja ela em qual modalidade for.

O sistema do Regime Geral de Previdência Social veda a contagem concomitante de tempo de contribuição para concessão de benefícios, uma vez que, mesmo estabelecendo que aquele que venha a exercer mais de uma atividade remunerada concomitantemente será considerado segurado obrigatório em relação a todas elas, define na forma de apuração do salário-de-benefício, prevista no artigo 32 da Lei nº 8.213/91, que tais períodos não serão somados uns aos outros, mas sim considerados os salários-de-contribuição a elas referentes.

A mesma legislação estabelece em seu artigo 94 ser *assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na atividade privada, rural e urbana, e do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente*, tratando, assim, da contagem recíproca de tempos de contribuição.

Ainda tratando do tema da contagem recíproca, a lei dos benefícios previdenciários faz outra menção à impossibilidade de utilização do mesmo tempo de contribuição para concessão de benefício previdenciário da mesma natureza, estabelecendo no inciso II do artigo 96 ser *vedada a contagem de tempo de serviço público com o de atividade privada, quando concomitantes*, e no inciso III do mesmo dispositivo legal que *não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro*.

No entanto, não pretende o Autor da ação a contagem recíproca ou a soma de períodos concomitantes para a concessão de benefício previdenciário, mas sim a desconstituição de um benefício anteriormente concedido, mediante sua renúncia, e a subsequente concessão de outra aposentadoria, utilizando sim o mesmo período de contribuição que fora anteriormente utilizado para concessão de sua primeira aposentadoria, mas que já não existirá mais, haja vista sua renúncia, o que implica na não incidência das vedações até aqui consideradas.

Sendo, portanto, possível a contagem daqueles períodos anteriormente utilizados para concessão da primeira aposentadoria, surge um novo questionamento, o qual também é apresentado na contestação, qual seja, o que se relaciona com a necessidade, ou não, de restituir-se aos cofres da previdência social os valores recebidos a título de aposentadoria, o que passaremos a tratar no tópico seguinte.

Necessidade, ou não, de restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria anterior.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou expressamente a respeito da desnecessidade de restituição de valores recebidos a título de aposentadoria, mediante o julgamento de recurso especial repetitivo, conforme transcrevemos abaixo:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.
2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.
3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilação. Precedentes do STJ.
4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposementação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.
5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposementação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.
6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.
(REsp 1334488/SC - 2012/0146387-1 - Relator Ministro Herman Benjamin - Órgão Julgador - Primeira Seção - Data do Julgamento 08/05/2013 - Data da Publicação/Fonte DJe 14/05/2013 - RSTJ vol. 230 p. 400 - RT vol. 936 p. 350)

Apresentados embargos de declaração da mencionada decisão, aquela Corte Superior pronunciou-se confirmando a decisão no sentido da inexigibilidade da restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria precedente, bem como esclareceu a possibilidade de computar-se no período básico de cálculo do novo benefício tanto as contribuições anteriores, assim utilizadas para concessão da primeira aposentadoria, quanto das contribuições posteriores, conforme segue:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO PARA A NOVA APOSENTADORIA. ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO.

1. Trata-se de Embargos de Declaração contra decisão proferida em Recurso Especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, que estabeleceu que “os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilação”.
2. Considerando a possibilidade de interpretação distoante do contexto do acórdão embargado e do próprio objeto do pedido de desaposementação, deve ficar expresso que a nova aposentadoria, a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, há de computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou.
3. Ademais, não se afiguram as demais omissões e contradições referidas pelo embargante, já que os trechos que servem de base para tais asserções se referem à ressalva do ponto de vista pessoal do Relator, e não à fundamentação da conclusão do acórdão.
4. Embargos de Declaração acolhidos em parte.
(EDcl no REsp 1334488/SC - 2012/0146387-1 – Relator Ministro Herman Benjamin - Órgão Julgador Primeira Seção - Data do Julgamento 14/08/2013 - Data da Publicação/Fonte DJe 30/09/2013)

Não bastasse tal posicionamento firmado pelo Tribunal Superior em sede de julgamento de recurso repetitivo, não podemos deixar de expressar nossa opinião no sentido de acrescentar outra fundamentação para que se considere inexigível qualquer restituição de valores pagos a título de aposentadoria, regularmente concedida, da qual venha seu titular a renunciar, objetivando benefício que melhor atenda às suas necessidades.

O benefício do Autor, concedido anteriormente, do qual pretende abrir mão para obtenção de outro mais vantajoso, lhe fora concedido de forma regular e nos termos da lei, haja vista a inexistência de qualquer discussão a tal respeito, de forma que por tratar-se do exercício regular de um direito a postulação do benefício naquela ocasião, tal situação não pode, neste momento, equiparar-se a uma concessão indevida ou irregular de benefício previdenciário, a ensejar a devolução de seus valores.

É importante lembrar que na questão da devolução de valores pagos pela Previdência Social, encontram-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o beneficiário não está obrigado a devolver verbas de cunho alimentar recebidas de boa-fé. Nesse sentido:

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA LEI Nº 9.032/95. REGRA APLICÁVEL. *TEMPUS REGIT ACTUM*. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. PEDIDO PROCEDENTE.

1. É firme a compreensão jurisprudencial desta Corte segundo a qual a revisão do benefício de pensão por morte concedido anteriormente à edição da Lei nº 9.032/95 deve respeitar a legislação então em vigor, em atenção ao princípio *tempus regit actum*. Precedentes.

2. Nessa linha de posicionamento, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, "(...) seguindo posição adotada pela Suprema Corte, firmou-se no sentido de que não é possível aplicar-se às pensões concedidas nos termos da redação original do art. 75 da Lei nº 8.213/91 a alteração mais benéfica introduzida pela Lei nº 9.032/95, sob pena de afronta ao disposto nos arts. 5º, XXXVI, e 195, § 5º, da Constituição Federal" (AR 4.019/RN, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 8/10/2012).

3. Registra-se, por necessário, que, no caso dos autos, não há se falar em restituição de valores eventualmente pagos a maior, tendo em vista a jurisprudência consolidada por esta Colenda Seção, segundo a qual não é cabível a devolução de valores que possuam natureza alimentar recebidos de boa-fé pela parte beneficiária, em razão de sentença transitada em julgado. O pedido, neste ponto, não prospera.

4. Ação rescisória procedente em parte.

(AR 3816/MG - 2007/0194180-5 - Relator Ministro Og Fernandes - Revisor Ministro Sebastião Reis Júnior - Órgão Julgador Terceira Seção - Data do Julgamento 11/09/2013 – Data da Publicação/Fonte DJe 26/09/2013)

De tal maneira, o recebimento dos valores pagos mensalmente a título de aposentadoria recebida pelo Autor da ação, configuram-se, indubitavelmente, como conduta de boa-fé, pois tinha ele direito ao benefício, assim o postulou junto à Autarquia Previdenciária, a qual, reconhecendo a existência de tal direito, concedeu o benefício e manteve seu pagamento até este momento.

Confira-se, aliás, julgado proferido pelo Egrégio Tribunal Regional Federal desta Terceira Região, que reconhece a manutenção da boa-fé do Segurado, inclusive em situações de fraude comprovada contra o INSS:

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE FRAUDE. CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO. NATUREZA ALIMENTAR. INVIÁVEL A REPETIÇÃO.

1. Cuidam os presentes autos de ação revisional de benefício previdenciário que a Autarquia

reputa eivado de vício concessório por fraude nos documentos que declaram tempo de serviço. O benefício foi concedido por ordem judicial já trãnsita, após processo que culminou com sentença confirmada nesta Corte Federal.

2. Operação abrangente da Polícia Federal em combate a fraude s em tese perpetradas por escritórios na cidade de Bauru apreendeu documento do réu que, ouvido perante a Autoridade Inquisitiva, reconheceu a inclusão falsa de vínculo de trabalho em sua Carteira do Trabalho e Previdência Social - CTPS, inclusive apontando o suposto Advogado autor da contrafação.

3. Desde logo cumpre destacar que a situação processual da apelante era, já desde o início do ajuizamento de sua pretensão, bastante peculiar. Capitaneando interesse público, o INSS não poderia deixar de buscar a anulação do benefício concedido sob fraude. No entanto, simples ato de anulação não poderia ser feito já que o benefício decorria de decisão judicial sob a égide da coisa julgada. Pelo mesmo motivo, não poderia intentar ação anulatória. Nem mesmo de ação rescisória poderia cogitar, já que a persecução penal, ao tempo do ajuizamento, estava no nascedouro. Aforou, pois, ação de revisão do benefício. O juízo de origem bem acolheu o intento, julgando-o, corretamente, adequado ao fim colimado.

4. O juiz houve por bem entender que, mesmo em se tratando de fraude confessa, julgando acertadamente suficiente à prolação do edito de mérito civil o depoimento do réu perante a Autoridade Policial, não é devida a repetição de valores recebidos como renda alimentar. Expressamente, o juízo monocrático enunciou que a verba alimentar não é passível de repetição.

5. O direito a prestações alimentícias efetivamente não comporta repetição.

6. A mesma flexibilidade que permite ao juízo cível reconhecer a fraude mesmo antes da condenação penal há que nortear o reconhecimento de que a verba previdenciária, mesmo sendo obtida por meios escusos, ostenta sempre a natureza de verba alimentar.

7. Os reais fraudadores da Previdência Social não são beneficiários que se valem de estelionatários para obter uma renda mínima a fim de sobreviverem. Não. Conquanto mereçam reprimenda, inclusive penal, não merecem mais do que isso. Se o INSS quer preservar o interesse público e lutar pelos valores gastos com a renda indevida, que o faça em face da condenação penal dos que se embalaram na efetiva conduta criminal de falsear e ganhar com isso, não uma renda pequena no fim da vida, mas a taxa delitiva que certamente cobraram de pessoas semialfabetizadas e sem a exata noção do quanto se feriu a própria cidadania pela sedução a que se entregaram, no discurso de alarifes com gravatas e diploma na parede.

8. Apelo do INSS a que se nega provimento.

(TRF3 - JUÍZA CONVOCADA GISELLE FRANÇA – AC 200503990053230 - DJF3 CJI DATA: 02/09/2011 PÁGINA: 1845)

Portanto, como bem definido em recurso repetitivo pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não há que ser devolvida qualquer quantia recebida a título de aposentadoria daquele que pretende renunciar ao seu benefício para obter outro melhor, tanto pela boa-fé de seu recebimento, quando pela natureza alimentar de tais prestações.

Registre-se, apenas para finalizar a fundamentação deste tópico, que a imposição da restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria, da qual se pretende renunciar, configura-se em situação tão onerosa que, caso fosse reconhecida sua necessidade, estar-se-ia a esvaziar toda a discussão jurídica a respeito da tão debatida desaposentação, pois exigir de quem recebe parcos recursos decorrentes de sua aposentadoria, que devolva tudo o que recebeu, apenas para poder obter, a partir de então, um novo benefício mais vantajoso, seria criar uma barreira intransponível para praticamente todos os Segurados.

Hipóteses de reconhecimento do direito pretendido sem configurar revisão periódica da aposentadoria.

De acordo com o estabelecido no inciso I do artigo 29 da Lei nº 8.213/91, o cálculo do valor do salário-de-benefício para as aposentadorias por idade e por tempo de contribuição se dá pela *média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário*.

Tomando-se a hipótese da aposentadoria por tempo de contribuição, já que é esta que se encontra em questão posta pelo Autor da ação, temos que seu cálculo é realizado com a consideração de elementos estabelecidos pela legislação acima mencionada, sendo o primeiro deles a apuração dos maiores salários-de contribuição apurados em 80% de toda a vida contributiva do Segurado, dos quais extrair-se-á a média aritmética simples.

Feito isso, o montante apurado será multiplicado pelo *fator previdenciário*, o qual decorre da fórmula prevista no § 11 do artigo 32 do Decreto 3.048/99, que assim dispõe:

§ 11. O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, mediante a fórmula:

$$f = \frac{Tc \times a}{Es} \times \left[1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100} \right]$$

onde:

f = fator previdenciário;

Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;

Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

Id = idade no momento da aposentadoria; e

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

Tal forma de cálculo do multiplicador se compõe dos quatro elementos especificados pelo dispositivo regulamentar transcrito acima (“Es”, “Tc”, “Id” e “a”), dos quais, a *expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria (Es)*, o *tempo de contribuição até o momento da aposentadoria (Tc)* e a *idade no momento da aposentadoria (Id)*, são variáveis.

Tal variabilidade consiste no fato de que a *idade* será elevada a cada ano, o que carece de qualquer outra fundamentação. Já o *tempo de contribuição*, caso o Segurado se mantenha em atividade, também será acrescido mês a mês, de forma que ambos os elementos implicarão em uma elevação do resultado da fórmula, aumentando, assim, o valor do fator previdenciário, que por sua vez implicará em aposentadoria mais vantajosa.

A *expectativa de sobrevida*, por sua vez, se apresenta como o maior fator de incerteza e variação, uma vez que nos termos do § 12 do mesmo artigo 32 será *obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para toda a população brasileira, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos*, de forma que, combinada com o avanço da idade do Segurado, apresentará variação favorável ou não a ele.

Diante, portanto, da certeza da variação dos elementos *idade e tempo de contribuição*, uma vez que o avanço de ambos implica na obtenção de um fator previdenciário mais favorável ao Segurado, a permissão ampla e irrestrita de desaposentação para obtenção de nova aposentadoria, sem determinados limites que aqui iremos estabelecer, implicaria na possibilidade de ser postulada uma nova desaposentação, combinada com a concessão de novo benefício a cada ano, dando lugar, assim, a uma verdadeira revisão periódica por meio de tal instituto.

Veja-se que esta foi a preocupação de Sua Excelência, o Senhor Ministro Herman Benjamin, Relator do Recurso Especial nº 1.334.488-SC, do qual transcrevemos a ementa acima, quando ressaltou seu posicionamento pessoal, no sentido da necessidade de restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria precedente.

Não estamos aqui alterando o que já restou fundamentado no tópico anterior desta decisão, mas tão somente reconhecendo a importância daquela ressalva, não pelo seu fim, consistente na exigência de restituição de valores, mas sim pela sua razão, consistente na prevenção de barrar condutas repetitivas no sentido de rever a cada ano o valor da aposentadoria mediante a desaposentação.

Segue a ressalva apresentada no mencionado Voto:

...

Não obstante a adoção, no presente julgamento, da dominante jurisprudência acerca do ressarcimento de aposentadoria renunciada, ressalvo meu entendimento exposto, em voto vencido, no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

Transcrevo a fundamentação que adotei naqueles julgamentos:

Veja-se, pois, que as contribuições da atividade laboral do segurado aposentado são destinadas ao custeio do sistema (art. 11, § 3º), não podendo ser utilizadas para outros fins, salvo as prestações salário-família e reabilitação profissional (art. 18, § 2º). Não é permitido, portanto, conceder ao aposentado qualquer outro tipo de benefício previdenciário, inclusive outra aposentadoria.

Nesse ponto é importante resgatar o tema sobre a possibilidade de renúncia à aposentadoria para afastar a alegada violação, invocada pelo INSS, do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991. Este dispositivo apenas veda a concessão de prestação previdenciária aos segurados que estejam em gozo de aposentadoria, não sendo o caso quando esta deixa de existir pelo seu completo desfazimento. Ou seja, se a aposentadoria deixa de existir juridicamente, não incide a vedação do indigitado dispositivo legal.

...

A renúncia à aposentadoria sem devolução de valores mescla essas duas possibilidades, impondo aos segurados uma aposentadoria o mais prematura possível, para que mensal ou anualmente (fator previdenciário e coeficiente de cálculo) seja majorada.

Tais argumentos já seriam suficientes, por si sós, para estabelecer a devolução dos valores da aposentadoria como condição para a renúncia desta, mas adentro ainda em projeções de aplicação do entendimento contrário que culminariam, *data venia*, em total insegurança jurídica, pois desestabilizariam e desvirtuariam o sistema previdenciário. *Isso porque todos os segurados passariam a se aposentar com os requisitos mínimos e, a cada mês de trabalho e nova contribuição previdenciária, poderiam pedir nova revisão, de forma que a aposentadoria fosse recalculada para considerar a nova contribuição.* (não há destaques no original) Exemplificando: o segurado se aposenta em abril/2012 e continua trabalhando e contribuindo. Em maio/2012 pediria a desaposentação de abril/2012 e nova aposentadoria para incluir o salário de contribuição de abril. Em junho/2012 pediria a desaposentação de maio/2012 e nova aposentadoria para incluir o salário de contribuição de maio e assim sucessivamente. A não devolução dos valores do benefício culminaria, pois, na generalização da aposentadoria proporcional.

Nenhum segurado deixaria de requerer o benefício quando preenchidos os requisitos mínimos. A projeção do cenário jurídico é necessária, portanto, para ressaltar que autorizar o segurado a renunciar à aposentadoria e desobrigá-lo de devolver o benefício recebido *resultaria em transversa revisão mensal de cálculo da aposentadoria já concedida.* (não há destaques no original)

Considerando ainda que essa construção jurídica, desaposentação sem devolução de valores, consiste obliquamente em verdadeira revisão de cálculo da aposentadoria para considerar os salários de contribuição posteriores à concessão, novamente está caracterizada violação do art. 11, § 3º, e 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, pois este expressamente prevê que as contribuições previdenciárias de aposentado que permanece trabalhando são destinadas ao custeio da Seguridade Social e somente geram direito às prestações salário-família e reabilitação profissional. Indispensável, portanto, o retorno ao *status quo ante* para que a aposentadoria efetivamente deixe de existir e não incidam as vedações legais citadas.

Assim, é bom frisar que a devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado pretende renunciar é condição para que as contribuições possam ser utilizadas para novo benefício da mesma espécie, inclusive de outro regime.

Nada impede, por outro lado, que o segurado renuncie com efeito *ex nunc*, o que o desoneraria da devolução dos valores, mas não ensejaria o direito de utilizar as contribuições já computadas.

...

Portanto, a preocupação que apresentamos se assemelha ao posicionamento daquele Eminentíssimo Relator, qual seja, a necessidade de impedir que a autorização da desaposentação se torne uma forma de recálculo mensal ou anual do benefício, exatamente pela possibilidade de que os elementos variáveis do cálculo do fator previdenciário podem ensejar uma vantagem progressiva para o valor da aposentadoria.

Para que possamos, então, melhor nos expressar em tom conclusivo a respeito de nosso posicionamento, é importante utilizarmos uma classificação dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social quanto à sua natureza e espécie, de forma que passaremos a considerar os benefícios previstos para os Segurados, divididos em três ordens de natureza, *aposentadorias, auxílios e salários*.

Dentro dos benefícios de prestação continuada com natureza de *aposentadoria*, temos uma outra subclassificação que os apresenta como de quatro espécies: *invalidez, idade, tempo de contribuição e especial*.

Pois bem, assim considerados os benefícios de aposentadoria, temos que, apesar de todos eles constituírem-se em benefícios de prestação continuada destinada a suprir as necessidades do Segurado, substituindo seu salário-de-contribuição, as espécies são diversas, principalmente pelos requisitos exigidos para a concessão de cada um deles, o que é escusável de aqui se esclarecer.

Assim consideradas as aposentadorias em suas espécies, temos que a obtenção de nova aposentadoria mediante o instituto da desaposentação, somente poderá ocorrer quando se tratar da postulação de espécie diferente de aposentadoria, não se permitindo, assim, tal conduta para verdadeiro recálculo do valor da mesma aposentadoria da qual já é beneficiário.

Sendo assim, entendemos que a possibilidade da desaposentação, para obtenção de novo benefício, somente poderá ocorrer quando a nova aposentadoria, pretendida pelo Segurado seja de espécie diferente, pois, a renúncia para obtenção de benefício da mesma espécie configura-se em verdadeira revisão do valor daquele benefício, assim como poderia levar à periodicidade de tal procedimento, haja vista os motivos já acima especificados.

Da repercussão geral reconhecida ao tema.

Conforme decidido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, a questão da possibilidade de renúncia à aposentadoria para obtenção de outra mais vantajosa, teve a repercussão geral reconhecida em recurso extraordinário, conforme transcrevemos abaixo:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. § 2º do ART. 18 DA LEI 8.213/91. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO QUE FUNDAMENTOU A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ORIGINÁRIA. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. MATÉRIA EM DISCUSSÃO NO RE 381.367, DA RELATORIA DO MINISTRO MARCO AURÉLIO. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA.

Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo se serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária para a obtenção de benefício mais vantajoso.

(RE 661256 RG/DF - Relator Ministro Ayres Britto - Julgamento: 17/11/2011 - Publicação DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012)

Em que pese tal reconhecimento por parte da Suprema Corte, não ocorre o automático sobrestamento dos feitos que estejam sob julgamento em instâncias inferiores, conforme já se pronunciou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. DIREITO FINANCEIRO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E O EFETIVO PAGAMENTO DA RPV. JUROS DE MORA. DESCABIMENTO. SÚMULA VINCULANTE 17/STF. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. IPCA-E. APLICAÇÃO.

...

12. O Supremo Tribunal Federal, em 13.03.2008, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 579.431/RS, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "Precatório. Juros de mora. Incidência no período compreendido entre a data da feitura do cálculo e a data da expedição da requisição de pequeno valor."

13. *O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como cediço, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.* (não há destaques no original)

14. É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

15. *Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.* (não há destaques no original)

16. Recurso especial parcialmente provido, para declarar a incidência de correção monetária,

pelo IPCA-E, no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor - RPV, julgando-se prejudicados os embargos de declaração opostos pela recorrente contra a decisão que submeteu o recurso ao rito do artigo 543-C, do CPC. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (Processo REsp 1143677/RS - 2009/0107514-0 - Relator Ministro Luiz Fux - Órgão Julgador Corte Especial - Data do Julgamento 02/12/2009 - Data da Publicação/Fonte DJe 04/02/2010 DECTRAB vol. 207 p. 41)

De tal maneira, independentemente de eventual sobrestamento de recursos extraordinários a serem remetidos ao Supremo Tribunal Federal, não devem os processos ser sobrestados de maneira geral, o que permite o julgamento da presente causa.

Da questão específica nos autos.

Tomando-se o caso do Autor, é importante ressaltar que a espécie *aposentadoria por tempo de contribuição*, até a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, era denominada de *aposentadoria por tempo de serviço*, dividindo-se em duas sub-espécies, assim conhecidas como *aposentadoria por tempo de serviço proporcional* e *aposentadoria por tempo de serviço integral*.

Com essa subclassificação, decorre da fundamentação acima, que a diversidade existente entre as aposentadorias por tempo de serviço *proporcional* e *integral*, permite a renúncia a uma delas para obtenção de outra mais vantajosa, ou seja, devemos permitir ao Segurado que se aposentou por *tempo de contribuição/serviço* em período inferior a 35 (trinta e cinco) anos quando homem e inferior a 30 (trinta) anos quando mulher possa buscar uma nova aposentadoria, para que possa obter a anteriormente denominada *aposentadoria por tempo de serviço integral*.

Apenas para que não reste dúvidas a respeito do posicionamento aqui adotado, caso o Segurado, tomando-se como exemplo o do sexo masculino, tenha se aposentado com 30 (trinta) anos de contribuição/serviço, não poderá desaposentar e requerer uma nova aposentadoria a cada novo ano, até completar os 35 (trinta e cinco), pois estaria abrindo mão de um benefício para obter outro da mesma espécie, permitindo-se, assim, que apenas o faça quando venha a implementar o tempo necessário para obtenção da aposentadoria de outra espécie, ou seja, a por tempo integral.

A *Carta de Concessão/Memória de Cálculo*, apresentada pelo Autor, demonstra ser ele beneficiário de aposentadoria por tempo de contribuição, concedida a partir de 30/04/2009, com base em 32 (trinta e dois) anos, 03 (três) meses e 02 (dois) dias, sendo que o Autor comprova nos autos, mediante apresentação de cópias do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, a manutenção de sua qualidade de segurado obrigatório, na condição de empregado por mais 03 (três) anos, conforme especificado:

1 - abr/09 a ago/09 - *Atlântico Cargas e Encomendas Ltda. - ME*;

2 - ago/10 a mar/13 - *Mundial Tractor Comércio, Importação e Exportação Ltda.*

Com isso, deve ser reconhecido o direito em obter junto à Autarquia Previdenciária sua desaposentação daquele benefício de aposentadoria por tempo de contribuição proporcional, para que passe a receber novo benefício, computando-se as contribuições anteriores e as novas, assim consideradas aquelas a partir da aposentadoria a que se renuncia, pois o novo benefício que se pretende consiste em outra espécie de aposentadoria, a de tempo de contribuição integral.

Dispositivo.

Posto isso, *julgo procedente o pedido*, resolvendo o mérito com amparo no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, para condenar o INSS a:

a) aceitar o pedido de renúncia do Autor em face da aposentadoria pro tempo de contribuição proporcional - NB nº 148.410.980-2;

b) conceder ao Autor nova aposentadoria por tempo de contribuição integral, utilizando-se, para tanto, do tempo de contribuição anteriormente computado para a concessão da primeira aposentadoria, assim como as contribuições posteriores àquela data;

c) após o trânsito em julgado, proceder à elaboração dos cálculos dos valores das prestações vencidas, decorrentes da diferença entre as aposentadorias renunciada e concedida, desde a propositura da ação, atualizadas na forma do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, na redação da Lei 11.960/2009. O valor da condenação deve ser apurado pelo réu e apresentado, para fins de expedição de ofício requisitório, no prazo de 30 dias do trânsito em julgado.

Sem condenação em custas e honorários nesta instância, nos termos do art. 55 da Lei nº 9.099/95.

P.R.I.

Juiz Federal NILSON MARTINS LOPES JUNIOR