JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0004570-52.2000.4.03.6000
(2000.60.00.004570-5)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
Apelados: SALVADORA BARBOSA PALUDETTO E OUTRO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HERALDO VITTA
Classe do Processo: ApelReex 1180845
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2011

EMENTA

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. PERÍCIA. CRITÉRIOS UTILIZADOS. REVISÃO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE JUROS MORATÓRIOS E COMPENSATÓRIOS. INCIDÊNCIA. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMÓVEL IMPRODUTIVO. DESMONTE. VALOR DEVIDO. HONORÁRIOS PERICIAIS A CARGO DO EXPROPRIANTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM 5%. VALOR ADEQUADO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDAS.

I. Os imóveis usados como paradigmas para confronto do valor de imóvel devem ser de regiões semelhantes econômica e geograficamente.

II. A indenização justa conforme preceituado no art. 5º, XXIV da Constituição Federal deve corresponder real e efetivamente ao valor do bem expropriado, capaz de deixar o expropriado indene, sem prejuízos em seu patrimônio.

III. O termo inicial dos juros moratórios, na hipótese dos autos, deve observar o disposto no artigo 15-B do Decreto-Lei nº 3.365/41, que determina a sua incidência “a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição Federal”. Ressalva do ponto de vista do relator.

IV. Os juros compensatórios independem da produtividade do imóvel, pois decorrem da perda antecipada da posse.

V. De acordo com a *Súmula 408* do STJ, incidem os juros compensatórios a partir da emissão na posse, no caso em 06/09/2000, fixados em 6% ao ano, até 13/09/2001; e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da *súmula nº 618* do Supremo Tribunal Federal, cuja base de cálculo, nos termos do art. 15-A do DL 3.365/41, é a diferença entre 80% do valor inicialmente depositado e a indenização judicialmente fixada.

VI. Se o preço da indenização é superior ao oferecido pelo expropriante, em que pese tenham sido adiantados pelo expropriado, o valor dos honorários periciais deverão ser arcados pelo INCRA.

VII. Quando se tratar de imóvel rural por interesse social para fins de reforma agrária no procedimento contraditório especial de rito sumário, os honorários advocatícios deverão ser estabelecidos entre 0,5 e 5% da diferenças dos valores fixados na decisão, bem como sobre o valor do desmonte, compreendidos correção monetária, juros compensatórios e moratórios.

VIII. O valor do desmonte é devido, quando pleiteado na contestação.

IX. Apelação e remessa necessária parcialmente providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de junho de 2011.

Juiz Federal Convocado HERALDO VITTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HERALDO VITTA (Relator):

Trata-se de Ação de Desapropriação por interesse social interposta pelo INCRA, para fins de reforma agrária contra sentença que julgou procedente a presente ação e declarou expropriado e incorporado ao patrimônio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA - os 980 hectares descritos na petição inicial. O INCRA foi condenado a complementar em 30 (trinta) dias a diferença entre R$ 1.092.569,72 (indenização pela terra nua fixada na sentença) e R$ 421.571,38 (oferta pela terra nua); ou seja, R$ 670.998,34 a serem depositados em dinheiro, vez que os prazos de resgate dos TDAs encontram-se expirados. E ainda, efetuar o depósito em dinheiro, do valor correspondente às diferenças de benfeitorias e desmonte: R$ 310.295,49 (indenização fixada na sentença) + R$ 11.260,00 - R$ 114,609,69 (oferta) R$ 206,945,80, totalizando R$ 877.944,14, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais) em favor dos expropriados, acrescido dos consectários.

Sustenta o apelante: a) a sentença violou o princípio da justa indenização expropriatória, ao conceder indenização que supera em muito o quantitativo necessário e suficiente para a recomposição do prejuízo sofrido com a transferência dominial compulsória; b) sendo o imóvel expropriado improdutivo, é inapto à geração de renda e não pode ser agraciado com juros compensatórios, substituto dos lucros cessantes; c) a condenação em juros compensatórios caracteriza violação e negativa de vigência aos arts.: 2º, inc. I da Lei nº 4.132/62 (bem improdutivo), 6º, § 3º da LC 76/93 (justo preço), 5º e 6º e 12 da Lei nº 8.629/93 (imóvel improdutivo e indenização justa), 1.059 (lucros previstos ou previsíveis), 1.063 c/c 1.262 (percentuais de juros) do Código Civil de 1916 (teto dos juros); d) o pagamento de juros compensatórios como consectário da indenização principal fere o art. 5º, *caput*, o inc. I e XXIV e o art. 184 da Constituição Federal; e) os juros moratórios são devidos a partir da constituição da expropriante em mora, assim, o expropriante estaria constituído em mora, apenas, a partir da ciência da pretensão executória do expropriado; f) no tocante ao valor de desmonte, não pode ser considerado documento unilateral, em que não houve comunicação ao apelante, razão pela qual não deve ser compelida a esse pagamento; g) o INCRA não pode ser condenado ao pagamento de honorários periciais, porquanto na época, por determinação do juízo foram depositados pela apelante os referidos honorários; i) os honorários de sucumbência foram fixado em patamar muito elevado.

Pugna pela reforma da sentença.

Com contrarrazões (fls. 697/713), subiram os autos a esta Corte.

O D. Procurador do Ministério Público Federal se manifestou (às fls.718/730) pelo provimento parcial do recurso.

Sentença submetida ao duplo grau.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado HERALDO VITTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HERALDO VITTA (Relator):

JUSTA INDENIZAÇÃO

Sustenta, o apelante, a sentença violou o princípio da justa indenização expropriatória, ao conceder indenização que supera o quantitativo necessário e suficiente para a recomposição do prejuízo sofrido com a transferência dominial compulsória.

Inicialmente, cabe esclarecer, a indenização justa, conforme preceituado no art. 5º, XXIV da Constituição Federal, deve corresponder real e efetivamente ao valor do bem expropriado, capaz de deixar o expropriado indene, sem prejuízos em seu patrimônio.

Sendo assim, para análise da justa indenização, na hipótese, é necessário verificar os aspectos abordados pelo perito judicial.

Quanto à "pesquisa de mercado", fl. 377/384, os imóveis usados como paradigmas para confronto do valor de imóvel deveriam ser de regiões semelhantes (econômica e geograficamente); todavia, o perito judicial utilizou paradigmas imóveis situados em localidades com características diferentes. Cite-se, como exemplo, a Amostra nº 02, fls. 377 de uma Fazenda, em Bonito, com potencialidade para ecoturismo e turismo rural.

A pesquisa de mercado, efetuada pelo perito judicial, ao comparar imóveis situados em Bonito e em Nioaque, cidades potencialmente turísticas, não serve de parâmetro para aferir o valor do imóvel expropriado, situado em região de potencialidade de exploração pecuária, porquanto baseadas em premissas distintas no que tange à exploração do imóvel.

Além disso, os expropriados mencionam a venda de imóvel em condições semelhantes, tendo sido pago, em época próxima à confecção do laudo, o valor de R$ 704,55 o hectare; assim, afigura-se elevado o valor do hectare do imóvel expropriado, encontrado pelo perito judicial, de R$ 1.479,31.

Finalmente, em que pese o perito afirmar, em face do laudo do INCRA, ter havido valorização das terras, no período que transcorreu entre o trabalho de avaliação da autarquia e a perícia, não parece crível que essa valorização possa ter ocorrido no patamar de 300%, e no interregno de 3 anos!

Ora, conforme remansosa jurisprudência dos Tribunais Superiores, o magistrado não se encontra adstrito ao laudo do perito judicial para a fixação da indenização:

> "DESAPROPRIAÇÃO. (...) LAUDO PERICIAL. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. A FACULDADE ASSEGURADA AOS PERITOS NO ART. 429 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO OBSTA A QUE O JUIZ APRECIE ESSES ELEMENTOS A LUZ DO ART. 436, PELO QUAL NÃO FICA ADSTRITO AO LAUDO PERICIAL." (RE 93636, RAFAEL MAYER, STF)

Sendo assim, considerando a divergência entre os laudos judicial e do Incra, deve ser considerado o trabalho deste, no que tange ao valor da Terra Nua, fixado em R$ 430,42 o hectare, totalizando R$ 421.571,38, conforme pleiteado pela apelante.

DESMONTE

Aduz, a apelante, quanto ao valor de desmonte, não poderia ter sido levado em conta, pelo juízo, documento unilateral, em que não houve comunicação ao expropriante, razão pela qual não deve ser compelida a esse pagamento.

É necessário ressaltar, o valor do desmonte é devido quando pleiteado na contestação, conforme jurisprudência:

> "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. USINA HIDROELÉTRICA. UNIÃO: INTERESSE NA LIDE: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ALAGAMENTO DA PROPRIEDADE. PERÍCIA OFICIAL. EQUIDISTÂNCIA DOS INTERESSES DAS PARTES. CONFIABILIDADE DA METODOLOGIA. JUROS COMPENSATÓRIOS. EMPRESA DE NAVEGAÇÃO: SUSPENSÃO DA ATIVIDADE: LUCROS CESSANTES: INDENIZABILIDADE: NECESSIDADE DE PROVA: NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA. 1. (....). 4. O pagamento do valor de desmonte de bens móveis e semoventes pode ser deferido em qualquer fase processual, mediante a apresentação de recibos, orçamentos etc, desde que requerido na contestação. Não pode o expropriado, em sede de apelação, inovar e pedir referido valor, pois preclusa a pretensão. (...). Retorno dos autos à origem para regular processamento." (AC 200143000021042, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, TRF1 - TERCEIRA TURMA, 29/04/2011)

É verdade, a fls. 619, a apelante impugnou o valor pleiteado a título de desmonte; todavia, não apresentou qualquer documento ou laudo que infirmassem os cálculos apresentados pelos expropriados.

Em contrapartida, no laudo judicial, a fls. 348, o quesito nº 07 da expropriada está assim respondido pelo perito: "7. Qual o montante dos gastos da expropriada com transporte e desmonte dos móveis e semoventes para outra localidade? Perito: O quesito não apresenta as distâncias, qual o volume de móveis e utensílios, como saíram esses animais (andando ou em caminhões), portanto forneceremos a tabela atual de custos médios de mercado do Estado de Mato Grosso do Sul (....)".

Assim, as provas coligidas pelos expropriados - recibos - fls. 560/608, não discriminam os gastos; a guisa de exemplo, o recibo de fl. 574, com valor de R$ 600,00 (seiscentos reais) correspondente a "2 viagens para transporte de vaca leiteira e bezerros"; todavia, não discrimina quantos animais foram levados e qual a distância percorrida em cada viagem. Todos os demais recibos juntados seguem o mesmo padrão, razão pela qual mantenho o valor de R$ 11.260,00, conforme arbitrado na sentença, tendo em vista impossibilidade de se aferir, com precisão, a veracidade dos documentos carreados aos autos pela expropriada, e se o preço pago pelo desmonte é consentâneo com o valor de mercado efetuado na região.

VALOR DAS BENFEITORIAS

No tocante às benfeitorias, o laudo do perito judicial está correto.

Ele especificou, pormenorizadamente, as benfeitorias, divididas em não reprodutivas, que são as construções e instalações e melhoramentos, e reprodutivas, que são as pastagens, especificando o coeficiente de depreciação delas. Nas benfeitorias reprodutivas, há descrição pormenorizada das instalações rurais, bem como o respectivo valor, considerando a depreciação. Tudo ilustrado com fotos. Nesse aspecto, *merece reparos a sentença*.

Por outra banda, conquanto no tocante às benfeitorias o laudo esteja hígido, *houve erro material* na soma dos itens discriminados nas Benfeitorias não reprodutivas, a fls. 325, cuja soma perfez o montante de R$ 166.550,15, e não R$ 174.253,61, conforme discriminado pelo perito judicial, cuja diferença, a maior, alcançou o patamar de R$ 7.703,46.

Corrigindo-se, portanto, o erro material, as benfeitorias não reprodutivas, no valor de R$ 166.550,15, somadas às benfeitorias reprodutivas (pastagens), no valor de R$ 182.078,49, perfazem o montante devido de R$ 348.628,64 (a título de benfeitorias).

VALOR TOTAL DA INDENIZAÇÃO: VALOR DA TERRA NUA + BENFEITORIAS

Em suma, a indenização devida aos expropriados deve ser a soma do valor da terra nua: R$ 421.571,38, somado ao valor das benfeitorias: R$ 348.628,64, e ao valor do desmonte: R$ 11.260,00; totalizando a indenização do imóvel em *R$ 781.460,02*.

CUMULAÇÃO DE JUROS COMPENSATÓRIOS E MORATÓRIOS

Primeiramente, cabe destacar, é possível a cumulação de juros compensatórios e moratórios na desapropriação, conforme dispõe a Súmula 12 do STJ: “Em desapropriação, são cumuláveis juros compensatórios e moratórios”.

Com efeito, incidem juros compensatórios nas desapropriações, por interesse social, para efeitos de reforma agrária, mesmo quando o imóvel for improdutivo. Com esse entendimento, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou parcialmente favorável recurso repetitivo impetrado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra).

Segundo o relator Ministro Castro Meira, é incontestável, mesmo sendo o imóvel pouco produtivo ou improdutivo, existe, em tese, expectativa de renda. “Poderia, ser aproveitado a qualquer momento de forma racional e adequada, ou até ser vendido com o recebimento do seu valor à vista.”

Nesse sentido, julgado recente do STJ:

> “ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. JUSTA INDENIZAÇÃO. COBERTURA FLORÍSTICA. INDENIZAÇÃO EM SEPARADO. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPRODUTIVIDADE DO IMÓVEL. IRRELEVÂNCIA. ALÍQUOTA. CUMULAÇÃO COM JUROS MORATÓRIOS. POSSIBILIDADE. 1. (....). 4. Os juros compensatórios independem da produtividade do imóvel, pois decorrem da perda antecipada da posse. Sua alíquota é de 12% ao ano, em regra, nos

termos da Súmula 618/STF, e incide a partir da imissão na posse. No entanto, nos casos em que esta ocorreu após a MP 1.577, de 14.6.1997, os juros são de 6% ao ano, até a publicação da liminar concedida na Adin 2.332/DF (13.9.2001). 5. Recurso Especial parcialmente provido." (RESP 200700778540, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, 11/11/2010)

Logo, neste tópico, escorreita a sentença ao cumular juros compensatórios e moratórios.

JUROS COMPENSATÓRIOS

De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 892) os juros compensatórios são os devidos pelo expropriante ao expropriado, a título de compensação pela perda antecipada da posse que este haja sofrido. Como a "justa indenização" só ocorre com o pagamento, no final da lide, o expropriado, cuja posse foi subtraída no início dela, se não fosse pelos juros compensatórios, ficaria onerado injustamente com a perda antecipada da utilização do bem.

Quanto ao termo inicial, conta-se da data da imissão na posse pelo expropriante, pois "a causa determinante dos juros compensatórios é a perda da posse, e, por conseguinte, da fruição do bem, antes do pagamento da prévia e justa indenização em dinheiro." (STJ, REsp. 790003)

A Súmula 618 STF determinava a taxa dos juros compensatórios na desapropriação em 12%. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou a *súmula 408*, com a seguinte redação:

> "Nas ações de desapropriação, os juros compensatórios incidentes após a Medida Provisória nº 1.577, de 11/6/1997, devem ser fixados em 6% ao ano até 13/09/2001, e, a partir de então, em 12% ao ano, na forma da súmula nº 618 do Supremo Tribunal Federal".

Isso porque, com o advento da Liminar na ADin 2.332-2, o Supremo Tribunal Federal *suspendeu a eficácia da expressão* "de até 6% ao ano" (introduzida no Decreto-lei 3.365/41, art. 15-A, pela MP 1.774-22, de 11.2.99, hoje: 2.183-56, de 24.8.2001), quanto ao patamar dos juros compensatórios, retornando-se, portanto, ao 'sistema' do patamar de 12% ao ano.

Por conseguinte, a condenação em juros compensatórios não leva à violação e negativa de vigência aos arts.: 2º, inc. I da Lei nº 4.132/62 (bem improdutivo), 6º, § 3º da LC 76/93 (justo preço), 5º e 6º e 12 da Lei nº 8.629/93 (imóvel improdutivo e indenização justa), 1.059 (lucros previstos ou previsíveis), 1.063 c/c 1.262 (percentuais de juros) do Código Civil de 1916 (teto dos juros) e art. 5º, *caput*, o inc. I e XXIV e o art. 184 da Constituição Federal, como aduzido pela apelante.

Finalmente, a *base de cálculo* dos juros compensatórios, nos termos do art. 15-A, do DL. 3.365/41, introduzido pela referida legislação, é a *diferença entre 80% do valor inicialmente depositado e a indenização judicialmente fixada*. Pois, nos termos do nunca assaz citado Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello (ob. cit., p. 893), o Supremo Tribunal

Federal, na referida Adin, considerou essa *interpretação conforme à Constituição.*

De fato, esse é o montante que não pode ser levantado imediatamente pelos particulares (corresponde à quantificação da perda antecipada da posse). Conforme remansosa jurisprudência:

> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. JUSTA INDENIZAÇÃO. COBERTURA FLORÍSTICA. JUROS COMPENSATÓRIOS. BASE DE CÁLCULO. DIFERENÇA ENTRE 80% DO DEPÓSITO E O VALOR FIXADO NO ACÓRDÃO. IMPRODUTIVIDADE DO IMÓVEL. IRRELEVÂNCIA. ALÍQUOTA. CUMULAÇÃO COM JUROS MORATÓRIOS. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS. 1. (...). 4. A base de cálculo dos juros compensatórios, nos termos do art. 15-A do DL 3.365/41, é a diferença entre 80% do valor inicialmente depositado e a indenização judicialmente fixada, pois esse é o montante que não pode ser levantado imediatamente pelos particulares (corresponde à quantificação da perda antecipada da posse). 5. Ainda que o valor da indenização, fixado na sentença, corresponda ao montante anteriormente depositado pelo expropriante, incidem juros compensatórios sobre a parcela cujo levantamento não foi autorizado judicialmente (20% do depósito, em regra, conforme o art. 6º, § 1º, da Lei Complementar 76/1993), nos termos da jurisprudência do egrégio STF (ADI-MC 2.332/DF). Precedentes do STJ. (....)." (RESP 200702716516, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, 30/09/2010)

Assim, na hipótese, de acordo com a Súmula 408 do STJ, incidem os juros compensatórios, a partir da emissão na posse, em 06/09/2000, fixados em 6% ao ano, até 13/09/2001; e, a partir daí, em 12% ao ano, na forma da súmula nº 618 do Supremo Tribunal Federal, cuja base de cálculo, nos termos do art. 15-A do DL 3.365/41, é a diferença entre 80% do valor inicialmente depositado e a indenização judicialmente fixada.

JUROS MORATÓRIOS

Não procede a alegação da apelante no sentido de que os juros moratórios seriam devidos a partir da constituição da expropriante em mora; ou seja, a contar da ciência da pretensão executória do expropriado.

Com efeito, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, incidem juros moratórios no período que exceder ao prazo previsto no artigo 100, parágrafo primeiro, da Constituição Federal.

Nessa linha, o disposto no artigo 15-B do Decreto-Lei 3.365/41, que determina a incidência "a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição Federal." (ressalve-se o entendimento pessoal deste magistrado quanto à inconstitucionalidade do dispositivo)

No que tange ao percentual de juros moratórios, 6% ao ano, não existe reparo a ser feito na sentença. É que apenas nessa referência poder-se-á atingir a *justa indenização*. Caso contrário, o expropriado, além de receber os juros moratórios apenas se não houver cumprimento, pela Fazenda, do artigo 100, da CF (conforme decisão do STF), teria de suportar percentual inferior aos 6%!

PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS

No que tange à condenação do INCRA no pagamento de honorários periciais, o artigo 19 da LC nº 76/93 dispõe: as despesas judiciais e os honorários do advogado e do perito constituem encargos do sucumbente, assim entendido o expropriado, se o valor da indenização for igual ou inferior ao preço oferecido, ou o expropriante, na hipótese de valor superior ao preço oferecido.

Por conseguinte, considerando que o preço fixado na indenização é superior ao oferecido pelo expropriante, em que pese tenham sido adiantados pelo expropriado o valor dos honorários periciais, deverão ser "devolvidos" (os "restantes" 50% dos honorários periciais foram pagos, fls. 425 e ss.) pelo INCRA ao expropriado, não havendo reparos a serem feitos na sentença, nesse particular.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

No tocante ao argumento da apelante, no sentido de que os honorários advocatícios foram fixados em patamar elevado, devem-se citar os excertos de Celso Antônio Bandeira de Mello (ob. cit., pp. 894/895). Os honorários são calculados sobre a diferença entre o valor oferecido pelo expropriante e aquele apurado como justo na avaliação, ambos corrigidos monetariamente (Súmula 617 do STF). Não há contudo, na jurisprudência, até hoje, qualquer orientação firmada sobre o *quantum* percentual a ser aplicado. Contudo, o Executivo, com a redação que atribuiu ao § 1º do art. 27, e com a introdução de um § 3º, efetuados por medida provisória (hoje a bastas vezes citada 2.183-56, de 31/08/2001), buscou delimitar seu montante. Estabeleceu que quando se tratar de imóvel rural por interesse social para fins de reforma agrária no procedimento contraditório especial de rito sumário (...) os honorários advocatícios deverão ser estabelecidos entre 0,5 e 5% da aludida diferença, não podendo ultrapassar o teto de R$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais). Na ADin 2.332-2, o STF deferiu em parte pedido de liminar para suspender, no § 1º, a eficácia da expressão "não podendo ultrapassar o teto de R$ 151.000,00 (cento e cinqüenta e um mil reais)".

Assim, a fixação em 5% (cinco por cento) sobre as diferenças, observados os valores fixados nesta decisão, afigura-se *razoável*, em face do tempo despendido pelo advogado.

CONCLUSÃO

Logo, merece parcial provimento a apelação e a remessa oficial para: a) alterar o valor da indenização pela terra nua, fixado na sentença, seguindo-se o laudo do INCRA, no importe de R$ 421.571,38; b) retificar o valor das benfeitorias, de acordo com o laudo judicial, cuja soma deve ser de R$ 348.628,64; c) manter o valor do desmonte, fixado na sentença, no patamar de R$ 11.260,00.

Portanto, o total da indenização do imóvel é de R$ 781.460,02 (setecentos e oitenta e um mil, quatrocentos e sessenta reais e dois centavos), descontados valores já recebidos pelos expropriados, acrescidos de juros (compensatórios e moratórios). No tocante à correção monetária, os valores dos respectivos laudos, adotados nessa decisão, devem ser corrigidos na forma dos Provimentos desta Corte, a partir da data de elaboração

desses atos jurídicos, nos termos da fundamentação do presente voto e da *sentença, na parte não alterada por esta Corte*.

Ante o exposto dou provimento parcial à apelação e à remessa necessária, nos termos expostos.

Juiz Federal Convocado HERALDO VITTA - Relator

- Sobre desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, veja também os seguintes julgados: AC 2002.61.07.002583-4/SP, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, publicada na RTRF3R 90/329 e AI 89.03.011960-6/SP, Relator Juiz Oliveira Lima, publicado na RTRF3R 4/25.

APELAÇÃO CÍVEL
0026900-97.2001.4.03.6100
(2001.61.00.026900-6)

Apelantes: BENJAMIN AUGUSTO PEREIRA QUEIROZ E OUTRO
Apelados: UNIÃO FEDERAL E BANCO CENTRAL DO BRASIL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ROBERTO JEUKEN
Classe do Processo: AC 1395872
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/07/2011

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PENALIDADE. MULTA E INABILITAÇÃO TEMPORÁRIA. BACEN. ADMINISTRADORES DE CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES. OPERAÇÕES *DAY TRADE* SEM LASTRO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. REGULARIDADE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

1. *Prescrição intercorrente*: procedimento administrativo que não ficou paralisado *por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho,* nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/99, editada no curso das apurações. Atos processuais que se sucederam, inclusive com despachos para prorrogação, além de parecer opinando pela aplicação de penalidade.

2. *Verificação da legalidade de procedimento disciplinar*: assente que ao magistrado não é dado analisar o mérito da sanção administrativa, a qual compete exclusivamente ao administrador, ficando limitado à análise da legalidade do ato praticado, observada no caso concreto.

3. *Cerceamento de defesa*: ausentes nulidades na intimação ou decisão do feito, sendo observados o contraditório e a ampla defesa.

4. *Atipicidade de conduta*: poder disciplinar da administração, cuja característica é a discricionariedade, donde não se exigir que a prévia definição legal verse exaustivamente sobre a infração funcional capitulada, cumprindo ao administrador, diante do arcabouço delineado pelo legislador, motivar o ato disciplinar e aplicar, dentre as punições estabelecidas aquela cabível no caso concreto, indicando as razões que conduzem a escolha perfilada.

5. *Irregularidades no procedimento administrativo*: ausência de comprovação a resultar na sua manutenção.

6. Apelo da autoria improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de junho de 2011.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN (Relator): Trata-se de apelo da autoria em ação ordinária visando anular sanções impostas pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos termos do Acórdão/CRSFN nº 3337/01, cominando ao autor Benjamin Augusto Pereira de Queiroz, pena pecuniária máxima de multa no valor de 3.572,86 UFIRs e pena de inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção, pelo prazo de um ano, ao autor João Augusto Pereira de Queiroz, nos termos do art. 44, da Lei nº 4.595/64 e art. 1º, do Decreto-lei nº 448/69, em razão de irregularidades verificadas em operações de compras e vendas "day-trade" de Bônus do Banco Central - BBC, Notas do Tesouro Nacional - NTN, Letras do Tesouro Nacional - LTN e Letras Financeiras do Tesouro do Município de São Paulo - LTMSP, através da INTRA S. A. CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES, da qual os autores são administradores.

Alegam os autores o descumprimento dos princípios da Administração Pública, em razão dos seguintes motivos:

a) nulidade da intimação, já que não há um relato circunstanciado das infrações ou irregularidades apuradas, ausentando-se, ainda, o dispositivo legal infringido e a cominação prevista, além de terem sido apresentados na decisão administrativa, fatos e acusações que não constavam da intimação;

b) inexistência de lei que tipifique as operações de "day-trade", tidas como irregulares, como infrações graves, além da ausência de competência do BACEN, nos termos dos arts. 9º e 10 da Lei nº 4.595/64 para defini-las desta forma, não podendo, o órgão, atuar fora dos limites de sua competência;

c) ausência de provas no procedimento administrativo quanto a participação dos autores em qualquer ato irregular, escuso ou que tenham intencionalmente adotado procedimento censurável ou, ainda, participado de qualquer "circuito operacional";

d) ausência de prova da responsabilidade subjetiva dos autores, já que a imputação da responsabilidade decorreu, tão-somente, da condição de diretores da INTRA à época das operações;

e) ocorrência de prescrição intercorrente, já que nos termos da Lei nº 9.873/99, esta incide no procedimento paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, sendo certo que os autos permaneceram paralisados por mais de quatro anos entre a intimação dos autores, ocorrida em fevereiro de 1996, sua defesa, apresentada em 10.04.1996 e a DECISÃO DIFIS 2000/065, de 24 de maio de 2000. Certo que as quatro prorrogações para formular decisão, nos termos da Resolução CMN nº 1.065/65, não podem ser consideradas como atos interruptivos.

A r. sentença julgou improcedente a ação ordinária e a cautelar afeta a estes autos, por entender que as penalidades impostas decorreram de apuração de prática de infração grave na condução dos negócios da sociedade em operações "day-trade" com títulos públicos, realizados entre 27.01.1993 e 22.06.1994 que resultaram em injustificáveis prejuízos à Intra Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários, administrada pelos autores, restando comprovados os fatos nos autos do processo administrativo, sendo nítido que as operações realizadas estavam alavancadas, oferecendo manifesto risco ao equilíbrio do mercado financeiro. Ademais, restou comprovado que diversas operações de compra e venda resultaram em enormes prejuízos para a corretora, sendo que, se a corretora não tivesse realizado tais operações no segundo semestre de 1993, teria tido lucro operacional.

Salientou que a falta de tipificação legal não é causa de nulidade das penalidades, já que no procedimento administrativo vigora o princípio da atipicidade, havendo poucas infrações descritas na lei, ficando a maior parte sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto. Cumpre ao BACEN, no caso, atuar com eficiência para manter a normalidade das operações financeiras e este, agiu nos estritos limites legais, nos termos do art. 44, da Lei nº 4.595/64 e Decreto nº 448/69.

Ressaltou que a decisão administrativa individualizou a conduta de cada autor, não havendo que se falar em ausência de imputação subjetiva. Também não se verificou nulidade na formação do procedimento administrativo e nem cerceamento de defesa, sendo que a exposição resumida dos fatos na intimação não causou prejuízos à defesa, já que houve fundamentação legal sendo arroladas as operações que a empresa realizou e, ainda que houvesse qualquer inobservância de alguma formalidade, a eiva estaria sanada diante do comparecimento do administrado a suprir a falta ou irregularidade da intimação, nos termos do art. 26, § 5º, da Lei nº 9.784/99.

Entendeu, por fim, não ter havido prescrição, já que aplicando ao caso o disposto no art. 4º da Lei nº 9.873/99, a mesma somente ocorreria em 01.07.2000 e a decisão foi proferida em 24.05.2000. Também não houve paralisação do processo por mais de três anos.

Condenou os autores em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa atualizada a ser rateado entre os mesmos.

Foram interpostos embargos de declaração pela autoria, os quais foram rejeitados, diante de seu nítido caráter infringente.

Apelaram os autores, repisando os argumentos iniciais.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte, abrindo-se vista ao Ministério Público Federal, que entendeu desnecessária sua intervenção no feito, apenas consignando a prioridade em sua tramitação, na forma do art. 71, do Estatuto do Idoso.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN (Relator): Cuida-se de apelo dos autores contra sentença que julgou improcedente ação ordinária aviada para anular as sanções impostas pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos termos do Acórdão/CRSFN nº 3337/01, que cominou ao autor Benjamin Augusto Pereira de Queiroz, pena pecuniária máxima de multa no valor de 3.572,86 UFIRs e inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção, pelo prazo de um ano; ao autor João Augusto Pereira de Queiroz, nos termos do art. 44, da Lei nº 4.595/64 e art. 1º, do Decreto-lei nº 448/69, em razão de irregularidades verificadas em operações de compras e vendas “day-trade” de Bônus do Banco Central - BBC, Notas do Tesouro Nacional - NTN, Letras do Tesouro Nacional - LTN e Letras Financeiras do Tesouro do Município de São Paulo - LTMSP, através da INTRA S. A. CORRETORA DE CÂMBIO E VALORES, da qual eram administradores.

Primeiramente, deve ser analisada a prescrição intercorrente suscitada pela autoria.

É certo que, em 23 de novembro de 1999, sobreveio a edição da Lei nº 9.873, fruto da conversão da Medida Provisória nº 1.859-17, de 1999, cuja origem está na Medida

Provisória nº 1.708, de 30 de junho de 1998. Em se tratando de matéria processual, tem vigência imediata, alcançando o caso dos autos, o qual ainda tramitava.

Referida lei estabeleceu prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta ou indireta, nos seguintes termos:

> "Art. 1º 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.
> *§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso*. (grifamos)
> § 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.
> Art. 2º Interrompe-se a prescrição:
> I - pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;
> II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;
> III - pela decisão condenatória recorrível.
> Art. 3º Suspende-se a prescrição durante a vigência:
> I - dos compromissos de cessação ou de desempenho, respectivamente, previstos nos arts. 53 e 58 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;
> II - do termo de compromisso de que trata o § 5º do art. 11 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com a redação dada pela Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997.
> Art. 4º Ressalvadas as hipóteses de interrupção previstas no art. 2º, para as infrações ocorridas há mais de três anos, contados do dia 1º de julho de 1998, a prescrição operará em dois anos, a partir dessa data.
> Art. 5º O disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária.
> Art. 6º Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.859-16, de 24 de setembro de 1999.
> Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
> Art. 8º Ficam revogados o art. 33 da Lei nº 6.385, de 1976, com a redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997, o art. 28 da Lei nº 8.884, de 1994, e demais disposições em contrário, ainda que constantes de lei especial."

Assim, resta a verificação do procedimento administrativo, cuja cópia foi carreada aos autos da ação cautelar nº 2001.61.00.023816-2, que se encontra apensada a estes autos.

Verifica-se que as intimações foram recebidas pelos autores em 08.02.1996 (fls. 312 e 316 dos autos em apenso), sendo requerida e deferida a prorrogação do prazo para apresentação de defesa, protocolizada em 10.04.1996.

Em 11.04.1996, os autores apresentaram petição requerendo a retificação de dado constante na defesa.

Em 31.03.1997, formalizada prorrogação do prazo para conclusão do procedimento no âmbito do Banco Central, nos termos do que estabelece o MNI-5.3.8.7 (fls. 466, dos autos em apenso).

Apresentado em 24.03.1998, Parecer DESPA/REFIS-III/SUPAD-98/013, por servidor analista, sugerindo a remessa do feito ao DEPAD, com ciência ao Delegado Regional, propondo a aplicação da pena de inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições financeiras e entidades integrantes do sistema distribuidor do mercado de capitais aos autores, e determinado o encaminhamento em 06.04.1998. Requerida nova prorrogação do prazo para conclusão do feito na mesma data.

Em 05.04.1999, o chefe da subunidade do DEPAD/DIPAD, apõe o seu de acordo com as propostas apresentadas e determina o encaminhamento do feito ao chefe adjunto.

Nova prorrogação do prazo de conclusão, em 07.04.1999 (fls. 485, dos autos em apenso), seguida por memoriais apresentados pelos autores, em 18.05.1999.

Após o último termo de prorrogação, em 04.04.2000, o feito seguiu para o DECIF/GTRJA para reexame, sobrevindo decisão em 24.05.2000, aplicando pena de inabilitação temporária pelo prazo de 5 (cinco) anos, a ambos os autores.

Diante deste quadro, verifica-se que o procedimento administrativo não permaneceu paralisado *por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho,* ao contrário, houve a sucessão de vários atos processuais, inclusive com vistas a prorrogação, além de parecer opinando pela aplicação de penalidade. De forma que não colhe a alegada prescrição intercorrente.

Precedente de minha relatoria, no âmbito desta E. Terceira Turma: AC 2003.61.00.034930-8, DJF3 CJ1 23/08/2010.

Quanto ao mais, está-se diante de análise da legalidade de procedimento disciplinar que culminou com a aplicação de pena pecuniária máxima de multa no valor de 3.572,86 UFIRs ao autor Benjamin Augusto Pereira de Queiroz e inabilitação temporária para o exercício de cargos de direção, pelo prazo de um ano, ao autor João Augusto Pereira de Queiroz.

Primeiramente, cabe consignar que ao magistrado não é dado analisar o mérito da sanção administrativa a qual compete exclusivamente ao administrador, ficando limitado à análise da legalidade do ato praticado, observada no caso concreto.

Neste sentido a jurisprudência:

> "RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. AUTONOMIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. SUFICIÊNCIA E VALIDADE DAS PROVAS. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO.
> 1. 'Doutrina e jurisprudência são unânimes quanto à independência das esferas penal e administrativa; a punição disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração Pública a aguardar o desfecho dos mesmos.' (MS 7.138/DF, Relator Ministro Edson Vidigal, *in* DJ 19/3/2001). Precedente do STF.
> 2. Compete ao Poder Judiciário apreciar a regularidade do procedimento disciplinar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem, contudo, adentrar no mérito administrativo.
> 3. É da boa doutrina que integram o conjunto da prova não somente os seus elementos produzidos no processo administrativo disciplinar, mas também aqueloutros que vieram à luz na sindicância que o preparou, podendo e devendo ser considerados na motivação da decisão.

4. Do policial militar é exigido o cumprimento do dever mediante rigorosa observância do regime de suas atividades, sendo que o envolvimento com pessoas e atitudes criminosas o torna absolutamente inapto a permanecer em uma organização que é e deve continuar sendo modelo de disciplina, ordem e acatamento das leis na sociedade.
5. Verificada a regularidade do processo administrativo disciplinar e a correlação da figura típica da falta disciplinar cometida com o preceito que autoriza a demissão a bem da disciplina, o exame da suficiência e da validade das provas colhidas, requisita, necessariamente, a revisão do material fático apurado no procedimento administrativo, com a conseqüente incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, estranhos ao âmbito de cabimento do mandamus e à competência do Poder Judiciário.
6. Recurso improvido."
(RMS 12.971/TO, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2004, DJ 28/06/2004 p. 417)

Neste contexto, a solução dada ao caso vertente foi bem aplicada, como se extrai da r. sentença guerreada, da qual passo a reproduzir alguns trechos, ante a clareza e riqueza de detalhamento, suficientes para o enfrentamento da questão. Confira-se:

"(...)
Trata-se de ação objetivando provimento jurisdicional que anule as sanções impostas pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, nos autos do processo administrativo nº 9500538574.
...
Inicialmente, cumpre consignar que o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário deve ser realizado com base nas leis vigentes e na Constituição Federal. O controle judicial dos atos discricionários é possível, porém de forma limitada. Cumpre ao juiz analisar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade de conformidade com o prescrito na lei e na Constituição Federal.
No entanto, conforme ensina a professora Maria Sylvia Zanela di Pietro que consoante a teoria dos motivos determinantes aplicada no direito administrativo brasileiro, quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Em tais casos, preleciona a autora, que o juiz terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência.
No caso em exame, as penalidades impostas decorreram de apuração de prática de infração grave na condução dos negócios da sociedade em operações 'day trade' com títulos públicos (BBCs, LTNs e LTMSP), realizadas entre 27.01.1993 e 22.06.1994, as quais resultaram em injustificáveis prejuízos à Intra SA Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários, administrada pelos autores.
Os fatos restaram suficientemente comprovados nos autos do processo administrativo Depreende-se da documentação carreada aos autos que a realização das transações apuradas pelo BACEN não foram infirmadas pelos autores que procuram demonstrar a sua licitude, sustentando que as operações 'day-trade' não são vedadas pela legislação.

Os autores defendem-se com a alegação de que as operações por eles realizadas não se confundem com as operações compromissadas.
De fato, não se confunde a operação 'day trade', com a operação compromissada. Conforme definição de Alexandre Assaf Neto diz-se *Day Trade* a [...] Negociação ao longo de um dia. Todas as operações que envolvem compra e venda de ativos no mesmo dia são conhecidas por *day trade*. São operações especulativas, produzindo ganhos a partir de pequenas oscilações nos preços de mercado'.
Verifica-se, então, que as operações 'day trade' se realizam no mesmo dia, o que pode não ocorrer com a operação compromissada de compra e venda. Nas operações 'day trade', a venda pode ou não se realizar, uma vez que no mercado de ações vigora a lei da oferta e da procura.
Contudo, não se questiona a legalidade das operações 'day-trade', mas a forma como o sistema operacional foi manipulado pelos dirigentes da corretora.
Restou comprovado pela ré, mediante os registros do SELIC, que a corretora Intra S/A realizou operações 'day trade' *sem lastro*, vale dizer, sem comprovar que possuía recursos financeiros para liquidar as operações. Repita-se que se trata de operação que ocorre no mesmo dia, de sorte que os recursos devem ser preexistentes à sua realização.
A relação de fls. 89 demonstra que os valores negociados no período de 27.01.93 a 18.05.94 são excessivamente superiores ao montante do patrimônio líquido apresentado pela corretora. É nítido, portanto, que a operação realiza estava alavancada, oferecendo manifesto risco ao equilíbrio do mercado financeiro.
Esse fato, por si só, afigura-se suficiente para demonstrar a conduta imprudente dos diretores da corretora. Não é crível que os diretores desconhecessem os altos riscos que envolviam tais operações, bem como que não podiam prever os lucros auferidos por outras empresas em detrimento de prejuízos às instituições financeiras. Logo, as conclusões do Banco Central do Brasil de que as operações foram previamente engendradas não são de todo desprovidas.
Outrossim, os documentos de fls. 86/87 demonstram que diversas operações de compra e venda de BBC foram realizadas, resultando em prejuízo para a corretora, porém, em lucro para a FUNDAÇÃO SÓCIO-ECOLÓGICA E CULTURAL XAPURI-FUNXAPURI (cliente do Banco BANORTE) e para a SPLIT DTVM LTDA.
As referências quanto às irregularidades apuradas nos negócios envolvendo a FUNDAÇÃO SÓCIO - ECOLÓGICA E CULTURAL XAPURI-FUNXAPURI (cliente do Banco BANORTE) e a SPLIT DTVM LTDA. são fortes indícios de que foram realizadas operações artificiosas com o propósito de constituir lucros para referidas empresas.
De toda sorte, tais fatos são objetos de outros processos instaurados pelo Banco Central do Brasil. *Conforme salientado, a prática de falta grave resta suficientemente demonstrada pela má condução dos autores na realização das operações* 'day trade', *resultando em elevados prejuízos para a corretora*.
Tais prejuízos foram *amplamente comprovados mediante inspeção e fiscalização da documentação e livros da empresa administrada pelos autores*, conforme parecer de fls. 83/94.
Restou comprovado, ainda, que se a corretora não tivesse realizado tais operações no segundo semestre de 1993, teria tido lucro operacional.

A falta de tipificação legal não é causa de nulidade das penalidades impostas. É cediço que no processo administrativo, ao contrário do direito penal, vigora o princípio da atipicidade, havendo poucas infrações descritas na lei, ficando a maior parte delas sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto.

A respeito, vale conferir as ensinanças da ilustre professora citada alhures:

'(...) é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como "falta grave", "procedimento irregular", "ineficiência no serviço", "incontinência pública" ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as conseqüências para o serviço público.

Por isso mesmo, na punição administrativa, a motivação do ato pela autoridade julgadora assume fundamental relevância, pois é por essa forma que ficará demonstrado o correto enquadramento da falta e a dosagem adequada da pena. (...)'

Em sendo o órgão responsável pela fiscalização e controle das instituições financeiras, cumpre ao BACEN atuar com eficiência para manter a normalidade das operações financeiras.

Preconiza a Constituição Federal, no art. 174, que a liberdade de atuação das instituições privadas deve ter em mira os interesses da coletividade e o desenvolvimento equilibrado do País. Denota-se que os intermediários financeiros integrantes do sistema desempenham importante papel no plano macroeconômico traçado pela Lei Maior. Por isto, é mister que estas pessoas observem rigorosamente as regras traçadas pelo Estado, tendo em vista a confiança que deve gozar o sistema financeiro interno, sob pena de afugentar a economia popular para fora do País.

Verifico nos autos que o réu BACEN agiu nos estritos limites legais, demonstrando claramente a intenção de assegurar o equilíbrio do mercado financeiro no País. *A conduta praticada pelos réus afeta a normalidade do mercado e, por isto, classifica-se como infração grave*.

Não procede a alegação da parte autora de que o BACEN não possui competência para aplicação das penalidades em virtude de infração cometida no âmbito do sistema financeiro.

De fato, o réu exerceu seus poderes de fiscalização e de imposição de penalidades, nos termos do art. 44 da Lei nº 4.595/64 e Decreto nº 448/69, *verbis*:

'Art. 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente:

(...)

§ 4º As penas referidas nos incisos I e IV, deste artigo, serão aplicadas quando forem verificadas infrações graves na condução dos interesses da instituição financeira ou quando dá reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa.

§ 5º As penas referidas nos incisos II, III e IV deste artigo serão aplicadas pelo Banco Central da República do Brasil admitido recurso, com efeito suspensivo, ao Conselho Monetário Nacional, interposto dentro de 15 dias, contados do recebimento da notificação'

‘Art. 1º O descumprimento de normas legais ou regulamentares pelas instituições financeiras, sociedades e empresas integrantes do sistema de distribuição de titulo ou valores mobiliários, ou pelos seus agentes autônomos, contribuindo para gerar indisciplina ou para afetar a normalidade do mercado financeiro e de capitais será por decisão do Banco Central do Brasil, considerado falta grave e por ele punido com a inabilidade temporária ou permanente dos administradores ou responsáveis, independentemente da aplicação da pena de advertência e outras, capituladas nas Leis números 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 4.728 de 14 de julho de 1965. Parágrafo único. A aplicação do disposto neste artigo não exime os responsáveis de outras penas previstas na legislação em vigor.

Art. 2º A reincidência em falta grave punida na forma do artigo anterior, sujeita a pessoa física ou a empresa infratora a processo sumário de cassação do registro ou da carta-patente, e conseqüente liquidação extrajudicial, no caso de instituição financeira, independentemente da observância do que dispõe o § 9° do artigo 44 da Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964, o § 1º do artigo 4º da Lei nº 4.728 14 de julho de 1965, sem prejuízo de outras sanções previstas na legislação em vigor.

Art. 3º Das decisões do Banco Central do Brasil, relativas às penalidades previstas nos artigos 1º e 2º, caberá recurso, com efeito suspensivo, no prazo de 15 dias, ao Conselho Monetário Nacional a contar do recebimento da notificação.’

Não houve, por outro lado, ausência de imputação subjetiva na DECISÃO DIFIS - 2000/065.

A referida decisão individualizou a conduta de cada autor, conforme se pode observar dos itens 14 a 16 (fls. 75):

‘14. Com efeito, ao Diretor-Presidente (cargo ocupado pelo indiciado Benjamin Augusto Pereira de Queiroz) competia, segundo disposto no artigo 13 dos Estatutos Sociais da corretora, fixar, juntamente com os outros diretores, a política de atuação da sociedade. Ao permitir a manutenção da política comprovadamente nociva de realização das operações *day trade* em questão, por dolo ou negligência, não agiu o indigitado Diretor-Presidente em consonância com o modelo que o direito lhe prescreve, sendo possível, e mesmo devida, sua penalização.

15. Com relação ao Diretor João Augusto Pereira de Queiroz se observa o descumprimento de seus deveres estatutários, visto que, como Diretor Vice-Presidente Executivo, tinha a atribuição de superintender (o que inclui supervisionar) todos os negócios da sociedade. Por não impedir a continuidade das operações apontadas, resta clara a possibilidade de responsabilizá-lo, ainda mais quando se constata que o indiciado era também responsável técnico pela área contábil da corretora.

16. No tocante à alegação de que o Sr. Benjamin Augusto Pereira de Queíroz estava afastado das atividades cotidianas da corretora, que vinha sendo administrada pelo seu vice- presidente, Sr. João Augusto Pereira de Queiroz, tal afirmação é desacompanhada de qualquer documentação comprobatória, além do que, não foi informado ao Banco Central qualquer afastamento do diretor-presidente da corretora, de modo que perante esta Autarquia o indiciado continuava no pleno exercício de suas funções.’

É patente, portanto, que a autoridade administrativa discorreu minuciosamente acerca da responsabilidade subjetiva dos autores.

Inexiste a alegada nulidade na formação do processo administrativo, conforme os documentos juntados aos autos.
Dispõe a Lei nº 9.784/99:
'Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.
§ 1° A intimação deverá conter:
I - identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa;
II - finalidade da intimação;
III - data, hora e local em que deve comparecer;
IV - se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar;
V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;
VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.'
Não houve cerceamento de defesa. Os autores foram devidamente intimados para apresentar defesa nos autos do Processo Administrativo nº 95.00538574.
Depreende-se dos termos de fls. 60/67 que os autores foram intimados para apresentar defesa no prazo legal de 30 (trinta) dias, em razão dos seguintes fatos:
'Infração grave na condução dos negócios da Sociedade, caracterizada pela realização de prejuízos em operações de compras e concomitantes vendas ("day trade") de Bônus do Banco Central - BCC, Notas do Tesouro Nacional - NTN, Letras do Tesouro Nacional - LTN e Letras Financeiras do Tesouro do Município de São Paulo - LTMSP Tais operações fizeram parte de circuitos operacionais, nos quais os prejuízos apurados pelas instituições financeiras e do sistema de distribuição do mercado de capitais se constituíram em lucros para empresas, que mantinham esquemas para desviar esses ganhos, o que descaracteriza a normalidade das operações, contribuindo, inclusive, para gerar indisciplina no mercado financeiro.'
A exposição resumida dos fatos apurados não causou prejuízo à defesa, eis que houve indicação da fundamentação legal e as operações realizadas pela empresa administrada pelos autores foram arroladas nos respectivos termos. Além disso, o item final fez a seguinte ressalva:
'O processo administrativo ora instaurado encontra-se à disposição de V. Sa. e/ou Procurador, que dele poderão ter vista, durante o expediente normal desta Autarquia, na Divisão de Fiscalização III, à Avenida Paulista nº 1804 - 16º andar, nesta Capital.'
Ainda, os réus comprovaram que a procuradora dos autores teve vista dos autos do processo, conforme termo de fls. 643. Outrossim, houve pedido de prorrogação de prazo para apresentação de defesa, o qual foi deferido (fls. 644/648). Há comprovação, inclusive, de retirada dos autos do processo administrativo pelo procurador dos autores (fls. 650). É irrefutável, portanto, que os termos de intimação obedeceram aos ditames legais e não acarretaram nenhum prejuízo aos autores.
A Lei nº 9.784/99 estabelece critérios relativos à formalização dos atos, exigindo a observância das formalidades essenciais à garantia dos administrados (art. 2º, inciso VIII) e a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados.
Não obstante, o princípio da garantia dos administrados deve ser harmonizado com outro princípio que rege o processo administrativo. Trata-se do princípio da informalidade

ou, no dizer de Odete Medauar formalismo moderado. Isto quer dizer que deve ser afastado o excesso de formalismo na condução do processo administrativo, sob pena de impedir a finalidade pública.

Não havendo prejuízo à defesa dos litigantes, não se deve exigir formalismo exagerado dos atos praticados no processo administrativo.

No caso em exame, conforme explanado não houve descuido algum com relação às formalidades necessárias para garantir aos autores o contraditório e a possibilidade de produzir ampla defesa, tanto que obtiveram até mesmo prorrogação de prazo para apresentar suas alegações.

Ainda que houvesse inobservância a alguma formalidade legal por parte do BACEN, a nulidade estaria sanada conforme prescreve o ad. 26, § 5º, da Lei nº 9784/99, *verbis*:

'As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.' (destaquei).

Para finalizar, vale transcrever as advertências de José dos Santos Carvalho Filho a respeito da intimação dos fatos e fundamentos legais pertinentes:

'Sendo a intimação ato de ciência, não caberia o detalhamento excessivo dos fatos e fundamentos legais, já que estes já se encontram ou poderão vir a encontrar-se no processo. Desse modo, deve ser sucinta a menção aos fatos, significando estes a causa pela qual se procede à intimação. Quanto aos fundamentos legais, basta a referência ao dispositivo que serve de fundamento legal a ser referido; não o havendo, deve o administrador informar o motivo por que é feita a intimação. É importante observar, entretanto, que os requisitos para o ato de intimação no processo administrativo são apenas os elencados no art. 26, § 1º, não se podendo criar outras exigências que a lei não autorizou.'

Servindo-se das orientações do ilustre autor, conclui-se que o termo relato circunstanciado utilizado pela Resolução nº 1065/85 (atualmente Resolução nº 3192/2004), não pode ser interpretado de forma mais ampla do que o exigido pela própria lei.

O alegado pré-julgamento também não prospera, eis que os autores referem-se a mero parecer (fls. 484), sendo que houve julgamento devidamente fundamentado, rebatendo todos os argumentos da defesa.

...

Assim, não restando comprovadas as alegadas irregularidades do Processo Administrativo nº 95.00538574 e não se revelando desproporcionais, as penalidades aplicadas não merecem reparos.

(...)" (grifamos)

Destarte, à vista de toda a documentação carreada para os autos, cuja análise se renovou nesta instância, para concluir no mesmo sentido da r. sentença, de fato, não procedem os argumentos lançados pelos recorrentes, que nada acrescentaram em suas razões de apelo.

Cabe destacar, ainda, a respeito do poder disciplinar da administração, cuja característica é a discricionariedade, quanto à ausência de vinculação a prévia definição da lei sobre a infração funcional e respectiva sanção e, nos termos do ensinamento de Hely Lopes Meirelles *in Direito Administrativo Brasileiro,* 23ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros

Editores, págs. 109/110, “não se aplica ao poder disciplinar o princípio da pena específica que domina inteiramente o Direito Criminal comum, ao afirmar a inexistência da infração penal sem prévia lei que a defina e apene: ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’. Esse princípio não vigora em matéria disciplinar. O administrador no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do infrator em relação ao serviço e verificando a falta, aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas.”

Ante o exposto, nego provimento ao apelo dos autores, para manter a r. sentença, nos termos supracitados.

É como voto.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0002501-60.2008.4.03.6002
(2008.60.02.002501-2)

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA, FRANCISCO SEIKI ARAKAKI E VALTER ARAKAKI
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE DOURADOS - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: ApelReex 1442686
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/07/2011

EMENTA

ADMINISTRATIVO. COMUNIDADE REMANESCENTE DE QUILOMBO. ATO ADMINISTRATIVO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE. TÍTULO RATIFICATÓRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. VALIDADE. DECADÊNCIA. PRESUNÇÃO "JURIS TANTUM" DO REGISTRO.

1. O ato administrativo goza de presunção de legitimidade e veracidade, justificando-se a pretensão do INCRA de investigar se a área é ou não remanescente de quilombos, pois em decorrência desse atributo presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Também se presume verossímil o "título ratificatório" emitido pelo INCRA aos particulares, mas o processo que o antecede tem por objetivo verificar questões de segurança nacional e agrárias, de modo a verificar se o imóvel cumpre as determinações do Estatuto da Terra e se está apto a cumprir a função social da propriedade.

2. Inexistente nos autos prova inequívoca de que a área objeto de litígio pertence ou não à comunidade quilombola, é injustificável a alegação de nulidade do procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT, regulamentado pelo decreto nº 4.887/2003.

3. Deflagrado o processo administrativo, a questão será analisada em todo o seu aspecto, com a devida observância do contraditório e da ampla defesa, quando então poderá se definir se o imóvel integra ou não a comunidade quilombola. Precedente do E. TRF da 5ª Região.

4. O decreto nº 4.887/2003, art. 17, incorporou ao ordenamento jurídico pátrio os caracteres da inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade das terras remanescentes das comunidades de quilombos. Seja por expressa previsão formal na legislação, seja porque a Constituição explicitamente diz ser dever do Estado a emissão dos títulos de propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades dos quilombos (ADCT, art. 68), não há que se falar em decadência do direito dos quilombolas de reaverem as terras.

5. O registro do título translativo no Registro de Imóveis não gera presunção absoluta do direito real de propriedade, apenas relativa (CC/1916, art. 527 e CC/2002, art. 1.231). Na hipótese dos autos, não há que se apegar ao fato de haver título ratificatório com força de escritura pública outorgado pelo INCRA à particular em 1983, para retirá-lo do domínio público. Mesmo que os particulares sejam portadores de título, ele poderá ser inoponível à União, mesmo sendo a transcrição

imobiliária muito antiga, uma vez que a titularidade de áreas remanescentes de quilombos tem natureza originária.

6. É indevido excluir do processo administrativo nº 54.290.000373/2005-12 o imóvel em litígio, sendo devido aguardar a deflagração de regular processo administrativo no qual poderá se definir se o imóvel integra ou não terra remanescente das comunidades quilombolas, inclusive para fins do art. 68 do ADCT.

7. Preliminares rejeitadas. Apelação do INCRA a que se dá provimento. Apelação de Francisco Seiki Arakaki e Valter Arakaki a que se nega provimento. Decisão de concessão de tutela antecipada suspensa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, REJEITAR as preliminares, DAR PROVIMENTO à apelação do INCRA, NEGAR PROVIMENTO a apelação de Francisco Seiki Arakaki e Valter Arakaki, invertendo a sucumbência, bem como determinar o reembolso das custas processuais e, por conseguinte, SUSPENDER a decisão de concessão de tutela antecipada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de junho de 2011.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Trata-se de apelações interpostas contra a sentença proferida de fls. 1.988/1.994, que determinou que o INCRA excluísse do processo administrativo nº 54.290.000373/2005-12, que versa sobre a regularização fundiária de área tida por ocupada por remanescentes de quilombos, o imóvel de propriedade dos autores, objeto das matrículas nº 30.787 e nº 60.062 do Cartório de Registro de Imóveis de Dourados.

Entendeu o d. magistrado que a área do aludido imóvel não pode ser considerada como terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Diante disso, condenou a autarquia federal ao pagamento de honorários de advogado, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), à luz do art. 20, § 4º do CPC, bem como ao reembolso das custas. Tendo entendido estarem presentes os pressupostos necessários, o d. magistrado antecipou os efeitos da tutela.

Apelação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA (fls. 2.030/2.054):

Primeiramente, com fundamento no art. 520 ou subsidiariamente no art. 558, parágrafo único do CPC, o apelante pede que a apelação seja recebida em seu duplo efeito, devendo a determinação do dispositivo da r. sentença ficar suspensa. Em sede de preliminar, suscita falta de interesse de agir, sob o argumento de que o processo demarcatório encontra-se em fase inicial, não se podendo afirmar que os imóveis dos autores serão abrangidos na área pleiteada pela comunidade quilombola, tendo sido ressaltado que as tentativas de notificação dos autores foram infrutíferas.

No mérito, sustenta que não há que se falar em decadência do direito de reaver as

terras de quilombolas, pois são inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis (decreto nº 4.887/2003, art. 17), e o art. 68 do ADCT encerra verdadeiro direito fundamental constitucionalmente protegido. Aduz que a comunidade quilombola cujos direitos devem ser reconhecidos pelo processo administrativo é formada pelos descendentes de Dezidério Felipe de Oliveira. Sustenta a validade do processo, que observou todas as regras para seu desenvolvimento, inexistindo qualquer questionamento de que o procedimento adotado teria sido de alguma forma irregular. Afirma que mesmo que ratificado o mencionado título aos autores, os imóveis em questão podem sim ser afetados aos interesses dos quilombolas. Ainda, contesta os honorários advocatícios, pleiteando sua redução, bem como a exclusão da condenação em custas processuais, das quais o INCRA está isento (lei nº 9.289, art. 4º). Por fim, alega que é incabível o deferimento da tutela antecipada no caso em tela.

Apelação de Francisco Seiki Arakaki e Valter Arakaki (fls. 2.056/2.067):

Os apelantes requerem seja declarada a nulidade absoluta do processo administrativo em comento, não se resignando com a exclusão de seus imóveis. Sustentam seu pleito na alegação de que a r. sentença é omissa ao não apreciar questões relevantes suscitadas pelos apelantes, quais sejam:

a) se o INCRA pode declarar a ocupação de quilombolas em terras particulares, desafetadas da presença de quilombolas e desabitadas de remanescente de quilombolas,

b) se o decreto nº 4.887/2003 e a instrução nº 49 que o normativa possuem o condão de regularizar terras que já possuem título de domínio,

c) se o decreto nº 4.887/2003 e a instrução nº 49 são constitucionais em relação às terras de domínio e de posse de particulares,

d) se o INCRA pode instruir o procedimento de regularização de terras em favor das comunidades de remanescentes de quilombolas só contra terras públicas da União habitadas por comunidades de remanescentes de quilombolas,

e) se o procedimento serve para anular título de domínio particular,

f) se o apelado tem legitimidade para promover procedimento administrativo de regularização de terras de comunidades de remanescentes de quilombolas contra terras particulares dos apelantes.

Contrarrazões de apelação de Francisco Seiki Arakaki e Valter Arakaki (fls. 2.074/2.081).

Contrarrazões de apelação do INCRA (fls. 2.086/2.097).

O Ministério Público manifesta-se para que seja conhecida e provida a apelação do INCRA e conhecida e desprovida a apelação interposta por Francisco Seiki Arakaki e Valter Arakaki (fls. 2.104/2.107).

É o relatório.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

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

As preliminares alegadas não merecem acolhida.

A concessão de duplo efeito à apelação, aduzida pela entidade autárquica, deve ser afastada, pois o art. 520 do CPC expressamente excepciona a regra segundo a qual a apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, quando interposta de

sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela (inciso VI), tal como ocorreu na hipótese dos autos.

A preliminar de falta de interesse processual, também suscitada pelo INCRA, deve ser afastada, pois embora o processo demarcatório esteja em seu início e os particulares não tenham sido efetivamente notificados, pende sobre eles o receio de perda da propriedade, de modo que tal circunstância lhes confere legitimidade e interesse em pleitear a proteção em comento.

A alegação dos particulares de que a r. sentença é omissa ao não apreciar questões relevantes suscitadas pelos apelantes também deve ser afastada, eis que o d. magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações apresentadas pelas partes, mas as pertinentes e necessárias à sua decisão, do que se conclui que não há irregularidade a ser sanada nesse aspecto.

Dos fundamentos expostos pelo MM. Juiz Federal decorreu de modo lógico suas conclusões que, entretanto, não se deram nos moldes como pretendiam os particulares, daí sua irresignação.

Especificamente no tocante ao pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade do decreto nº 4.887/2003, requerido quando da impugnação à contestação (fls. 1.905/1.911), além de carecer de subsistência material, não atende às regras formais, uma vez que não delimitou os dispositivos do referido decreto que deveriam ser declarados inconstitucionais, nem mencionou quais normas constitucionais estariam sendo violadas.

Dessa forma, rejeitadas as preliminares arguidas.

No mérito, a r. sentença merece reforma.

Na r. sentença, o d. magistrado entendeu que decorridos mais de 25 anos da expedição do "título ratificatório" emitido pelo INCRA, e mais de 17 anos que os particulares são proprietários de suas terras, o INCRA não pode adotar processo administrativo visando rever/anular o ato ("título ratificatório") em desfavor do direito de propriedade dos particulares, colimando caracterizar as terras como sendo áreas remanescentes das comunidades dos quilombos.

Nesse sentido, entendeu o MM. Juiz que a Constituição não qualificou as terras remanescentes das comunidades de quilombos como "inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis", tal como fez com terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas (art. 231, § 4º), razão pela qual não há impedimento para o reconhecimento da decadência no caso concreto.

Não compartilho, no entanto, desse entendimento, eis que acredito que o enquadramento ou não da área questionada como remanescente de comunidade de quilombos depende da colheita de provas no aludido procedimento administrativo sob o abrigo dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Como se sabe, o ato administrativo goza de presunção de legitimidade e veracidade, pelo que, em decorrência desse atributo se presumem verdadeiros os fatos alegados pela Administração, justificando-se a pretensão do INCRA de investigar se a área é ou não remanescente de quilombos. Obviamente por esse mesmo princípio, presume-se verdadeiro o "título ratificatório" emitido pelo INCRA (fls. 225/226) aos particulares.

Porém, tal como alegado pelo INCRA, a ratificação do título das alienações e concessões de terras devolutas na faixa de fronteiras tem o objetivo de verificar questões de segurança nacional e agrárias, de modo a verificar-se se o imóvel cumpre as determinações do Estatuto da Terra e se está apto a cumprir a função social da propriedade.

Nesse sentido são os requisitos exigidos pelo decreto-lei nº 1.414/1975, que regulamenta o processo de ratificação das concessões e alienações de terras devolutas na Faixa de Fronteiras:

> "*Art. 4º* - A ratificação será precedida de processo administrativo, através do qual o INCRA examinará. (Redação dada pela Lei nº 6.925, de 1981)
> *I* - quando se tratar de imóvel rural: (Redação dada pela Lei nº 6.925, de 1981)
> *a)* se foram cumpridas as cláusulas constantes do título de alienação ou concessão; (Incluída pela Lei nº 6.925, de 1981)
> *b)* se, no caso do § 2º do artigo anterior, as frações não são inferiores ao módulo de exploração indefinida, previsto para a região, salvo se o parcelamento antecedeu a 1º de janeiro de 1967; (Incluída pela Lei nº 6.925, de 1981)
> *c)* se o imóvel está sendo explorado, não se exigindo a condição de morada habitual; (Incluída pela Lei nº 6.925, de 1981)
> *II* - quando se tratar de áreas ocupadas ou que vierem a ser ocupadas por vilas, povoados e adensamentos urbanos, se as terras perderam sua vocação agrícola ou se destinam ao aproveitamento urbano. (Redação dada pela Lei nº 6.925, de 1981)"

Com efeito, a matéria não é objeto de prova pré-constituída, não havendo nos autos qualquer laudo antropológico ou equivalente comprovando que os remanescentes de quilombos não ocuparam historicamente a área hoje ocupada pelos autores. Ao contrário, às fls. 962/1274, consta dos autos "Relatório Antropológico de Identificação e Delimitação da Comunidade Quilombola Dezidério de Oliveira (Dourados - MS)", de setembro de 2007, com as seguintes conclusões:

> "Considerando que:
> *1)* houve um esbulho das terras do ex-escravo Dezidério Felipe de Oliveira, as quais constituem o território quilombola e que essas terras são em parte habitadas em caráter permanente por 37 pessoas descendentes diretos do ex-escravo;
> *2)* essas terras são utilizadas pela comunidade para desenvolver as atividades produtivas e são imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dessa comunidade; e
> *3)* todo território é necessário para a reprodução física e cultural das famílias quillombolas que moram dentro quanto fora do território quilombola; faz-se necessário que o território da Comunidade Quilombola Dezidério Felipe de Oliveira seja demarcado com 3.916,2762 ha. Essa metragem compreende totalmente a área do ex-escravo Dezidério Felipe de Oliveira".
> (fls. 1.259/1.260).

Dessa maneira, inexistindo nos autos prova inequívoca de que a área objeto de litígio pertence ou não à comunidade quilombola, os particulares não conseguem provar suas assertivas, nem elidir a presunção que milita em favor da Administração. Somente a instrução poderá eventualmente constituir a prova de que necessita a autora.

Não se justifica, assim, a alegação de nulidade do procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata ao art. 68 do ADCT, regulamentado pelo decreto nº 4.887/2003.

Tais dispositivos garantem verdadeiro direito fundamental, assegurando a sobrevivência de grupos étnico-raciais dotados de cultura e identidade étnica próprias e relações territoriais específicas, ligados por seus costumes e tradições. Como seu passado foi marcado por resistência e opressão histórica, se inexistentes garantias como essa de proteção dos territórios em que estão assentados, tenderiam a desaparecer, dispersados e absorvidos pela sociedade envolvente.

Ora, estando pendentes estudos para definir a fixação dos limites da área reivindicada como remanescente de quilombos, sendo o domínio sobre a área ocupada pelos quilombolas direito fundamental reconhecido pelo art. 68 do ADCT e, procurando-se evitar prejuízos irreparáveis a cerca de 37 pessoas descendentes diretos do ex-escravo, cf. Relatório Antropológico, evidencia-se mais prudente que se aguarde o regular processo administrativo.

Deflagrado o processo administrativo - ainda hoje em fase inicial, de notificação - , a questão será analisada em todo o seu aspecto, com a devida observância do contraditório e da ampla defesa, quando então, poderá se definir se o imóvel integra ou não a comunidade quilombola, se pertenceram ou não ao ex-escravo Dezidério Felipe de Oliveira. O E. Tribunal Regional Federal da 5ª Região assim já decidiu, em caso análogo:

> "*EMENTA*: CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REMANESCENTES DE COMUNIDADE DE QUILOMBOS. PROPRIEDADE. POSSE.
> I. Estando pendentes estudos para definir a fixação dos limites da área reivindicada como remanescente de quilombos, sendo o domínio sobre a área ocupada pelos quilombolas direito fundamental reconhecido pelo art. 68 do ACDT e, procurando-se evitar prejuízos irreparáveis a acerca de 153 famílias que ocupam o imóvel, *faz-se necessário aguardar o julgamento da ação principal onde a questão será analisada em todo o seu aspecto, com a devida observância do contraditório e da ampla defesa, quando então, poderá se definir se o imóvel integra ou não a comunidade quilombola, não sendo razoável, em sede de liminar, determinar a retirada das famílias alojadas na terra em ação de reintegração de posse.*
> II. Agravo de instrumento provido. Pedido de reconsideração não conhecido por prejudicado."
> (AG 200905000987596, Agravo de Instrumento - 102040, Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5, Quarta Turma, DJE - Data: 06/05/2010 - Página: 685, grifei)

O processo administrativo *per se* em nada altera a situação jurídica dos autos - a posse e a propriedade dos autores - mas é fundamental para se averiguar a verdade dos fatos.

Cumpre assinalar, por fim, que embora os caracteres da inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade das terras remanescentes das comunidades de quilombos não advenham expressamente do texto constitucional, esses requisitos foram expressamente incorporados pelo ordenamento jurídico pátrio quando da edição do decreto nº 4.887/2003, especialmente do seu art. 17, *in verbis*:

> "*Art. 17*. A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º,

caput, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.
Parágrafo único. As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas."

Seja por expressa previsão formal na legislação, seja porque a Constituição explicitamente diz ser dever do Estado a emissão dos títulos de propriedade definitiva aos remanescentes das comunidades dos quilombos (ADCT, art. 68), não há que se falar em decadência do direito dos quilombolas de reaverem as terras. Acaso por regular processo administrativo se comprove tratar-se de área remanescente das comunidades quilombolas, os interessados terão a sua disposição os meios judiciais contra essa decisão, inclusive com vistas a eventualmente serem indenizados pelo título que possuem.

Vale ressaltar ainda que no direito brasileiro o registro do título translativo no Registro de Imóveis não gera presunção absoluta do direito real de propriedade, apenas relativa (CC/1916, art. 527 e CC/2002, art. 1.231). Com efeito, o nosso direito positivo seguiu o sistema da simples publicidade, adotando a presunção "juris tantum" da propriedade em favor da daquele em cujo nome estiver transcrito o título, desde que o título seja legítimo.

Portanto, na hipótese dos autos, não há que se apegar ao fato de haver título ratificatório com força de escritura pública outorgado pelo INCRA à particular em 1983 (fls. 225/226), para retirá-lo do domínio público. Mesmo que os particulares sejam portadores de título, ele poderá ser inoponível à União, mesmo sendo a transcrição imobiliária muito antiga, uma vez que a titularidade de áreas remanescentes de quilombos tem natureza originária.

Por fim, cumpre notar que a r. sentença acabou por conferir maior valor e peso ao direito de propriedade, tornando-o absoluto, quando o deslinde da questão requer sopesamento entre diferentes e importantes direitos. Nesse sentido é o parecer do Ministério Público:

"De tudo o que vem de ser escrito pode-se afirmar que o sopesamento, que conduz a um juízo médio, representado por uma decisão judicial que preserve tanto um quanto outro direito fundamental, é o mais adequado à solução do conflito entre direitos fundamentais que se apresente neste recurso, evitando-se, assim, a absolutização do direito de propriedade, em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana, pois que nenhum direito fundamental é absoluto".
(Parecer Ministério Público, fls. 2.104/2.107).

Diante disso, entendo que não é razoável, especialmente em sede de liminar como fez o d. magistrado, excluir do processo administrativo nº 54.290.000373/2005-12 o imóvel em litígio, objeto das matrículas nº 30.787 e nº 60.062 do Cartório de Registro de Imóveis de Dourados. Após regular processo administrativo poderá se definir se o imóvel integra ou não terra remanescente das comunidades quilombolas, inclusive para fins do art. 68 do ADCT.

Em vista da conclusão de que na hipótese dos autos é regular o prosseguimento do processo administrativo nº 54.290.000373/2005-12, resta prejudicado o conhecimento da questão trazida por Francisco Seiki Arakaki e Valter Arakaki, relativa à declaração de

nulidade absoluta do processo administrativo em comento, não apenas de seus imóveis. Restam também prejudicadas as questões relativas à isenção da autarquia do pagamento das custas processuais e a redução das verbas honorárias.

Com tais considerações, REJEITO as preliminares, DOU PROVIMENTO à apelação do INCRA e NEGO PROVIMENTO à apelação de Francisco Seiki Arakaki e Valter Arakaki. E, por conseguinte, SUSPENDO a decisão de concessão de tutela antecipada.

Face à inversão da sucumbência na hipótese dos autos, deverão os particulares arcar com o ônus de pagar os honorários advocatícios, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como ao reembolso das custas processuais.

É como voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0026616-11.2009.4.03.6100
(2009.61.00.026616-8)

Apelante: CARLOS JOSÉ DA COSTA DURAN
Apelado: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREMESP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 19ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: AC 1640328
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/07/2011

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. CURSO DE MEDICINA. DIPLOMA OBTIDO NA VIGÊNCIA DO DECRETO Nº 3.007/99. DIREITO ADQUIRIDO. INOCORRÊNCIA. CONVENÇÃO REGIONAL SOBRE O RECONHECIMENTO DE ESTUDOS, TÍTULOS E DIPLOMAS DE ENSINO SUPERIOR NA AMÉRICA LATINA E NO CARIBE. DECRETO LEGISLATIVO Nº 66/77. DECRETO EXECUTIVO Nº 80.419/77. *STATUS* DE LEI ORDINÁRIA. NÃO REVOGAÇÃO PELO DECRETO Nº 3.007/99. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA VALIDAÇÃO AUTOMÁTICA DE DIPLOMA OBTIDO NO EXTERIOR.
I - O registro de diplomas expedidos por entidades de ensino estrangeiras subsume-se ao regime jurídico vigente à data da sua expedição e não à data do início do curso a que se referem. Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.
II - Conclusão do Curso de Medicina pelo Autor em 16.03.2001, sob a vigência do Decreto nº 3.007/99 e da Lei nº 9.394/96. Inocorrência de direito adquirido.
III - Os tratados ou convenções internacionais situam-se nos mesmos planos de validade, eficácia e autoridade em que se posicionam as leis ordinárias. Inteligência do art. 84, incisos VII e VIII, combinado com o art. 49, inciso I, ambos da Constituição Federal de 1988.
IV - Impossibilidade do Decreto nº 3.007/99 revogar o Decreto nº 80.419/77, por se tratar de norma de hierarquia inferior.
V - A Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe encontra-se em vigor, tanto à luz dos princípios de direito constitucional quanto dos princípios de direito internacional.
VI - É defeso o reconhecimento automático de diplomas obtidos no exterior, sem os anteriores procedimentos administrativos de revalidação de diploma previstos na Lei nº 9.394/96, porquanto, nos termos do art. 5º da referida convenção, esta tem somente conteúdo programático, objetivando a criação pelos Estados signatários de mecanismos para agilizar e simplificar, na medida do possível, o reconhecimento dos diplomas obtidos no exterior, não havendo autorização, em nenhum dos seus dispositivos, para o imediato reconhecimentos de tais diplomas sem prévio procedimento administrativo de revalidação.
VII - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a

Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de julho de 2011.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Trata-se de ação ajuizada em 16.12.2009, sob o rito ordinário, por *CARLOS JOSÉ DA COSTA DURAN*, contra o *CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO*, com pedido de antecipação de tutela, objetivando seja declarado válido seu diploma, independentemente de qualquer condição, exame ou revalidação, bem como a efetivação da inscrição ou registro definitivo do Autor nos quadros do Réu.

Afirma o Autor ter se formado em Medicina pela "Universidad Mayor Real Y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca", em 16 de março de 2001, em Sucre, na República da Bolívia.

Acrescenta que, ao retornar ao Brasil descobriu ser necessário a revalidação de seu diploma para que pudesse exercer sua profissão.

Aduz, outrossim, que o Brasil foi signatário de pelo menos dois acordos internacionais que estabeleceram regras que disciplinam diretamente a questão em análise.

O primeiro é o Convênio de Intercâmbio Cultural Brasil e Bolívia, promulgado pelo Decreto nº 6.759, de 20 de janeiro de 1941, em que as partes contratantes, com o propósito de fomentar o intercâmbio intelectual e científico entre os dois países e de facilitar os estudos de universitários e profissionais brasileiros e bolivianos, celebraram o acordo.

O segundo, mais específico e abrangente, disciplina o reconhecimento de estudos, títulos e diplomas de ensino superior na América Latina e no Caribe, e esta convenção foi promulgada pelo Decreto nº 80.419, de 27 de setembro de 1977, que teria sido irregularmente revogado pelo Decreto nº 3.007/99, em 30 de março de 1999.

Sustenta que o Decreto nº 3.007/99 não é instrumento válido para revogar Tratado ou Convenção Multilateral, por não se tratar de norma de mesma hierarquia.

Desse modo, entende o Autor que, tendo em vista a efetiva vigência do referido Tratado, tanto no Brasil como na Bolívia, de acordo com as disposições do mesmo e de nosso ordenamento jurídico, não há como negar a existência de seu direito de ver reconhecida, incondicionalmente, a validade de seu diploma.

Pondera, por fim, que, não existindo lei ordinária que estabeleça qualquer requisito ou que condicione a inscrição dos médicos formados no Brasil nos quadros do CREMESP, à realização ou aprovação em qualquer exame, não há como negar tal registro ao médico formado no exterior, em face do princípio da isonomia (fls. 02/26).

À inicial foram acostados os documentos de fls. 27/114.

A antecipação dos efeitos da tutela foi indeferida (fls. 117/119).

O pedido foi julgado improcedente, condenando-se o Autor ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (fls. 203/205).

O Autor interpôs, tempestivamente, recurso de apelação, postulando a reforma da sentença, reiterando os argumentos deduzidos na inicial (fls. 207/231).

Com contrarrazões (fls. 233/244), subiram os autos a esta Corte.
Dispensada a revisão, na forma regimental.
Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): A pretensão consiste na inscrição do Autor no Conselho Regional de Medicina, sem qualquer exigência ou condição, tendo em vista o teor e a vigência da Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 66/77 e incorporada ao ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto Executivo nº 80.419/77.

Por primeiro, consoante jurisprudência pacificada no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o registro de diplomas expedidos por entidades de ensino estrangeiras subsume-se ao regime jurídico vigente à data da sua expedição e não à data do início do curso a que se referem.

Nessa linha, confira-se os julgados da mencionada Corte Superior:

"ADMINISTRATIVO - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - REGISTRO DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR OBTIDO NO EXTERIOR - REVALIDAÇÃO.
1. A jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de que inexiste direito adquirido à revalidação automática de diploma expedido por universidade estrangeira quando a diplomação ocorreu na vigência do Decreto 3.007/99, que passou a exigir prévio processo de revalidação, segundo o regime previsto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação - Lei 9.394/96 (art. 48, § 2º).
2. Agravo regimental não provido."
(STJ - 2ª Turma, AgRg no Ag 976.661/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 22/04/2008, DJ de 09/05/2008).

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ENSINO. CURSO SUPERIOR REALIZADO NO EXTERIOR. EXIGÊNCIA DE REVALIDAÇÃO DO DIPLOMA POR UNIVERSIDADE PÚBLICA BRASILEIRA. DIREITO ADQUIRIDO. INOCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. SIMPLES TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS. ARTIGO 273 DO CPC. VEDAÇÃO DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7 DO STJ.
(...)
2. O direito adquirido conforme cediço configura-se no ordenamento jurídico pátrio quando incorporado definitivamente ao patrimônio do seu titular.
3. Sobrevindo novel legislação, o direito adquirido restará caracterizado acaso a situação jurídica já esteja definitivamente constituída na vigência da norma anterior, não podendo ser obstado o exercício do direito pelo seu titular, que poderá, inclusive, recorrer à via judicial.
4. *In casu*, inocorreu a constituição definitiva da situação jurídica ensejadora do pretenso direito adquirido do recorrido pelo fato de ter iniciado o curso de medicina no Equador quando a lei brasileira não exigia a revalidação do diploma obtido

> no exterior, sendo certo que alteração da legislação ocorreu antes da conclusão, momento em que lhe seria permitido o exercício do direito à automática revalidação. Precedentes: REsp 849437/RO DJ 23.10.2006; RMS nº 16.268/GO, DJ de 19/06/2006 e RMS nº 13.412/PR, DJ de 12/06/2006.
> (...)
> 8. Recurso Especial provido."
> (STJ - 1ª Turma, REsp 762.707/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 14/08/2007, DJ 20/09/2007 p. 225).

No caso em tela, conforme afirmado na inicial, o Autor concluiu seu curso de medicina em 16 de março de 2001, já sob a vigência do Decreto nº 3.007/99 e da Lei nº 9.394/96, não havendo se falar, assim, em direito adquirido.

Todavia, cumpre ressaltar que para o deslinde da controvérsia, não importa a data de obtenção do diploma estrangeiro: a uma, porquanto a mencionada Convenção não foi revogada pelo Decreto nº 3.007/99, permanecendo em vigor, portanto; e, a duas, porque o referido acordo não contempla a hipótese de validação automática, conforme a seguir fundamentado.

Consoante o art. 84, incisos VII e VIII, combinado com o art. 49, inciso I, ambos da Constituição Federal de 1988, a incorporação de norma convencional internacional ao sistema jurídico pátrio depende da vontade tanto do Poder Executivo quando do Poder Legislativo. Assim, após a edição de Decreto Legislativo (no caso em tela, o Decreto nº 66/77), que ratifica o texto convencional, é promulgado Decreto Executivo (na hipótese, o Decreto nº 80.419/77), colocando em vigor a norma no sistema jurídico brasileiro.

Outrossim, a doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que, após incorporados ao ordenamento jurídico nacional, os tratados ou convenções internacionais situam-se nos mesmos planos de validade, eficácia e autoridade em que se posicionam as leis ordinárias.

Verifica-se, do acima exposto, a impossibilidade de um decreto, no caso, o Decreto nº 3.007/99, revogar a mencionada Convenção, face ao princípio da legalidade, por se tratar aquele de norma de hierarquia inferior.

Desse modo, referida Convenção Regional encontra-se em vigor, tanto à luz dos princípios de direito constitucional quanto dos princípios de direito internacional.

Por outro lado, ainda que a Convenção em tela esteja em vigor, não está autorizada ao Autor a revalidação automática de seu diploma.

Com efeito, dispõe o art. 5º, da mencionada Convenção, *in verbis*:

> "Art. 5º Os Estados Contratantes se comprometem a adotar as medidas necessárias para tornar efetivo, o quanto antes possível, para efeito de exercício de profissão, o reconhecimento dos diplomas, títulos os graus de educação superior permitidos pelas autoridades competentes de outro dos Estados Contratantes."

Constata-se da leitura desse dispositivo que o preceito normativo em comento tem somente conteúdo programático, objetivando a criação pelos Estados signatários de mecanismos para agilizar e simplificar, na medida do possível, o reconhecimento dos diplomas obtidos no exterior, não havendo autorização, em nenhum dos seus dispositivos, para o imediato reconhecimento de diplomas estrangeiros.

Destarte, é defeso o reconhecimento automático de diplomas obtidos no exterior, sem os anteriores procedimentos administrativos de revalidação de diploma previstos na Lei de Diretrizes e Bases, Lei nº 9.394/96.

Nesse sentido, registro julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, em acórdãos assim ementados:

> "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ENSINO SUPERIOR. CURSO DE MEDICINA. CONVENÇÃO REGIONAL SOBRE O RECONHECIMENTO DE ESTUDOS, TÍTULOS E DIPLOMAS DE ENSINO SUPERIOR NA AMÉRICA LATINA E NO CARIBE. NÃO REVOGAÇÃO DO DECRETO Nº 80.419/77 PELO DECRETO Nº 3.007/99. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA VALIDAÇÃO AUTOMÁTICA DE DIPLOMA OBTIDO NO EXTERIOR. NORMA DE CUNHO MERAMENTE PROGRAMÁTICO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 44 DA LEI Nº 9.474/97. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ.
> 1. Caso em que se alega ocorrência de erro material na decisão recorrida, haja vista que o agravante foi graduado no ano de 1998, antes da vigência do Decreto nº 3.007/99, que teria revogado a Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Diploma de Ensino Superior na América Latina e no Caribe, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 66/77 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 80.419/77, fazendo jus, portanto, à revalidação automática de seus títulos; bem como ocorrência do fato consumado, visto que exerce a atividade de médico desde a concessão da tutela antecipada; e que estaria no Brasil na condição de refugiado.
> 2. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõe a Primeira Seção firmou entendimento de que a Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe, incorporada ao ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto nº 80.419/77, não foi, de forma alguma, revogada pelo Decreto nº 3.007, de 30 de março de 1999. Isso porque o aludido ato internacional foi recepcionado pelo Brasil com *status* de lei ordinária, sendo válido mencionar, acerca desse particular, a sua ratificação pelo Decreto Legislativo nº 66/77 e a sua promulgação através do Decreto nº 80.419/77. Dessa forma, não há se falar na revogação do Decreto que promulgou a Convenção da América Latina e do Caribe em foco, pois o Decreto nº 3.007/99, exarado pelo Sr. Presidente da República, não tem essa propriedade. Precedente do STF: ADI 1.480 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 18/5/2001.
> 3. A Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe não confere o direito à validação automática de diplomas obtidos no exterior. Essa é a exegese que se infere da leitura atenta do artigo 5º da indigitada Convenção.
> 4. Dessarte, ressoa inequívoco que o preceito normativo em comento é, tão somente, programático e, nesse sentido, sugere que os Estados signatários criem mecanismos simples e ágeis para o reconhecimento dos diplomas obtidos no exterior.

5. Ademais, a referida Convenção, em nenhum dos seus dispositivos, autoriza o imediato reconhecimento de diplomas estrangeiros sem prévio procedimento administrativo de revalidação.
6. Logo, é defeso o reconhecimento automático de diplomas obtidos no exterior sem o anterior procedimento administrativo de revalidação, consoante determina a Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96), em seu art. 48, § 2º Precedente: REsp 939.880/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 29 de outubro de 2008.
(...)"
(STJ, 1ª Turma, AGREsp 1137209, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 17.06.2010, DJE de 29.06.2010).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - EFEITOS DA REVELIA - MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA - SÚMULA 211/STJ - REGISTRO DE DIPLOMA DE MEDICINA OBTIDO NO EXTERIOR - TÉRMINO DO CURSO NA VIGÊNCIA DO DECRETO 3.007/99 - REVALIDAÇÃO - NECESSIDADE.
1. Impossível a esta Corte emitir juízo de valor sobre tese que não foi objeto de prequestionamento pelo Tribunal de origem, apesar da oposição de embargos declaratórios. Aplicação da Súmula 211/STJ.
2. O Decreto 3.007/99 não tem condão de revogar a Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e Caribe (Decreto Presidencial 80.419/77), que, após a conclusão do iter procedimental de sua incorporação no sistema jurídico nacional, apresenta estatura de lei ordinária. Alteração de orientação jurisprudencial desta Corte.
3. O fato de ainda estar em vigor não garante o reconhecimento automático do diploma estrangeiro, sem os procedimentos administrativos de revalidação de diploma previstos na Lei de Diretrizes e Bases, Lei 9.394/96, pois a própria Convenção em nenhum dos seus artigos traz esta previsão.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido."
(STJ, 2ª Turma, REsp 1128810, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 17.11.2009, DJE de 02.12.2009).

"DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. REVALIDAÇÃO AUTOMÁTICA DE DIPLOMA OBTIDO NO EXTERIOR. CONVENÇÃO REGIONAL SOBRE O RECONHECIMENTO DE ESTUDOS, TÍTULOS E DIPLOMAS DE ENSINO SUPERIOR NA AMÉRICA LATINA E CARIBE. DECRETO LEGISLATIVO 66/77. DECRETO EXECUTIVO 80.419/77. DECRETO 3.007/99. DIREITO ADQUIRIDO. NÃO CONFIGURADO. OFENSA AO LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. INEXISTENTE.
1. A Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 66/77, bem como pelo Decreto do Chefe do Poder Executivo nº 80.419/77, foi regularmente incorporada à ordem jurídica interna, conquanto cumprido rigorosamente o iter procedimental de incorporação.
2. Consagrado o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que 'os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de

eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes.' (ADI nº 1.480 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ, 18.05.2001).
3. Portanto, referida Convenção Regional não poderia mesmo ter sido revogada, como de fato não foi, pelo Decreto nº 3.007, de 30 de março de 1999, emanado do Chefe do Poder Executivo, conquanto, de elementar sabença que uma espécie normativa apenas resta revogada por outro de igual ou superior hierarquia.
4. Todavia, ao lado da aplicação restrita no país de suas disposições, em face da exigência tradicional de verificação de qualidade e adequação do ensino oferecido em outros países para fazer frente ao conteúdo do currículo mínimo exigido pelo Conselho Federal de Educação, a verdade é que em nenhum de seus dispositivos referida Convenção autoriza o reconhecimento automático de diplomas expedidos por universidades estrangeiras, sem o crivo do prévio procedimento administrativo de convalidação.
5. O Decreto nº 80.419/1977, no seu artigo 5º, apenas dispõe que os Estados signatários se comprometem a envidar esforços, adotando as medidas necessárias, para tornar efetivo e célere, para efeito de exercício de profissão, o reconhecimento dos diplomas, títulos os graus de educação superior emitidos pelas autoridades competentes de outro Estado Contratante.
6. Trata-se, pois, de norma meramente programática, traçando apenas as diretrizes para a atuação futura dos respectivos Estados Contratantes, propondo, pois, que esses adotem as medidas necessárias para agilizar, da forma mais eficaz possível, o efetivo reconhecimento de diplomas expedidos por outro Estado signatário da Convenção.
7. De fato, em face do ordenamento jurídico brasileiro, inexiste direito adquirido de se obter o registro automático de diploma obtido no exterior, independentemente de processo de revalidação, tendo em vista que a referida Convenção não se presta para tanto, não possuindo caráter cogente, nesse ponto.
8. Aliás, cabe anotar, ainda, que não há direito adquirido a regime jurídico, devendo o processo administrativo de convalidação do diploma obtido no exterior ser regulado pela norma vigente à data de sua expedição e não à data de início do curso a que se refere.
9. Ademais, registre-se, ainda, que referido procedimento não implica violação ao livre exercício de profissão, pois, a fruição da garantia constitucional pressupõe o cumprimento dos requisitos previstos em lei.
10. Em suma, necessário se faz a instauração do procedimento administrativo de revalidação dos diplomas obtidos em universidades estrangeiras, ainda que expedidos por Estados signatários da referida Convenção, nos termos previstos na Lei de Diretrizes e Bases, Lei nº 9.394/96, posto que, ao contrário do que quer fazer crer a apelada, tal diploma legal nunca conferiu direito à revalidação automática de tais diplomas, impondo-se, pois, no caso dos autos, a reforma da sentença recorrida, para julgar improcedente o pedido, com a inversão dos ônus da sucumbência.
11. Apelação e à remessa oficial a que se dá provimento, para reformar a sentença recorrida."
(TRF - 3ª Região, 3ª Turma, APELRRE 147787, Rel. Juiz Convocado Valdeci dos Santos, j. em 15.07.2010, DJF3 CJ1 de 26.07.2010, p. 377).

Destarte, não possuindo o Autor o direito à revalidação automática de seu diploma de medicina e não tendo cumprido os procedimentos necessários para a efetivação da revalidação, nos termos da Lei nº 9.394/96, não há como obter seu registro no Conselho Regional de Medicina.

Isto posto, *NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO*.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

- Sobre o reconhecimento de diploma expedido em outro país, nos termos do Decreto nº 80.419/77, veja também o seguinte julgado: AMS 90.03.006238-2/SP, Relatora Juíza Lucia Figueiredo, publicada na RTRF3R 10/183.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0044112-20.2009.4.03.0000
(2009.03.00.044112-1)

Agravante: UNIÃO FEDERAL
Agravada: MUNICIPALIDADE DE SANTANA DE PARNAÍBA
Parte Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
Classe do Processo: AI 394136
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/08/2011

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - TUTELA ANTECIPADA CONTRA O PODER PÚBLICO - POSSIBILIDADE - TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA DE VERBAS FEDERAIS PARA IMPLANTAÇÃO/MELHORIA DE OBRAS DE INFRA-ESTRUTURA URBANA - INCISO III DO ARTIGO 1º DO DECRETO Nº 3788/2001 CONTRATO DE REPASSE - INSCRIÇÃO NO CAUC/SIAFI - EMISSÃO DO CERTIFICADO DE REGULARIDADE PREVIDENCIÁRIA - CRP - AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

1. A antecipação dos efeitos da tutela, nos moldes como foi concedida, não é tema que se insere dentre as proibições previstas na Lei nº 9.494/97, visto que o disposto em seu artigo 1º refere-se apenas à vedação da concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, especificamente, no que se refere à majoração de vencimentos e proventos dos servidores públicos.

2. Preenchidos os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, é possível a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em face do Poder Público, desde que não se tratem das hipóteses disciplinadas no artigo 1º da Lei nº 9.494/97. (Precedentes do STF e STJ)

3. No caso, não obstante tenha sido deferido, de início, o efeito suspensivo, melhor analisando o conteúdo deste processo verifica-se que se evidenciaram os requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

4. Consta dos autos, mais precisamente do documento de fl. 47, datado de 05 de outubro de 2009, que a contratação da operação 0274.806-17/2008 do MCIDADES não foi efetivada em razão de pendência no CAUC - Cadastro de Exigências para Transferências Voluntárias para estados, Distrito Federal, municípios, em 31.12.2008, referindo-se, a mencionada pendência, a Certificado de Regularidade Previdenciária.

5. Ocorre, no entanto, que, em data anterior à emissão do documento acima mencionado, ou seja, em 02 de setembro de 2009, foi emitido o Certificado de Regularidade Previdenciária, válido até 1º de março de 2010, inexistindo, portanto, a apontada restrição à celebração do contrato.

6. O tema, a propósito, já foi objeto de análise no âmbito desta Corte Regional, com decisões favoráveis aos Municípios, conforme se vê de fls. 70/72, 82/84 e 86/88 e julgados do E. Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

7. Nesse contexto, na hipótese, se o óbice à celebração do contrato de repasse era

tão somente a pendência relativa à Certidão de Regularidade Previdenciária, a prova existente nestes autos o afasta, razão pela qual não há fundamento para reverter os efeitos da decisão impugnada.

8. Ademais, mesmo nos casos de inscrição de entidades estatais, de entes administrativos ou de empresas governamentais em cadastros de inadimplentes, organizados e mantidos pela União, o E. Supremo Tribunal Federal "tem ordenado a liberação e o repasse de verbas federais (ou, então, determinado o afastamento de restrições impostas à celebração de operações de crédito em geral ou à obtenção de garantias), sempre com o propósito de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade." (Ação Originária nº 1576/MG - STF - Pleno - Rel. Min. Celso de Mello - j. 23.06.10, v. u.)

9. Quanto ao pedido de afastamento de multa diária, observo do ato agravado que não há disposição acerca dessa penalidade.

10. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, mantendo a decisão agravada em seu inteiro teor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de agosto de 2011.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da r. decisão que, nos autos do processo da ação ordinária ajuizada pela MUNICIPALIDADE DE SANTANA DE PARNAÍBA, com objetivo de afastar as sanções previstas no inciso III, do artigo 1º do Decreto nº 3.788/2001, deferiu a antecipação dos efeitos da tutela para determinar às rés que cumpram integralmente o Contrato de Repasse, bem como se abstenham de praticar atos que o obstaculizem, desde que o único óbice seja a alegada suspensão do Certificado de Regularidade Previdenciária.

Neste recurso, argumentando acerca da impossibilidade de se deferir tutela antecipada contra o Poder Público, bem como ausência dos pressupostos para a concessão da medida, requer a União Federal a reforma da r. decisão agravada, afastando-se a imposição de multa diária.

Pela decisão de fls. 137/138, esta Relatora admitiu o recurso e deferiu o efeito suspensivo.

Decorreu *in albis* o prazo legal para a interposição do agravo regimental e oferecimento da contraminuta.

É o relatório.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): Examinando os autos, verifico que o Município de Santana do Parnaíba - SP ajuizou ação contra a União Federal e contra a Caixa Econômica Federal, visando afastar os efeitos das sanções previstas no inciso III, do artigo 1º, do Decreto nº 3.788/2001, a fim de que seja cumprido integralmente o Contrato de Repasse a ser celebrado com a CEF, para a realização de obras de infra-estrutura. Na mesma ação pediu, ainda, que as rés se abstivessem da prática de atos que impeçam o cumprimento integral do Contrato de Repasse, sob a alegação de suspensão do Certificado de Regularidade Previdenciária, ocorrida em 31.12.2008.

Afirmou, para tanto, ter sido contemplada com recursos oriundos do Orçamento Geral da União - OGU, para a implantação ou melhoria de obras de infra-estrutura urbana, não tendo sido possível a conclusão da operação de crédito, sob a alegação de pendência no CAUC - Cadastro Único de Convênio, referente ao Certificado de Regularidade Previdenciária.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido, para determinar o cumprimento integral do Contrato de Repasse e para impedir a prática de atos que inviabilizem a seqüência do cumprimento integral do mencionado contrato, desde que o único óbice seja a alegada suspensão do Certificado de Regularidade Previdenciária.

Inconformada com o ato acima mencionado, a União Federal interpôs este recurso, defendendo a impossibilidade de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública e a ausência dos pressupostos inerentes à medida deferida.

Ressalta o princípio da legalidade e as condições para as transferências voluntárias e sua retenção, afirmando que a Administração Pública se rege, primordialmente, pelo princípio da legalidade, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, sendo esta a diretriz básica da conduta dos agentes públicos, de modo que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei.

Afirma que a faculdade de a União reter e condicionar as transferências de recursos, sejam as receitas obrigatórias (constitucionais e legais) sejam as voluntárias (auxílio, cooperação), é direito subjetivo previsto no Texto Constitucional (art. 160, I e II) e na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 25, § 1º).

No que diz respeito à norma prevista no artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), afirma que o que se infere da leitura desse dispositivo legal é que um dos requisitos para a realização de transferências voluntárias é que o Estado e Municípios não estejam inadimplentes quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos à União, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente recebidos pelo ente federal. Logo, no caso, a União agiu em obediência ao princípio da estrita legalidade, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

E a inobservância desse requisito, bem como dos demais arrolados na Lei de Responsabilidade Fiscal, sujeitam o ente público a ser inscrito no CAUC - Cadastro Único de Convênio - e obstam a realização das transferências voluntárias.

Discorre sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias e conclui que não há ofensa ao princípio da segurança jurídica, na medida em que as sanções previstas no Decreto nº 3.788/2001 decorrem do sistema constitucional e legal afetado ao regime de finanças públicas, já pré-estabelecido no ordenamento jurídico.

Sem razão a agravante.

De início, observo que a antecipação dos efeitos da tutela, nos moldes como foi concedida, não é tema que se insere dentre as proibições previstas na Lei nº 9.494/97, visto que o disposto em seu artigo 1º refere-se apenas à vedação da concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, especificamente, no que se refere à majoração de vencimentos e proventos dos servidores públicos.

Sobre o tema, confiram-se notas 3 e 4 ao artigo 1º da Lei nº 9.494/97 *in Código de Processo Civil* de Theotônio Negrão - Saraiva - 42ª edição - p. 1888:

> "Art. 1º: 3. 'A decisão do STF no ADC 4 refere-se, exclusivamente, às situações referidas, taxativamente, no *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.494/97, não abrangendo, portanto, os parágrafos do artigo da lei nº 8.437/92, que são autônomos e não foram mencionados no art. 1º da Lei nº 9.494/97' (STF - Pleno, Rcl 1.020-AgRg, Min. Octávio Gallotti, j. 21.08.02, DJU 21.2.03).";
>
> "Art.1º: 4. 'A vedação da Lei nº 8.437/92, sobre excluir a medida liminar que esgote no todo ou em parte o objeto da ação, nos feitos contra o Poder Público, bem como as restrições do art. 1º da Lei nº 9.494/97, que veda a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, não podem ter o alcance de vedar toda e qualquer medida antecipatória em qualquer circunstância, senão que o juiz, em princípio, não deve concedê-la, mas poderá fazê-lo, sob pena de frustração do próprio direito, em casos especialíssimos' (RSTJ 136/484; do voto do Min. Gilson Dipp, à p. 486)."

Nesse diapasão, conclui-se que, preenchidos os requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, é possível a concessão da antecipação dos efeitos da tutela em face do Poder Público, desde que não se trate das hipóteses disciplinadas no artigo 1º da Lei nº 9.494/97.

E, no caso, não obstante tenha deferido inicialmente o efeito suspensivo, melhor analisando o conteúdo deste processo, observo que se evidenciaram os requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

Com efeito, consta dos autos, mais precisamente do documento de fl. 47, datado de 05 de outubro de 2009, que a contratação da operação 0274.806-17/2008 do MCIDADES não foi efetivada em razão de pendência no CAUC - Cadastro de Exigências para Transferências Voluntárias para estados, Distrito Federal, municípios, em 31.12.2008, referindo-se, a mencionada pendência, a Certificado de Regularidade Previdenciária.

Ocorre, no entanto, que, em data anterior à emissão do documento acima mencionado, ou seja, em 02 de setembro de 2009, foi emitido o Certificado de Regularidade Previdenciária, válido até 1º de março de 2010 (fl.63), inexistindo, portanto, a apontada restrição à celebração do contrato.

O tema, a propósito, já foi objeto de análise no âmbito desta Corte Regional, com decisões favoráveis aos Municípios, conforme se vê de fls. 70/72, 82/84 e 86/88.

Já foi, também, analisado pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, que assim decidiu:

> "ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA/NÃO-APROVAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CONVÊNIO POR EX-GESTOR DA MUNICIPALIDADE. EXCLUSÃO DO ENTE POLÍTICO MUNICIPAL DO CAUC. SUSPENSÃO DO BLOQUEIO DO REPASSE DE VERBAS PÚBLICAS À MUNICIPALIDADE. RESSALVAS LEGAIS.

1. A inclusão de ente político municipal no CAUC - Cadastro Único de Exigências para Transferências Voluntárias para estados e municípios - atesta a sua regularidade em relação às obrigações enumeradas em lei, requisito indispensável para a celebração de convênios destinados ao recebimento de recursos financeiros destinados à execução de ações de seu interesse. 2. Se o Município, cujo administrador já houver, anteriormente, descurado do dever de agir com probidade, desrespeitando, inclusive, a Lei de Responsabilidade Fiscal, deu azo à sua exclusão no CAUC, não é legítimo isentá-lo dos efeitos de tal exclusão, ensejando-lhe o amplo recebimento de verbas públicas para execução de ações de seu interesse, porque desatende ao princípio da moralidade administrativa. 3. A legislação, porém, admite suspender a restrição para transferência de recursos federais à municipalidade, decorrente da sua inscrição nos aludidos cadastros de inadimplentes, quando as verbas se destinarem à execução de 'ações de educação, saúde e assistência social' e de 'ações sociais e ações em faixa de fronteira' (LC 101/2000, art. 25, § 3º, c/c Lei 10.522/2002, art. 26). 4. Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas, para manter os efeitos da exclusão do Município-Impetrante no CAUC, ressalvando apenas a celebração de convênios para o recebimento de verbas públicas destinadas a ações de educação, saúde, assistência social, ações sociais e ações em faixa de fronteira."
(AC 2007.37.00.006279-0, 5ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado CESAR AUGUSTO BEARSI, DJF1 27/02/2009, pág. 314)

"TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS DE RECURSOS PARA MUNICÍPIO. CONVÊNIO FIRMADO COM O MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. OMISSÃO DO EX-GESTOR NO DEVER DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INADIMPLÊNCIA. RESTRIÇÃO REGISTRADA NO SIAFI. PRETENSÃO DE CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL SOLICITADA AO TCU, MAS NÃO EFETIVADA. INSCRIÇÃO DO POTENCIAL RESPONSÁVEL NA CONTA 'DIVERSOS RESPONSÁVEIS' NÃO COMPROVADA. LEGALIDADE DA INSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO. REPASSES DE RECURSOS FEDERAIS DESTINADOS À EDUCAÇÃO, À SAÚDE E À ASSISTÊNCIA SOCIAL RESGUARDADOS. LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2001, ART. 25, § 3º. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. AÇÕES EM FAIXA DE FRONTEIRA. LEI Nº 10.522/02, ART. 26. 1. O provimento recorrido, determinando o cancelamento da inscrição do Município de Imperatriz/MA no SIAFI como inadimplente, em relação a convênio firmado como o Ministério do Meio Ambiente (MMA/SRH/Nº 40/2000), fundou-se na premissa de que o atual gestor da municipalidade não é mais o mesmo que deixou de prestar contas, além do fato de que houve solicitação de instauração de Tomada de Contas Especial junto ao Tribunal de Contas da União. 2. Não consta dos autos a aludida prestação de contas, referente ao convênio que ensejou a inscrição do Município no SIAFI, mas, tão-somente, comprovação de que fora requerida no âmbito do Tribunal de Contas da União. 3. Por outro lado, impõe-se, ainda, como condição à suspensão da inscrição do devedor no SIAFI, a inclusão do potencial responsável na conta 'Diversos Responsáveis', a teor do § 2º do art. 5º da IN/STN nº 01/97, o que também não restou devidamente comprovado pelo Município autor. 4. Não havendo comprovação da efetiva Tomada

de Contas Especial nem da inscrição do potencial responsável em conta de ativo 'Diversos Responsáveis', subsistem os motivos legitimadores da anotação do nome do Município inadimplente nos cadastros restritivos. Tal inscrição não impede a celebração de convênios, bem como o repasse de recursos nas áreas de educação, saúde e assistência social (Lei Complementar nº 101/2001, art. 25, § 3º), o que afasta qualquer prejuízo à continuidade do serviço público. 5. O art. 26 da Lei nº 10.522/02, ratificando os termos da Lei Complementar 101/01, proclamou a suspensão de restrições às transferências de recursos federais, quando destinados à execução de ações sociais e ações em faixa de fronteira, em decorrência de inadimplementos objeto de registro no CADIN e no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI. 6. Decisão de fls. 167/168 tornada sem efeito. Apelação da União provida. Prejudicada a remessa oficial e o agravo regimental da União."
(AC 200137010020647, 5ª Turma, Rel. DES. FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, DJF1 21/11/2008 Pág. 866)

"FINANCEIRO. TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA DE RECURSOS PARA MUNICÍPIO. INSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO INADIMPLENTE NO SIAFI. IMPOSSIBILIDADE DE ASSINATURA DE NOVOS CONVÊNIOS. LC 101/2000, ARTIGO 25, PARÁGRAFO 3º. OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS NÃO COMPROVADA. PERMANÊNCIA DE MOTIVO ENSEJADOR DA INSCRIÇÃO QUESTIONADA. 1. Os contratos de repasse (PRODESA e PRONAF) foram celebrados pelo Município autor e pela União, por intermédio dos Ministérios da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Desenvolvimento Agrário, ambos representados pela Caixa Econômica Federal. Assim, a CEF tem legitimidade para constar no pólo passivo da presente ação. Tendo sido esta a única questão levantada no recurso da CEF, deve o recurso ser improvido. 2. Em nosso ordenamento jurídico não é necessário o exaurimento da via administrativa - princípio da inafastabilidade da jurisdição - para que o interessado ingresse em Juízo (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). Portanto, não se pode impor como condição de acesso ao Judiciário o esgotamento das vias administrativas. Precedentes desta eg. Corte. Tendo sido esta a única questão levantada no recurso da União, deve o recurso ser improvido. 3. Restou provada que a inscrição do Município, nos cadastros de inadimplentes, se deu em razão da alegada ausência de prestação de contas relativas ao Convênio nº 89.789.61/99, realizado com a União. Assim, não constando dos autos a referida prestação de contas, referente ao aludido Convênio (cuja ausência ensejou a inscrição), subsistem os motivos legitimadores da anotação do nome do Município nos cadastros restritivos. 4. A situação de inadimplência deve guardar pertinência com a resistência do gestor em prestar as contas a que é obrigado por lei, sendo imperioso o seu afastamento tão logo sanada a omissão, sob pena de prejuízo à regular administração e satisfação dos interesses da população. 5. A referida situação não impede a celebração de convênios, bem como o repasse de recursos nas áreas de educação, saúde e assistência social - afastando, assim, qualquer prejuízo à continuidade do serviço público -, na esteira do art. 25, parágrafo 3º da Lei Complementar 101/2001 e art. 26 da Lei 10.522/2002. 6. Apelos da CEF e da União improvidos. 7. Remessa oficial parcialmente provida

para que seja mantida a inscrição do município/apelado no SIAFI/CADIN, devendo ser assegurado a ele apenas o repasse de verbas públicas que sejam destinadas à saúde, educação ou assistência social".
(AC 200238010061450, 5ª Turma, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, DJ 31/01/2008 Pág. 128)

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU CONCISA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTO AFASTADA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CONVÊNIO POR EX-GESTOR. INSCRIÇÃO DO ENTE POLÍTICO MUNICIPAL NO CADASTRO DE INADIMPLENTE DO SIAFI. SUSPENSÃO DO BLOQUEIO DO REPASSE DE VERBAS PÚBLICAS. AÇÕES SOCIAIS. 1. Afastada a alegação de nulidade do ato decisório de primeiro grau, uma vez que, embora esteja ele fundamentado de forma concisa, contém motivação suficiente para respaldar sua conclusão. 2. Mostra-se juridicamente apropriado suspender os efeitos da inscrição de município no cadastro de inadimplentes do SIAFI no tocante ao repasse de verbas públicas destinadas a uma diversidade de ações indispensáveis ao seu desenvolvimento social, de modo a evitar que, em virtude da ausência de prestação de contas a cargo do seu ex-administrador, toda a população local seja penalizada. 3. Agravo regimental da UNIÃO parcialmente provido para que a suspensão dos efeitos da inscrição do Município no SIAFI se limite a afastar o óbice quanto ao recebimento de recursos federais destinados a 'ações sociais e ações em faixa de fronteira' e 'ações de educação, saúde e assistência social', devendo-se compreender no termo 'ações sociais' também aquelas voltadas ao saneamento, à urbanização e às melhorias em geral das condições de vida da comunidade local."
(AGA 200701000004080, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. FAGUNDES DE DEUS, DJ 24/08/2007 Pág. 126)

Nesse contexto, na hipótese, se o óbice à celebração do contrato de repasse era tão somente a pendência relativa à Certidão de Regularidade Previdenciária, a prova existente nestes autos o afasta, razão pela qual não há fundamento para reverter os efeitos da decisão impugnada.

Ademais, mesmo nos casos de inscrição de entidades estatais, de entes administrativos ou de empresas governamentais em cadastros de inadimplentes, organizados e mantidos pela União, o E. Supremo Tribunal Federal "tem ordenado a liberação e o repasse de verbas federais (ou, então, determinado o afastamento de restrições impostas à celebração de operações de crédito em geral ou à obtenção de garantias), sempre com o propósito de neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade." (Ação Originária nº 1576/MG - STF - Pleno - Rel. Min. Celso de Mello - j. 23.06.10, v. u.)

Quanto ao pedido de afastamento de multa diária, observo do ato agravado que não há disposição acerca dessa penalidade.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo de instrumento, mantendo a decisão agravada em seu inteiro teor.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0008296-58.2010.4.03.6105
(2010.61.05.008296-1)

Apelante: UNIÃO FEDERAL
Apelada: LIGIA SERRA DE SOUSA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: ApelReex 1633302
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/07/2011

EMENTA

SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO MILITAR. REMUNERAÇÃO DE DOIS CARGOS DE PROFESSOR. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS. VERBA HONORÁRIA.

I - Direito de percepção cumulada de pensão militar por morte e remuneração de dois cargos de professor que se reconhece. Inteligência do art. 37, XVI, "a" da Constituição Federal. Precedentes.

II - Tendo sido a ação ajuizada em junho de 2010, época em que já vigorava Lei 11.960 de 29/06/2009, incidem os juros moratórios aplicados à caderneta de poupança em todo o período postulado.

III - Sucumbência mínima da parte autora e condenação em verba honorária mantida, inclusive quanto ao valor, que observa os critérios legais.

IV - Recurso e remessa oficial parcialmente providos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de julho de 2011.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Trata-se de ação ordinária ajuizada por LÍGIA SERRA DE SOUZA em face da UNIÃO FEDERAL visando o recebimento da pensão por morte deixada por seu genitor.

Alega a autora, em síntese, ter o recebimento de sua cota parte da pensão militar deixada por seu genitor bloqueada pela administração sob o argumento de vedação de cumulação de pensão com dois cargos de professora.

Através da r. sentença de fls. 81/84, o MMº Juiz "a quo" julgou procedente a ação condenando a União a habilitar a autora no recebimento da pensão por morte, com o pagamento das cotas partes bloqueadas, correção monetária e juros de mora de 1% a partir da citação.

Apela a União requerendo a reforma da sentença quanto ao mérito, aduzindo sucessivamente a aplicação de juros de mora de 0,6% ao ano até o advento da lei 11.960 de 29/06/2009 e a partir dessa data a incidência de juros aplicados à caderneta de poupança, pleiteando ainda a redução da verba honorária arbitrada.

Com as contra-razões subiram os autos a esta Corte, também por força da remessa oficial.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Cinge-se a matéria controvertida a pretensão da autora no recebimento da pensão militar deixada por seu genitor cumulada com a remuneração de dois cargos de professora junto ao Governo do Estado de São Paulo.

A matéria é disciplinada pela Lei nº 3.765/60 e pelo artigo 37 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

"Lei 3.765/60:
Art. 29. É permitida a acumulação:
a) de duas pensões militares;
b) de uma pensão militar com proventos de disponibilidade, reforma, vencimentos, aposentadoria ou pensão proveniente de um único cargo civil.
Lei 3.765/60 (com redação dada pela MP 2.215-10/2001):
Art. 29. *É permitida a acumulação*:
I - *de uma pensão militar com proventos de disponibilidade, reforma, vencimentos ou aposentadoria*.
II - de uma pensão militar com a de outro regime, observado o disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal.
Constituição Federal de 1988:
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)
(...)
XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, *percebidos cumulativamente ou não*, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros

e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)
(...)
XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
a) a de dois cargos de professor
b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;"

Analisando os dispositivos em comento a interpretação que se faz é de que a proibição de acumulação de pensão com proventos de mais de um cargo civil não se aplicava à hipótese por serem de professor os cargos, hipótese excepcionada pela Constituição, o mesmo princípio de orientação valendo na perspectiva de suposta exigência de expressa permissão na lei. Nesse sentido é a orientação da jurisprudência:

"ADMINISTRATIVO. VIÚVA DE MILITAR. PENSÃO MILITAR. CONCESSÃO. CUMULAÇÃO. PROVENTOS DE APOSENTADORIA DE DOIS CARGOS DE PROFESSOR. ARTIGO 72, DO DECRETO Nº 49.096/60. POSSIBILIDADE. - O ordenamento constitucional hodierno consagra o princípio geral da inacumulação de cargos públicos, excepcionado apenas as hipóteses nela exaustivamente previstas, dentre elas a de dois cargos de professores (art. 37, XVI, ('a'), desde que haja compatibilidade de horários. - O artigo 72, do Decreto nº 49.096/60, deve ser interpretado à luz do preceito constitucional que arrola as exceções ao mencionado princípio, *o que há de ser feito necessariamente pela admissibilidade da acumulação da Pensão Militar com os proventos de aposentadoria de dois cargos de professor, ainda que as fontes pagadoras sejam distintas*. - Recurso especial não conhecido."
(RESP 170536, Relator Vicente Leal, 6ª Turma, Fonte DJ DATA: 28/09/1998 PG: 00125);

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO MILITAR. ACUMULAÇÃO. CARGOS DE PROFESSOR. POSSIBILIDADE. ART. 37, XVI E § 10, DA CF/88. TETO REMUNERATÓRIO.
1. Trata-se de apelação interposta pela União Federal em face de sentença que concedeu a segurança, garantindo o direito líquido e certo da Impetrante ao recebimento das pensões estatutárias e especial de ex-combatente prevista no art. 53, II, do ADCT, da CRFB/88.
2. A CRFB/88 veda a acumulação remunerada de cargos públicos e a percepção simultânea de aposentadorias decorrentes destes, excepcionando expressamente hipóteses de acumulação de remuneração e aposentadoria, a teor do disposto em seu art. 37, XVI e § 10.
3. Lei nº 3.765/60. Possibilidade de acumulação de uma pensão militar com proventos de disponibilidade, reforma, vencimentos ou aposentadoria; e de uma pensão militar

com pensão de outro regime. *Interpretação à luz da Constituição Federal, para permitir a percepção simultânea de pensão militar com os proventos decorrentes de duas aposentadorias cumuladas na forma do art. 37, XVI e § 10, do Texto Constitucional. Precedentes.*
4. Apesar da exceção apontada no tocante à possibilidade de acumulação, deve ser respeitado o limite constitucional relacionado ao teto remuneratório, conforme disposto no art. 37, XI, da CRFB/1988.
5. Remessa necessária e apelação parcialmente providas."
(TRF 2ª Região, APELRE 200651010224105, Relator Desembargador Federal Mauro Luis Rocha Lopes, 7ª Turma Especializada, Fonte E-DJF2R - Data: 24/06/2010 - Página: 255/256)

"ADMINISTRATIVO. MILITAR. REVERSÃO. PENSÃO. FILHAS. CUMULAÇÃO. APOSENTADORIA DE DOIS CARGOS DE PROFESSORAS. POSSIBILIDADE. ART. 37, XVI, ALÍNEA 'A', DA CRFB/88. LEI 3.765/60. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.
- A Constituição, em tratamento diferenciado, permite a acumulação de dois cargos de professor , conseqüentemente, ao se aposentar, a servidora fará jus a perceber os dois proventos de aposentadoria, correspondentes às contraprestações advindas de cada uma das matrículas.
- O art. 29 da Lei 3765/60 proíbe o recebimento da pensão militar àqueles que recebam proventos de mais de um cargo civil. *No entanto, trata-se de caso de professora, hipótese excepcionada pela Constituição e, desta forma, tendo em vista a supremacia das normas constitucionais sobre as outras normas de inferior hierarquia, não há falar em prevalência de legislação ordinária sobre as exceções constitucionalmente previstas no art. 37, inciso XVI.* - Recurso provido."
(TRF 2ª Região, AC 200651020031737, Relator Desembargador Federal Benedito Goncalves, 6ª Turma Especializada, Fonte DJU - Data: 16/04/2008 - Página: 378);

"ADMINISTRATIVO - MILITAR - PENSÃO - FILHA - SUSPENSÃO DE COTA-PARTE - CUMULAÇÃO COM DUAS APOSENTADORIAS DO CARGO DE PROFESSORA - POSSIBILIDADE - ART. 37, XVI, CF/88 - CUMULAÇÃO - DUAS PENSÕES POR MORTE DE COMPANHEIRO - IMPOSSIBILIDADE - LEI 3.765/60 - SEGURANÇA DENEGADA.
- O cerne da questão ora trazida à apreciação cinge-se na verificação da possibilidade de cumulação da cota-parte de pensão militar a ser percebida pela apelada, por reversão, em virtude do óbito de sua mãe (anterior beneficiária), com outros rendimentos previdenciários que a mesma já percebe.
- Consoante salientou a apelante e consta dos documentos de fls. 19/25, a pretensão deduzida pela apelada consiste na cumulação da pensão militar deixada por seu falecido pai com outros quatro rendimentos previdenciários, que a mesma já percebe, a saber: aposentadorias dos cargos de professora do Estado do Rio de Janeiro e de professora da Universidade Federal Fluminense - UFF, bem como das pensões por morte de seu companheiro, uma delas paga pelo Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS e a outra paga pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro - IPERJ.

- Quanto à possibilidade de cumulação da pensão militar com os proventos de aposentadoria de dois cargos de professor, o artigo 37, inciso XVI, alínea 'a', da Constituição Federal de 1988 é expresso ao legitimar tal situação. Todavia, cumpre repisar que a apelada percebe, além dos proventos de aposentadoria supramencionados, duas pensões por morte de seu companheiro, pagas por institutos de previdência pública, quais sejam, o INSS e o IPERJ, dos quais o de cujus era segurado, e a apelada, beneficiária. - Como é cediço na jurisprudência, o direito à pensão militar é regido pela lei em vigor à época do óbito do instituidor do benefício. *In casu*, tendo o pai da apelada falecido em 24.03.1999 (portanto, anteriormente à vigência da MP nº 2.215-10/2001), aplica-se o disposto no artigo 29 da Lei nº 3.765/60 (que regulamenta a concessão da pensão militar).
- Portanto, depreende-se do texto legal supramencionado que a pretensão deduzida pela apelada não encontra amparo legal, eis que, embora a Constituição Federal de 1988 não vede a concessão da pensão militar cumulativamente com duas aposentadorias de professor, a Lei nº 3.765/60, ao tratar da acumulação daquele benefício com um outro, oriundo de outro regime - como, *in casu*, ocorre com as pensões por morte do companheiro da apelada - autoriza a percepção de apenas uma destas, na hipótese de se conceder a pensão militar vindicada.
- Com efeito, na medida em que a Administração Militar (Exército) não possui competência para suspender os rendimentos previdenciários percebidos pela apelada, esta deve renunciar a uma das pensões que recebe, se quiser integrar o rol de beneficiários da pensão militar pleiteada, sendo correto o ato administrativo que suspendeu a quarta parte que lhe havia sido concedida, por reversão, até que a apelada apresente a sua opção.
- Apelação e remessa necessária providas. Segurança denegada."
(TRF 2ª Região, AMS 200551010049492, Relator Desembargadora Federal Vera Lucia Lima, 5ª Turma Especializada, Fonte DJU - Data: 04/10/2006 - Página: 145).

Analisando a questão posta pela União de alteração da incidência dos juros moratórios, observo que em matéria de pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores públicos, a incidência dos juros moratórios é regulamentada pelo art. 1º-F da lei 9.494/97, com a redação dada pela MP 2.180-35/2001, nos seguintes termos:

"Art. 1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)"

Com o advento da lei 11.960 de 2009 o dispositivo passou a ter a seguinte orientação:

"Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009)"

Tratando-se de alteração de norma que possui natureza instrumental material, uma vez que origina direitos patrimoniais para a parte, sua aplicação não se dá aos processos em andamento, sendo incabível a quebra de períodos para cálculo dos juros de mora, como requerido pela União, devendo-se aplicar a taxa de juros conforme a data de propositura da ação. Nesse sentido, colaciono entendimento recente do E. STJ:

> "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TÉCNICO-ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO CONFIGURADA. JUROS DE MORA. LEI Nº 11.960/09 QUE ALTEROU O ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97. NÃO APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO. MANUTENÇÃO DOS JUROS DE 6% AO ANO. PRECEDENTES.
> 1. A citada violação do artigo 535, do CPC, não se efetivou no caso dos autos, uma vez que não se vislumbra omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido capaz de tornar nula a decisão impugnada no especial. A Corte de origem apreciou a demanda de modo suficiente, havendo se pronunciado acerca de todas as questões relevantes.
> 2. De acordo com entendimento firmado por este Superior Tribunal de Justiça, nas discussões de recebimento de vantagens pecuniárias em que não houve negativa inequívoca do próprio direito reclamado, tem-se relação de trato sucessivo, aplicando-se a Súmula nº 85/STJ, que prevê a prescrição apenas em relação ao período anterior a cinco anos da propositura da ação. Destarte, correto o posicionamento adotado pela Corte *a quo*, ao determinar a aplicação do artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, quanto a prescrição, que atinge apenas as prestações vencidas a mais de cinco do ajuizamento da ação requerendo a gratificação.
> *3. A aplicação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.690/09, a fim de incidir às condenações impostas à Fazenda Pública os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, não são aplicáveis aos processos em curso, por possuir natureza instrumental material. Na espécie, tendo em vista que a ação foi ajuizada em dezembro de 2008, na vigência da redação dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, os juros moratórios devem observar o percentual de 6% (seis por cento) ao ano.*
> 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido."
> (REsp 1221133/SC, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, Data do Julgamento 17/03/2011, Data da Publicação/Fonte DJe 29/03/2011);

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE OMISSÕES. ATO JURÍDICO PERFEITO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS EM FACE DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEMANDA AJUIZADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.960/09. INAPLICABILIDADE DOS ÍNDICES OFICIAIS DA CADERNETA DE POUPANÇA. TERMO *A QUO* DOS HONORÁRIOS. CITAÇÃO DO DEVEDOR NO PROCESSO DE EXECUÇÃO.
> 1. Não há falar em violação dos arts. 458 e 535, ambos do Código de Processo

Civil quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes.
2. Conforme o entendimento jurisprudencial do STJ, a Lei nº 11.960/09, que alterou os critérios de cálculo dos juros moratórios e da correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, não é aplicável nas demandas ajuizadas em época anterior a sua vigência.
3. O termo inicial dos juros moratórios referente aos honorários advocatícios é o momento em que ocorre a citação do devedor no processo de execução.
4. Agravo regimental não provido."
(AgRg no Ag 1369288/MS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, Data do Julgamento 07/04/2011, Data da Publicação/Fonte DJe 15/04/2011);

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. JUROS DE MORA. AÇÃO PROPOSTA ANTES DA EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35/2001. 12% AO ANO. OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. VÍCIO FORMAL DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.960/2009. INVIABILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL COM JULGADOS DO TST. INOVAÇÃO.
1. Mostra-se inviável a apreciação de ofensa a dispositivos constitucionais, uma vez que não cabe a esta Corte, em sede de recurso especial, o exame de matéria constitucional, cuja competência é reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso III, da Carta Magna.
2. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça não declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97. Apenas conferiu interpretação diversa ao dispositivo, face à competência do Tribunal para zelar pela interpretação do direito infraconstitucional. Inexistente, portanto, a alegada violação ao princípio constitucional da reserva de plenário, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, quando não há, ao menos implicitamente, declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei.
3. A Terceira Seção, no julgamento no Recurso Especial Repetitivo 1.086.944/SP, assentou que os juros de mora devem ser fixados em 6% ao ano, por incidência do artigo 1ª-F da Lei nº 9.494/97, quando o ajuizamento da ação tiver ocorrido em data posterior à da edição da Medida Provisória nº 2.180-35/2001. No caso em tela, tendo sido a demanda ajuizada antes do advento da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, em 1993, devem os juros moratórios ser mantidos no percentual fixado pelo Tribunal *a quo*, qual seja, 12% ao ano.
4. A Lei nº 11.960/2009, que veio alterar o critério de cálculo dos juros moratórios, previsto no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, também possui natureza instrumental e material, motivo por que não pode incidir nos feitos em andamento.
5. A alegação de divergência jurisprudencial com julgados do Tribunal Superior do Trabalho, invocada somente nas razões do agravo regimental, configura inovação de tese não admitida nesta fase processual.
6. Agravo regimental improvido."
(AgRg no Ag 1174569/RS, Relator Ministra Maria Thereza De Assis Moura, 6ª Turma, Data do Julgamento 04/03/2010, Data da Publicação/Fonte DJe 22/03/2010).

No caso dos autos, tendo sido a ação ajuizada em junho de 2010, na época em que já vigorava Lei 11.960 de 29/06/2009, são devidos os juros moratórios aplicados à caderneta de poupança em todo o período postulado.

Requer a recorrente, ainda, a redução do percentual da verba honorária fixado na sentença em 10% sobre o valor das prestações em atraso (fls. 84).

Descabe a reforma da sentença no tópico alusivo à verba honorária tendo em vista que decaindo o autor de parte mínima do pedido, é cabível a condenação quanto ao valor sendo fixado com moderação e de acordo com os critérios de valoração delineados na lei processual, convindo destacar trecho do voto proferido quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 488.901 pelo Ministro Jorge Scartezzini que elucida a questão:

> "(...) Cabe ao magistrado, verificando o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, sua natureza, seu trabalho, o tempo exigido e a importância da causa, fixar o *quantum* devido (alíneas *a*, *b* e *c* do parág. 3º c. c. § 4º do art. 20, CPC). Esta fixação fica ao discernimento do órgão julgador *a quo* que, na aplicação do dispositivo legal correto ao caso concreto, apura tais parâmetros contidos no art. 20 e parágrafos do Código de Processo Civil".

Assevero que o valor arbitrado não é excessivo e conseqüentemente não infringe o critério da apreciação eqüitativa, que não encerra nenhum privilégio da União, não tem nenhum significado de cabimento de condenação apenas em valores módicos, mas precisamente o de afastar a condenação em valores ainda que condizentes com o conteúdo econômico da demanda demasiadamente onerosos para a Fazenda Pública, o que absolutamente não ocorre no caso.

Por estes fundamentos *dou parcial provimento* ao recurso da União e à remessa oficial para determinar a aplicação da taxa de juros moratórios da caderneta de poupança em todo o período postulado, nos termos supra.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

DIREITO AMBIENTAL

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0029223-31.2008.4.03.6100
(2008.61.00.029223-0)

Apelante: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA
Apelada: ÁUREA PEREZ GARCIA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RICARDO CHINA
Classe do Processo: AMS 316354
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/06/2011

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA - PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE - PAPAGAIO MANTIDO EM VIDA DOMÉSTICA HÁ MAIS DE 11 ANOS - ENTREGA DA AVE AO IBAMA - IMPOSSIBILIDADE.

1 - Remessa oficial tida por interposta, nos termos do artigo 14, § 1º da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009.

2 - A proteção do meio ambiente e a preservação da fauna brasileira é dever que se impõe a todos, por força de mandamento constitucional (art. 225 da Constituição Federal). Entretanto, deve-se observar qual é a medida que, no caso concreto, realiza de forma mais eficiente essa finalidade.

3 - Há quase 14 anos, a impetrante recebeu de presente um papagaio, mantendo-o em sua companhia desde então. A ave permanece solta, vez que acostumada ao ambiente familiar desde os primeiros dias de vida, recebendo alimentação e cuidados especiais orientados por médica veterinária que assiste o papagaio desde os seus primeiros anos de vida.

4 - Por todo o tempo em que permaneceu com a ave em sua companhia, a impetrante estava respaldada por ato do IBAMA, que lhe deferiu "Termo de Contrato Voluntário de Animais Silvestres", datado de 20 de abril de 2004, com vigência de um ano e renovações por iguais períodos. Com a lavratura do termo, o animal foi registrado junto àquele Instituto, recebendo uma anilha fixada em seu pé direito. Tal fato já afasta a ilicitude da conduta da impetrante, ventilada nas razões de apelo do IBAMA.

5 - Não há contrariedade do comportamento ao ordenamento jurídico, quando é este próprio que o respalda, conferindo licitude à conduta.

6 - Os autos não retratam situação em que o particular comercializa ave silvestre ou a expõe a risco, mas tão-somente a mantém em sua companhia há anos, com ciência e autorização do IBAMA.

7 - Embora formalmente amparada em norma (Resolução CONAMA nº 384/2006), a conduta do IBAMA não realiza, no caso concreto a finalidade da mesma, que visa a proteção do fauna silvestre.

8 - Após tantos anos de convívio doméstico, a ave adaptou-se completamente ao ambiente em que foi criada, de maneira que seria arriscado para a saúde do animal a sua soltura na natureza ou transferência para um Centro de Triagem de Animais Silvestres.

9 - Há prova nos autos no sentido de que o animal é saudável, por conta de ter recebido cuidado adequado (acompanhamento veterinário) todos esse anos. Há provas, também, no sentido de que ave não goza de condições físicas para ser solta na natureza.

10 - Não prospera o argumento do IBAMA, segundo o qual somente técnico habilitado poderia fornecer laudo a respeito das condições do animal e se o mesmo se encontra apto para iniciar a reabilitação visando à soltura. A prova carreada ao processo é suficiente para a comprovação da situação alegada nos autos.

11 - Também cabe ponderar que um papagaio que viveu desde os seus primeiros dias na companhia de seres humanos, acostumado com a vida doméstica, descaracteriza-se como ave silvestre, de modo a tornar indevida, também por esse fundamento, a medida combatida por meios deste mandado de segurança.

12 - Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de junho de 2011.

Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA (Relator):

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por ÁUREA PEREZ GARCIA em face do Superintendente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA - SP, objetivando assegurar a permanência definitiva em sua companhia da ave *Amazona Aestiva* (papagaio), de nome Zorra e com anilha SP IBAMA FD 055.

Alega, em síntese, que há 11 anos detém a posse de uma *Amazona Aestiva* do sexo feminino. Que a referida ave é assistida há aproximadamente 10 anos por médica veterinária em visitas domiciliares e recebe alimentação especial. Que requereu junto ao IBAMA a guarda da ave, na condição de fiel depositária, o que foi deferido por meio do Termo de Contrato Voluntário de Animais Silvestres, datado de 20/04/2004, com vigência de 1 ano. Que o animal foi registrado e recebeu uma anilha de aço inox, fixada em seu pé direito, com a Ins. SP IBAMA FD 055. Que promoveu subseqüentes renovações anuais do referido termo, mas foi surpreendida ao receber a notificação em sua residência, data de 30/10/2008, comunicando-lhe que não seria renovado o termo em razão da publicação da Resolução CONAMA nº 384/2006 determinando a entrega da ave a um dos centros de triagem, sendo tal ato abusivo.

A liminar foi deferida (fls. 85/88).

Notificada, a impetrada apresentou informações (fls. 110/111), com pedido de reconsideração, sustentando que a guarda de animal silvestre, sem a comprovação de sua origem legal, constitui crime e infração administrativa ambiental, e que caso fosse constatado, através de laudo técnico, que o animal não possuía quaisquer condições para soltura,

a destinação legal prevista são os criadouros e zoológicos. Aduz, também, que a ave em questão é espécie que consta na lista estadual de espécies ameaçadas de extinção.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 176/177).

A sentença prolatada às fls. 179/182 julgou procedente o pedido, concedendo a segurança para assegurar à impetrante a guarda da ave, ao fundamento de não haver maus tratos ou exploração ilegal do comércio de aves a fim de justificar a entrega da ave a um centro de triagem.

Inconformado, o IBAMA apelou às fls. 190/198, pleiteando a reversão do julgamento. Em suas razões, alegou: 1) que o art. 225 da Constituição Federal impõe ao Poder Público o dever de preservar o meio ambiente e proteger a fauna; 2) tal encargo também restou configurado na legislação ordinária, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente e confere ao IBAMA a atribuição de órgão executor da política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente; 3) não há qualquer norma que permita ao infrator ambiental a guarda do produto do crime; 4) somente técnico habilitado poderia fornecer laudo a respeito das condições do animal e se o mesmo se encontra apto para iniciar a reabilitação visando a soltura; 5) que a *Amazona aestiva* consta de lista estadual de espécies ameaçadas de extinção.

Contra-razões às fls. 202/209.

Parecer do Ministério Público às fls. 212/215, pelo provimento da apelação.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA (Relator):

De início, tenho por interposta a remessa oficial, nos termos do artigo 14, § 1º da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009.

Ninguém olvida que a proteção do meio ambiente e a preservação da fauna brasileira é dever que se impõe a todos, por força de mandamento constitucional (art. 225 da Constituição Federal). Entretanto, deve-se observar qual é a medida que, no caso concreto, realiza de forma mais eficiente essa finalidade. Para tanto, é necessário avaliar a situação que se apresenta neste processo, com todas as peculiaridades que cercam o caso.

Infere-se dos autos que, na data de 18 de setembro de 1997, ou seja, há quase 14 anos, a impetrante recebeu de presente a referida ave, mantendo-a em sua companhia desde então. Infere-se também que a ave permanece solta, vez que acostumada ao ambiente familiar desde os primeiros dias de vida, recebendo alimentação e cuidados especiais orientados por médica veterinária que assiste o papagaio desde os seus primeiros anos de vida.

Consta também que a impetrante, por todo o tempo em que permaneceu com a ave em sua companhia, estava respaldada por ato do IBAMA, vez que, na data de 27 de fevereiro de 2003 peticionou ao órgão ambiental, requerendo a guarda da referida ave, na condição de fiel depositária, pedido este que foi deferido, sendo formalizado "Termo de Contrato Voluntário de Animais Silvestres", datado de 20 de abril de 2004, com vigência de um ano e renovações por iguais períodos. Com a lavratura do termo, o animal foi registrado junto àquele Instituto, recebendo uma anilha fixada em seu pé direito, de tal maneira que resta afastada a ilicitude da conduta da impetrante, ventilada nas razões de apelo do IBAMA.

Com efeito, não há como se verificar a contrariedade do comportamento ao

ordenamento jurídico, quando é este próprio que o respalda, conferindo licitude à conduta.

Ademais, os autos não retratam situação em que o particular comercializa ave silvestre ou a expõe a risco, mas tão-somente a mantém em sua companhia, com ciência e autorização do IBAMA.

Após anos na posse do animal, a impetrante recebeu notificação do IBAMA comunicando-lhe que o termo não mais seria renovado, em razão da publicação da Resolução CONAMA nº 384, de 27 dezembro de 2006, que determina a entrega do animal a um dos Centro de Triagem lá especificados, mediante comprovação no prazo de 30 dias contados do recebimento da aludida notificação.

Assim, a questão que se apresenta, inicialmente, é saber se a medida adotada pelo IBAMA, embora formalmente amparada em norma (Resolução CONAMA nº 384/2006), realiza, no caso concreto, a finalidade da norma. A meu ver, pelo panorama apresentado, a resposta é negativa.

Busca a norma, efetivamente, a proteção e preservação da fauna, no caso, um exemplar da espécie *Amazona Aestiva*, ave ameaçada de extinção e que, bem por isso, reclama maior atenção.

Com efeito, após tantos anos de convívio doméstico, a ave adaptou-se completamente ao ambiente em que foi criada, de maneira que seria arriscado para a saúde do animal a sua soltura na natureza ou transferência para um Centro de Triagem de Animais Silvestres.

Há prova nos autos no sentido de que o animal é saudável, por conta de ter recebido cuidado adequado (acompanhamento veterinário) todos esse anos, tendo, inclusive, sido submetido a tratamento com inalação para controle das crises respiratórias (fl. 75). Obviamente, tais crises dificilmente seriam contornadas se a ave estivesse solta na natureza, o que culminaria por agravar ainda mais a situação de iminente extinção em que se encontra a espécie. Há provas, também, no sentido de que ave não goza de condições físicas para ser solta na natureza (fl. 56). Por fim, não se tem notícias acerca de eventual capacidade procriativa da ave, no estado em que a mesma se encontra.

Por outro lado, não pode prosperar o argumento do IBAMA, segundo o qual somente técnico habilitado poderia fornecer laudo a respeito das condições do animal e se o mesmo se encontra apto para iniciar a reabilitação visando à soltura. A prova carreada ao processo é suficiente para a comprovação da situação alegada nos autos.

Destarte, a medida objetivada pelo IBAMA mostra-se totalmente inapta ao fim a que se destina, ferindo, inclusive, o princípio da proporcionalidade.

Com efeito, para ser considerado proporcional, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Eis as sub-regras da proporcionalidade, apontadas pela doutrina.

Já pela primeira sub-regra vê-se o problema. Considera-se adequado o ato quando ele é apto a promover a finalidade visada e, conforme explicado acima, a entrega da ave a um centro de triagem ou mesmo sua soltura na natureza, caminha na contramão da preservação da vida do papagaio objeto destes autos.

Por fim, também cabe ponderar que um papagaio que viveu desde os seus primeiros dias na companhia de seres humanos, acostumado com a vida doméstica, descaracteriza-se como ave silvestre, de modo a tornar indevida, também por esse fundamento, a medida combatida por meios deste mandado de segurança.

Isto posto, nego provimento à remessa oficial e à apelação.

É como voto.

Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0023056-28.2009.4.03.0000
(2009.03.00.023056-0)

Agravante: AES TIETÊ S/A
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Partes Rés: PREFEITURA MUNICIPAL DE CARDOSO - SP, FRANZ ROGERIO PANSANI E ANTONIO FERREIRA HENRIQUE
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSÉ RIO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: AI 377204
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/07/2011

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AMBIENTAL. DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTADA. RESERVATÓRIO DA UHE ÁGUA VERMELHA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. FAIXA DE SEGURANÇA DO RESERVATÓRIO. APOSIÇÃO DE MARCOS. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA AES TIETÊ S/A. DELIMITAÇÃO DA ÁREA CONCERNENTE AOS IMÓVEIS INDICADOS NOS PRESENTES AUTOS.

1. Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva da AES TIETÊ S. A. visto que a empresa é a responsável pelo cuidado e preservação de toda a margem desapropriada do reservatório, conforme concessão de uso de bem público para a geração de energia elétrica outorgada pela União Federal, por intermédio da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), assim como disposto nas Portarias nº 1.415, de 15/10/1984 e nº 170, de 04/02/1987, do Ministério das Minas e Energia.

2. A Lei nº 4.771/65 (Código Florestal) descreveu objetivamente as Áreas de Preservação Permanente, estabelecendo em seu art. 2º a proteção especial dessas áreas cuja criação decorre da própria lei. Nessa linha, concebeu como de preservação permanente a área situada ao redor dos reservatórios hídricos artificiais (alínea *b*). Por sua vez, a Resolução nº 302/2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), dispôs sobre os parâmetros, definições e limites das Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno (arts. 2º e 3º, I).

3. Trata-se de imóveis situados no Loteamento Estância Beira Rio, no Município de Cardoso/SP, às margens do Reservatório da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha. Insta consignar que, independentemente de os imóveis em tela se situarem em zona urbana consolidada ou zona rural, é indubitável que, ao menos, parte deles inserem-se em Área de Preservação Permanente, inclusive abrangendo a faixa de segurança no entorno do Reservatório da UHE Água Vermelha.

4. É de se lembrar que as Áreas de Preservação Permanente consistem em espaços territoriais especialmente protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, cuja cobertura vegetal deve ser necessariamente mantida, para garantir a proteção do solo, dos recursos hídricos, a estabilidade do relevo, de forma a evitar o assoreamento e assegurar a proteção das espécies animais e vegetais.

5. É imperioso reconhecer a necessidade de proteção imediata ao espaço ambiental, na medida que o uso e a ocupação irregular do entorno e adjacências ao

reservatório, anos a fio, acarretam, em regra, efeitos devastadores e irreversíveis ao meio ambiente. Diante da existência de inúmeros aspectos controvertidos, que abrangem não só questões de fato, mas também matéria de direito, a serem consideradas no decorrer da instrução processual, a questão atinente à exata dimensão da Área de Preservação Permanente que circunda o reservatório da UHE Água Vermelha há de ser dirimida quando do julgamento da ação principal, quando então serão fixados os limites definitivos da referida área nos imóveis dos proprietários.
6. De qualquer forma, considerando as peculiaridades que envolvem o caso concreto, bem como a necessidade de garantir a efetividade à proteção do meio ambiente, por ora e desde logo, deve ser delimitada a área correspondente à faixa de segurança do reservatório da UHE Água Vermelha, no que concerne aos imóveis indicados nos presentes autos, situada entre a cota máxima normal de operação do reservatório e a cota de desapropriação (área limite do reservatório), de responsabilidade da concessionária AES Tietê, conforme concessão de uso de bem público para a geração de energia elétrica outorgada pela União Federal, por intermédio da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).
7. Entretanto, é de se reconhecer que devem ser afastadas as obrigações impostas à agravante que determinaram a elaboração de plano de demarcação da faixa de segurança de *todo* o reservatório e da apresentação de cronograma para implementação desse plano, pois são medidas que extrapolam os limites da presente demanda, e que, se eventualmente mantidas, poderiam ir de encontro a outras providências judiciais já determinadas, a se considerar a existência de inúmeras ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal, cada qual em face de determinado proprietário de imóvel situado na Área de Preservação Permanente.
8. Preliminar arguida rejeitada. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de julho de 2011.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a r. decisão que, em ação civil pública, rejeitou as preliminares de incompetência da Justiça Federal e de ilegitimidade passiva e deferiu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela para *determinar à AES TIETÊ S. A. no prazo de 60 dias a demarcação da faixa de segurança que fixa o limite da sua área de atuação e responsabilidade no lote onde o réu tem sua propriedade*, bem como para que apresente *plano de demarcação da faixa de segurança de todo o reservatório com cronograma de médio prazo*, assim como *cronograma de colocação dos marcos de demarcação da faixa de segurança com prazo total de um ano.*

A AES TIETÊ S. A., ora agravante, sustenta, em síntese, que a demarcação de todo o reservatório da UHE Água Vermelha, que abrange uma área de aproximadamente 647 km², exige um dispêndio de consideráveis recursos e de um prazo razoável para sua execução. Alega sua ilegitimidade passiva, visto que sua responsabilidade está limitada à margem do reservatório que foi desapropriada, ou seja, à parte integrante da concessão outorgada pela União Federal; que não é parte legítima para responder por eventual dano ambiental causado por terceiro em área não integrante da área de concessão. Afirma que, conforme o texto das Portarias do Ministério das Minas e Energia, inexiste qualquer obrigação legal para que o agravado possa exigir a demarcação das áreas em questão. Acusa, ainda, a decisão de ser *ultra petita*.

Apresentada a contraminuta pelo Ministério Público Federal.

Após, vieram-me os autos conclusos.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, inciso VII, do Regimento Interno desta C. Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora): Primeiramente, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva da AES TIETÊ S. A., visto que a empresa é a responsável pelo cuidado e preservação de toda a margem do reservatório, conforme concessão de uso de bem público para a geração de energia elétrica outorgada pela União Federal, por intermédio da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), assim como disposto nas Portarias nº 1.415, de 15/10/1984 e nº 170, de 04/02/1987, do Ministério das Minas e Energia.

O presente caso tem como réus Franz Rogério Pansani e Antônio Ferreira Henrique, proprietários de imóveis situados no Loteamento Estância Beira Rio, no Município de Cardoso/SP, às margens do Reservatório da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha, propriedade que estaria inserida em Área de Preservação Permanente (APP).

Como consta dos autos, Antônio Ferreira Henrique executou o projeto habitacional do loteamento em desconformidade com a lei, tendo os lotes sido implantados "a um distância de 72 metros contados da cota máxima normal de operação, quando na realidade deveriam estar deslocados cerca de 120 metros", de acordo com o disposto no ofício do Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais - DEPRN. Por sua vez, conforme comprovado pelo auto de infração ambiental e o termo de embargo/interdição lavrados pelo IBAMA, Franz Rogério Pansani adquiriu um rancho do loteamento, e foi autuado *por causar dano direto em área de preservação permanente, impedindo a regeneração natural da vegetação local, ao manter edificações nas margens do reservatório de acumulação de água para geração de energia elétrica da Usina Hidrelétrica de Água Vermelha (AES TIETÊ), área esta que deveria permanecer preservada pelo homem, de modo a proteger os recursos hídricos, evitar o assoreamento, possibilitar a geração de energia e preservar a fauna e a flora locais.* O requerido, entretanto, não apresentou Projeto de Recuperação Ambiental.

A Lei nº 4.771/65 (Código Florestal) descreveu objetivamente as Áreas de Preservação Permanente, estabelecendo em seu art. 2º a proteção especial dessas áreas cuja

criação decorre da própria lei. Nessa linha, concebeu como de preservação permanente a área situada ao redor dos reservatórios hídricos artificiais, a teor da alínea *b*, assim redigida:

> "Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:
> .....
> b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;"

Por sua vez, a Resolução nº 302, de 20/03/2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), dispôs sobre os parâmetros, definições e limites das Áreas de Preservação Permanente de reservatórios artificiais e o regime de uso do entorno, assim fixando em seus arts. 2º e 3º, I:

> "Art. 2º Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:
> I - Reservatório artificial: acumulação não natural de água destinada a quaisquer de seus múltiplos usos;
> II - Área de Preservação Permanente: a área marginal ao redor do reservatório artificial e suas ilhas, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas;
> III - Plano Ambiental de Conservação e Uso do Entorno de Reservatório Artificial: conjunto de diretrizes e proposições com o objetivo de disciplinar a conservação, recuperação, o uso e ocupação do entorno do reservatório artificial, respeitados os parâmetros estabelecidos nesta Resolução e em outras normas aplicáveis;
> IV - Nível Máximo Normal: é a cota máxima normal de operação do reservatório;
> V - Área Urbana Consolidada: aquela que atende aos seguintes critérios:
> a) definição legal pelo poder público;
> b) existência de, no mínimo, quatro dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana:
> 1. malha viária com canalização de águas pluviais,
> 2. rede de abastecimento de água;
> 3. rede de esgoto;
> 4. distribuição de energia elétrica e iluminação pública;
> 5. recolhimento de resíduos sólidos urbanos;
> 6. tratamento de resíduos sólidos urbanos; e
> c) densidade demográfica superior a cinco mil habitantes por km².
> *Art 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área com largura mínima, em projeção horizontal, no entorno dos reservatórios artificiais, medida a partir do nível máximo normal de:*
> *I - trinta metros para os reservatórios artificiais situados em áreas urbanas consolidadas e cem metros para áreas rurais;* (grifei)

Primeiramente, insta consignar que, independentemente de os imóveis em tela se situarem em zona urbana consolidada ou zona rural, é indubitável que, ao menos, parte deles inserem-se em Área de Preservação Permanente, inclusive abrangendo a faixa de segurança no entorno do Reservatório da UHE Água Vermelha.

É de se lembrar que as Áreas de Preservação Permanente consistem em espaços territoriais especialmente protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, cuja cobertura vegetal deve ser necessariamente mantida, para garantir a proteção do solo, dos recursos hídricos, a estabilidade do relevo, de forma a evitar o assoreamento e assegurar a proteção das espécies animais e vegetais.

A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, em vigor por força da EC nº 32/2001, promoveu alterações na Lei nº 4.771/65, dentre elas, no art. 1º, II, trazendo a definição de área de preservação permanente, nesses termos:

> "Art. 1º.....
> II - área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;
> ....."

Ao tratar das Áreas de Preservação Permanente, Maria Luiza Machado Granziera explica:

> "As Áreas de Preservação Permanente, quanto ao domínio, acompanham a propriedade do solo, o que significa que ocorre APP em áreas de propriedade privada e pública, assim como nas Unidades de Conservação e outros espaços protegidos. Em termos de normas aplicáveis, prevalece a legislação mais restritiva, com maior proteção dos elementos que exercem as funções ecológicas da APP, conforme estabelecido no Código Florestal.
> .....
> A proteção das APP refere-se ao espaço geográfico que reúne, organicamente, o solo e a vegetação. A MP nº 2.166-67/01 determina que a APP é a área coberta ou não por vegetação nativa. O entendimento desse dispositivo deve ser no sentido de que o espaço deve ser coberto de vegetação, nativa ou exótica. Mas sempre será provido de cobertura vegetal, pois é a relação entre o solo, a vegetação e os ecossistemas que ali se desenvolvem que podem garantir o cumprimento de sua vocação florestal.
> A inexistência de vegetação nativa ou da vegetação em estado secundário de regeneração não descaracteriza juridicamente a APP: a proteção do espaço é sempre obrigatória, cabendo a recomposição da cobertura vegetal nessas áreas.
> O Código Florestal determina expressamente essa obrigação, tanto para o Poder Público, quando a área for de domínio público, quanto para o particular.
> ....."
> (*Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 333/334)

É imperioso reconhecer a necessidade de proteção imediata ao espaço ambiental, mormente porque a demora inerente ao trâmite processual do feito originário até o trânsito em julgado se traduz em situação capaz de comprometer a eficácia da proteção ambiental buscada, na medida que o uso e ocupação irregular do entorno e adjacências ao

reservatório, anos a fio, acarretam, em regra, efeitos devastadores e irreversíveis ao meio ambiente.

Nesse sentido, é pontual a lição de Luciane Gonçalves Tessler:

> "(...) em razão da indisponibilidade, da imprescindibilidade e da frequente irreversibilidade dos danos causados ao meio ambiente, impõe-se que a tutela jurisdicional ambiental atue em caráter preventivo. A tutela do meio ambiente há que assumir um perfil prospectivo, sob pena de transformar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no direito à indenização pelo seu perecimento. Após a devastação da mata, da poluição do rio ou da extinção de determinada espécie, ainda que o Judiciário venha a reconhecer que o bem merecia proteção e que a conduta do agente foi indevida, diante da natureza irreversível dos danos que lhe foram causados, não se poderá restaurar o estado anterior. Como bem anota Adalberto Albamonte, 'é indubitável que o meio ambiente encontra-se entre aqueles valores jurídicos que requerem uma tutela antecipada própria porque sua alteração (isto é as consequências do dano) tem de regra efeitos irreversíveis.' Há que se perceber que o risco em matéria ambiental é uma constante."
> (*Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. Organizadores: José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglo Dantas. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2ª ed., 2004, p. 126)

Todavia, diante da existência de inúmeros aspectos controvertidos, que abrangem não só questões de fato, mas também matéria de direito, a serem consideradas no decorrer da instrução processual, a questão atinente à exata dimensão da Área de Preservação Permanente que circunda o reservatório da UHE Água Vermelha há de ser dirimida quando do julgamento da ação principal, quando então serão fixados os limites definitivos da referida área nos imóveis dos proprietários.

De qualquer forma, considerando as peculiaridades que envolvem o caso concreto, bem como a necessidade de garantir a efetividade à proteção do meio ambiente, por ora e desde logo, deve ser delimitada a área correspondente à faixa de segurança do reservatório da UHE Água Vermelha, no que concerne aos imóveis indicados nos presentes autos, situada entre a cota máxima normal de operação do reservatório e a cota de desapropriação (área limite do reservatório), de responsabilidade da concessionária AES TIETÊ S/A, conforme concessão de uso de bem público para a geração de energia elétrica outorgada pela União Federal, por intermédio da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Assim, é de se reconhecer que devem ser afastadas as obrigações impostas à agravante que determinaram a elaboração de plano de demarcação da faixa de segurança de *todo* o reservatório e da apresentação de cronograma para implementação desse plano, pois são medidas que extrapolam os limites da presente demanda, e que, se eventualmente mantidas, poderiam ir de encontro a outras providências judiciais já determinadas, a se considerar a existência de inúmeras ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal, cada qual em face de determinado proprietário de imóvel situado na Área de Preservação Permanente.

Em face de todo o exposto, *rejeito a preliminar arguida pela agravante e dou parcial provimento ao agravo de instrumento*, tão somente para afastar as obrigações

impostas à agravante que determinaram a elaboração de plano de demarcação da faixa de segurança de *todo* o reservatório e da apresentação de cronograma para implementação do referido plano.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL
0004476-89.2000.4.03.6102
(2000.61.02.004476-9)

Apelantes: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, ANTONIO ALBERTO RODRIGUES E OUTROS
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO WILSON ZAUHY
Classe do Processo: AC 895089
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/07/2011

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE CONFISSÃO E RENEGOCIAÇÃO. DEMONSTRATIVO DE DÉBITO. DADOS SUFICIENTES. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. EXCESSO DE EXECUÇÃO NÃO CONSTATADO PELA PERÍCIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. PERCENTUAL A SER DEFINIDO PELO CREDOR. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 51, INCISOS IV E X E §§, CDC. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.963-17/2000, ATUAL MP Nº 2.170-36/2001. CONTRATO CELEBRADO ANTES DE 31 DE MARÇO DE 2000. IMPOSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.
1. O demonstrativo que instruiu a execução demonstra de forma evidente os valores devidos pela parte embargante, bem ainda os encargos aplicados sobre esse valor. Importante ressaltar que tais encargos estão previstos no contrato, bastando mera operação aritmética para constatação da exatidão dos valores exigidos.
2. Não se acolhe alegação de excesso de execução se a perícia constata sua inocorrência.
3. A questão atinente à ausência de literalidade da nota promissória não é relevante, dado que o valor que o instrumento executado é o contrato de confissão e renegociação de dívida firmado pelo embargante.
4. A disposição contratual que atribui única e exclusivamente ao credor a definição do percentual da comissão de permanência a ser utilizado para composição do saldo devedor, no caso de inadimplemento da dívida, viola o artigo 51, incisos IV e X e §§, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1980 (Código de Defesa do Consumidor), já que torna imprevisível a dívida e impinge ao devedor o ônus da incerteza quanto ao montante efetivamente devido.
5. O tema atinente à capitalização de juros já se encontra superado, vez que o C. Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento sobre a possibilidade de haver capitalização mensal de juros *apenas* nos contratos bancários firmados por instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, celebrados após 31 de março de 2000, por força do disposto na Medida Provisória nº 1.963-17/2000, atual MP nº 2.170-36/2001. Caso concreto em que não há autorização legal para a aplicação de juros sobre juros em periodicidade inferior a um ano dado que o contrato foi celebrado antes de 31 de março de 2000.
6. Sagraram-se vencidas e vencedoras, ambas as partes devem ser condenadas ao pagamento dos honorários advocatícios, que se compensarão na modalidade do artigo 21 do Código de Processo Civil, arcando cada uma com a metade das custas processuais.
7. Apelação da embargante parcialmente provida. Apelação da CEF não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 15 de junho de 2011.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY (Relator): Trata-se de apelações interpostas pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e ANTONIO ALBERTO RODRIGUES e outros contra sentença que, reconhecendo o excesso de execução, acolheu parcialmente os embargos, para declarar o valor da dívida em R$ 35.092,33 (trinta e cinco mil, noventa e dois reais e trinta e três centavos), afastando a comissão de permanência.

A Caixa Econômica Federal pugna pela reforma da sentença para manter os encargos da forma pactuada.

Os embargantes pugnam pela reforma da sentença, com o acolhimento integral de suas alegações e com a condenação apenas da embargada nos encargos da sucumbência.

Com contrarrazões da CEF, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É O RELATÓRIO.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

O Exmo. Sr Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY (Relator): A sentença há de ser parcialmente reformada.

Do demonstrativo do débito:

O demonstrativo que instruiu a execução demonstra de forma evidente os valores devidos pela parte embargante, bem ainda os encargos aplicados sobre esse valor.

Importante ressaltar que tais encargos estão previstos no contrato, bastando mera operação aritmética para constatação da exatidão dos valores exigidos.

Nessa direção, não se mostra razoável acolher a alegação de nulidade da execução.

Da dedução da quantia paga no ato da assinatura do contrato:

Sem razão a embargante, considerando manifestação expressa do perito no sentido de que o valor executado não abarca essa quantia inicialmente paga (fls. 143).

Da nota promissória:

A questão atinente à ausência de literalidade da nota promissória não é relevante, dado que o valor que o instrumento executado é o contrato de confissão e renegociação de dívida firmado pelo embargante.

Da comissão de permanência:

A questão atinente à aplicação da comissão de permanência é tormentosa, já tendo sido objeto de três súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> *Súmula nº 294:* "Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato."
>
> *Súmula nº 296:* "Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado".
>
> *Súmula nº 30:* "A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis".

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, ao apreciar a questão, definiu bem os contornos da natureza desse encargo, confira:

> "Pela interpretação literal da Resolução nº 1.129/86, do BACEN, poder-se-ia inferir, como deseja crer o agravante, que os bancos estariam autorizados a cobrar de seus devedores, além dos juros de mora, a comissão de permanência. Porém, o correto desate da questão passa necessariamente pela análise da natureza jurídica dos institutos e não pela interpretação literal de um ato administrativo, que não pode se sobrepor à lei ou a princípios gerais do direito.
> Com efeito, *a comissão de permanência tem a finalidade de remunerar o capital e atualizar o seu valor, no inadimplemento*, motivo pelo qual é pacífica a orientação de que não se pode cumular com os juros remuneratórios e com a correção monetária, sob pena de se ter a cobrança de mais de uma parcela para se atingir o mesmo objetivo.
> Por outro lado, a comissão de permanência, na forma como pactuada nos contratos em geral, *constitui encargo substitutivo para a inadimplência*, daí se presumir que ao credor é mais favorável *e que em relação ao devedor representa uma penalidade a mais contra a impontualidade, majorando ainda mais a dívida*.
> Ora, previstos já em lei os encargos específicos, com naturezas distintas e transparentes, para o período de inadimplência, tais a multa e os juros moratórios, não há razão plausível para admitir a comissão de permanência cumulativamente com aqueles, encargo de difícil compreensão para o consumidor, que não foi criado por lei, mas previsto em resolução do Banco Central do Brasil (Resolução nº 1.129/86).
> Sob esta ótica, então, a comissão de permanência, efetivamente, não tem mais razão de ser. Porém, caso seja pactuada, não pode ser cumulada com os encargos transparentes, criados por lei e com finalidades específicas, sob pena de incorrer em *bis in idem*, já que aquela, além de possuir um caráter punitivo, aumenta a remuneração da instituição financeira, seja como juros remuneratórios seja como juros simplesmente moratórios. O fato é que a comissão de permanência foi adotada para atualizar, apenar e garantir o credor em período em que a legislação não cuidava com precisão dos encargos contratuais."

(Excerto do voto no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 712.801 - RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, *in* DJ 04.05.2005, p. 154)

Note-se que a resolução da lide passa pela análise da legalidade da aplicação da comissão de permanência, bem como da legitimidade de sua incidência em concomitância com os encargos da mora (juros e multa), com a correção monetária e, ainda, com os juros remuneratórios do capital.

No que toca ao aspecto da legalidade, dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em seu Título I, Capítulo VI, quando trata da proteção contratual e, na Seção II, quando cuida precisamente das cláusulas abusivas, o seguinte:

"Art. 51. São *nulas de pleno* direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
...
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;
...
X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
...
§ 1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;
III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.
§ 2º. A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, ocorrer ônus excessivo a qualquer das partes.
§ 4º. É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes."

Voltando vistas a tais disposições legais, é possível inferir que a inserção de cláusula que atribui única e exclusivamente ao credor a definição do percentual da comissão de permanência a ser aplicado à dívida inadimplida viola frontalmente a legislação consumerista.

Note-se que a disposição contratual não é clara quanto ao percentual que será utilizado pelo credor para compor o saldo devedor no caso de inadimplemento da dívida, tornando imprevisível a dívida e impingindo ao devedor o ônus da incerteza quanto ao montante efetivamente devido.

Tal previsão, bem se vê, é flagrantemente incompatível com as regras citadas, devendo ser reconhecida a invalidade da cláusula contratual que estabelece a aplicação

desse encargo, *ex vi* do artigo 51, incisos IV e X e §§, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1980 (Código de Defesa do Consumidor).

Cumpre ressaltar que o contrato prevê outras formas de remunerar o capital emprestado durante o período de inadimplência, que são a multa e os juros de mora, *encargos transparentes, criados por lei e com finalidades específicas* nos dizeres do Ministro Menezes Direito, de maneira que a solução mais ajustada é a que exclui a aplicação da comissão de permanência da relação entabulada entre as partes.

Da Capitalização dos juros:

A insurgência contra a capitalização de juros calculados em prazo inferior a um ano tem respaldo, de modo expresso, em lei. Prevê o artigo 4º, do Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933, "verbis":

> "Art. 4º. É proibido contar juros dos juros; esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta-corrente de ano a ano."

A capitalização de juros, mesmo para instituições financeiras, é vedada quando a lei não traga previsão expressa autorizando-a.

O Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL editou a Súmula de nº 121, que veio estabelecer que "é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada". Tal Súmula foi expedida com fundamento no citado artigo 4º do Decreto nº 22.626, de 07 de abril de 1933.

Posteriormente, a Egrégia Corte veio expedir outro entendimento sumulado, orientando que "as disposições do Dec. nº 22.626/33 não se aplicam as taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições publicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional".

O Egrégio *SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA* acomodou as interpretações sumuladas pelo Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no sentido de que a capitalização de juros é vedada mesmo em favor das instituições financeiras.

THEOTONIO NEGRÃO, "in" *CÓDIGO CIVIL E LEGISLAÇÃO CIVIL EM VIGOR*, 11ª Edição, Malheiros, p. 578, anota, "verbis":

> "... Esta Súmula (121 STF.) deve ser harmonizada com a de nº 596, em nota ao art. 1º. *Todavia, a capitalização de juros é vedada, mesmo em favor das instituições financeiras* (STJ, 4ª Turma, REsp 1.285-GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 14.11.89, negaram provimento, v. u., DJU - 11.12.89, p. 18.141, 2ª. col., em.; STJ-3ª Turma, REsp 2.293-AL, rel. Min. Cláudio Santos, j. 17.4.90, deram provimento, v. u., DJU 7.5.90, deram provimento, v. u., DJU 7.5.90, p. 3.830, 2ª col. em.; STJ. 3ª Turma, REsp 2.393-SP, rel. desig. Min. Eduardo Ribeiro, j. 12.6.90, não conheceram, maioria, DJU 27.8.90, p. 8.321, 2ª. col. em.; RTJ 92/1.341, 98/851, 108/277, 124/616; STF. Bol. AASP 1.343/218)."

A propósito do mesmo tema, o Supremo Tribunal Federal deu ao tema a interpretação definitiva, como se vê da Revista Trimestral de Jurisprudência nº 124, pág. 616, "verbis":

> "JUROS. CAPITALIZAÇÃO. A capitalização semestral de juros, ao invés da anual, só é permitida nas operações regidas por leis ou normas especiais, que expressamente o autorizem.
> Tal permissão não resulta do artigo 31, da Lei nº 4.595, de 1964. Decreto nº 22.626/1933, art. 4º. Anatocismo: sua proibição. *IUS COGENS*. Súmula 121. Dessa proibição não estão excluídas as instituições financeiras. A Súmula 596 não afasta a aplicação da Súmula 121. Exemplos de leis específicas, quanto à capitalização semestral, inaplicáveis à espécie. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido, por negativa de vigência do art. 4º do Decreto nº 22.626/1933, e contrariedade do acórdão com a Súmula 121, dando-se-lhe provimento."

Atualmente, entretanto, o tema já se encontra superado, vez que o C. Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento sobre a possibilidade de haver capitalização de juros *apenas* nos contratos bancários firmados por instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional *a partir de 31 de março de 2000*, por força do disposto na Medida Provisória nº 1.963-17/2000, atual MP nº 2.170-36/2001. Confira o julgado abaixo transcrito:

> "Agravo regimental. Embargos de divergência. Contrato de financiamento bancário. Capitalização mensal. Medidas Provisórias nºs 1.963-17/2000 e 2.170-36/2001. Súmula nº 168/STJ.
> 1. Na linha da jurisprudência firmada na Segunda Seção, 'o artigo 5º da Medida Provisória 2.170-36 permite a capitalização dos juros remuneratórios, com periodicidade inferior a um ano, nos contratos bancários celebrados após 31-03-2000, data em que o dispositivo foi introduzido na MP 1963-17' (REsp nº 603.643/RS, Relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 21/3/05).
> 2. Seguindo o acórdão embargado a mesma orientação pacífica nesta Corte, incide a vedação da Súmula nº 168/STJ.
> 3. Hipótese, ainda, em que os paradigmas não cuidam das medidas provisórias que permitem a capitalização mensal, ausente a necessária semelhança fática e jurídica.
> 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EREsp nº 809538, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, publicado no DJ de 23/10/2006, página 250)

No caso concreto, considerando que o contrato foi celebrado antes daquela data (31 de março de 2000), não há autorização legal para a aplicação de juros sobre juros (capitalização) em periodicidade inferior a um ano.

Dos encargos da sucumbência:

Considerando que as partes sagraram-se vencidas e vencedoras, condeno-as ambas ao pagamento dos honorários advocatícios, que se compensarão na modalidade do artigo 21 do Código de Processo Civil, arcando cada parte com a metade das custas processuais.

Ante o exposto, *nego provimento ao recurso da Caixa Econômica Federal e dou parcial provimento à apelação da embargante* para reformar a sentença para determinar

o afastamento da capitalização mensal dos juros e para condenar as partes ao pagamento dos honorários advocatícios, que se compensarão na modalidade do artigo 21 do Código de Processo Civil, arcando cada uma com a metade das custas processuais.

É COMO VOTO.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0027940-46.2003.4.03.6100
(2003.61.00.027940-9)

Apelantes: SEBASTIANA FARACI ACCASCINA (= ou > de 60 anos) E OUTRO
Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO
Parte Ré: BRADESCO SEGURADORA S/A
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ALESSANDRO DIAFERIA
Classe do Processo: AC 1129977
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/08/2011

EMENTA

DIREITO CIVIL. INFRAERO. REPARAÇÃO DE DANO. IDOSO. QUEDA. AEROPORTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DEVER DE INDENIZAR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. COMPETÊNCIA DA E. 2ª SEÇÃO DESTA CORTE.

I - Trata-se de apelo, em ação ordinária de indenização por danos materiais, morais e estéticos, com pedido de tutela antecipada, contra a INFRAERO - Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária S/A.

II - Matéria que suscita dúvidas quanto ao exame de competência, de natureza absoluta, para seu processamento, em especial porque já foi objeto de apreciação, em hipóteses análogas, por Turmas diversas, vale dizer, componentes da E. 1ª Seção, bem como por aquelas da E. 2ª Seção, de deliberação imprescindível com vistas a evitar futuras alegações no sentido da eventual rescisão do julgado ora em exame.

III - Em sendo questão envolvendo direito público, atinente à responsabilização civil do Estado, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, é situação que redunda na declaração de incompetência desta E. 2º Turma para julgamento do presente feito.

IV - Precedentes tanto do Órgão Especial, como do Plenário desta Corte, cuja deliberação foi no sentido da fixação da competência em prol da Colenda 2ª Seção, ou de Turma da 2ª Seção. *(*REOAC - REMESSA *EX OFFICIO* EM APELAÇÃO CÍVEL. Relator(a): JUÍZA ANNA MARIA PIMENTEL, Órgão julgador: Plenário; DJU DATA: 17/11/1994) e (CC 201003000296275, Relator(a) DIVA MALERBI, Órgão julgador: ÓRGÃO ESPECIAL; DATA: 04/07/2011).

V - Declarada a incompetência da E. 2ª Turma, determinando-se o declínio dos autos em favor de uma das Turmas da E. 2ª Seção desta E. Corte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, declinar da competência em favor a uma das Turmas da E. 2ª Seção desta Corte, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de agosto de 2011.

Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA (Relator): Trata-se de apelo de SEBASTIANA FARACI ACCASCINA e RENATO LUIS MARIA ACCASCINA (fls. 367/369), em ação ordinária de indenização por danos materiais, morais e estéticos com pedido de tutela antecipada, contra a INFRAERO - Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária S/A.

Pretende a condenação da ré, ao pagamento à autora Sebastiana Faraci Accascina, da quantia de R$ 172.960,00 (cento e setenta e dois mil novecentos e sessenta reais), sendo R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) referentes ao dano moral, R$ 20.000,00 (vinte mil reais) referentes ao dano estético e R$ 72.960,00 (setenta e dois mil novecentos e sessenta reais) pelos danos materiais e, ao autor Renato Luis Maria Accascina, o valor de R$ 10.579,80 (dez mil quinhentos e setenta e nove reais e oitenta centavos) em virtude das expensas com sua mãe, tocantes à realização de procedimento cirúrgico, compra de prótese e tratamentos.

Indeferida a antecipação de tutela à fl. 72.

O feito iniciou-se na Justiça Estadual, sendo recebido nesta Justiça em 07/10/2003, a teor do art. 109, inciso I, da Constituição Federal (fl. 212).

Acolhida denunciação da lide da Bradesco Seguros S/A, em decisão de fl. 248, oportunizado o direito de se manifestar, dele declinou (fls. 256 e 315).

A r. sentença de fls. 354/360, proferida pelo Juízo da 25ª Vara Federal desta Capital, julgou improcedente o pedido, na forma do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, ante a inexistência de culpa por parte da ré, condenando os autores em honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa.

Aduzem SEBASTIANA FARACI ACCASCINA e RENATO LUIS MARIA ACCASCINA, coautores, que a INFRAERO é a responsável pelas instalações nos aeroportos, mormente em razão da cobrança da taxa de embarque e do dever de fiscalização dos serviços prestados, em função da relação de consumo a teor da Lei 8.078/90.

A ser favor, invocam os arts. 6, 14, 17 e 23, do Código do Consumidor, que impõem a responsabilidade objetiva por defeitos relativos à prestação de serviços, independentemente de culpa, *in casu*, configurado na inobservância de normas de segurança necessárias das limitações advindas com o avanço da idade.

Igualmente, a Constituição Federal também prevê em seu bojo o direito à indenização por danos morais e materiais (art. 5º, incisos V e X). Paralelamente, alega ofensa ao Estatuto do Idoso, em seu art. 3º, inciso I, que determina o atendimento preferencial, imediato e individualizado.

Os apelantes pedem, portanto, pela reforma integral da sentença, de molde a condenar a ré a indenizar os danos materiais, estéticos e morais advindos com sua omissão, invertendo-se a sua condenação em honorários advocatícios.

Os autos subiram a esta Corte com contrarrazões (fls. 373/395).

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA - Relator

VOTO PRELIMINAR

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA (Relator): Trago

à apreciação desta C. Turma questão preliminar, que reputo prejudicial ao exame do mérito da presente demanda, relativa à competência desta E. 2ª Turma, para julgamento da pretensão aduzida em juízo, com foco na causa de pedir aduzida na inicial.

Trata-se de apelação interposta por SEBASTIANA FARACI ACCASCINA, nos autos de ação ordinária ajuizada em face de INFRAERO - Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, objetivando indenização por danos materiais e por danos morais decorrentes de queda em dependências do Aeroporto de Guarulhos, após desembarque de viagem aérea proveniente de Buenos Aires, julgada improcedente pelo MM. Juízo da 25ª Vara Federal de São Paulo.

Com efeito, funda-se a inicial, em síntese, em eventual direito à indenização devido à autora Sebastiana Faraci Accascina, da quantia de R$ 172.960,00 (cento e setenta e dois mil novecentos e sessenta reais), sendo R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) referentes ao dano moral, R$ 20.000,00 (vinte mil reais) referentes ao dano estético e R$ 72.960,00 (setenta e dois mil novecentos e sessenta reais) pelos danos materiais e, ao autor Renato Luis Maria Accascina, o valor de R$ 10.579,80 (dez mil quinhentos e setenta e nove reais e oitenta centavos) em virtude das expensas com sua mãe, tocantes à realização de procedimento cirúrgico, compra de prótese e tratamentos

Aduzem SEBASTIANA FARACI ACCASCINA e RENATO LUIS MARIA ACCASCINA, coautores, que a INFRAERO é a responsável pelas instalações nos aeroportos, mormente em razão da cobrança da taxa de embarque e do dever de fiscalização dos serviços prestados, em função da relação de consumo a teor da Lei 8.078/90.

A ser favor, invocam os arts. 6, 14, 17 e 23, do Código do Consumidor, que impõem a responsabilidade objetiva por defeitos relativos à prestação de serviços, independentemente de culpa, *in casu*, configurado na inobservância de normas de segurança necessárias das limitações advindas com o avanço da idade.

Citam, ainda, a Constituição Federal que prevê em seu bojo o direito à indenização por danos morais e materiais (art. 5º, incisos V e X) e, paralelamente, alegam ofensa ao Estatuto do Idoso, em seu art. 3º, inciso I, que determina o atendimento preferencial, imediato e individualizado

Pois bem.

Sinalo que a presente objeção tem fundamento no art. 8º e art.10, em especial em seu § 1º, inciso III e § 2º, todos do Regimento Interno desta E. Corte, que firmam a competência das três áreas de especialização para julgamento, estabelecidas em razão da matéria, cuja redação trago à colação:

> "Art. 10 - A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa.
> § 1º - À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos:
> I - à matéria penal;
> II - às contribuições destinadas ao custeio da Previdência Social, ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL) e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).
> - Inciso II com redação dada pela Emenda Regimental nº 10, publicada no DJ de 02.05.2003, Seção 2, pág. 300.
> III - à matéria de direito privado, dentre outras:
> a) domínio e posse;

b) locação de imóveis;
c) família e sucessões;
d) direitos reais sobre a coisa alheia;
IV - à matéria trabalhista de competência residual;
V - à propriedade industrial;
VI - aos registros públicos;
VII - aos servidores civis e militares;
VIII - às desapropriações e apossamentos administrativos.
§ 2º - À Segunda Seção cabe processar e julgar os feitos relativos ao direito público, ressalvados os que se incluem na competência da Primeira e Terceira Seções, dentre outros:
- § 2º com redação dada pela Emenda Regimental nº 10, publicada no DJ de 02.05.2003, Seção 2, pág. 300.
I - matéria constitucional, incluindo nacionalidade, opção e naturalização, excetuadas as competências do Órgão Especial, da Primeira e Terceira Seções;
- Inciso I com redação dada pela Emenda Regimental nº 10, publicada no DJ de 02.05.2003, Seção 2, pág. 300.
II - licitações;
III - nulidade e anulabilidade de atos administrativos, excetuada a matéria da Primeira e Terceira Seções;
- Inciso III com redação dada pela Emenda Regimental nº 10, publicada no DJ de 02.05.2003, Seção 2, pág. 300.
IV - ensino superior;
V - inscrição e exercício profissional;
VI - tributos em geral e preços públicos;
VII - contribuições, excetuadas as de competência da Primeira Seção.” (grifado)

Da leitura dos autos, vislumbro que a matéria trazida a exame suscita dúvidas quanto à competência, de natureza absoluta, para seu processamento, em especial porque já foi objeto de apreciação, em hipóteses análogas, por Turmas diversas, vale dizer, componentes da E. 1ª Seção, bem como por aquelas da E. 2ª Seção.

Segundo entende esta relatoria, o caso em apreço merece elucidação porquanto, ao que se apresenta, trata de matéria de natureza de direito público, envolvendo questão atinente à responsabilização civil do Estado, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, situação que redundaria na declaração de incompetência desta E. 2ª Turma para julgamento do presente feito.

Portanto, a questão não é pacífica e, aparentemente, pode suscitar debates, eis que no âmbito desta 2ª Turma, matéria aparentemente análoga, já foi deliberada, conforme precedente que segue:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. COMPANHIA SEGURADORA. DIREITO DE REGRESSO. INFRAERO. MERCADORIA AVARIADA. PERMANÊNCIA NO RECINTO ALFANDEGADO. RESPONSABILIDADE NÃO ELIDIDA. 1. Trata-se de pedido de indenização contra a Infraero por alegada negligência na guarda de mercadoria importada, cujas avarias foram suportadas pela autoria, uma companhia seguradora,

mediante o pagamento de sinistro à empresa segurada. 2. A carga foi recebida no terminal de cargas aeroportuário em 14.12.2003, ao passo em que a ação foi distribuída em 29.07.2005, portanto, antes de esgotado o prazo prescricional previsto no inciso VIII, do art. 317, do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei nº 7.565, de 19.12.1986. 3. Não restaram demonstradas evidências fáticas e peculiaridades ínsitas que permitissem aferir quanto a incidência ou não da legislação consumerista ao caso concreto, o qual, em princípio não sinaliza relação de consumo. Cuida-se de responsabilidade objetiva advinda de omissão imputável à empresa requerida, incumbida por força da lei instituidora, de prestar serviços aeroportuários constitucionalmente afetados à União, que o explora mediante concessão materializada através daquele diploma, através da INFRAERO. Despiciendo o exercício do direito de regresso da seguradora sub-rogada a não ser para assentar a sua legitimação ativa, emergida do sinistro à que se viu compelida a indenizar, e que de ordinário reclamariam a incidência de disposições do novo Código Civil, Lei nº 10.406/02, em vigor à época dos fatos, especialmente arts. 186 e 927. 4. Comprovado o direito de regresso a ser exercido pela autora, tendo em vista que celebrado contrato de seguro entre a mesma e a empresa Robert Bosch Ltda., relativamente à mercadoria importada dos Estados Unidos e que sofreu avaria por molhadura, ensejando o pagamento do sinistro. 5. Ressai a responsabilidade da Infraero diante do não afastamento da alegada negligência no cuidado com a mercadoria entregue para seu depósito, ante o conjunto probatório revelador de que a mercadoria chegou, sendo por ela recebida sem qualquer registro de umidade, causadora do dano, detectada somente após a permanência no recinto alfandegado. 6. Apelação da Infraero improvida". *(Apelação Cível nº 2003.03.99.016772-0, Órgão julgador: SEGUNDA TURMA. Juiz Convocado Roberto Jeuken, julgado em 22/06/2010)* (grifado)

Em reforço, como se vê dos precedentes abaixo, tanto o Órgão Especial como o Plenário desta Corte tiveram oportunidade de apreciar a questão da responsabilidade imputada a este estatal sob o enfoque da competência interna dos órgãos jurisdicionais deste Tribunal, ambos em sede de conflito de jurisdição.

Veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE DESEMBARGADORES FEDERAIS INTEGRANTES DA PRIMEIRA E TERCEIRA TURMAS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. EXTRAVIO DE CORRESPONDÊNCIA (SEDEX). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DIREITO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA SEGUNDA SEÇÃO. - A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT é empresa pública federal que presta serviço público, cuja manutenção é da competência da União, nos termos do art. 21, X, da Constituição Federal, de sorte que, dada essa condição especial, a jurisprudência E. STF lhe reconheceu natureza distinta das empresas públicas comuns - constituídas para o exercício de atividade econômica e sujeitas a regime jurídico de direito privado, conforme previsão do art. 173, § 1º, II, e § 2º da CF/1988 -, atribuindo-lhe caráter autárquico e equiparando-a à Fazenda Pública. - Quaisquer dúvidas acerca da natureza

jurídica da atividade da ECT e do serviço por ela explorado foram definitivamente dirimidas pela Corte Suprema no julgamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46/DF. - O fato de a autora da ação ter fundado a sua pretensão à reparação na culpa da ECT, atribuindo-lhe a prática de ilícito civil, e não na teoria do risco administrativo, ou seja, de ter sido invocada na inicial a responsabilidade subjetiva do Estado e não a objetiva (art. 37, § 6º, da CF), não implica na restrição da matéria aos lindes do direito privado, pois trata-se da responsabilidade civil do Estado, que tanto pode ser objetiva como subjetiva. - Versando a demanda sobre o ressarcimento de danos supostamente causados pela ECT, que integra o conceito de Estado e de Fazenda Pública, a relação jurídica litigiosa refere-se à responsabilidade civil do Estado, matéria de competência das Turmas da Segunda Seção desta Corte. - Conflito de Competência julgado improcedente, reconhecendo-se a competência da Segunda Seção deste Tribunal para o exame da matéria. Competência do Desembargador Federal suscitante declarada." (CC 201003000296275, Relator(a) DIVA MALERBI, Órgão julgador: ÓRGÃO ESPECIAL; DATA: 04/07/2011)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - PRELIMINAR - INAMPS - LEI 8.689/93 - ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DO INSS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZES INTEGRANTES DAS 2ª E 3ª SEÇÕES DESTE TRIBUNAL - DIREITO À SAÚDE - AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO CAUSADO A TERCEIRO. MATÉRIA DE DIREITO PÚBLICO - COMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO - CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. 1. O INSTITUTO NACIONAL DA ASSISTÊNCIA MÉDICA E PREVIDÊNCIA SOCIAL - INAMPS - não mais existe na organização administrativa atual, sendo que a Lei nº 8.689/93, ao extinguir a referida autarquia, expressamente definiu como sucessora nos seus direitos e obrigações a União Federal, a teor do seu artigo 11. Ademais, as funções, competências e atividades do INAMPS foram absorvidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), vinculado ao Ministério da Saúde. Assim, a mera presença dessa extinta autarquia no pólo passivo, quando da propositura da inicial, não revela, por si só ser a demanda de natureza previdenciária. 2. À Terceira Seção deste Tribunal, nos termos do artigo 10, § 3º, do Regimento Interno desta Corte, compete julgar somente os feitos relativos à Previdência e Assistência Social, matérias não vislumbradas no caso em apreço, uma vez que não há menção a qualquer benefício previdenciário ou assistencial, visto que tem por objeto a indenização por danos causados pela Administração, no âmbito da Saúde. 3. A questão de fundo da ação está expressa na responsabilidade civil do Estado, matéria circunscrita à competência da Segunda Seção deste Tribunal, pois, conforme já cediço na doutrina, trata-se de matéria eminentemente de direito público, com contornos totalmente diversos dos relativos à tradição civilista, sendo caracterizada pela teoria do risco integral, inclusive prevista pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º. 4. Considerando que o artigo 10, § 2º do Regimento Interno deste Tribunal, prevê como competente a Segunda Seção para processar os feitos relativos ao direito público, conclui-se que é deste órgão julgador a competência para o julgamento do presente feito. 5. Conflito de Competência a que se dá provimento, declarando-se competente o juízo

suscitado, qual seja, a Segunda Seção deste Tribunal." (CC 200503000699430; JUÍZA SUZANA CAMARGO; Órgão julgador: ÓRGÃO ESPECIAL; DATA: 10/09/2007)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZES INTEGRANTES DAS 1ª E 2ª SEÇÕES DESTE TRIBUNAL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO CAUSADO A TERCEIRO. MATÉRIA DE DIREITO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO. CONFLITO JULGADO IMPROCEDENTE. - Não obstante a sólida base civilística da responsabilidade civil do Estado, impossibilitado seu enquadramento nos limites do direito privado, visto que as amarras foram vencidas, pouco a pouco, até o rompimento de cadeias importantes, como a desnecessidade da prova da culpa do servidor, para que o particular mereça a satisfação do dano causado. - Firmada a competência da Segunda Seção, para o julgamento do apelo ofertado. - Conflito de competência julgado improcedente." (REOAC - REMESSA *EX OFFICIO* EM APELAÇÃO CÍVEL. Relator(a): JUÍZA ANNA MARIA PIMENTEL, Órgão julgador: Plenário; DJU DATA: 17/11/1994)

Como se observa, em ambos os casos, a deliberação foi no sentido da fixação da competência em prol da Colenda 2ª Seção, ou de Turma da 2ª Seção.

A deliberação sobre a competência para o julgamento do presente feito se faz imprescindível para evitar futuras alegações no sentido da eventual rescisão do julgado ora em exame.

Ante o exposto, submeto ao colegiado a apreciação da competência desta E. 2ª Turma para julgamento do presente feito, propondo desde já o declínio em favor de uma das Turmas da E. 2ª Seção desta E. Corte.

É o voto.

Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001196-98.2005.4.03.6114
(2005.61.14.001196-0)

Apelantes: LUCIANA DE MOURA FONSECA E AURORA APARECIDA ISRAEL DE SOUZA
Apeladas: MITTO ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA. E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: AC 1501734
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/08/2011

EMENTA

PROCESSO CIVIL. CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE TERRENO E MÚTUO. OBRA EMBARGADA. CONSTRUÇÃO NÃO CONCLUÍDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A CEF E A CONSTRUTURA. SENTENÇA ANULADA. ART. 515, § 3º, CPC. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL COMPROVADO. RESCISÃO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANO MORAL PRESUMIDO EM DECORRÊNCIA DO PRÓPRIO FATO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência reiterada reconhecendo a responsabilidade solidária da CEF juntamente com a construtora por vícios na obra financiada. Legitimidade passiva *ad causam* da CEF reconhecida.

2. De rigor a anulação da sentença a fim de ser apreciado o mérito da ação. Desnecessário o retorno dos autos à Vara de origem para o exame do mérito da ação, tendo em vista que se aplica ao caso o art. *515*, § 3º, do Código de Processo Civil, por se tratar de questão exclusivamente de direito, diante da ausência de manifestação da parte autora quanto as provas que pretendia produzir (fl. 295), e a causa estar em condições de imediato julgamento.

3. Afastada a preliminar suscitada pela corré Mitto Engenharia e Construções Ltda. quanto ao litisconsórcio ativo necessário entre os demais condôminos. Com efeito, o contrato ora discutido cuida de aquisição de unidade condominial autônoma, propriedade exclusiva do adquirente, de livre disposição nos termos do art. 1.331, § 1º, do Código Civil.

4. De acordo com o contratado, considerados os atrasos a obra deveria ser entregue no máximo no final de outubro de 2002. A construção foi embargada em virtude de descumprimento da legislação ambiental (fls. 205/110), de modo que não pode ser considerada como força maior a autorizar a não observância dos prazos previstos contratualmente, consoante dispõe o art. 393, parágrafo único, do Código Civil.

5. Ademais, muito embora a corré Mitto alegue ter sido o embargo indevido, em 11 de novembro de 2002 firmou termo de ajustamento de conduta comprometendo-se a realizar alterações na obra a fim de adequá-la às normas ambientais (fls. 105/110), desta forma, a partir dessa data o embargo à obra não seria mais considerado justificativa para o atraso.

6. Caracterizado o inadimplemento contratual pelas rés de forma a autorizar a resolução por inexecução do contrato, a teor do art. 475 do Código Civil.

7. A responsabilidade das requeridas pelas perdas e danos originadas pelo inadimplemento contratual resulta do art. 389 do Código Civil e deve respeitar as disposições dos arts. 402 a 405 do mesmo *Codex*. Tratando-se, ademais, de relação de consumo, não há que se perquirir quanto a culpa pelo inadimplemento contratual, haja vista a responsabilidade ser objetiva.
8. Danos materiais demonstrados serão apurados em fase de liquidação.
9. Lucros cessantes não comprovados.
10. O dano moral decorrente do abalo gerado pela impossibilidade de usufruir de imóvel adquirido é conhecido pela experiência comum e considerado *in re ipsa*, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato. Indenização arbitrada em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).
10. Apelação provida. Sentença anulada. Ação parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, DAR PROVIMENTO à apelação interposta pela parte autora para reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* da CEF e anular a r. sentença recorrida e, em consonância com o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial para rescindir o Instrumento Particular de Compra e Venda de Terreno e Mútuo celebrado entre as partes e condenar as rés ao pagamento de danos materiais e morais, na forma da fundamentação acima, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de agosto de 2011.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face da r. sentença que reconheceu a incompetência absoluta da Justiça Federal para o processamento e julgamento do feito em virtude da ilegitimidade passiva *ad causam* da Caixa Econômica Federal - CEF.

Alegam os apelantes, em síntese, que (a) a legitimidade passiva da CEF para o feito já havia sido reconhecida nos autos (fls. 234 e 256); (b) o Instrumento Particular de Compra e Venda de Terreno e Mútuo para Construção de Unidade Habitacional foi firmado também junto à CEF; (c) a CEF participou do empreendimento desde a aprovação dos projetos, evidenciando-se sua responsabilidade pela obra decorrente de negligência na fiscalização; (d) o pedido de rescisão contratual deduzido em face da corré, Mitto Engenharia e Construções Ltda., obriga a presença da CEF no feito, haja vista esta ser parte do contrato também; (e) dentre os pedidos iniciais está a devolução pela CEF dos valores já pagos; (f) após mais de 10 (dez) anos o imóvel ainda não está pronto.

Sem contrarrazões os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): Assiste razão às apelantes.

O contrato discutido nos autos foi firmado entre as autoras, a Mitto Engenharia e Construções Ltda. e a CEF, de sorte que a pretensão de sua resolução obriga a participação de todas as partes no feito.

Há, ainda, pedido de devolução de valores já pagos pelas autores à CEF a título de execução do contrato. Tal pedido, evidentemente, foi deduzido diretamente em face da CEF, sendo forçoso o reconhecimento de sua legitimidade para a causa.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência reiterada reconhecendo a responsabilidade solidária da CEF juntamente com a construtora por vícios na obra financiada:

> "PROMESSA DE VENDA E COMPRA. AQUISIÇÃO DE UNIDADE HABITACIONAL MEDIANTE FINANCIAMENTO (SFH). VÍCIOS DA CONSTRUÇÃO. LEGITIMIDADE DE PARTE DO AGENTE FINANCEIRO. CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO E DE FINANCIAMENTO. INTERDEPENDÊNCIA. - O agente financeiro é parte legítima na ação de resolução contratual proposta por mutuários em virtude de vícios constatados no edifício, dada a inequívoca interdependência entre os contratos de construção e de financiamento. - 'A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança'. (REsps nº 51.169-RS e 647.372-SC). Recurso especial conhecido e provido."
> (STJ. QUARTA TURMA. Relator Ministro BARROS MONTEIRO. RESP 200100810999. DJ DATA: 14/03/2005 PG: 00340).

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AQUISIÇÃO DE UNIDADE HABITACIONAL MEDIANTE FINANCIAMENTO (SFH). VÍCIOS DA CONSTRUÇÃO. LEGITIMIDADE DE PARTE DO AGENTE FINANCEIRO. CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO E DE FINANCIAMENTO. INTERDEPENDÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. 1. O agente financeiro é parte legítima na ação de resolução contratual proposta por mutuários em virtude de vícios constatados no edifício, dada a inequívoca interdependência entre os contratos de construção e de financiamento (cf. RESP 331.340/DF, Quarta Turma, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 14.03.2005). 2. A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança. Precedentes. 3. Incidência, na espécie, da súmula 83/STJ. 4. Agravo regimental não provido."
> (STJ. QUARTA TURMA. Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES. AGA 200500905831. DJ DATA: 05/09/2005 PG: 00428).

No mesmo sentido a jurisprudência desta Corte:

> "SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO DE OBRA E DE MÚTUO. RESPONSABILIDADE DO AGENTE FINANCEIRO. AGRAVO IMPROVIDO. I - Não há como afastar a responsabilidade solidária que

existe entre o agente financeiro e o construtor pela solidez e segurança dos imóveis construídos com financiamentos do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, quanto mais nos casos em que há 2 (dois) contratos que se relacionam entre si, quais sejam, um de financiamento da obra e outro de financiamento imobiliário. II - Ao repassar recursos para a construção de moradias, a Caixa Econômica Federal - CEF acompanha e fiscaliza toda a sua execução, até porque a liberação do dinheiro se encontra vinculada ao linear andamento da obra. III - Os defeitos construtivos que sejam prejudiciais à habitação do prédio devem ser reparados sob a responsabilidade de ambos, agente financeiro e construtor, vale dizer, no caso presente a Caixa Econômica Federal - CEF e a Construtora Santos Carmagnani. Nesse sentido é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica do seguinte acórdão, a título de exemplo: 'PROMESSA DE VENDA E COMPRA. AQUISIÇÃO DE UNIDADE HABITACIONAL MEDIANTE FINANCIAMENTO (SFH). VÍCIOS DA CONSTRUÇÃO. LEGITIMIDADE DE PARTE DO AGENTE FINANCEIRO. CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO E DE FINANCIAMENTO. INTERDEPENDÊNCIA. - O agente financeiro é parte legítima na ação de resolução contratual proposta por mutuários em virtude de vícios constatados no edifício, dada a inequívoca interdependência entre os contratos de construção e de financiamento. - "A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança" (REsps nº 51.169-RS e 647.372-SC). Recurso especial conhecido e provido.' (REsp 331340 - Relator Ministro Barros Monteiro - 4ª Turma - j. 02/12/04 - v. u. - DJ 14/03/05, pág. 340). IV - Agravo improvido."
(TRF 3ª Região. SEGUNDA TURMA. Relatora Desembargadora Federal CECILIA MELLO. AI 200403000074187. DJF3 CJ1 DATA: 15/04/2010 PÁGINA: 162).

"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. SFH. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL MEDIANTE FINANCIAMENTO. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO IMOBILIÁRIO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ATRASO NO PRAZO DE ENTREGA E VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. 1. Como regra, aquele que empresta dinheiro para a aquisição de um bem ou serviço de terceiros não responde pela qualidade e segurança do produto adquirido, pois é fornecedor exclusivamente do serviço bancário. 2. A responsabilidade subsidiária do agente financeiro, todavia, pode excepcionalmente decorrer de expressa previsão legal ou contratual, como também do fato de, pertencendo ao mesmo quadro econômico do fornecedor do bem adquirido com o empréstimo, haver participado de negócio complexo em que, em uma única ocasião, tenham sido fornecidos o produto adquirido e o serviço bancário de financiamento. 3. No Programa de Arrendamento Residencial, a CEF responde subsidiariamente pela segurança, solidez e quaisquer vícios no imóvel, porquanto assume o controle técnico da construção. 4. Nas hipóteses em que a CEF, contratualmente oferece seguro de entrega, eximindo-se expressamente da responsabilidade técnica, ela responde subsidiariamente apenas por eventuais prejuízos decorrentes do atraso na finalização da obra ou de vícios na execução da obra, mas não pelos vícios decorrentes do projeto em si. 5. Por contrato e por prospectos, a CEF assumiu a obrigação subsidiária de que a

obra seria entregue no prazo e segundo o projeto, tornando-se responsável, perante os adquirentes, pela execução, embora não pelo projeto. 6. Como princípio, a jurisprudência do STJ considera que o mero inadimplemento contratual não implica dano moral. Todavia, as circunstâncias do caso concreto demonstram sua existência, não pelo simples descumprimento de cláusulas contratuais, mas porque disto resultou efetivamente prejuízo a bem da parte autora que não tem expressão propriamente econômica, muito embora, neste caso, seja fácil sua correlação em pecúnia. 7. A parte autora pagou para residir na sua casa a partir da data prevista para a entrega; a construtora aceitou pagamento em troca de acabar o imóvel nesse prazo, ao passo que a CEF ofereceu garantia de que a outra demandada cumpriria sua parte no contrato. Cabível reparação por danos morais, por lesão a um direito que não tem propriamente conteúdo econômico, embora deva corresponder ao valor aproximado para aluguel de imóvel equivalente pelo período do atraso. 8. Negado provimento aos recursos, apenas ressalvando à CEF a possibilidade de recobrar da corré, nestes mesmos autos, o quanto vier a pagar em virtude da condenação." (TRF 3ª Região. SEGUNDA TURMA. Relator Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF. AC 200761100100840. DJF3 CJ1 DATA: 25/03/2010 PÁGINA: 358).

Por essas razões, de rigor a anulação da sentença a fim de ser apreciado o mérito da ação.

Todavia, entendo desnecessário o retorno dos autos à Vara de origem para o exame do mérito da ação, tendo em vista que se aplica ao caso o art. *515*, § 3º, do Código de Processo Civil, por se tratar de questão exclusivamente de direito, diante da ausência de manifestação da parte autora quanto as provas que pretendia produzir (fl. 295), e a causa estar em condições de imediato julgamento.

É nesse sentido o posicionamento dominante no Superior Tribunal de Justiça, consoante se depreende da jurisprudência acostada pelos Ii. Mestres Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, na obra *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 39ª edição, Editora Saraiva, 2007. Confira-se:

"O § 3º do artigo *515* aplica-se, por analogia, às situações em que o tribunal reconhece a nulidade da sentença (no caso, por se tratar de decisão 'extra petita') e está diante de causa madura para o julgamento (RF 378/330 - acórdão relatado pelo Des. Roberto Bedaque). (fls. 668/669).

No julgamento do mérito subseqüente à cassação da sentença terminativa, é permitido ao tribunal decretar a improcedência da demanda, sem que isso esbarre nas vedações da *reformatio in pejus* (STJ - 5ªT., REsp 645.213, rel. Min. Laurito Vaz, j. 18.10.05, negaram provimento, v. u., DJU 14.11.05, p.382) (fls. 669)."

Passo, assim, ao julgamento do feito.

Inicialmente, afasto a preliminar suscitada em contestação pela corré Mitto Engenharia e Construções Ltda. quanto ao litisconsórcio ativo necessário entre os demais condôminos.

Com efeito, o contrato ora discutido cuida de aquisição de unidade condominial autônoma, propriedade exclusiva do adquirente, de livre disposição nos termos do art. 1.331, § 1º, do Código Civil.

Assim, qualquer discussão pertinente à compra e venda da referida unidade condominial interessa unicamente às requerentes em razão do princípio da relatividade dos contratos.

Pleiteiam as autoras na petição inicial:

a) rescisão do Instrumento Particular de Compra e Venda e Mútuo assinado entre partes;

b) devolução integral pela CEF das parcelas recebidas a título de sinal e princípio de pagamento, prêmios de seguros e demais parcelas pagas;

c) condenação das rés ao pagamento de perdas e danos no valor correspondente ao aluguel de um apartamento similar àquele adquirido pelas autoras, a partir de 28 de abril de 2002 (data da entrega contratual) até a efetiva resolução do contrato, bem como pagamento dos demais danos comprovados.

Em 26 de março de 2000, as autoras assinaram perante a corré Mitto Engenharia e Construções Ltda., na qualidade de vendedora, a Inscrição para Aquisição de Unidade Habitacional e Outros Pactos (fls. 21/33), referente à unidade condominial autônoma designada apartamento nº 54, localizada no 5º andar, integrante do Condomínio Residencial Terra Verde, localizada na Rua dos Cajazeiros, 40, Parque Terranova, São Bernardo do Campo/SP.

A data prevista para conclusão da construção do imóvel, conforme previsão contratual, era de 14 (quatorze) meses a contar da assinatura do contrato de financiamento imobiliário a ser celebrado com CEF (fl. 22).

O Instrumento Particular de Compra e Venda de Terreno e Mútuo para Construção de Unidade Habitacional, com Alienação Fiduciária em Garantia e Outras Obrigações, por seu turno, foi celebrado entre as partes em 28 de dezembro de 2000 (fls. 44/66).

Desta feita, a data inicialmente prevista para entrega do imóvel às autoras era 28 de abril de 2002.

A Cláusula Décima Sexta da Inscrição para Aquisição de Unidade Habitacional e Outros Pactos prevê uma tolerância de 180 (cento e oitenta) dias de atraso na obra, ressalvando-se, contudo, os atrasos decorrentes de caso fortuito ou força maior. Dentre as hipóteses de força maior exemplificadas o Parágrafo Primeiro, "c", da Cláusula, encontra-se *eventuais embargos à obra, promovidos por autoridades ou vizinhos, sem que para isso haja concorrido a Vendedora* [Mitto Engenharia e Construções Ltda.].

Assim, de acordo com o contratado, considerados os atrasos a obra deveria ser entregue no máximo no final de outubro de 2002.

Pelos documentos constantes do autos, verifica-se que a construção foi embargada em virtude de descumprimento da legislação ambiental (fls. 205/110), de modo que não pode ser considerada como força maior a autorizar a não observância dos prazos previstos contratualmente, consoante dispõe o art. 393, parágrafo único, do Código Civil.

Ademais, muito embora a corré Mitto alegue ter sido o embargo indevido, em 11 de novembro de 2002 firmou termo de ajustamento de conduta comprometendo-se a realizar alterações na obra a fim de adequá-la às normas ambientais (fls. 105/110), desta forma, a partir dessa data o embargo à obra não seria mais considerado justificativa para o atraso.

A presente ação foi ajuizada em 28 de março de 2005, quase 03 (três) anos depois da celebração do termo de ajustamento de conduta, e até a presente data não há notícia de que a obra foi finalizada. Ao contrário, a Mitto informa em sua contestação:

> "(...) como a construtora passa atualmente por dificuldades financeiras, a co-ré Caixa Econômica Federal deixou de repassar os valores devidos, afastou a co-ré Mitto da construção e ficou de acionar o seguro para término da obra.
> Desde então, a co-ré Mitto não pode mais adentrar a obra, apesar de todos os seus esforços em terminar a obra e receber os valores devidos (...)." (fl. 178).

Entendo, assim, caracterizado o inadimplemento contratual pelas rés de forma a autorizar a resolução por inexecução do contrato, a teor do art. 475 do Código Civil.

Quanto a devolução dos valores pagos pelas autoras à CEF a título de cumprimento do contrato de mútuo, entendo que tais valores estão abrangidos nas perdas e danos de que trata o art. 402 do Código Civil.

A responsabilidade das requeridas pelas perdas e danos originadas pelo inadimplemento contratual resulta do art. 389 do Código Civil e deve respeitar as disposições dos arts. 402 a 405 do mesmo *Codex*. Tratando-se, ademais, de relação de consumo, não há que se perquirir quanto a culpa pelo inadimplemento contratual, haja vista a responsabilidade ser objetiva.

Nesse passo, os danos materiais comprovados pela parte autora são as despesas com o contrato (fls. 19/20, 67/70), bem como os valores referentes às prestações pagas do mútuo imobiliário (fls. 73/78), cujo montante exato será apurado em fase de liquidação.

Quanto ao valor pleiteado pelas autoras a título de lucros cessantes, consistente no montante correspondente ao aluguel de um apartamento similar, a partir de 28 de abril de 2002, não há comprovação nos autos de que a intenção das compradoras fosse alugar o imóvel ao invés de utilizá-lo como residência.

Diante da ausência de comprovação, os lucros cessantes ficam excluídos da condenação.

Por fim, o dano moral decorrente do abalo gerado pela impossibilidade de usufruir de imóvel adquirido é conhecido pela experiência comum e considerado *in re ipsa*, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato.

O *quantum* da indenização deve ser fixado com vistas à situação econômica das requeridas e ao princípio da proporcionalidade ao sofrimento suportado no caso concreto, de forma a servir de desestímulo ao agente danoso e de compensação às vítimas.

Desta sorte, em atenção às especificidades do caso, inclusive levando-se em conta que a CEF continuou a cobrar das mutuárias valores pertinentes às prestações do mútuo habitacional (fl. 339) mesmo sem realizar os créditos em conta poupança vinculada ao empreendimento em nome delas, com a posterior liberação desses recursos à corré Mitto, conforme previsto no item "B1" do Instrumento Particular de Compra e Venda de Terreno e Mútuo (fl. 45), reputo suficiente o pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com incidência de juros de mora e correção monetária a partir do trânsito em julgado desta decisão (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça).

Isso posto, em razão da sucumbência ínfima da parte autora, condeno às rés ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado que arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

À vista do referido, DOU PROVIMENTO à apelação interposta pela parte autora para reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* da CEF e anular a r. sentença recorrida e,

em consonância com o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial para rescindir o Instrumento Particular de Compra e Venda de Terreno e Mútuo celebrado entre as partes e condenar as rés ao pagamento de danos materiais e morais, na forma da fundamentação acima.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0017079-54.2010.4.03.6100
(2010.61.00.017079-9)

Apelante: AGOSTINHO JOSÉ DOS SANTOS FILHO
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: AC 1608896
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/07/2011

EMENTA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. PREVISÃO ARTIGO 330, I DO CPC. IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO NÃO CONFIGURADA. PROCURAÇÃO LAVRADA POR INSTRUMENTO PÚBLICO. FÉ PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL ARTIGO 186 DO CÓDIGO CIVIL E ART. 5º, V E X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ERRO NA IMPRESSÃO DE RESULTADO DE JOGO DE LOTERIA "DUPLA SENA". CORREÇÃO VEICULADA UM DIA ANTES DO RESULTADO EM JORNAIS DE GRANDE CIRCULAÇÃO. DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS.
1. Não há qualquer vício no julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, inc. I do CPC, pois é medida norteada pela força probante dos documentos constantes dos autos, capazes de tornar dispensável a continuação da fase instrutória.
2. Afastada a preliminar *de irregularidade na representação processual* da Caixa Econômica Federal, pois o fato de não ter sido comprovada a condição do outorgante, Sr. Antonio Carlos Ferreira, Diretor Jurídico da Caixa Econômica Federal, não vicia a procuração juntada, na medida em que a mesma foi lavrada por instrumento público, onde os dados declarados por tabelião são providos de fé pública e de presunção de veracidade.
3. Para a caracterização da responsabilidade civil é necessário que concorram os elementos de convicção consistentes no *ato ilícito, dano* e *nexo de causalidade* (art. 186 do Código Civil). O fato lesivo causado pelo agente, em decorrência da ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, a demonstração do dano patrimonial ou moral e o nexo de causalidade entre este dano e a ação, que é o fato gerador da responsabilidade, não restaram comprovados nos autos.
4. De acordo com jurisprudência pacífica do STJ, conquanto o *dano moral* dispense prova em concreto, cabe ao julgador verificar, com base nos elementos de fato existentes nos autos, se o fato lesivo é apto, ou não, a causar *dano moral*, ou se implica em mero dissabor não indenizável.
5. No caso dos autos não restou comprovado o dano moral, mas mera decepção e aborrecimentos decorrentes de expectativa frustrada por não ganhar o prêmio da loteria.
6. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a

Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento* à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de junho de 2011.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

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

DESCRIÇÃO FÁTICA: Trata-se se ação ordinária em que o autor requereu indenização por danos morais decorrentes de não pagamento de prêmio do jogo denominado "dupla sena". Alega em sua inicial que em 26 de maio de 2010 realizou um jogo na dupla sena, concurso 867, repetindo a rotina de vários anos. No entanto, apurado em sorteio que era o único ganhador da quadra, não conseguiu receber o prêmio informado no valor de R$ 110.374,81. Ao contrário, foi informado na Caixa Econômica Federal que seu prêmio seria apenas de R$ 46,92, pois havia mais ganhadores da quadra e não apenas ele e por problemas técnicos o resultado do sorteio havia sido publicado erroneamente. Inconformado, devido à decepção que sofreu em relação à diferença do valor do prêmio, ingressou no judiciário alegando danos morais.

A sentença de fls. 55/59 julgou improcedente o pedido do autor com base no artigo 269, I do CPC, pois não obstante a decepção pela qual passou o autor, vendo frustrada sua expectativa de recebimento de substancial prêmio lotérico, o erro na emissão do comprovante pela casa lotérica, por si só, não pode ser considerado como atividade ilegal a amparar a condenação por dano moral, e por não poder a instituição financeira se obrigar por prestação que não condiz com a realidade, sendo que ela tomou todas as providências necessárias a aclarar a falha ocorrida.

Inconformado, o autor apelou alegando preliminarmente a nulidade de sentença pelo julgamento antecipado o qual cerceou seu direito ao contraditório e pela irregularidade da representação da ré, no mérito, pugnou pela existência do dano moral requerendo a procedência do pedido.

Com contrarrazões os autos subiram a este E. tribunal

É o relatório. Decido.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto pelo autor arguindo preliminarmente a anulação da r. sentença por cerceamento de defesa e irregularidade na representação da ré e, no mérito, que seja reconhecido o dano moral sofrido, requerendo para tanto provimento ao recurso.

Inicialmente, destaco a inexistência de qualquer vício em virtude do julgamento do feito sem designação de audiência de instrução e julgamento.

O julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, inc. I), é medida norteada pela força probante dos documentos constantes dos autos, capazes de tornar dispensável a continuação da fase instrutória.

A celeridade no deslinde da causa, no que concerne aos elementos de prova já

produzidos que contribuem para o convencimento do juiz, consiste em providência alcançada pelos arts. 125, inc. II e 130, do Código de Processo Civil, de modo a evitar que os processos se tornem desnecessariamente longos.

Dessa forma, a designação de audiência instrutória deriva da necessidade de que as partes prestem esclarecimentos sobre fato pendente que obste decidir o mérito da causa, pois mais do que observar o *iter* processual, a audiência constitui verdadeira fonte de prova, mitigada, por certo, pelos demais elementos contidos nos autos, que permitiram ao juiz antecipar seu julgamento.

Convém ressaltar, todavia, que os documentos constantes dos autos já eram provas suficientes para formar o convencimento do julgador, não cabendo, portanto, insurgência nesta fase recursal.

Nesse sentido:

> "Constantes dos autos elementos de prova documental suficiente para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia." (STJ 4ª T., Ag 14.952-DF- AgRg, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4.12.91, negaram provimento, v. u., DJU 3.2.92, p. 472)

> "RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. CHEQUE. APRESENTAÇÃO FORA DO PRAZO. DESCONSTITUIÇÃO COMO TÍTULO EXECUTIVO. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. QUESTÃO MERAMENTE JURÍDICA. *CERCEAMENTO DE DEFESA*. INEXISTÊNCIA.
> I - O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência da própria previsão constitucional do recurso especial, impondo-se como requisito inafastável ao seu conhecimento. Não examinada explicitamente pela instância ordinária parcela da matéria objeto do especial, nem opostos embargos declaratórios a integrar o acórdão recorrido, incidem, por extensão, os enunciados das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.
> II - Em regra, a não apresentação do cheque para pagamento no prazo legal não o desconstitui enquanto ordem de pagamento à vista, nem importa prescrição da ação executiva, que só ocorrerá no prazo de 6 (seis) meses contados do término do prazo de apresentação a pagamento (Lei nº 7.357/85, art. 59).
> III - Limitando-se a lide à discussão sobre a eficácia executiva do cheque apresentado a pagamento fora do prazo legal sobre sua eficácia executiva, ou seja, questão meramente jurídica, não há necessidade de qualquer dilação probatória, não implicando *cerceamento de defesa* o julgamento antecipado da lide. Recurso especial a que se nega conhecimento, com a ressalva do relator quanto à terminologia." (REsp 299665/ES, Relator Ministro Castro Filho, 3ª Turma, j. 21/10/2003, DJ 10/11/2003, p. 185).

Ainda em sede preliminar, cumpre *afastar a alegada ocorrência de irregularidade na representação processual* da Caixa Econômica Federal, pois o fato de não ter sido comprovada a condição do outorgante, Sr. Antonio Carlos Ferreira, Diretor Jurídico da Caixa Econômica Federal, não vicia a procuração juntada às fls. 50/51, na medida em

que a mesma foi lavrada por instrumento público, cujos dados declarados por tabelião são providos de fé pública e de presunção de veracidade. A condição do outorgante está expressa no início do parágrafo às fls. 50 que a seguir descrevo: *"(..) CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF - instituição financeira sob a forma de empresa pública criada nos termos do Decreto Lei nº 759, de 12 de agosto de 1969, alterado pelo Decreto-Lei nº 1259 de 19 de fevereiro de 1973, vinculada ao ministério a Fazenda regendo-se pelo Estatuto aprovado pelo Decreto nº 6743, de 05 de junho de 2008, publicado no D. O. U, páginas 1 a 8) em 06 de junho de 2008), registrado na JCDF sob o nº 20080459013, com sede no Setor Bancário Sul, Quadra 4 Lotes ¾, em Brasília/DF, inscrita no CNPJ nº 00.360.305/0001-04, neste ato representada por seu Diretor Jurídico (...)"*, estando o instrumento de mandado nos termos do artigo 12, inciso VI do CPC.

Nesse sentido colaciono a seguinte decisão:

> "AÇÃO RESCISÓRIA. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL NÃO CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343 DO STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO STF. - Descarta-se a alegada ocorrência de irregularidade na representação processual da Autora, pois o fato de não ter sido juntado aos autos o Decreto que nomeou o Presidente da Caixa Econômica Federal, Sr. Emílio Humberto Carazzai Sobrinho, não vicia a procuração, tampouco o substabelecimento juntados aos autos, na medida em que ambos foram lavrados por instrumento público, onde os dados declarados por tabelião são providos de fé pública e de presunção de veracidade (...)." (TRF2, AÇÃO RESCISÓRIA - 1796. TERCEIRA SEÇÃO ESPECIALIZADA. DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO MARQUES. p. 64, DJE2R 24.02.11).

Afastadas as preliminares, passa-se ao exame do mérito referente ao dano moral alegado pelo autor.

A questão posta nos autos versa sobre uma aposta no jogo denominado "Dupla Sena" na qual o autor acertou 4 números dos 6 sorteados, ou seja, acertou a quadra. Ao dirigir-se à Agência bancária para receber o valor de R$ 110.374,81, impresso no volante, foi-lhe informado que a casa lotérica havia cometido erro na emissão do comprovante, pois o valor correto do prêmio era de R$ 46,92, eis que havia mais acertadores e não apenas ele, como fazia crer o constante no impresso da lotérica.

Para análise dos danos morais decorrentes de ação ou omissão da Caixa Econômica Federal importante verificar acerca de sua responsabilidade civil no caso dos autos.

A responsabilidade da instituição financeira no caso em tela está amparado na responsabilidade civil do artigo 186 do Código Civil e art. 5º, *V* e *X*, da Constituição Federal.

Silvio Rodrigues leciona que a regra geral da responsabilidade civil como princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, "é aquele que impõe, a quem causa dano a outrem o dever de o reparar" (*Responsabilidade Civil*, vol. IV, 13ª edição, Ed. Saraiva, p. 13).

Para que esteja configurada a obrigação de reparar mediante indenização é preciso que se demonstre: o fato lesivo causado pelo agente, em decorrência da ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, a demonstração do dano patrimonial ou moral e o nexo de causalidade entre este dano e a ação, que é o fato gerador da responsabilidade.

Sabidamente, para a caracterização da responsabilidade civil é necessário que concorram os elementos de convicção consistentes no *ato ilícito*, *dano* e *nexo de causalidade* (art. 186 do Código Civil).

Nesse ponto, compulsando os documentos colacionados aos autos conclui-se que, a despeito de tais requisitos, estes se mostram insuficientemente demonstrados, pois o comprovante de resultado emitido pela lotérica e a expectativa gerada por ele, não podem ser considerados requisitos para a configuração do dano moral indenizável.

Não há prova nos autos que demonstre a ocorrência de qualquer atividade por parte da ré potencialmente causadora de danos a ser imputada a ela.

Nos documentos juntados na ocasião da contestação, a CEF comprova que houve erro na impressão dos comprovantes a partir do concurso 866, mas que tomou todas as providências necessárias a aclarar a falha ocorrida publicando em jornais de grande circulação a partir do dia 09/06/2010, notas de esclarecimento direcionando os apostadores à verificação dos resultados diretamente no *site* da Instituição no qual havia os resultados corretos.

Aliás o autor, anexou aos autos, comprovantes impressos nos dias 29/5; 02/06; e 10/06 (fls. 07/11), trazendo um resultado que lhe era favorável, entretanto, no dia 09 de junho de 2010, a CEF já veiculara em jornais de grande circulação as falhas existentes nas impressões feitas nas casas lotéricas, dando publicidade ao caso.

Assim, se houve falhas do sistema operacional, as mesmas foram corrigidas assim que detectadas com a veiculação das falhas e direcionamento ao site no qual conteria os resultados corretos. Não obstante, corrigidas as falhas, os resultados impressos nos terminais das casas lotéricas apresentavam resultado divergente do resultado oficial, motivo pelo qual o engano do autor.

Entretanto, em que pese as casas lotéricas continuarem a imprimir o resultado erroneamente, fora veiculado em jornais a partir do dia 09/06/2011, os devidos esclarecimentos, não sendo, a expectativa do prêmio, fato substancialmente capaz de gerar o dano moral alegado pelo autor, mas apenas uma frustração.

De acordo com jurisprudência pacífica do STJ, conquanto o *dano moral* dispense prova em concreto, cabe ao julgador verificar, com base nos elementos de fato existentes nos autos, se o fato lesivo é apto, ou não, a causar *dano moral*, ou se implica em mero dissabor não indenizável.

Nesse sentido, colaciono precedentes desta C. Turma e do E. Superior Tribunal de Justiça:

> "AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. SAQUE INDEVIDO EM POUPANÇA.
> 1. Reconhecida a existência de falha na prestação do serviço bancário, decorrente de indevidos saques na conta poupança da autora, porém não houve pedido para ressarcimento de danos materiais sofridos, por certo diante da recomposição efetuada na conta pela própria requerida, certo que o pedido deve ser interpretado restritivamente.
> 2. *dano moral* afastado tendo em vista que o dissabor não é suficiente para sua caracterização. 3. Apelação da autora improvida." (TRF 3ª Região, Segunda Turma, AC 1402056, Rel. Juiz Roberto Jeuken, DJF3 03.09.2009, p. 55, unânime)

> "ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - INDENIZAÇÃO - *DANO MORAL* - DECISÃO AGRAVADA NÃO-ATACADA - ENUNCIADO

182 DA SÚMULA/STJ - ABORRECIMENTOS - NÃO-INDENIZÁVEIS - PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS - ENUNCIADO 7 DA SÚMULA/STJ.
1. Constata-se que a agravante não rebateu os fundamentos da decisão agravada, haja vista a ausência de impugnação quanto à pretensão de reexame de provas, já que o Tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório dos autos, considerou que a ora agravante sofrera apenas aborrecimentos, o que não é passível de indenização. Questão que ensejou o não-provimento do recurso especial.
2. *A fortiori,* o entendimento firmado desta Corte é no sentido de que meros aborrecimentos não configuram dano reparável. O Tribunal *a quo,* soberano na análise do contexto fático-probatório do autos, decidiu que 'Nada há que demonstra ter sido vilipendiada sua honra subjetiva. O constrangimento que narra não passou de um aborrecimento, não indenizável.'
3. Para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder os fundamentos colacionados no acórdão vergastado; portanto, demandaria incursão no contexto fático-probatório dos autos, defeso em sede de recurso especial, nos termos do enunciado 7 da Súmula desta Corte de Justiça. Agravo regimental improvido." (STJ, Segunda Turma, AGRESP 200801268540, Rel. Min. Humberto Martins, DJE 07.11.2008, unânime)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. *DANO MORAL*. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. VEDAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.
1. Conquanto o *dano moral* dispense prova em concreto, compete ao julgador verificar, com base nos elementos de fato e prova dos autos, se o fato em apreço é apto, ou não, a causar o *dano moral*, distanciando-se do *mero aborrecimento*. De fato, na espécie, o Tribunal *a quo* não reconheceu o dever de indenizar, por entender ausente abalo moral do agravante. Rever tal entendimento implicaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado nos termos do verbete nº 7 da Súmula do STJ. 2. Agravo improvido." (STJ, Quarta Turma, AGA 200700120034, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 08.10.2007, p. 300, unânime)

Os elementos dos autos indicam que o apelante sofreu *mero aborrecimento e decepção* não indenizáveis decorrentes da expectativa frustrada gerada pelo não recebimento do prêmio.

De outro modo é certo que os argumentos trazidos pelo autor foi referente à expectativa em receber o prêmio constante do volante errado. Todavia não há prova de que tenha sido abalado moralmente por esse fato, antes, deve ter sofrido sim uma decepção, mas não *dano moral* que deva ser indenizado.

Ademais, a CEF veiculou em jornais de grande circulação, o erro constante nos volantes impressos nas casas lotéricas. Destarte, não obstante se reconheça o dissabor pelo qual passou o autor, não é demonstrada a prova de efetivo constrangimento e humilhação decorrentes do fato, sob pena de fomentar a *indústria da indenização por dano moral*.

Neste sentido:

"RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. BANCO. SAQUE FRAUDULENTO NA CONTA DE CORRENTISTA. *DANO MORAL*.

O saque fraudulento feito em conta bancária pode autorizar a condenação do banco por omissão de vigilância. Todavia, por maior que seja o incômodo causado ao correntista ou poupador, o fato, por si só, não justifica reparação por *dano moral*. Recurso não conhecido." (RESP - 540681 - Rel. Min. CASTRO FILHO - DJ DATA: 10/10/2005 PG: 00357)

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SAQUE EM CONTA CORRENTE MEDIANTE USO DE CARTÃO MAGNÉTICO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ÔNUS DA PROVA. EXTENSÃO INDEVIDA. CPC, ART. 333, I.
I. Extraída da conta corrente do cliente determinada importância por intermédio de uso de cartão magnético e senha pessoal, basta ao estabelecimento bancário provar tal fato, de modo a demonstrar que não agiu com culpa, incumbindo à autora, em contrapartida, comprovar a negligência, imperícia ou imprudência do réu na entrega do numerário.
II. Recurso especial conhecido e provido, para julgar improcedente a ação." (RESP - 417835 - Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR - DJ DATA: 19/08/2002 PG: 00180)

"CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SAQUE INDEVIDO EM CONTA POUPANÇA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS.
1. A questão posta diz respeito à possibilidade de se imputar responsabilidade à CEF, em virtude de saques efetuados na conta poupança da Autora, que, segundo alega, não foram realizados por ela, muito embora, como ressalta a instituição financeira, foram feitos mediante utilização de cartão magnético, em caixa eletrônico, e com emprego de senha pessoal.
2. A CEF, apesar de pugnar pelo não provimento da apelação, não refuta a narrativa fática contida na inicial, respaldada nos documentos juntados aos autos, de que, no dia e hora em que efetuado o saque indevido, a Autora encontrava-se trabalhando em cidade diversa de onde sucedeu a operação bancária.
3. Tornando-se incontroverso o fato de que o saque ocorreu em cidade diversa de onde a Autora se encontrava quando da operação, deverá a instituição financeira responder pelo dano material decorrente.
4. De outra banda, o simples saque indevido (R$ 1.000,00) não é suficiente para ensejar a indenização por danos morais, pois não caracterizado constrangimento ou humilhação em decorrência do fato, por maior que tenha sido o incômodo causado ao poupador.
5. Dá-se parcial provimento à apelação, para condenar a CEF a devolver o valor indevidamente sacado da conta da Autora/Apelante (R$ 1.000,00), devidamente atualizado desde o evento danoso, passando a sucumbência a ser recíproca." (TRF - PRIMEIRA REGIÃO - AC 200633100047740 - Rel. DES. FEDERAL DAVID WILSON DE ABREU PARDO - e-DJF1 - DATA: 12/01/2009 - PÁGINA: 51)

"CIVIL E PROCESSO CIVIL. PEDIDO INDENIZATÓRIO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. SAQUES EM CONTA DE POUPANÇA. CONFIGURADA A REVELIA. CONTESTAÇÃO EXTRATEMPORAL. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS. APRESENTAÇÃO DE EXTRATO QUE COMPROVA A REALIZAÇÃO DE SAQUE. DEMONSTRADO O DANO MATERIAL. *DANO MORAL*. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

1. Diante da revelia da parte ré e do fato de que realmente houve saque no valor de R$ 1.000,00 (mil reais) da conta de poupança da apelante, há de se presumir a veracidade do fato alegado pela parte autora, ora apelante, devendo a instituição financeira arcar com a responsabilidade de repor o valor indevidamente sacado da conta da apelante, como forma de ressarci-la pelo dano material sofrido.
2. A petição deixa de indicar a situação que caracterizaria o *dano moral*, o que seria imprescindível.
3. O mero dissabor ou desconforto não é capaz de gerar a positivação da pretensão da apelante, tendo em vista que inexiste demonstração, outrossim, de qual seria a dor e o sofrimento a justificar a indenização por *dano moral*.
4. Apelação conhecida e provida em parte." (TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO - AC 200151100041178 - Rel. Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBOA NEIVA - DJU - Data: 16/01/2009 - Página: 165)

No caso em tela, não há que se falar em dano moral, mas mero aborrecimento e decepção decorrentes da frustração em não ganhar o prêmio.

ANTE O EXPOSTO, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, *rejeito as preliminares suscitadas pelo autor e, no mérito, nego provimento à sua apelação*, nos termos supracitados.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

DIREITO CONSTITUCIONAL

APELAÇÃO CÍVEL
0036005-74.1996.4.03.6100
(1996.61.00.036005-0)

Apelante: ESPEDITO DE FREITAS
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CLAUDIO SANTOS
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: AC 1551783
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/08/2011

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PERSEGUIÇÃO. PRISÃO E TORTURA. REGIME MILITAR. REPARAÇÃO ECONÔMICA NÃO EXCLUI A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. SUCUMBÊNCIA.

1. A reparação econômica da Lei nº 10.559/2002 não exclui a possibilidade de reconhecimento da indenização por danos morais, nos termos da jurisprudência consolidada do e. STJ.

2. Firmada a conclusão pelo reconhecimento do direito à reparação pelos danos morais ocorridos pela prática de atos cometidos na ocasião do golpe militar. Caso em que, os documentos juntados aos autos e testemunhas demonstram a perseguição, tortura e prisão sofrida pelo Autor.

3. Quanto à fixação da indenização pelo dano moral, em vista da inexistência de uma regra geral, busca-se subsídio nas próprias Leis nº 9.140/95 e nº 10.559/2002. Considerando as circunstâncias do caso e a jurisprudência da Turma, arbitrá-la, solidariamente entre os Réus, em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

4. Não cabe o abatimento dos valores recebidos a título de reparação econômica, tanto pela Lei Estadual nº 10.726/2001, como pela Lei Federal nº 10.559/2002, porquanto se trata de reparações por fundamentos diversos.

5. Deve a condenação ser acrescida de correção monetária desde esta data (Súmula nº 362, STJ) e de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, contados do evento danoso (Súmula 54, STJ) que, segundo a jurisprudência da turma deve ser considerado na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, até janeiro de 2003 e, a partir de então, até junho de 2009, da incidência exclusiva da Taxa Selic (artigo 13 da Lei nº 9.065/95 e artigos 405 e 406 do Novo Código Civil) e, após julho de 2009, da aplicação do mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, observados os critérios pertinentes da Resolução CJF nº 134/2010.

6. Em face da procedência parcial do pedido, fixa-se sucumbência recíproca, nos termos do artigo 21, *caput*, do CPC.

7. Há que se encaminhar cópia dos autos ao Ministério Público Federal para as providências que entender pertinentes, nos termos do art. 40 do CPP, destacando-se que

não cabe ao Juízo cível deixar de cumprir esse dispositivo por considerações relativas a prescrição penal e eventual incidência de anistia, dado que são temas afetos à jurisdição penal.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de julho de 2011.

Juiz Federal Convocado CLAUDIO SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CLAUDIO SANTOS (Relator): Trata-se de apelação em ação de indenização por danos morais ocasionados em razão de prisão e tortura sofrida no período de vigência do regime militar.

Alegou o autor, em suma, que, em razão de ser ex-integrante das forças armadas (de janeiro a dezembro de 1966) e diante dos acontecimentos da época, suspeitou-se de sua participação nos movimento de oposição armada ao governo militar, razão pela qual foi preso e torturado ilegal, injusta e arbitrariamente, no dia 10 de novembro de 1970; que foi levado aos porões da sede da Polícia do Exército, localizado na Rua Barão de Mesquita - Rio de Janeiro, lá sendo interrogado e sofrendo torturas físicas e psicológicas, por dois dias seguidos, somente sendo solto no 12º dia, quando recebeu "a orientação para que sumisse do Rio de janeiro para sua própria garantia"; que tais atos lhe causaram "seqüelas físicas", que o impediram de "permanecer por longo tempo em um emprego", e que a perseguição política sofrida fez com que se desligasse de empresas prestadoras de serviços estatais "cujos setores interessavam à segurança nacional", razão pela qual pugna pela reparação do dano moral e patrimonial ocorrido, no importe de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Deferida a produção de prova pericial, testemunhal (f. 288) e exame psicológico (f. 296), foram apresentados os laudos médicos (f. 323/8 e 329/33) e realizada a audiência de instrução e julgamento, com depoimento pessoal do autor e oitiva de uma das testemunhas.

Na seqüência foi juntada a ata de inquirição de testemunha, realizada por meio de Carta Precatória (f. 573/4).

Após alegações finais por memoriais, a r. sentença julgou improcedente o pedido, ao fundamento de que "não provados os requisitos da responsabilidade da Administração Pública, o autor não tem direito a ser indenizado pelos alegados danos material e moral". Fixada a verba honorária em 10% sobre o valor da causa, cuja execução restou suspensa nos termos dos artigo 12 da Lei nº 1.060/50.

Foram opostos e rejeitados os embargos de declaração da parte autora (f. 632/6).

Apelou o autor, alegando, em suma, que: (1) as provas apresentadas são elucidativas e demonstram o sofrimento e as conseqüências da tortura sofrida, tendo em vista que as condutas descritas pelo requerente e as conseqüências físicas relatadas correlacionam-se com a prática de tortura sofrida; (2) as provas testemunhais e documentais

carreadas aos autos, assim como os pareceres médicos comprovam a existência das enfermidades "pelas quais o requerente passa até os presentes dias, devidos às práticas ocorridas"; (3) "os laudos periciais apresentados, contudo, não revelam a verdadeira dimensão do caso", e "destoam completamente tanto das alegações da parte autora, quanto dos demais laudos e declarações médicas juntados em Juízo"; (4) a declaração de f. 357 "aduz de maneira clara que as moléstias do recorrente podem perfeitamente ter sido causadas por instrumentos de tortura"; (5) as declarações das testemunhas, conquanto não tenham presenciado pessoalmente as práticas de tortura, "haja vista o lapso temporal transcorrido, bem como a própria natureza dessa prática, que era feita dentro de quartéis, quartos fechados e outros locais pouco suspeitos", são claras ao afirmar "que o autor sofria de enfermidades em sua região abdominal, chegando inclusive a sofrer hemorragias pelo nariz e boca"; (6) o documento novo juntado, consistente em Ata de Julgamento de Turma de Comissão de Anistia, declara a condição de anistiado político do apelante, concedendo-lhe reparação econômica "devido às agruras sofridas naquela época", sendo "hábil a demonstrar não só o reconhecimento estatal de que houve práticas nefastas com o requerente, como também apontam que seu pleito é digno de atenção, independentemente do momento histórico em que ocorreu"; e (7) a jurisprudência é vasta no sentido de "ser presumida a tortura, quando se reconhece que o indivíduo fora perseguido político e fora 'interrogado' pela autoridades estatais", pelo que cabe a reforma da sentença, com o reconhecimento da procedência do pedido.

Em contra-razões, a União Federal sustenta a perda de objeto da ação, tendo em vista que "o Recorrente já teve deferido, na esfera administrativa, o pagamento de indenização pelos supostos abusos sofridos no período iniciado pela Revolução Gloriosa de março de 1964". No mérito recursal, defende a inexistência de provas das alegações do Autor.

Subiram os autos a esta Corte, emitindo o Ministério Público Federal parecer, nos termos do artigo 75, da Lei nº 10.741/03, no sentido da manutenção da sentença.

É o relatório.

À revisão.

Juiz Federal Convocado CLAUDIO SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CLAUDIO SANTOS (Relator): Senhores Desembargadores, registro inicialmente pequena retificação no relatório lançado nos autos, para fazer constar que a sucumbência foi fixada em R$ 1.500,00 na sentença, cujo cumprimento restou condicionado aos termos da Lei nº 1.060/50.

Cumpre, primeiramente, rejeitar a alegação de perda de objeto da ação por ter o requerente recebido indenização em nível administrativo, uma vez que a reparação em causa não exclui a possibilidade de reconhecimento da indenização por danos morais, nos termos da jurisprudência consolidada.

Invoca a Ré para tanto o art. 16 da Lei nº 10.559/2002, *in verbis*:

> "Art. 16. Os direitos expressos nesta Lei não excluem os conferidos por outras normas legais ou constitucionais, vedada a acumulação de quaisquer pagamentos ou benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, facultando-se a opção mais favorável."

No entanto, este dispositivo legal, antes de afastar a pretensão do Autor, vem a confirmá-la, dado ser expresso que não se excluem os direitos conferidos por outras normas. A regra, portanto, é a de que não estão excluídas outras hipóteses de indenização, sendo a exceção apenas os casos em que tenham "o mesmo fundamento".

Parte do mal causado pelos desmandos, perseguições, injustiças, enfim, abusos da autoridade do Estado cometidos durante o período negro que se seguiu ao golpe militar de 1964 foi reparado através de sucessivas anistias, concedidas pela Lei nº 6.683, de 28.8.79, depois pela Emenda Constitucional nº 26, de 27.11.85, e, então, pelo art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, decorrentes da legítima inspiração em se fazer afastar, ao menos em parte, os conflitos sociais que foram gerados pelo movimento político. Este último foi seguido pelas Leis nº 9.140, de 4.12.95, relativa aos mortos e desaparecidos, e nº 10.559/2002, ora em causa (além que outras que promoveram alterações pontuais nas duas).

Voltada esta última à regulamentação do ADCT, abrange especificamente *condenações* ou *punições*, seja em âmbito judicial quanto administrativo, decorrentes de atos com motivação política, bem assim fazendo cessar eventuais *persecuções* que ainda estivessem em trâmite em face dos beneficiados.

É importante que se esclareça que os fatos lá em discussão tratam de atos de exceção praticados contra os cidadãos por acusações e punições, embasadas ou não em fatos reais, mas por motivação exclusivamente política. Entre estes estariam, portanto, de acordo com o dispositivo constitucional e a Lei, indicação em inquérito policial e em processo criminal militar, demissões de emprego, perda de cargo ou impedimento a posse, reforma e aposentadoria compulsória, afastamento e impedimento de exercício de atividade etc. Digo importante essa verificação porque, em verdade, o termo *anistia* tem sentido de perdão, de remissão, cujo verbete, para ilustrar, vem assim especificado no Dicionário Aurélio:

> "Anistia
> [Do gr. *amnestía*, pelo lat. tardio *amnestia*.]
> S. f.
> 1. Perdão geral.
> 2. Jur. Ato pelo qual o poder público declara impuníveis, por motivo de utilidade social, todos quantos, até certo dia, perpetraram determinados delitos, em geral políticos, seja fazendo cessar as diligências persecutórias, seja tornando nulas e de nenhum efeito as condenações.
> [Cf. *clemência* (1), *indulto* (1) e *graça* (3). F. paral.: *amnistia*.]"

Anistiam-se fatos e acusações em face do anistiado e se revertem os atos decorrentes dessas acusações - ou seja, as punições aplicadas, sobre os mais variados matizes -, reparando injustiças pela própria reversão dessas penas e pela concessão de reparação econômica. Nesse caso, não há que se perquirir a respeito da efetiva existência e legalidade à época do ato tido por anistiado, assim como também não se perquire sobre a legalidade da pena repressiva - no mais das vezes com ares de legitimidade.

A hipótese de prisão ilegal e torturas refoge a essa lógica, não havendo fatos ou acusações a anistiar ou penas a rever, senão somente a brutalidade cometida pelo algoz. Por legal que fosse a prisão à época - a maioria se sabe que não era -, nem mesmo naquele regime de escuridão estavam autorizados os agentes do Estado a cometê-las.

A indenização recebida do Ministério da Justiça tem por fundamento as perseguições como suposto membro de movimento de oposição ao regime, o que teria lhe causado impedimentos de exercício regular da atividade remunerada que até então desempenhava.

Já a presente ação busca a reparação essencialmente por prisão ilegal, torturas e maus tratos sofridos pelo Autor, cometidos pelos órgãos de repressão do Estado, e as seqüelas e conseqüências disso decorrentes, não havendo relação alguma com a anistia constitucional e legal.

Cumpre destacar que a jurisprudência do e. STJ se consolidou no sentido de que a reparação econômica pelas leis de anistia não exclui a possibilidade de reconhecimento da indenização por danos morais, sendo exemplo o seguinte julgado:

> - RESP nº 890.930, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, DJ de 14.06.07, p. 00267: "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ANISTIA (LEI 9.140/95). ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. ACUMULAÇÃO DE REPARAÇÃO ECONÔMICA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 16 DA LEI Nº 10.559/2002. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO.
> 1. Não viola o art. 535, I e II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que decide, motivadamente, todas as questões argüidas pela parte, julgando integralmente a lide.
> 2. A pretensão indenizatória decorrente de violação de direitos humanos fundamentais durante o Regime Militar de exceção é imprescritível. Inaplicabilidade da prescrição qüinqüenal prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32.
> 3. A Lei nº 10.559/2002 proíbe a acumulação de: (I) reparação econômica em parcela única com reparação econômica em prestação continuada (art. 3º, § 1º); (II) pagamentos, benefícios ou indenizações com o mesmo fundamento, facultando-se ao anistiado político, nesta hipótese, a escolha da opção mais favorável (art. 16).
> 4. Não há vedação para a acumulação da reparação econômica com indenização por danos morais, porquanto se tratam de verbas indenizatórias com fundamentos e finalidades diversas: aquela visa à recomposição patrimonial (danos emergentes e lucros cessantes), ao passo que esta tem por escopo a tutela da integridade moral, expressão dos direitos da personalidade. Aplicação da orientação consolidada na Súmula nº 37/STJ.
> 5. Os direitos dos anistiados políticos, expressos na Lei nº 10.559/2002 (art. 1º, I a V), não excluem outros conferidos por outras normas legais ou constitucionais. Insere-se, aqui, o direito fundamental à reparação por danos morais (CF/88, art. 5º, V e X; CC/1916, art. 159; CC/2002, art. 186), que não pode ser suprimido nem cerceado por ato normativo infraconstitucional, tampouco pela interpretação da regra jurídica, sob pena de inconstitucionalidade.
> 6. Recurso especial desprovido."

Prossigo para análise do mérito do apelo.

A r. sentença julgou improcedente o pedido por entender que não restou provada a responsabilidade da Ré, porquanto as provas não seriam suficientes para o desiderato, pelo que em favor dos fatos estaria resumido unicamente o próprio depoimento pessoal,

pois as testemunhas ouvidas não presenciaram prisão ou qualquer ato de agressão, tendo referências apenas por relatos dele. De outro lado, considerou também que as provas periciais não lograram demonstrar nexo entre os sofrimentos que tem hoje e algum ato enquadrável como tortura, ao passo que somente a prisão não implica em reconhecimento de tortura.

Respeitável o posicionamento do Juízo *a quo*, mas entendo que os elementos dos autos, em especial agora que a Comissão de Anistia o declarou como enquadrado na Lei nº 10.559, são suficientes para o julgamento pela procedência.

Com efeito, o Autor carreou aos autos, entre outros, os seguintes documentos dignos de maior destaque:

(1) certidão do Ministério do Exército, atestando que o autor "foi detido para averiguações, em 10 NOV 70, e posto em liberdade no dia 12 do mesmo mês" (fl. 33);

(2) declaração prestada pelo Dr. Milton de Arruda Martins (CRM 32.145) - Professor Titular de Clínica Médica da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, afirmando que prestou atendimento ao autor que "teve e tem vários problemas de saúde, sendo que alguns deles podem ter origem nas torturas que sofreu em 1970. Decorridos tantos anos desse fato, é difícil estabelecer um nexo causal com total segurança, mas é impossível excluir, com certeza, esta relação. O Sr. Expedito de Freitas relata que foi submetido a torturas que incluíram espancamento, choque elétricos na bolsa escrotal e introdução de objetos no ânus. Durante vários anos apresentou sangramento intestinal e inchaço e dores na região escrotal, o que sugere fortemente que esses problemas foram conseqüência direta das torturas. Outro problema que o Sr. Espedito de Freitas apresenta é uma dor lombar incapacitante. A ressonância nuclear magnética de coluna lombar, realizada no Instituto de radiologia do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, em 23 de abril de 2003 revelou protusão discal posterior difusa em L4-L5 e L5-S1 determinando impressão sobre o saco dural, com redução das amplitudes foraminiais de ambos os lados. Esse laudo significa que o Sr. Espedito de Freitas tem duas hérnias de disco, entre as vértebras lambares 4 e 5 e entre a quinta vértebra lombar e a primeira sacral. Essas alterações de coluna podem aparecer em conseqüência de traumatismo, podendo ser, perfeitamente, conseqüência de espancamentos" (fl. 357);

(3) declaração prestada pelo Dr. Roberto Antônio Aniche (CRM 54.132), de 26.04.03, revelando quanto ao autor: "1) Conheço o referido senhor desde o meu ingresso na Prefeitura do Município de São Paulo, trabalhando no Pronto Atendimento Dra. Glória Rodrigues dos Santos Bonfim, à Av. dos Metalúrgicos nº 2820, Cidade Tiradentes, há aproximadamente 18 anos; (2) atendi o referido senhor por várias vezes no Pronto Atendimento Dra. Glória Rodrigues dos Santos Bonfim, desde o meu ingresso na Prefeitura do Município de São Paulo, no cargo de médico I clínico geral, com queixas variadas e constantes de dor abdominal difusa, sangramento ano-retal, lombalgia crônica; 3) que não encontrei nestes vários atendimentos sinais de simulação de doença ou distúrbios Nero-vegetativos, sendo que nunca me foi solicitado atestado de trabalho para quaisquer empresas; 4) que a história dos antecedentes pessoais sempre foram de torturas anteriores em prisão no governo militar; 5) a documentação de atendimento (fichas ou boletins de atendimento de urgência) são de guarda e responsabilidade da prefeitura do município de São Paulo, tendo sido feito, como manda a norma, uma ficha para cada atendimento" (fl. 358).

Principalmente em função do primeiro documento, não há dúvida que houve uma prisão, à época já ilegal, porquanto aparentemente sem vinculação alguma a fato ilícito

por ele cometido, visto como não se descreve nenhuma acusação ou imputação. Consta apenas que "foi detido para averiguações", permanecendo dois dias no cárcere.

De outro lado, com a exordial havia apresentado a declaração de fl. 40, cujos signatários vieram a ser ouvidos em depoimento.

A testemunha MESSIAS ALMEIDA GONÇALVES (fl. 492), declarou que:

> "conheceu o autor por volta de 1971, em São João Del Rei - MG, quando passaram a trabalhar juntos em uma fábrica de cimento (Barroso). Chegou a levar o autor ao hospital, porque apresentava problemas relacionados a hemorragias e coluna vertebral. Soube que o autor teve problemas com os militares naquela época, porém não sabe precisar os detalhes. Não tem conhecimento de que os problemas com os militares tenham provocado o desligamento do autor na empresa em que trabalhava"

De sua parte, inquirida na Subseção Judiciária de São João Del Rei - MG, a testemunha JOÃO BATISTA GONÇALVES (fls. 573/574) declarou:

> "Conheceu o autor em 1973, tendo trabalhado com ele em diversas obras, a primeira a da Hidrelétrica de Itaipu, prestando serviço na empreiteira Unicom; não presenciou nenhum fato relacionado à prisão do autor, mas este comentava com o depoente que tinha sido preso pelo SNI, no Rio de Janeiro; nas empresas em que trabalharam juntos socorreu o autor diversas vezes porque ele sofria hemorragia pelo nariz e pela boca, e vomitava sangue, tendo ficado internado no Hospital da Itaipu, conhecido como Hospital Madeira; também socorreu o autor umas três vezes pelo mesmo motivo quando trabalhava na empresa SERTEPE S/A, no Rio Grande do Sul, e uma vez na Savi Montagem Ltda., então instalada em São João Del Rei; comentava-se nas obras que aqueles problemas sofridos pelo autor era seqüelas por ter o mesmo sido torturado quando preso pelo SNI; o próprio autor narrou esses fatos para o depoente; na obra de Itaipu, a pedido do autor, o depoente o lotou no lado paraguaio; o autor justificou o pedido dizendo que era procurado pelo pessoal do exército e não poderia ser preso no Paraguai; o depoente comunicou a lotação e motivo à segurança da Itaipu, tendo o autor sido dispensado por esse motivo; na empresa SERTEPE o autor foi mandado embora porque, em treinamento para evacuação de área em caso de acidente, não conseguiu correr até o ponto de encontro; segundo relatos do próprio autor e outros trabalhadores nas obras em que estiveram juntos a prisão pelo SNI teria ocorrido porque o exército suspeitava que o autor estaria envolvido no movimento liderado pelo capitão Lamarca, de luta contra ditadura, utilizando-se dos conhecimentos obtidos na Escola de Pára-Quedismo, na época em que serviu o exército; o depoente ajudou o autor escondendo os problemas de saúde do mesmo, para não prejudicá-lo nos empregos; o autor era pessoa equilibrada, inteligente, trabalhadora, honesta, leal com os companheiros e não aparentava nenhum distúrbio psiquiátrico; das várias obras que trabalhou com o autor somente a de Itaipu e da Petrobrás, em Paranaguá/PR eram controladas pelo exército; na obra de Paranaguá e nas outras o autor não voltou a reclamar de perseguição do exército, mas sempre relatava que apanhou inocentemente e que sequer conhecia o capitão Lamarca."

Portanto, no histórico de vida do Autor sempre houve referências ao fato da prisão ocorrida nos idos de 1970. Não parece que seja uma versão fantasiosa, ou até criação deliberada para buscar uma indenização, porquanto especificamente sobre este aspecto só vieram a aparecer seus primeiros movimentos em 1988, tão logo promulgada a nova Constituição.

Neste sentido, deve-se considerar o conjunto, mesmo que sem provas cabais. Ainda que não se tenha testemunhas da prisão em si, é fato que ela ocorreu, ao passo que o que se passou dentro da organização militar onde foi preso dificilmente seria de conhecimento de alguém que se dispusesse a esclarecer. Daí se valer de pessoas que foram de seu convívio, as quais claramente depuseram sobre relatos que se protraíram por muitos anos.

De outro lado, depois de quatro décadas qualquer seqüela perde referência ao veículo causador. Os peritos que examinaram o Autor, profissionais competentes que certamente são, evidentemente não poderiam agora afirmar categoricamente que os problemas de saúde são decorrentes de torturas. Mas, uma vez constatados esses problemas (exceto o psiquiátrico), também não se pode descartar a vinculação a atos compatíveis. É o que afirmam os dois médicos cujas declarações antes transcrevi.

Ademais, o fato de ter sido confirmada a sanidade mental do Autor vem a roborar a seriedade de suas alegações. Certamente não são invencionices e nada leva a crer que esteja buscando indenização de forma fraudulenta em face do Estado.

Neste sentido, tenho como comprovados os fatos alegados pelo Autor, relativamente a ter se submetido a prisão durante o regime por motivação política e as conseqüências nefastas dela decorrentes, ainda que não se possa fazer o nexo com danos físicos ou estéticos.

Igualmente quanto à existência de dano moral. É público e notório, sequer carecendo de prova específica, que a condição do Autor gerava uma imagem pública negativa, especialmente naquela época, auge da "caça às bruxas" pelo Estado brasileiro, com forte propaganda política institucional de "conscientização" da população quanto ao "mal" que representavam os "inimigos da revolução". Por isso que qualquer pessoa que fosse, como foi o Autor, perseguido pelo regime inevitavelmente trazia consigo a pecha de mau cidadão, sujeito perigoso que deveria ser de preferência extirpado do convívio social. Eram os famigerados "subversivos". Não é difícil imaginar as humilhações, as restrições sociais, enfim a perda moral decorrente desse estigma pelo abalamento da imagem social do Autor. E daí os reflexos na sua intimidade, vítima de acusações que quiçá fossem das piores injúrias na visão da sociedade.

Hoje de fato fica fácil constatar e denunciar essas atrocidades, divisando os casos em que crime era ter opinião. À época, contudo, ninguém poderia sequer admitir publicamente entendesse tal ou qual medida adotada pelo Governo como injusta. Compadecer-se de um acusado de subversão poderia custar muitos dissabores; ser amigo de um deles pior ainda.

É desnecessário aqui fazer digressões sobre a evolução da doutrina e jurisprudência a respeito da existência e especialmente da reparabilidade do dano moral, por muito tempo vacilante quanto ao assunto, inobstante as disposições claras já do antigo Código Civil (*v. g.*, artigos 76, 159, 1.539, 1.547 a 1.549) e outras leis esparsas (*v. g.*, Lei nº 5.250/67). Fato é que, felizmente, evoluiu bastante a ponto de ninguém hoje negar a possibilidade de existência de um prejuízo à pessoa que não essencialmente material, e mais, que tendo sido fruto de ato ilícito deve ser objeto de devida indenização - ou antes, de compensação. Mas, como não há propriamente como indenizar (tornar indene), restituindo

o *status quo ante*, não se vê outra solução mais adequada senão a compensação monetária.

Por isso que já está ultrapassada a jurisprudência que inadmitia a responsabilização do causador do dano puramente moral, por que incomensurável o *pretium doloris*. Com essa posição, a contrário senso, admitia-se que alguém ferisse um bem que não tem preço mas contraditoriamente negava-se sua responsabilização exatamente porque não tinha preço! Ora, se não há cifra que repare um bem que tal por ser incomensurável, com maior razão deve-se impor a responsabilização, não negá-la, exatamente porque o ferimento a bens sublimes afigura-se até mais grave que o ferimento a bens materiais.

Não se trata de amesquinhamento de valores morais. Fato é que a existência do dano é reconhecida, assim como sua reparabilidade. Postos lado a lado não há diferença entre pretender indenização o ofendido por um dano moral quanto o ofendido por um dano material, pois só cabe a quem se vê prejudicado avaliar do interesse em obter a indenização. Não estará com menor razão em pedir a responsabilização do culpado este ou aquele somente em vista da diversa natureza do dano sofrido.

Por isso que a busca pela responsabilização do ofensor moral deve ser encarada como demonstração de honra, exatamente para que atos tais não passem em brancas nuvens e voltem a ser cometidos sob o pálio da segurança na impunidade.

Assim é que só o fato de buscar a reparação do dano moral, levantando-se contra a injustiça, pode significar a primeira compensação da dor, a satisfação a uma angústia ao ofendido. Mas, como não há propriamente como indenizar (tornar indene), restituindo o *status quo ante*, não se vê outra solução mais adequada senão a compensação monetária.

Reconheço, assim, a existência de dano moral e procedência ao pedido formulado, restando superada a questão levantada em apelo relativamente a possível cerceamento de defesa na realização da perícia psiquiátrica.

Cabe então buscar a fixação da indenização.

Quanto a esta, em vista da inexistência de uma regra geral, busco subsídio nas próprias Leis nº 9.140 e nº 10.559. A primeira, que trata dos mortos e desaparecidos políticos, fixa a indenização em R$ 3 mil por ano correspondente à expectativa de vida, sendo *mínimo* de R$ 100 mil (art. 11, § 1º). Já a segunda fixa em 30 salários mínimos por ano de punição àqueles que não puderem provar atividade laboral, sendo *máxima* de R$ 100 mil, ou então renda equivalente ao da atividade provada, a partir da Constituição (art. 4º ss.), sem limite.

Atualizados pelas normas do Manual de Cálculos da Justiça Federal, baixado pelo Conselho da Justiça Federal (Resolução nº 134/2010), correspondem a R$ 253 mil e R$ 156 mil, respectivamente.

É justificável a diferenciação entre as duas leis, porquanto a primeira é devida à família do desaparecido, a qual ficou privada da contribuição que daria a seu sustento. Já a segunda se refere a indenização ao próprio anistiado, tendo por fundamento principal igualmente a privação da renda que tinha. Ambas abrangem danos morais e materiais em relação aos fundamentos da indenização (punições indevidas, perseguições, perda do ente querido, privações, humilhações, perda de empregos, cargos etc.).

Conquanto aqui não se trate de morte, sem dúvida que o dano direto, sofrido pela própria vítima da tortura, é tão ou mais intenso que o sofrimento dos familiares das vítimas fatais. E aqui estamos falando de indenização pela prisão ilegal e tortura e suas conseqüências, fundamento diverso, como já visto, ao da Lei nº 10.559, daí que cabível partir do mesmo valor da Lei nº 9.140 como base.

Considerando ainda que naquela hipótese, tratando de mortos e desaparecidos, a indenização engloba danos materiais e morais, e aqui se fala em danos morais, cabe partir aproximadamente da metade daquele valor

No caso presente, a despeito das conseqüências nefastas, alega o Autor que esteve preso por dois dias, diferentemente da maioria dos casos que se apresentam, em que os requerentes narram várias prisões indevidas, às vezes por anos, ao passo que, como dito, não se conseguiu provar o nexo - embora não afastada a possibilidade - entre as seqüelas e os atos ilícitos.

Assim, cumpre na espécie, considerando as circunstâncias do caso e a jurisprudência da Turma, arbitrá-la em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Registro que neste caso não cabe o abatimento dos valores recebidos a título de reparação econômica, tanto pela Lei Estadual nº 10.726/2001, como pela Lei Federal 10.559/2002, porquanto, como visto, se trata de reparações por fundamentos diversos.

Deve a condenação ser acrescida de correção monetária desde esta data (Súmula nº 362, STJ) e de juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês, contados do evento danoso (Súmula nº 54, STJ) que, segundo a jurisprudência da turma deve ser considerado na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, até janeiro de 2003 e, a partir de então, até junho de 2009, da incidência exclusiva da Taxa Selic (artigo 13 da Lei nº 9.065/95 e artigos 405 e 406 do Novo Código Civil) e, após julho de 2009, da aplicação do mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, observados os critérios pertinentes da Resolução CJF nº 134/2010:

> - REsp nº 1.020.429, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJe de 08.06.09:
> "CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. CPC, ART. 535. INOCORRÊNCIA. DANO MORAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DATA DO ARBITRAMENTO. SÚMULA 362- STJ
> I. Quando resolvidas todas as questões devolvidas ao órgão jurisdicional, o julgamento em sentido diverso do pretendido pela parte não corresponde a nulidade.
> II. 'A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento' (Súmula 362/STJ).
> III. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido."
>
> - EDcl no REsp nº 976.059, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 05.08.10:
> "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. OMISSÕES CONFIGURADAS. SÚMULAS 54 E 362/STJ. PRECEDENTES DO STJ. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS, APENAS COM EFEITOS INTEGRATIVOS.
> 1. Está pacificado nesta Corte Superior o entendimento de que para as hipóteses de condenação em ações de responsabilidade extracontratual os juros de mora incidem desde a data do evento danoso, nos termos da Súmula 54/STJ.
> 2. A correção monetária para os valores fixados a título de danos morais deve incidir desde a data da prolação da decisão que estipulou essas indenizações, conforme orientação da Súmula 362/STJ: 'A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento'.

3. Embargos declaratórios acolhidos, apenas com efeitos integrativos."

- EDcl nos EDcl no REsp nº 1.060.740, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 31.05/10:
"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NOVOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE PRISÃO INDEVIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE A PARTIR DO ARBITRAMENTO DOS DANOS MORAIS (SÚMULA 362/STJ). PREMISSA FÁTICA EQUIVOCADA. ALEGAÇÃO AFASTADA. VALOR ARBITRADO PARA OS DANOS MORAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. NÃO CABIMENTO.
1. Hipótese em que o embargante sustenta que o acórdão impugnado partiu de premissa equivocada, na medida em que os autos versam acerca de indenização decorrente de ato ilícito (prisão ilegal), cuja correção monetária deve incidir desde a data do efetivo prejuízo (súmula 43/STJ) e não do arbitramento dos danos morais (súmula 362/STJ). Além disso, insurge-se em relação ao valor da indenização e dos honorários advocatícios.
2. O acórdão embargado foi claro ao consignar que, em caso de indenização por dano moral, consolidou-se o entendimento nesta Corte (súmula 362/STJ) no sentido de que a correção monetária do valor incide desde a data do arbitramento e não a partir do evento danoso, como pretende o ora embargante, sendo inaplicável a súmula 43/STJ. Quanto às demais matérias impugnadas, referentes aos valores arbitrados a título de danos morais e honorários advocatícios, também nada há para aclarar no julgado, que foi preciso e devidamente fundamentado no sentido da incidência da súmula 7/STJ.
3. A insurgência não diz respeito a eventual vício de integração do acórdão impugnado, mas à interpretação que lhe foi desfavorável, motivação essa que não se enquadra nas hipóteses de cabimento dos aclaratórios.
4. Embargos declaratórios rejeitados."

- REsp nº 1.124.471, Relator Ministro LUIZ FUX:
"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE MENOR POR POLICIAIS. 'CHACINA DA BAIXADA'. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO OU ABUSIVO. NÃO CONFIGURADO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA. JUROS DE MORA. *TEMPUS REGIT ACTUM*. MÉDIA DE SOBREVIDA. TABELA DO IBGE. APLICABILIDADE À PENSÃO DA VÍTIMA DEVIDA AOS AUTORES DA AÇÃO.
(...)
6. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual (Súmula 54/STJ). Precedentes: REsp 771926/SC, DJ 23.04.2007; REsp 489439/RJ, DJ 18.08.2006; REsp 76899 2/PB, DJ 28.06.2006.
7. Desta feita, tratando-se de fato gerador que se protrai no tempo, a definição

legal dos juros de mora deve observância ao princípio do direito intertemporal segundo o qual *tempus regit actum*.

8. Os juros hão de ser calculados, a partir do evento danoso (Súmula 54/STJ), à base de 0,5% ao mês, *ex vi* artigo 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2001).

9. A partir da vigência do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2001) os juros moratórios deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 406). Taxa esta que, como de sabença, é a SELIC, nos expressos termos da Lei nº 9.250/95. Precedentes: REsp 688536/PA, DJ 18.12.2006; REsp 830189/PR, DJ 07.12.2006; REsp 813.056/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.10.2007, DJ 29.10.2007; REsp 947.523/PE, DJ 17.09.2007; REsp 856296/SP DJ 04.12.2006; AgRg no Ag 766853/MG, DJ 16.10.2006.

(...)"

Diante da parcial procedência do pedido, porquanto o pedido apresenta valor certo, sem decaimento mínimo, deve cada qual das partes arcar com a respectiva verba honorária, rateadas as custas, nos termos do artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil.

Por fim, conforme proposição do i. Desembargador Federal revisor em sessão de julgamento, à qual este relator adere integralmente, há que se encaminhar cópia dos autos ao Ministério Público Federal para as providências que entender pertinentes, nos termos do art. 40 do CPP, destacando-se que não cabe ao Juízo cível deixar de cumprir esse dispositivo por considerações relativas a prescrição penal e eventual incidência de anistia, dado que são temas afetos à jurisdição penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, para reformar a r. sentença nos termos supracitados.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CLAUDIO SANTOS - Relator

- Sobre reparação por dano moral ocorrido pela prática de atos cometidos na ocasião do golpe militar, veja também os seguintes julgados: AC 94.03.043516-0/SP, Relatora Juíza Suzana Camargo, publicada na RTRF 35/142 e AC 97.03.050741-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, publicada na RTRF 92/170.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CRIMINAL
0005455-18.2000.4.03.6113
(2000.61.13.005455-1)

Arguente: ISAC SALVADOR DO NASCIMENTO
Arguída: JUSTIÇA PÚBLICA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
Classe do Processo: ArgInc 7
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/7/2011

EMENTA

PENAL - PROCESSUAL PENAL - RADIODIFUSÃO - LEI 9472/97 - ARTIGO 183 - PENA PECUNIÁRIA - VALOR FIXO - ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - REDISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO - REGULARIDADE - QUESTÃO DE ORDEM REJEITADA - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ACOLHIDA.

1. O juízo natural para decidir sobre a argüição de inconstitucionalidade é o Órgão Especial, não havendo irregularidade na redistribuição do presente feito por dependência, porquanto trata de matéria idêntica a do feito anteriormente distribuído a Relatora, ou seja, a arguição de inconstitucionalidade na fixação da multa prevista no preceito secundário do artigo 183, da Lei 9472/97. Questão de ordem rejeitada.

2. A norma contida no preceito secundário do artigo 183, da Lei 9.472/97, que prevê a pena pecuniária em valor fixo, viola o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal.

4. Argüição acolhida para declarar a inconstitucionalidade da expressão “de R$ 10.000,00”, contida no preceito secundário do artigo 183, da Lei 9472/97.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, em rejeitar a questão de ordem proposta pelo Desembargador Federal FÁBIO PRIETO, no sentido de que o processo retornasse à relatoria da Desembargadora Federal DIVA MALERBI, que primeiramente recebeu a distribuição, nos termos do voto da Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais SALETTE NASCIMENTO, PEIXOTO JUNIOR, CECÍLIA MARCONDES, MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, ALDA BASTO, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA (convocada para compor quórum), NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), LEIDE POLO (convocada para compor quórum), DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE e ROBERTO HADDAD (Presidente).

Vencidos os Desembargadores Federais FÁBIO PRIETO e SÉRGIO NASCIMENTO (convocado para compor quórum), que acolhiam a questão de ordem proposta.

Quanto ao mérito, por maioria, declarou a inconstitucionalidade da expressão “de R$ 10.000,00”, contida no preceito secundário do artigo 183, da Lei nº 9472/97, nos termos do voto da Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora), no que foi acompanhada pelos Desembargadores Federais SALETTE NASCIMENTO, PEIXOTO JUNIOR,

CECÍLIA MARCONDES, MAIRAN MAIA, NERY JÚNIOR, ALDA BASTO, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA (convocada para compor quórum), MARISA SANTOS (convocada para compor quórum) NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), SÉRGIO NASCIMENTO (convocado para compor quórum) LEIDE POLO (convocada para compor quórum), DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, e ROBERTO HADDAD (Presidente).

O Desembargador Federal FÁBIO PRIETO acompanhou a Desembargadora RAMZA TARTUCE, pela conclusão.

Vencido parcialmente, o Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, que votou pela inconstitucionalidade no sentido de se aplicar o § 1º, do art. 49, do Código Penal, como valor mínimo e fixando como valor máximo a quantia de R$ 10.000,00.

Fará declaração de voto o Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE.

Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais MÁRCIO MORAES, SUZANA CAMARGO, MARLI FERREIRA, NEWTON DE LUCCA e THEREZINHA CAZERTA.

São Paulo, 29 de junho de 2011.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): Trata-se de ação penal promovida pela Justiça Pública contra ISAC SALVADOR DO NASCIMENTO, acusado da prática do delito tipificado no artigo 183, *caput*, da Lei nº 9.472/97.

A sentença de fls. 317/337 julgou procedente a denúncia e condenou o réu à pena de 04 (quatro) anos de detenção e à pena pecuniária de R$ 10.000,00 (dez mil reais), por infração ao artigo 183, da Lei 9.472/1997.

Apelou o réu, vindo os autos a esta Corte Regional, quando foram distribuídos a Desembargadora Federal Suzana Camargo, em 13 de dezembro de 2004, manifestando-se, o Ministério Público Federal, pelo parcial provimento do recurso da defesa a fim de que, mantida a condenação, fosse alterada a pena de multa aplicada ao apelante, fixando-a na forma do artigo 49 e seguintes do Código Penal, em substituição ao valor fixo de R$ 10.000,00 (dez mil reais), previsto no dispositivo de lei e estabelecido pela sentença recorrida.

Em 26 de outubro de 2009, o recurso foi submetido a julgamento perante a Quinta Turma deste Tribunal Regional Federal, ocasião em que, à unanimidade de votos, foram rejeitadas as preliminares e, no mérito, foi negado provimento à apelação, exceto quanto à pena de multa, ficando, em relação a essa sanção penal, suspenso o julgamento. E, em razão disso, foi determinada a remessa dos autos a este Órgão Especial para análise e julgamento da argüição de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal e do artigo 11, parágrafo único, “g”, do Regimento Interno deste Tribunal Regional Federal. Ainda, naquela mesma oportunidade, à unanimidade de votos, foi declarada a perda dos bens empregados na atividade criminosa em favor da ANATEL.

Em 05 de fevereiro de 2010 os autos foram distribuídos à Desembargadora Federal Diva Malerbi, que determinou fossem encaminhados ao Ministério Público Federal. Manifestou-se esse Órgão pela declaração de inconstitucionalidade da pena de multa fixada no artigo 183 da Lei nº 9.472/1997.

Em 22 de setembro de 2010, vieram os autos conclusos a esta Relatora, por redistribuição.

Dispensada a revisão.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): O Desembargador Federal Fábio Prieto, de início, propôs questão de ordem, no sentido de que a redistribuição deste feito, por prevenção, a esta Desembargadora Federal, relatora de duas outras argüições de inconstitucionalidade do mesmo preceito secundário contido no artigo 183, da Lei nº 9.472/97, implicaria em violação do princípio do juiz natural.

E isso, afirmou Sua Excelência, porque este feito foi distribuído, inicialmente, a Desembargadora Federal Diva Malerbi, e sua redistribuição, por dependência, aos dois outros feitos que tratam da mesma matéria, criaria um critério de distribuição em violação ao princípio do juiz natural, que vale para todos os órgãos do Tribunal, e cria um precedente em termos operacionais, no sentido de que, a partir de agora e apenas nas argüições de inconstitucionalidade, os incidentes serão distribuídos para um só relator por um critério que não está disposto na lei ou no Regimento, devendo o feito, então, retornar à Desembargadora Federal Diva Malerbi, relatora natural do feito.

A par do respeito que devoto ao E. Desembargador Federal, divirjo de Sua Excelência e rejeito a questão de ordem.

E o faço porque o juízo natural da argüição de inconstitucionalidade é o Órgão Especial.

A matéria objeto desta argüição é idêntica à do primeiro processo a mim distribuído, qual seja, a análise da constitucionalidade do preceito secundário contido no artigo 183, da Lei 9472/97.

Portanto, não há obstáculo para a sua distribuição por dependência, por prevenção, considerando que essa matéria está adstrita ao primeiro processo, de minha relatoria.

Entendo, portanto, que não há irregularidade na redistribuição deste feito.

Rejeitada a questão de ordem, passo ao exame da arguição deduzida nestes autos.

A inconstitucionalidade da pena de multa, prevista no artigo 183, da Lei nº 9.472/97, foi argüida pelo Ministério Público Federal, quando do parecer ofertado perante esta Egrégia Corte Regional (fls. 380/382).

O Órgão fracionário, então, submeteu a questão à análise e julgamento perante o Órgão Especial, consoante dispõe o art. 11, parágrafo único, letra “g”, do Regimento Interno deste Tribunal.

E, note-se, tal competência é fixada pelo artigo 97 da Constituição Federal, expresso no sentido de que “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Em face dessa norma constitucional, portanto, as Turmas não estão, efetivamente, legitimadas a declarar a inconstitucionalidade da norma objeto desta argüição.

Correto, assim, o procedimento adotado pelo Órgão fracionário, que, reconhecendo a inaplicabilidade do dispositivo legal questionado, determinou a vinda dos autos ao

Órgão Especial para a análise e julgamento da questão relativa à sua constitucionalidade.

Em relação à forma do procedimento, foi observado, no caso, o disposto nos artigos 171 e seguintes do Regimento Interno deste Tribunal Regional Federal, como se vê da leitura dos autos.

Superadas estas duas questões, releva observar, ainda, que não ocorreu, no caso, a prescrição da prescrição punitiva estatal, porquanto o fato data de 21 de julho de 2000 (fl. 03), com o recebimento da denúncia em 16 de dezembro de 2002 (fl. 128) e com a publicação da sentença penal condenatória em 30 de julho de 2004.

A pena imposta ao acusado foi de 04 (quatro) anos de detenção, o que implica no prazo de 08 (oito) anos para a ocorrência da prescrição, nos termos do artigo 109, IV, do Código Penal, tempo que ainda não transcorreu.

E, ainda em relação ao tema da prescrição, anoto que o prazo é de ser observado em sua totalidade, na medida em que não incide, ao presente caso, a norma prevista no artigo 115, do Código Penal.

Analisadas, assim, tais questões, que considero relevantes, passo ao exame do tema propriamente dito, lembrando que o dispositivo de lei, cuja constitucionalidade foi posta em dúvida, qual seja, o artigo 183, da Lei nº 9.472/97, dispõe:

> *"Art. 183 - Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:*
> *Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais)".*

A parte que o Ministério Público Federal sustenta ser inconstitucional é a disposição relativa à pena de multa. E sua inconstitucionalidade, afirma, decorre da manifesta violação ao princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

A questão, nos termos em que agora é analisada, ainda não foi objeto de julgamento perante este Órgão Especial, muito embora tal já tenha sido, aqui, sugerido.

Com efeito, quando do julgamento do feito AP nº 2001.61.02.001698-5, da relatoria da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, feito esse que se processou originariamente perante o Órgão Especial porque em seu polo passivo figurava o Prefeito Municipal de Terra Roxa - SP, este Órgão Colegiado não chegou a analisar a tese de inconstitucionalidade da pena de multa prevista no artigo 183, da Lei nº 9.472/97.

Naquele julgamento, o Órgão Especial, por maioria de votos, rejeitou questão de ordem, argüida pelo Desembargador Federal Nelton dos Santos (convocado para compor quórum), visando a instauração do incidente para análise e julgamento da inconstitucionalidade da pena de multa, nos termos em que prevista na parte final do artigo 183, da Lei 9.472/97.

Feitos tais esclarecimentos e analisando, agora, a questão, no âmbito desta ação penal, observo que o princípio da individualização da pena está previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, e trata de direito fundamental do acusado de receber, uma vez condenado, pena justa e adequada à conduta ilícita por ele desenvolvida, devendo o juiz fixá-la atento aos limites previstos em lei, considerando as peculiaridades da conduta praticada e a circunstância em que o foi.

Deve a sanção, em outras palavras, ser medida, possuindo o magistrado a discricionariedade para, observados os limites previstos na lei, mensurá-la de acordo com a

infração penal, os agentes envolvidos (ativo e passivo), procedendo a uma análise da vida de ambos e a uma projeção da futura conduta do delinqüente, procedimento esse que não é passível de ser realizado em face da quantificação da pena pecuniária em valor fixo, que não oferece parâmetros e nem estabelece limites para a sua aplicação, vez que fixada em valor determinado.

Para Alexandre de Moraes (*Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 235, "o princípio da individualização da pena consiste na exigência de uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja as suas finalidades de repressão e prevenção. Assim, a imposição da pena dependeria do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta)".

Na lição de Sergio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior "O princípio da individualização da pena encontra-se inserido na Constituição atual em seu art. 5º, XLVI. A individualização consiste basicamente, em mensurar a pena de acordo com o caso concreto".

Recorrendo aos ensinamentos de Luiz Vicente Cernicchiaro, verifica-se que "causas distintas das relações jurídicas e delinqüentes diferentes impõem solução diferente. A individualização da pena leva em consideração o fato global, ou seja, o fato infração penal com os seus protagonistas (sujeito ativo e sujeito passivo) com revisão da vida de ambos e projeção da futura conduta do delinqüente". (...)

Para que ocorra uma efetiva individualização, é mister que o *quantum* da pena não seja fixo, ou seja, ele deve variar entre um mínimo e um máximo, o que permitirá ao juiz, analisando as condições e circunstâncias do crime, assim como a culpabilidade do agente (art. 59, *caput*, do CP), determinar a quantidade e qualidade da pena a ser aplicada. Trata-se, como ressalta Luiz Luisi, "de verdadeira atividade discricionária do juiz, que acaba revelando inconscientemente sua personalidade e seus valores ao fixar a pena, porém esta discricionariedade encontra-se vinculada aos limites impostos pela própria lei. Portanto, a pena deve ser determinada, explícita e precisa, mas nunca fixa em sua quantidade. Do contrário, ficaria seriamente comprometido o princípio da individualização da pena". (*Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 81-84)

Ora, ao prever a pena pecuniária para a conduta típica descrita no artigo 183, da Lei 9.472/97, o legislador ordinário não observou essa diretriz, não dando ao juiz a oportunidade de fixá-la de acordo com a conduta desenvolvida pelo agente e o contexto no qual a praticou, estabelecendo o valor fixo de R$ 10.000,00 (dez mil reais), ao contrário do que fez com a pena privativa de liberdade prevista no mesmo dispositivo de lei, fixando seus limites, mínimo e máximo.

Deve, pois, a pena pecuniária seguir o mesmo critério, mesmo porque é necessário que essa sanção penal guarde proporcionalidade com a pena privativa da liberdade, consoante reiteradas decisões de nossas Cortes de Justiça.

Confiram-se:

> "*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS 11.343/06 E 11.464/07. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS, RECONHECIMENTO DE PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. COMANDO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADO COM OS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E STF. ADEQUAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA. NECESSIDADE. 1. Embora não se olvide o teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/07, o fato é que mesmo para os crimes hediondos - ou a eles equiparados - a fixação do regime prisional para o início de cumprimento da privativa de liberdade há de levar em consideração a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a presença de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição. 2. Enfim, deverá o Magistrado avaliar as circunstâncias do processo por ele analisado, não podendo impor, cegamente, o regime carcerário mais gravoso. 3. *A aplicação literal do dispositivo inserido na Lei dos Crimes Hediondos, alheia às peculiaridades do caso concreto, acarretaria inafastável ofensa aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da efetivação do justo*. 4. Se o dispositivo legal responsável por impor o integral cumprimento da reprimenda no regime fechado é inconstitucional, também o é aquele que determina a todos - independentemente da pena a ser descontada ou das nuances do caso a caso - que iniciem a expiação no regime mais gravoso. 5. É certo que num momento anterior, quando da apreciação da Arguição de Inconstitucionalidade no *Habeas Corpus* nº 120.353/SP, a Corte Especial, majoritariamente, afastou a possibilidade do deferimento do benefício da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico de drogas na vigência da Lei nº 11.343/06. 6. Contudo, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.776/RS, esta Sexta Turma vem reconhecendo a possibilidade de deferimento do benefício também aos condenados por delito de tráfico cometido sob a égide da Nova Lei Antitóxicos, tal qual ocorre na hipótese presente. 7. 'A jurisprudência desta Corte está alinhada no sentido do cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por outra, restritiva de direitos, nos crimes de tráfico de entorpecentes' (STF, HC 102.678/MG, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ de 23.4.2010). 8. Considerando a quantidade de pena aplicada - 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão; a primariedade e os bons antecedentes; e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é devido o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e também a substituição da sanção corporal por duas medidas restritivas de direitos. 9. Na aplicação da pena de multa, deve-se guardar proporção com a privativa de liberdade. 10. Na hipótese, após a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o Tribunal de origem reduziu a reprimenda em 2/3 (dois terços), diminuindo a pena pecuniária em apenas 1/3 (um terço). 11. Ordem concedida para, de um lado, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da privativa de liberdade e substituí-la por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana; de outro lado, redimensionar a pena pecuniária, de 332 (trezentos e trinta e dois) para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juiz das execuções." (grifo meu)
(STJ, HC 149807, 6ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJE 20/09/10)

"PENAL - INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE EMISSORA DE RÁDIO SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE (ANATEL) - SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO - ARTIGO 183 DA LEI 9.472/97 - PRELIMINARES DE NULIDADE E PRESCRIÇÃO - AFASTAMENTO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PENA DE MULTA - NÃO-APLICAÇÃO - FERIMENTO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO - PERDIMENTO EM FAVOR DA ANATEL DOS BENS APREENDIDOS UTILIZADOS NA PRÁTICA DELITIVA 1. Não há falar-se em nulidade do feito, pois a prova da regularidade da rádio competia à defesa, sendo que o próprio acusado confirmou em juízo que não possuía autorização para funcionar, estando ainda no aguardo da licença da autoridade competente. 2. Ademais, passados já vários anos desde a segunda intervenção na rádio (realizada em 21/07/2000), a comprovação da concessão da licença não veio aos autos, de maneira que manifestamente improcedente a tese defensiva. 3. Não há falar-se na ocorrência de prescrição - tanto na modalidade retroativa quanto intercorrente -, pois a pena a ser considerada, ao menos até o presente momento, é a aplicada na sentença (quatro anos de detenção), que enseja o prazo prescricional de oito anos, não ultrapassado entre a data do fato (21.07.2000) e o recebimento da denúncia (16.12.2002), entre esta e a publicação da r. sentença condenatória (30.07.2004), bem como entre este último marco interruptivo até o presente julgamento. 4. Autoria e materialidade delitiva restaram efetivamente comprovadas pelo amplo contexto de provas documentais e testemunhais carreadas. 5. Conforme atestado pela perícia técnica, a conduta perpetrada pelo apelante, além de formalmente típica, também apresentou-se revestida de tipicidade material, pois a potencialidade lesiva advinda da instalação da rádio sem os procedimentos administrativos legalmente previstos tem o condão de, potencialmente, interferir na regularidade da prestação de serviços públicos indispensáveis como polícia, ambulâncias, carros do corpo de bombeiros, aeroportos, etc. 6. Pena que deve ser mantida, pois da análise da documentação acostada, verifica-se claramente que o acusado, antes e depois da prática delitiva ora em julgamento, já praticara e continuou a reiterar a conduta delituosa de desenvolver atividade de telecomunicações de forma clandestina, conforme demonstra a sua folha de antecedentes encartada às fls. 263/265, já tendo sido, inclusive, definitivamente condenado nos autos da Ação Penal nº 2002.61.13.002962-0, a um ano e seis meses de detenção, em regime inicial semiaberto, por crime idêntico, perpetrado depois do ilícito em apuração nestes autos, demonstrando que o apelante, efetivamente, continuou a insistir na senda do crime, particularmente, em delitos deste jaez, acreditando sinceramente na impunidade. 7. Pena de multa que não deve ser aplicada, por considerar que a previsão normativa, no importe fixo de R$ 10.000,00 (dez mil reais), está em desacordo com o princípio constitucional da individualização da pena, porquanto deixa de considerar as condições pessoais do condenado, bem como os preceitos da razoabilidade e da proporcionalidade aplicáveis ao caso concreto. 8. Bens apreendidos que devem ser declarados perdidos em favor da ANATEL. 9. Recurso improvido."
(TRF3, ACR 200061130054551, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, DJF3 13/11/2009)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RADIO COMUNITÁRIA. ATIVIDADE CLANDESTINA DE RADIODIFUSÃO. ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/97. REVOGAÇÃO DA LEI Nº 4117/62. VIOLAÇÃO DE LACRE. ARTIGO 336 DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA DE MULTA EM VALOR FIXO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. 1. O artigo 183 da Lei nº 9.472/97 revogou o artigo 70 da Lei nº 4.117/62, visto que o novel dispositivo tratou inteiramente da matéria penal descrita na lei anterior, ou seja, o desenvolvimento de atividade clandestina de radiodifusão. 2. A atividade de radiodifusão está englobada no conceito de telecomunicações, nos termos do artigo 60, § 1º, da Lei nº 9.472/97. Não ocorrência de *abolitio criminis*, uma vez que a ressalva contida no artigo 215, I, da Lei nº 9.472/97, relativamente aos preceitos atinentes à radiodifusão, referem-se às penalidades administrativas. 3. Materialidade do delito previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/97 comprovada nos autos por termo de representação, auto de infração e parecer técnico, que noticiam a existência de estação de radiodifusão sonora denominada 'Rádio Nova Dimensão FM', utilizando radiofreqüência em 105,5 MHz, sem autorização legal. 4. Materialidade do crime previsto no artigo 336 do Código Penal comprovada pelo auto de apresentação e apreensão dos materiais utilizados na radiodifusão (transmissor de rádio, mesa de som e microfone), que se encontravam deslacrados. Autoria demonstrada pelos depoimentos prestados pelo réu em sede policial e em juízo e testemunhas. 5. Incabível a aplicação da pena de multa, prevista no artigo 183 da Lei nº 9.472/97. O *quantum* estabelecido desborda a razoabilidade e viola o princípio da individualização da pena. 6. Apelação provida."
(TRF3, ACR 200461130018849, 1ª Turma, Rel. Juiz Fed. Paulo Sarno, DJF3 20/10/2008)

"PENAL - CONSTITUCIONAL - CONFLITO APARENTE DE NORMAS - ARTIGO 70 DA LEI 4.117/62 E ARTIGO 183 DA LEI 9.472/97 - REVOGAÇÃO - 'TEMPUS REGIT ACTUM' - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS AMPLAMENTE COMPROVADAS - PRESENTE O DOLO NA CONDUTA DOS APELANTES - LEIS 9.472/97 E 9.612/98 - RÁDIO COMUNITÁRIA - NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PELO PODER CONCEDENTE - VIGÊNCIA DE LEI MUNICIPAL - ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE AOS RÉUS - PENA DE MULTA - VALOR PRÉ-FIXADO - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - FIXAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA EM DIAS-MULTA - SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. 1. No presente caso, a conduta desenvolvida pelo agente se subsume ao tipo penal previsto no artigo 183 da Lei 9.472/97, haja vista que o delito foi praticado quando já se encontrava em vigor a Lei 9.472/97. Aplicação do princípio geral do *tempus regit actum*. 2. Após o advento da Lei 9.472/97, a atividade ilegal de radiodifusão deve ser submetida ao artigo 183 deste diploma legislativo, e não mais ao artigo 70 da Lei 4.117/62, restando a este último dispositivo aplicabilidade apenas no que se refere aos fatos cometidos anteriormente à vigência da Lei 9.427/97. 3. Materialidade delitiva comprovada pelo Mandado de Busca e Apreensão de fl. 10, Termo de Arrecadação de fl. 11, Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 12 e pelo Laudo de Exame em Aparelho Eletrônico de fls.34/35. 4. Autoria comprovada

pela robusta prova testemunhal colhida e pelas próprias declarações prestadas pelos apelantes perante a Autoridade Policial e o Magistrado de primeiro grau. 5. Não há dúvida que os apelantes agiram com o dolo reclamado pelo tipo penal, já que plenamente demonstrado que tinham ciência de que mantinham em operação uma rádio clandestina, sem qualquer autorização do Poder Concedente. 6. No que se refere às Leis 9.472/97 e 9.612/98, tais diplomas legais em nenhum momento afastaram do controle do Estado a atividade de radiodifusão, que permanece podendo ser desenvolvida mediante o preenchimento de determinados requisitos técnicos e sob a imperiosa condição de prévia autorização de funcionamento, a ser expedida pelo órgão competente. É evidente que cabe exclusivamente ao Estado regular e disciplinar a instalação e funcionamento de quaisquer rádios, sejam elas comunitárias ou não, pois a ele cabe zelar pela utilização racional do espaço eletromagnético nacional, afim de evitar a ocorrência das conhecidas interferências de transmissão, que tanto põem em risco o normal desempenho de diversas atividades essenciais à sociedade, como, por exemplo, o controle de aeronaves e as comunicações travadas pelos órgãos de segurança pública. 7. Tendo sido a vigência de lei municipal invocada pelos apelantes, caberia aos mesmos o ônus de trazer aos autos a prova de seu teor e vigência, em aplicação analógica ao artigo 337 do CPC, sendo, uma exceção ao princípio 'jura novit curia'. Além do que, não ficou cabalmente demonstrado tratar-se, de fato, de rádio comunitária, haja vista que a rádio 'TRIBUNA FM' foi agraciada por 'doações' financeiras de empresas e lojas comerciais. 8. A substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos foi realizada corretamente pela sentença de primeiro grau. 9. A multa fixa de R$ 10.000,00 (dez mil reais) estabelecida no preceito secundário do artigo 183 da Lei 9.472/97 é flagrantemente inconstitucional, já que viola o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI), que representa direito fundamental de todo acusado obter, uma vez condenado, pena justa e adequada à conduta ilícita realizada e, de outro lado, impedir ao Estado que imponha penas padronizadas. 10. Deve-se interpretar a pena pecuniária, contida no preceito secundário da norma do art. 183 da Lei nº 9.472/97, conforme a Constituição, urgindo seja estabelecida em dias-multa, na forma preconizada pelo Código Penal. 11. Recurso parcialmente provido, apenas para fixar, para ambos os apelantes, a pena pecuniária em 10 dias-multa, cada um deles no piso legal, mantida, no mais, a sentença condenatória."
(TRF3, ACR 200161020016973, 5ª Turma, Rel. Juiz Federal Hélio Nogueira, DJU 14/08/2007)

"PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/97, ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 10, §§ 2º E 3º, INCISO I, DA LEI Nº 9.437/97 (EM CONCURSO FORMAL) C/C ARTIGO 69 DO CÓDIGO PENAL - DESCABIDA A ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR SUPOSTA DEFICIÊNCIA TÉCNICA DO DEFENSOR CONSTITUÍDO - ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE CONTRABANDO E DESCAMINHO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS QUANTO AOS CRIMES PREVISTOS NAS LEIS NÚMEROS 9.472/97 E 9.437/97 - É IRRELEVANTE A COMPROVAÇÃO DE EFETIVO COMPROMETIMENTO A SERVIÇO PÚBLICO - O FATO DE O RÉU SER POLICIAL MILITAR AFASTADO DE SUAS FUNÇÕES NÃO RETIRA A PERICULOSIDADE DA CONDUTA QUE

A NORMA VISA REPELIR - AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA ESTAMPADA NO INCISO I, DO PARÁGRAFO 3º, DO ARTIGO 10, DA LEI Nº 9.437/97 - IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - FIXAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA EM VALOR FIXO - IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA ALTERNATIVA - REJEIÇÃO DA MATÉRIA PRELIMINAR - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA - DIMINUIÇÃO, DE OFÍCIO, DA PENA DE MULTA QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/97. 1. Agentes da Polícia Federal apreenderam na empresa do réu, denominada 'Madureira Prestadora de Serviços Gerais', em Marília/SP, aparelhos destinados a serviço de telecomunicações, instalados e utilizados pelo réu sem a competente concessão, permissão ou autorização. Apreenderam, ainda, nas dependências da aludida empresa, espingarda, pistola semi-automática, revólveres, além de cartuchos e carregadores. No veículo do denunciado foi apreendida uma pistola semi-automática. As armas apreendidas não possuem registro junto aos órgãos competentes e as armas de fabricação estrangeira não possuem documentação da regular internação no território nacional. 2. Na prática, a defesa prévia é peça processual que tem sido utilizada tão somente para se arrolar testemunhas e fazer uma negativa genérica dos fatos delituosos imputados; logo não há nada que desabone a peça de fls. 94/95. O ex-advogado do réu não foi inoperante, nem demonstrou atuação meramente contemplativa, como quer fazer crer o atual defensor, que se vale do trabalho do colega injustamente criticado. O fato de ser ex-delegado de polícia, recém aposentado na época em que assumiu a defesa do réu, não desabona sua atuação como advogado, mormente porque revela experiência na matéria criminal. Além disso, todos os argumentos expostos em alegações finais pelo advogado acoimado de ineficiente, foram repetidos em grau de apelação, o que demonstra que a preliminar de nulidade por deficiência técnica não é minimamente séria. De qualquer forma, o fato de as teses argüidas não terem levado ao êxito esperado não torna o réu indefeso. Admitir o contrário levaria ao reconhecimento de ausência de defesa técnica toda vez um réu fosse condenado. É de se ressaltar, ainda, que nem mesmo o mais eficiente advogado pode antever com certeza o resultado de uma ação judicial, de forma que a responsabilidade assumida pelo causídico é sempre de meio e não de resultado. 3. A denúncia, exclusivamente quanto ao crime de contrabando ou descaminho, é inepta, porque não descreve a conduta que teria sido praticada pelo réu, impossibilitando sua ampla defesa. Limita-se a mera referência ao artigo 334 do Código Penal, ao passo que o artigo 41 do Código de Processo Penal exige a exposição dos fatos com todas as suas circunstâncias. A denúncia não especificou qual teria sido a conduta praticada pelo apelante e limitou-se a indicar a ausência de documentação de internação. Sequer mencionou se a imputação é por contrabando ou por descaminho, tampouco esclareceu de que forma o réu teria feito ingressar a mercadoria no território nacional. 4. A materialidade do delito descrito no artigo 183 da Lei nº 9.472/97 está demonstrada no auto de apresentação e apreensão de fls. 18/20 e pelo laudo de exame em aparelho eletrônico - transceptor (fls. 52/57), que atestou a aptidão para uso de todos os aparelhos examinados. 5. É irrelevante a comprovação de efetivo comprometimento a um serviço público para a configuração do delito descrito no artigo 183 da Lei nº 9472/97. Trata-se de um crime de perigo que tipifica uma conduta de

risco, justamente com a intenção de evitar possíveis danos oriundos desta atividade tecnológica. Referido crime é de mera conduta e se consuma independente do resultado naturalístico (interferência em serviços autorizados de telecomunicações). O que se exige para sua configuração é a potencialidade lesiva ao bem penalmente tutelado, o que ficou comprovado no caso concreto, porquanto a estação de telecomunicações tinha aptidão para interferir em freqüências privativas de redes oficiais. O dispositivo penal em análise preserva o direito difuso a um sistema de telecomunicações seguro. Seria um contra-senso exigir-se a concretização de dano a viaturas policiais, ambulâncias ou aeronaves para sua consumação. 6. O fato de o réu não integrar legalmente o quadro societário não é prova cabal de que não atua na empresa. Autoria do delito descrito no artigo 183 da Lei nº 9.472/97 comprovada pelo depoimento do réu, na Polícia e em Juízo, onde afirmou que administrava a empresa e que se incumbiu pessoalmente de aparelhá-la, e pelos depoimentos testemunhais, tudo aliado às demais circunstâncias do fato e provas constantes dos autos. 7. A materialidade dos delitos previstos na Lei nº 9.437/97 está demonstrada no auto de apresentação e apreensão de fls. 18/20 e pelo laudo de exame em armas de fogo e munições (fls. 57/64). 8. O fato de o réu ser policial militar afastado de suas funções não retira a periculosidade da conduta que a norma visa repelir, mormente no caso concreto em que foram apreendidas armas de uso restrito. Um policial, normalmente, tem porte legal de arma para uso em serviço e pode ainda portá-la regularmente para sua defesa pessoal, o que não lhe dá o direito de manter um arsenal de armas em seu domicílio sem o conhecimento ou prévia autorização do órgão administrativo competente. Ademais, a sua condição pessoal de 'policial' afastado certamente lhe dá pleno conhecimento da ilicitude da conduta que praticava. 9. Afastamento da qualificadora estampada no inciso I do parágrafo 3º do artigo 10 da Lei nº 9.437/97, pois não há nos autos qualquer comprovação de que tenha sido o réu que praticou a conduta de 'raspar' a numeração do REVÓLVER, TAURUS, CALIBRE 3.57. Contudo, tal afastamento não acarreta nenhuma repercussão na pena, tendo em vista que também foi apreendida uma PISTOLA COLT, CALIBRE 45 que possui características próprias de armas de uso proibido, mantendo-se assim a qualificadora do § 2º. 10. O recurso, alternativamente, pede o reconhecimento das atenuantes das alíneas 'b' e 'd' do inciso III do artigo 65 do Código Penal. Entretanto, é defeso diminuir-se a pena aquém do mínimo legal fixado na primeira fase da fixação da reprimenda, conforme pacífica jurisprudência que restou cristalizada na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, ainda que assim não fosse, é difícil sustentar que houve reparação do dano se os crimes em comento são de perigo, em que se pune a conduta independentemente do resultado naturalístico. Quanto à confissão, não poderia ser reconhecida a espontaneidade, em razão de o réu ter sido surpreendido em flagrante pela prática de crime permanente - atividade de telecomunicação, e ter buscado demonstrar a atipicidade da conduta através da existência de pedido de regulamentação da referida atividade. No que diz respeito ao crime de porte de arma, o réu apenas buscou demonstrar que não oferecia risco à sociedade porque está afeito ao trato de armas; alegou que as armas nunca foram usadas; que algumas armas estavam desmuniciadas; que uma delas era bem antiga, de colecionadores; e que temia por sua segurança porque os policiais militares são muito visados. 11. A

pena pecuniária originariamente marcada pela Lei nº 9.472/97 é de R$ 10.000 (dez mil reais), mas a previsão legal de reprimenda em valor fixo, gerando a impossibilidade de dosagem pelo julgador, viola o princípio constitucional da individualização da pena e, por isso mesmo, é melhor aplicar o critério do artigo 49 do Código Penal, razão pela qual a pena pecuniária resta fixada em 10 (dez) dias-multa no valor unitário mínimo. 12. No que diz respeito ao pedido de substituição da pena, devem ser atendidos os requisitos do inciso I do artigo 44 do Código Penal. Em que pese os crimes terem sido praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, no caso concreto o réu não faz jus ao benefício, porquanto as penas somadas em razão do concurso material ultrapassam 4 (quatro) anos de reclusão. 13. Apelação parcialmente provida para absolver o réu da conduta descrita no artigo 334 do Código Penal. 14. Redução, de ofício, da pena pecuniária quanto ao crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/97."
(TRF3, ACR 200161110010674, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, DJU 26/06/2007)

"PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - RÁDIO COMUNITÁRIA - TIPICIDADE DA CONDUTA - PEDIDO DE CONDENAÇÃO - ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97 - NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PARA RÁDIO COMUNITÁRIA - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - FIXAÇÃO DA PENA - APELAÇÃO PROVIDA. 1. Apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra a r. sentença que absolveu o paciente da imputação de ter utilizado serviço de telecomunicações (emissora de radiodifusão) sem autorização legal ou regulamentar. 2. Tipicidade da conduta. Da comparação do art. 70 da Lei nº 4.117/62 com o art. 183 da Lei nº 9.472/97 verifica-se que houve mera repetição: a norma jurídica, na descrição da conduta, é a mesma, sendo irrelevante o número da lei, que não integra a sua estrutura normativa. Na primeira lei, o tipo penal sancionava a 'instalação ou utilização de telecomunicações'. Agora, apenas o exercício da 'atividades de telecomunicação'. Portanto, a conduta ilícita permanece a mesma, houve alteração apenas do diploma normativo que a prevê. Inocorrência de *abolitio criminis*. 3. Denúncia que imputa fatos ilícitos ocorridos em 31 de julho de 1997, portanto, com incidência do art. 183 da Lei nº 9.472/97. 4. É a radiodifusão uma espécie de telecomunicação (art. 60, § 1º, da Lei nº 9.472/97). 5. Não elide a responsabilidade penal a alegação de tratar-se de rádio comunitária que opera em baixa potência posto que a autorização para seu funcionamento compete à União, a quem cabe a delegação dos serviços de radiodifusão. A exigência de autorização nunca foi afastada pela Constituição Federal, sendo inócua a invocação do quanto disposto no Pacto de San Jose da Costa Rica e hoje é expressa no art. 6º da Lei nº 9.612/98. 6. Materialidade demonstrada por auto de apreensão, parecer técnico do Ministério das Comunicações e pelo laudo pericial do SECRIM. 7. Autoria indubidosa, conforme as declarações do réu e a prova testemunhal. 8. Pena privativa de liberdade fixada em definitivo em 02 anos de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa no valor unitário mínimo, deixando de impor a pena pecuniária expressamente disposta no artigo 183 da Lei nº 9.472/97, porque é veiculada em valor fixo (R$ 10.000,00) que não permite individualização. Regime aberto para o cumprimento da pena, com possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade

por duas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade conforme dispuser o Juízo da Execução e prestação pecuniária de R$ 1.000,00 em favor da ANATEL). 9. Perda dos bens utilizados na atividade clandestina em favor da ANATEL, ressalvados os direitos de terceiro de boa-fé, com fundamento no art. 184 da Lei nº 9.472/97. 10. Recurso provido."
(TRF3, ACR 200061810057543, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, DJU 09/01/2007)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL - EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO - RADIOFUSÃO COMUNITÁRIA - ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97 - BAIXA FREQUÊNCIA DO EQUIPAMENTO E FINALIDADE NÃO LUCRATIVA DA RÁDIO - IRRELEVÂNCIA - ARTS. 223 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 6º DA LEI Nº 9.612/98 - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - TUTELA DA SEGURANÇA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PENA DE MULTA - IMPOSSIBILIDADE DE SER APLICADA, NA FORMA DO ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97, POR OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. I - Exploração, sem a devida autorização do Poder Público, de estação de radiodifusão sonora, em freqüência modulada, mantida pela Associação Amigos Unidos pela Paz e Solidariedade, sob a denominação de Rádio Manchete FM - 95,7 MHz, localizada na Av. Engenheiro Alves de Noronha, nº 3.409, Bairro Buenos Aires, na cidade de Teresina/PI, consoante constatação feita por agentes de fiscalização da ANATEL, em 17/10/2007. II - A utilização clandestina de serviços de telecomunicação amolda-se ao tipo penal do art. 183 da Lei 9.472/97, consoante a jurisprudência do egrégio STJ: '1. Aquele que instala ou utiliza de serviços de telecomunicações sem prévia autorização do órgão regulador está sujeito às penas cominadas no art. 183 da Lei 9.472/97. 2. Ordem denegada.' (HC 77.887/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma do STJ, unânime, DJU de 07/02/2008, p. 1). Em igual sentido: 'A prática de atividade de telecomunicação sem a devida autorização dos órgãos públicos competentes subsume-se no tipo previsto no art. 183 da Lei 9.472/97; divergindo da conduta descrita no art. 70 da Lei 4.117/62, em que se pune aquele que, previamente autorizado, exerce a atividade de telecomunicação de forma contrária aos preceitos legais e aos regulamentos. Precedentes do STJ.' (CC 101.468/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção do STJ, unânime, DJe de 10/09/2009). III - Ainda que a emissora opere em sistema de baixa freqüência, sem fins lucrativos, e com programação cultural, não é possível a instalação e o funcionamento de rádio, sem a autorização prevista constitucionalmente. A Lei nº 9.612/98 estabeleceu que o serviço de radiodifusão comunitária, com baixa potência, assim considerada a inferior a 25 *watts*, está sujeito à obediência do disposto no art. 223 da CF/88 e à autorização do poder concedente (art. 6º da Lei 9.612/98). Precedentes do STJ e do TRF/1ª Região. IV - O crime do art. 183 do Código Penal é formal, de perigo abstrato, e tem, como bem jurídico tutelado, a segurança dos meios de comunicação, pelo que não incide, em relação a ele, o princípio da insignificância. V - Autoria e materialidade delitivas sobejamente comprovadas. VI - A Corte Especial

do TRF/1ª Região, ao julgar a ArgInc 2005.40.00.006267-0/PI, em 02/09/2010, declarou, à unanimidade, inconstitucional, no art. 183 da Lei 9.472/97, a expressão 'de 10.000,00 (dez mil reais)', ao entendimento de que a pena de multa, fixada, no art. 183 da referida Lei, no valor certo de R$ 10.000,00 (dez mil reais), afronta o princípio constitucional da individualização da pena, na medida em que impossibilita ao magistrado avaliar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e aquilatar a situação econômica do sentenciado, impedindo-o de aplicar, corretamente, a sanção penal. Afastamento da multa, tal como estabelecida no art. 183 da Lei 7.472/97, fixando-a de acordo com o direito comum. VII - Apelação provida."
(TRF1, ACR 200740000074284, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Assusete Magalhães, DJF1 30/09/2010)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO. ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÕES. ART. 183 DA LEI 9.472/97. ART. 70 DA LEI 4.117/62. REVOGAÇÃO. LEI POSTERIOR. CONDUTAS IDÊNTICAS. ART. 2º, § 1º, DA LICC. ART. 215, INC. I, DA LEI 9.472/97. SERVIÇO DE RADIODIFUSÃO COMUNITÁRIA. MULTA. VALOR PRÉ-FIXADO. AFRONTA INDIRETA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. ARTS. 49 E 60 DO CP. 1. Incorre nas penas do art. 183 da Lei 9.472/97 aquele que desenvolve clandestinamente atividades de telecomunicações, encontrando-se revogado o art. 70 da Lei 4.117/62, visto que o dispositivo posterior (art. 183 da Lei 9.472/97) definiu conduta idêntica ao preceituado no art. 70 da Lei 4.117/62, não havendo que falar-se em ultratividade, pois a conduta foi praticada sob a égide da referida Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. 2. A Lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare (art. 2º, § 1º, da LICC, c/c art. 215, inc. I, da Lei 9.472/97). 3. É crime previsto em lei (art. 183 da Lei nº 9.471/97), independentemente de configurar, também, ilícito administrativo, operar serviço de radiodifusão comunitária (radiodifusão sonora), sem outorga do órgão competente, ainda que de potência inferior a 25 *watts* ERP e com altura do sistema irradiante não superior a 30 metros. (Precedentes desta Corte). 4. A disposição legal prevista no preceito secundário do art. 183 da Lei 9.472/97 afronta o princípio da individualização da pena. 5. Multa arbitrada na forma dos arts. 49 e 60, ambos do CP. 6. Apelação provida."
(TRF1, ACR 200640000018594, 4ª Turma, Rel. Juiz Fed. Marcus Vinicius Bastos, DJF1 29/09/2010)

"PENAL - EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO - ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97 - BAIXA FREQUÊNCIA DO EQUIPAMENTO - IRRELEVÂNCIA - ARTS. 223 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 6º DA LEI Nº 9.612/98 - CRIME DE PERIGO ABSTRATO - TUTELA DA SEGURANÇA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - PRECEDENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PENA DE MULTA - AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MANUTENÇÃO. I - Exploração, sem a devida autorização do Poder Público, de estação de radiodifusão sonora, em freqüência modulada, mantida pelo réu, sob a denominação de

Rádio Nova FM, consoante atestado pela ANATEL. Subsunção da conduta ao delito do art. 183 da Lei 9.472/97. II - 'Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens são, por definição, serviços a serem explorados diretamente pela União, ou mediante permissão, concessão ou autorização, razão pela qual rádio comunitária em questão, ainda que de baixa potência e sem fins lucrativos, não pode funcionar sem a devida autorização do Poder Público. (Precedentes)' (REsp 845.751/CE, Relator Ministro Felix Fischer, 5ª Turma do STJ, unânime, DJU de 10/09/2007, p. 294). III - Ainda que a emissora opere em sistema de baixa freqüência, sem fins lucrativos, e com programação cultural, não é possível a instalação e o funcionamento de rádio, sem a autorização prevista constitucionalmente. A Lei nº 9.612/98 estabeleceu que o serviço de radiodifusão comunitária, com baixa potência, assim considerada a inferior a 25 *watts*, está sujeito ao disposto no art. 223 da CF e à autorização do poder concedente (art. 6º da Lei 9.612/98). IV - O crime do art. 183 do Código Penal é formal, de perigo abstrato, e tem, como bem jurídico tutelado, a segurança dos meios de comunicação, pelo que não incide, em relação a ele, o princípio da insignificância. Precedentes. V - Autoria e materialidade delitivas sobejamente comprovadas. VI - Prova pericial que, ademais, atestou que a rádio clandestina, quando em funcionamento, tinha a potencialidade de interferir nas telecomunicações. VII - Dosimetria: pena privativa de liberdade fixada no mínimo legal. Quanto à sanção de multa, fixada em R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), sob o argumento de que a sua previsão em quantidade certa - R$ 10.000,00 (dez mil reais), na forma do art. 183 da Lei 9.472/97 - afronta o princípio constitucional da individualização da pena, deve ser ela mantida, tal como estabelecida no *decisum*, à míngua de recurso do Ministério Público Federal, sob pena de *reformatio in pejus*. VIII - Apelação improvida."
(TRF1, ACR 200733080003985, 3ª Turma, Rel. Juiz Fed. Tourinho Neto, DJF1 10/09/2010)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 183 DA LEI 9.472/97. RADIODIFUSÃO. AUSÊNCIA DE OUTORGA DE CONCESSÃO. ART. 223 DA CF/88. DELIBERAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. ARTS. 49, INC. XII, E 223, § 3º, AMBOS DA CF/88. PENA DE MULTA. R$ 10.000,00. NÃO APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ART. 59 CP E ART. 5º, INCISO XLVI, CF/88. 1. A norma insculpida no art. 183 da Lei 9.472/97 exige, para caracterização do tipo penal, que haja desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação. 2. A clandestinidade é elemento normativo do crime previsto no art. 183 da Lei 9.472/97. 3. Explorar atividade de radiodifusão, ainda que de caráter comunitário, exige a prévia autorização do órgão competente, na forma do art. 223 da Constituição Federal, bem como deliberação do Congresso Nacional, arts. 49, inc. XII, e 223, § 3º, ambos da Constituição Federal. 4. A pena de multa fixada no art. 183 da Lei 9.472/97 (R$ 10.000,00 - dez mil reais) afronta o princípio constitucional da individualização da pena, na medida em que impossibilita ao magistrado avaliar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e aquilatar a situação econômica do sentenciado, impedindo-o de aplicar corretamente a lei penal. 5. Esta sanção, tal qual prevista, impõe que se dispense tratamento igual

a desiguais, o que é inadmissível em direito penal, pois se sabe que cada um responde pelo delito na medida de sua culpabilidade (art. 29 do CP). 6. Recurso provido."
(TRF1, ACR 200633030004315, 3ª Turma, Des. Fed. Tourinho Neto, DJ 01/06/2007)

Assim, a cominação da pena de multa fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais), pelo artigo 183 da Lei 9472/97, não pode subsistir, vez que afronta o princípio da individualização da pena previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, evidenciando-se a sua inconstitucionalidade.

Diante do exposto, declaro a inconstitucionalidade da expressão "de R$ 10.000,00", contida no preceito secundário do artigo 183, da Lei nº 9472/97.

Conseqüentemente, determino o retorno dos autos à Quinta Turma para a conclusão do julgamento suspenso.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE: A Desembargadora Federal Ramza Tartuce, relatora da arguição de inconstitucionalidade suscitada na ação penal nº 2000.61.13.005455-1, votou para rejeitar a questão de ordem e declarar a inconstitucionalidade da expressão "de R$ 10.000,00", contida no preceito secundário do artigo 183 da Lei nº 9.472/97. Quanto ao mérito, o fundamento apresentado é que a cominação da pena de multa fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais) não pode subsistir, porquanto afronta os princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, o qual trata do direito fundamental do acusado de, caso condenado, receber pena justa e adequada à conduta ilícita praticada. Aduziu que o magistrado, a quem é dado o poder discricionário, deve mensurar a sanção com observância aos limites previstos na lei, de acordo com a infração penal, os agentes envolvidos e mediante a análise da vida deles, cuja atividade não é passível de ser realizada, em razão da quantificação da reprimenda pecuniária em valor fixo.

Ocorre que a não definição de parâmetro para o cálculo da sanção ensejará ao julgador se valer da regra geral, isto é, a do artigo 49 do Código Penal, com a possibilidade de fixação de multa além do valor pretendido pelo legislador, que o estabeleceu em 10.000,00 (dez mil reais). É que a deliberação deste colegiado tem vinculatividade em relação aos órgãos deste tribunal, ao menos até que o S. T. F. se pronuncie em sentido diverso, conforme se extrai dos artigos 481, parágrafo único, do C. P. C., 121 e 176 do Regimento Interno desta corte. Assim, com o escopo de evitar a fixação de multa em *quantum* superior ao assinalado pelo legislador, meu entendimento é de se interpretar o preceito secundário do artigo 183 da Lei nº 9.472/97 conforme os princípios da individualização da pena, previsto no artigo 5º, incisos XLVI, da Lei Maior e da proporcionalidade, no sentido de se estabelecer um mínimo, a partir do qual o juiz poderá graduar a pena de multa, ao observar a regra do artigo 49, § 1º, do Código Penal, ou seja, um trigésimo do salário-mínimo mensal vigente. O teto é aquele valor pretendido pelo Poder Legislativo, de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Anote-se que o Poder Judiciário realiza o controle de constitucionalidade por meio de dois mecanismos: concentrado e difuso. O primeiro é desempenhado pelo S. T. F., relativamente à Lei Maior. No segundo, autorizam-se quaisquer juízes ou tribunais a fiscalizar a inconstitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público nos casos concretos que lhe são submetidos. Os contornos gerais do respectivo procedimento a ser observado pelas cortes estão regulados no artigo 97 da Carta da República e nos artigos 480 a 482 do C. P. C. No caso de o órgão fracionário acolher a arguição, submete a matéria ao plenário e, ao ser instaurado o procedimento, suspende-se o feito. O Órgão Especial pode decidir a questão, sob fundamento diverso daquele invocado pela turma, por voto da maioria absoluta de seus membros. Respeitado o limite quanto ao objeto, isto é, o que foi reputado inconstitucional pelo ente fracionário, atribui-se ampla competência ao pleno para verificar a inconstitucionalidade ou não do dispositivo impugnado, cuja deliberação vincula a turma em que se originou e serve de base para decisões de outros órgãos da corte. *(Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade nos Tribunais: A regra da "Reserva de Plenário", in Processe e Constituição-Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira/Coordenação: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wanbier, pp. 922-924 e 933*). Transcrevem-se as mencionadas disposições:

> "C. F. -Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."

> "C. P. C - Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.
> Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.
> *Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)*
> Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.
> § 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 9.868, de 10.11.1999 - grifei)"

No controle incidental realizado perante tribunal, opera-se a cisão funcional de competência, pela qual o pleno decide a questão constitucional e o órgão fracionário julga o caso concreto, com fulcro no que restou decidido pelo órgão especial. (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência/*. Luís Roberto Barroso. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 86). Da análise desse incidente poderá resultar a declaração de inconstitucionalidade, que tem como uma de suas modalidades, a interpretação conforme a

Constituição, segundo entendimento do Ministro Moreira Alves, consoante consignado na Representação nº 1417-7-DF:

> "(...) Essa importância também dá esta Corte, em representação de inconstitucionalidade, quer quando examina a possibilidade de julgá-la improcedente por admitir a lei interpretação que a compatibiliza com a Constituição, quer quando a inconstitucionalidade diz respeito apenas a parte do dispositivo legal. *Em ambos os casos - e neles, como já se salientou, se aplica o mesmo princípio da interpretação conforme a Constituição - este Tribunal se tem manifestado pela inconstitucionalidade do preceito legal, se conclui o sentido compatível com a Carta Magna, ou que o texto resultante da retirada das expressões inconstitucionais, não corresponde ao propósito do legislador*. É a aplicação do princípio tradicional, observado no direito constitucional americano - e que se funda, em última análise, na circunstância de que os Tribunais, a pretexto de controle de constitucionalidade, não devem transformar-se em legisladores - assim enunciado na obra clássica de LÚCIO BITTENCOURT (*O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, pág. 126):
> (...)
> *Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal - em sua função de Corte Constitucional - atua como legislador negativo, porquanto, como salienta RITTERSPACH (Legge sul Tribunale Constituzionale della Repubblica Federale di Germania, pág. 94):*
> *(...)*
> *O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a interpretação conforme à Constituição, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há u'a modalidade de inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto - Teilnichtigerklarung ohne Normtextreduzierung), o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina - e atua, portanto, como legislador negativo - as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natura atuar como legislador positivo, ou seja, o que cria norma nova.*" (Rp 1417/DF - Relator(a): Min. MOREIRA ALVES - Julgamento: 09/12/1987 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO - grifei)

Assim, a interpretação conforme a Constituição é uma modalidade de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Nesse sentido, José Levi Mello do Amaral Júnior explicita que:

> "*Interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto-métodos decisórios tratados, em geral, tão-só sob a ótica do controle concentrado e em abstrato das normas-não podem ser negados ao controle difuso, máxime no âmbito dos tribunais, visto que, por força da regra do full bench*, o controle difuso concentra-se no pleno do tribunal julgador. Diga-se mais: com a remessa da *quaestio iuris* constitucional para o plenário,

desencadeia-se típico controle em abstrato da constitucionalidade." (*in Incidente de arguição de inconstitucionalidade*: *comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 107 - grifei)

Ante o exposto, interpreto o preceito secundário do artigo 183 da Lei nº 9.472/97 conforme os princípios constitucionais da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI e da proporcionalidade, no sentido de se estabelecer um mínimo a partir do qual o juiz poderá graduar a pena de multa, ao observar a regra do artigo 49, § 1º, do Código Penal, ou seja, um trigésimo do salário-mínimo mensal vigente. O teto é aquele valor pretendido pelo Poder Legislativo, de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

É como voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0003254-73.2011.4.03.0000
(2011.03.00.003254-9)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravados: MICROCAMP ESCOLA EDUCACIONAL PROFISSIONAL SS LTDA., UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE SÃO PAULO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: AI 430296
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/08/2011

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - ORGANIZAÇÃO E MOVIMENTAÇÃO DA CARREIRA: PROCEDIMENTOS DE PROMOÇÃO E REMOÇÃO, POR CRITÉRIOS INDIVIDUAIS, DE ALTERNÂNCIA DO MERECIMENTO E DA ANTIGUIDADE - GARANTIA DA INAMOVIBILIDADE DAS FUNÇÕES - PROCURADOR REGIONAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO: PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA, NA QUALIDADE DE ÓRGÃO DE EXECUÇÃO DA INSTITUIÇÃO - INVESTIDURA INCONSTITUCIONAL DO SUBSCRITOR DA PETIÇÃO INICIAL: PORTARIA DE DESIGNAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO PRECÁRIO DA FUNÇÃO, POR DOIS ANOS, EM SISTEMA DE RODÍZIO OBRIGATÓRIO, MEDIANTE ESCOLHA POR PROCESSO ELETIVO, EM CHAPA COLETIVA, SEM QUALQUER CRITÉRIO - CARÁTER ILUSÓRIO E ARTIFICIAL DA ELEIÇÃO: SUBMISSÃO EFETIVA DA ESCOLHA À MANIFESTAÇÃO FAVORÁVEL DA PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO - PROCEDIMENTOS PREVISTOS EM PORTARIAS DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, EM TEMA RESERVADO AO CONSELHO SUPERIOR DA INSTITUIÇÃO - EXTINÇÃO SUMÁRIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, NO TRIBUNAL, POR AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA, NO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TRANSLATIVO DO RECURSO.

1. É inconstitucional a investidura precária, por mandato, em sistema de necessário rodízio, de Membro do Ministério Público Federal, para o exercício de funções vinculadas a órgão de execução da Instituição.

2. A investidura realizada por eleição, em chapa coletiva, sem qualquer critério, cujo resultado ilusório e artificial fica sujeito, na realidade dos fatos, à manifestação favorável de outro órgão - típica cláusula de subordinação -, através de previsões adotadas em portarias da Procuradoria-Geral da República, configura afronta ao regime constitucional de garantias e prerrogativas do Ministério Público e da Sociedade.

3. A Constituição Federal disciplina a organização e a movimentação da carreira, pelos procedimentos de promoção e remoção, com a previsão dos critérios individuais do merecimento e da antiguidade.

4. A designação do agente político é ato final, de formalização burocrática, dos procedimentos de promoção e remoção. A sua previsão normativa não legitima a criação de nova sistemática de cooptação dos agentes políticos, tanto mais quando a própria disciplina da matéria cabe ao Conselho Superior do Ministério Público Federal, não à Procuradoria-Geral da República.

5. Posição harmônica com a assumida, perante o Supremo Tribunal Federal, pela Advocacia-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da República - seja quando da propositura da ADI 3946, seja quando do oferecimento do parecer: "resposta contundente a qualquer tentativa de mitigação ou supressão das funções constitucionais do Ministério Público, ou a qualquer ato vocacionado a intimidar os seus membros".
6. Inobservância dos precedentes do Supremo Tribunal Federal - ADI 452: impossibilidade da exigência da manifestação favorável de terceiros, para a assunção de cargo, na estrutura do Ministério Público; MS 20.555: antes da Constituição Federal de 1.988, possibilidade da adoção de critérios extravagantes, na movimentação da carreira do Ministério Público da União, quando a Instituição não gozava do atual sistema constitucional de garantias e prerrogativas; RE 100.148 e RE 101.241: antes da Constituição Federal de 1.988, preservação do sistema de movimentação da carreira, pelo procedimento da promoção, nos Ministérios Públicos Estaduais, porque, pela Lei Complementar nº 40/81, gozavam de tal garantia.
7. Irrelevância da adesão do agente político a procedimentos extravagantes de investidura, porque "as garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público da União são inerentes ao exercício das funções e irrenunciáveis" (artigo 21, da Lei Complementar nº 75/93).
8. Ausência de capacidade postulatória do subscritor da petição inicial da ação civil pública.
9. Vício reconhecido diretamente no Tribunal, no âmbito da aplicação do princípio translativo.
10. Extinção sumária da ação, sem embargo de novo exame da questão por órgão de execução legitimado pela Constituição Federal e pela Lei Complementar nº 75/93, prejudicado o agravo de instrumento interposto pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, reconhecer, de ofício, a ausência de capacidade postulatória do órgão de execução subscritor da petição inicial e julgar extinto o processo, sem a resolução do mérito, prejudicado o agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de julho de 2011.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Relator): Trata-se de recurso interposto pela *Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão*, para a discussão sobre a competência quanto ao julgamento de *ação civil pública* proposta pelo citado órgão de execução do Ministério Público Federal.

A demanda foi ajuizada em face da *União*, do *Estado de São Paulo* e de *pessoa jurídica privada* (fls. 22 verso).

Reconhecida a *ausência de interesse federal* e a *insuficiência* da presença, no pólo ativo da ação, do *Ministério Público Federal*, como causa de atração da competência da Justiça Federal, o digno Juízo de 1º grau *excluiu a União da lide*, reconheceu a *incompetência absoluta* deste ramo do Poder Judiciário e determinou a *remessa dos autos à Justiça Comum Estadual* (fls. 16).

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Relator): José Carlos Barbosa Moreira aponta, entre as *"disfunções do mecanismo judiciário", "no tocante à condução do processo", "a sobrevivência de feitos manifestamente inviáveis até etapas avançadas do* iter *processual, em vez do respectivo trancamento no próprio nascedouro (pelo indeferimento da petição inicial) ou em ponto tão próximo daquele quanto possível"* ("Sobre a 'participação' do Juiz no processo civil", em "Participação e Processo", pág. 383, Edit. RT, edição 1.988).

O sistema processual determina a pronta extinção de feitos manifestamente inviáveis. A questão é de *interesse geral* e os *Juízes, em qualquer tempo e grau de jurisdição*, são convocados ao exercício desta prerrogativa - artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil: *"O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI"*.

No caso dos Tribunais, em particular, *se* a inviabilidade da ação é absoluta e, assim, está vinculada a *questões de ordem pública*, a exigência do chamado efeito devolutivo do recurso é dispensada. Nesta circunstância excepcional, opera o *efeito translativo*.

Nelson Nery:

> "O efeito devolutivo do recurso tem sua gênese no princípio dispositivo, não podendo o órgão *ad quem* julgar além do que lhe foi pedido na esfera recursal. Aplicam-se na instância recursal os arts. 128 e 460 do CPC. Caso o órgão destinatário do recurso extrapole o pedido de nova decisão, constante das razões do recurso, estará julgando *extra, ultra* ou *citra petita*, conforme o grau e a qualidade do vício em que incorrer.
>
> Há casos, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*. Isso ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser reconhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, ambos do CPC). A translação dessas questões ao juízo *ad quem* está autorizada nos arts. 515, §§ 1º e 2º, e 516, do CPC.
>
> O exame das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo juízo *a quo*, fica transferido ao tribunal destinatário do recurso de apelação por força do art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC. Da mesma forma, ficam transferidas para o tribunal *ad quem* as questões dispositivas que deixaram de ser apreciadas pelo juízo de primeiro grau, nada obstante tenham sido suscitadas e discutidas no processo" ("Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos", pág. 409/410, Edit. RT, 4ª edição, 1.997).

No Brasil, os chamados *Tribunais de Apelação* - Regionais Federais, de Justiça e outros - têm desenvolvido intensa atividade fiscalizadora, para evitar o andamento - *sempre custoso* - de ações manifestamente inviáveis.

A aplicação do efeito translativo tem sido enfatizada, inclusive nos *Tribunais Superiores*, nos quais a admissibilidade e o julgamento dos recursos sofrem restrições de natureza vária.

No *Superior Tribunal de Justiça*, é *didático* o julgamento do *REsp 609144*:

"O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no Tribunal de origem. Questiona-se, por isso mesmo, a existência, nessa espécie recursal, do chamado efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública, conforme permitem o art. 267, § 3º, e o art. 301, § 4º, do CPC. Há respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial que nega tal efeito aos recursos extraordinário e especial, à consideração de que ele seria incompatível com a exigência do prequestionamento, ínsita à natureza dos recursos excepcionais. Tese contrária, defendida por também importante corrente de pensamento, adverte, todavia, que, apesar de seus estreitos limites de devolutividade, o recurso especial tem por finalidade, ainda assim, julgar uma 'causa', e, como tal, não está inteiramente alheio ao caso concreto ou à relação jurídica efetivamente questionada. Nessas circunstâncias, não pode a instância extraordinária simplesmente ignorar eventuais defeitos ou nulidades que impeçam a prestação da tutela jurisdicional na hipótese em julgamento, ainda quando o empecilho não tenha sido objeto de exame na origem e nem tenha sido suscitado pela parte interessada. Ilustrativa síntese da polêmica foi desenvolvida por Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, em seu *Recurso Especial* (São Paulo, RT, 2002, p. 336-342).

2. Com a razão, em meu entender, a segunda corrente. Embora destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é, entretanto, uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Não se pode desconhecer a sua condição de instrumento para julgar uma causa determinada. Era assim na sua gênese, o recurso extraordinário, ainda submetido ao disposto na Súmula 456/STF: 'O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie'. E é o que está no Regimento Interno do STJ: 'Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie'. Bem se vê, portanto, que também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa, a uma situação em espécie. Ora, isso não pode ser ignorado quando se examina o requisito do prequestionamento. Há de se atribuir a esse requisito um adequado grau de relatividade, de modo a não representar insuperável entrave a que o recurso especial alcance a sua outra função, de julgar uma causa determinada, aplicando o direito à espécie. Assim, nos casos em que eventual nulidade

ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o recurso especial cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, é de se admitir que a matéria seja conhecida e enfrentada de ofício. Nesses limites, portanto, também o efeito translativo é inerente ao recurso especial.

3. O caso dos autos é paradigmático. O recurso atende os requisitos formais de admissibilidade, inclusive o do prequestionamento. Todavia, as questões federais nele postas não guardam nenhuma compatibilidade com a controvérsia original a ser dirimida. Já quando da apreciação monocrática do agravo de instrumento ocorreu o divórcio com o decidido em primeiro grau, uma vez que houve referência a execução de sentença proferida em sede de ação civil pública, o que, como se constata da inicial da ação de conhecimento juntada às fls. 8-10, não é a hipótese dos autos. Induzido pelas razões do agravo interno, o acórdão do TRF manteve a referência errônea, afastando ainda a aplicação do art. 1º-D da Lei 9.494/97, embora tampouco se trate, conforme se constata das razões do agravo de instrumento (fls. 4, 5 e 6), de execução não embargada. A Fazenda, no especial, não se deu conta disso, e deduziu razões que mantêm o descompasso. Ora, desconhecer a nulidade e julgar as teses postas no recurso atende, sob o aspecto formal, o requisito do prequestionamento; mas o que daí resultará é um julgamento de cunho acadêmico, inútil para o caso em espécie, cuja matéria de trato é outra. A solução, portanto, é o conhecimento de ofício da nulidade processual, que vem desde o acórdão recorrido, a fim de que o Tribunal de origem renove o julgamento do agravo regimental, atentando para os termos da controvérsia originalmente posta.

4. Pelas razões expostas, conheço do recurso especial para, de ofício, anular o acórdão recorrido, a fim de que outro seja proferido, como de direito. É o voto."

Por estes fundamentos, ainda no âmbito da Justiça Federal, é necessário considerar *questão de ordem pública* relacionada a *pressuposto de existência da própria demanda, cognoscível de ofício* e, por isto, *prontamente* submetida ao Colegiado.

Trata-se da *ausência de capacidade postulatória* do órgão de execução subscritor da petição inicial da ação civil pública.

A *investidura* do Procurador da República oficiante na Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão ocorreu de *modo precário*, para o *exercício "pro tempore" das funções*.

A Portaria nº 145, da Procuradoria-Geral da República, de 30 de março de 2.009:

"PORTARIA Nº 145, DE 30 DE MARCO DE 2009

O PROCURADOR-GERAL DA REPUBLICA, no uso de suas atribuições, tendo em vista os termos da Portaria PGR nº 588, de 3 de setembro de 2003, publicada no D.O.U., Seção I, de 5 de setembro de 2003, e o contido no Oficio GABPR2-APPAF/SP38/2009, de 12 de marco de 2009, da Procuradoria da República no Estado de São Paulo, acompanhada da manifestação favorável da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, resolve:

Art. 1º Designar os Procuradores da Republica JEFFERSON APARECIDO DIAS e PEDRO ANTONIO DE OLIVEIRA MACHADO para exercerem, por 2 (dois) anos, respectivamente, as funções de Procurador Regional dos Direitos do Cidadão e Procurador Regional dos Direitos do Cidadão Substituto no Estado de São Paulo.

Art. 2º Esta Portaria produz efeitos a partir da data de sua publicação."

O citado ato de investidura configura violação ao *regime constitucional* de *garantias e prerrogativas do Ministério Público e da Sociedade* - artigo 128, § 5º, inciso I, letra "b".

Em prol da Sociedade e dos integrantes dos Ministérios Públicos, o regime constitucional veta a *precarização das funções ministeriais* - o seu exercício *pro tempore* -, para assegurar a *independência funcional*.

Neste quadro institucional, o artigo 49, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93, estipula, entre as "*atribuições do Procurador-Geral da República, como Chefe do Ministério Público Federal, designar o Procurador Federal dos Direitos do Cidadão e os titulares da Procuradoria nos Estados e no Distrito Federal*".

Isto porque o artigo 41, "caput", da mesma Lei Complementar nº 75/93, preceitua: "*Em cada Estado e no Distrito Federal será designado, na forma do art. 49, III, órgão do Ministério Público Federal para exercer as funções do ofício de Procurador Regional dos Direitos do Cidadão*".

É certo, assim, que a Lei Complementar nº 75/93 *não* fixa mandato ou rodízio para a Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão.

Nem poderia fazê-lo, no regime constitucional da inamovibilidade das funções.

No Estado de Minas Gerais, através de *lei complementar*, órgãos de execução do Ministério Público - *inclusive a Promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão* - foram submetidos a regime de rodízio e mandato.

A *Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais* representou contra a inconstitucionalidade da lei complementar estadual que subordinou o exercício das funções ministeriais à *precariedade do rodízio entre os seus membros, por simples portaria do Chefe da Instituição*, nos seguintes termos:

> "As inconstitucionalidades contidas na Lei Complementar Estadual nº 105/2007 avançam, inclusive, sobre o consagrado princípio institucional da inamovibilidade do órgão do Ministério Público, previsto na Constituição da República (art. 128, § 5º, I, 'b'), como se infere do comando do § 4º, acrescido ao art. 61 da LC nº 34/94, dispondo aquele novo comando que 'As Promotorias de Justiça mencionadas no art. 59 e neste artigo serão exercidas pelo prazo de um ano, prorrogável uma vez por igual período, por determinação expressa do Procurador-Geral de Justiça, por meio de portaria publicada no órgão oficial do Estado'.
>
> Coroando essa 'pérola' de inconstitucionalidade, prossegue o § 5º, acrescido ao mesmo art. 61 da LC nº 34/94:
>
> 'O membro do Ministério Público somente poderá exercer novamente Promotoria já exercida na mesma Comarca após o exercício de todos os membros daquela Comarca na mesma Promotoria.'
>
> Ora, a prevalecer esses comandos legais, ao invés da inamovibilidade constitucionalmente assegurada ao membro do *Parquet* em todo o Brasil, em Minas Gerais, dar-se-á o rodízio obrigatório em todas as Promotorias de Justiça, escamoteando-se, inclusive, a necessária busca da especialização funcional, o que forja a concretização do princípio da eficiência na Administração Pública".

A *Procuradoria-Geral da República* subscreveu a crítica da *Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais* e, ao propor, com base nela, a ação direta de inconstitucionalidade (*ADI 3946*), perante o *Supremo Tribunal Federal*, acrescentou:

> "29. O art. 4º da LC 99/2007, por sua vez, ao tratar de um alegado rodízio nas promotorias, atenta contra a inamovibilidade do membro do Ministério Público, em violação ao art. 128, § 5º, I, 'b', da Constituição".

No *Supremo Tribunal Federal*, na *ADI 3946*, a *Advocacia-Geral da União* somou com a posição defendida pela *Procuradoria-Geral da República* e pela *Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais*, com os seguintes termos:

> "Por outro lado, o art. 4º da Lei Complementar nº 99/2007 cria, no âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, uma espécie de rodízio obrigatório em todas as promotorias. Observe-se:
> 'Art. 4º O artigo 61 da Lei Complementar nº 34, de 1994, fica acrescido dos seguintes §§ 4º e 5º:
> "Art. 61 - (...)
> § 4º - As Promotorias de Justiça mencionadas no art. 59 e neste artigo serão exercidas por membro do Ministério Público *pelo prazo de um ano, prorrogável uma vez por igual período*, por determinação expressa do Procurador-Geral de Justiça, por meio de portaria publicada no órgão oficial do Estado.
> § 5º - *O membro do Ministério Público somente poderá exercer novamente Promotoria já exercida na mesma Comarca após o exercício de todos os membros daquela Comarca na mesma Promotoria."'* (Grifou-se).
> Tais disposições, além de atentarem contra a autonomia funcional e administrativa do órgão ministerial, pois afetam, diretamente, a sua organização e funcionamento, violam, frontalmente, o princípio da inamovibilidade dos seus membros, assegurado pelo art. 128, § 5º, inciso I, alínea 'b', da Constituição da República. Conforme explicitado anteriormente, a Constituição Federal conferiu garantias à instituição do Ministério Público e aos seus membros, objetivando o pleno e independente exercício de suas funções. Dentre tais garantias, consagrou a inamovibilidade dos representantes ministeriais, assim definida por Alexandre de Moraes:
> 'Uma vez titular do respectivo cargo, o membro do Ministério Público somente poderá ser removido ou promovido por iniciativa própria, nunca *ex officio* de qualquer outra autoridade, salvo em uma única exceção constitucional por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa.'
> Dessa maneira, o rodízio pretendido pelo dispositivo impugnado burla a garantia da inamovibilidade, já que o membro somente poderá exercer determinada promotoria pelo prazo máximo de dois anos, sendo, obrigatoriamente, removido depois desse período."

Depois, em *parecer* oferecido *na mesma ADI 3946*, a *Procuradoria-Geral da República* voltou a rejeitar a possibilidade do exercício precário das funções ministeriais - "*resposta contundente a qualquer tentativa de mitigação ou supressão das funções constitucionais do Ministério Público, ou a qualquer ato vocacionado a intimidar os seus membros*".

Previsto o *regime constitucional* da independência funcional (*art. 127, § 1º, da CF*) e da inamovibilidade das funções (*art. 128, § 5º, inc. I, letra "b", da CF*), para *todos*

os Ministérios Públicos, não poderia, a *lei complementar estadual*, fixar *exercício funcional em rodízio, por mandato*.

No silêncio respeitoso da *lei complementar federal*, ainda mais sem razão poderia fazê-lo a portaria da Procuradoria-Geral da República.

Se, em obediência à *Constituição Federal, lei complementar* não pode submeter as funções ministeriais a rodízio, em sistema de mandato, menos, ainda, singela *portaria*.

É a garantia constitucional da inamovibilidade das funções, *cláusula de segurança* da independência funcional.

Como derivação legítima da Constituição Federal, a Lei Complementar nº 75/93, no artigo 182, "caput", dispõe: "*Os cargos do Ministério Público da União, salvo os de Procurador-Geral da República, Procurador-Geral do Trabalho, Procurador-Geral da Justiça Militar e Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, são de provimento vitalício e constituem as carreiras independentes de cada ramo*" (o destaque não é original).

A Portaria PGR nº 145, contra a Constituição Federal e a *norma complementar do provimento vitalício*, reduziu o exercício funcional à assunção de simples *cargo de confiança*, procedimento manifestamente incompatível com o regime de garantias e prerrogativas do Ministério Público e da Sociedade.

A iniciativa da Procuradoria-Geral da República apresenta, ainda, o *grave vício da usurpação das atribuições do Conselho Superior* da Instituição.

"*Compete ao Conselho Superior do Ministério Público Federal: I - exercer o poder normativo no âmbito do Ministério Público Federal, observados os princípios desta Lei Complementar, especialmente para elaborar e aprovar: c) as normas sobre as designações para os diferentes ofícios do Ministério Público Federal*", diz o artigo 57, da Lei Complementar nº 75/93.

A Portaria PGR nº 145 procura suposta validade em outro ato administrativo da Procuradoria-Geral da República, a *Portaria PGR* nº *588, de 03 de setembro de 2003*.

A lei complementar é, todavia, semanticamente enfática, quanto à *atribuição do Conselho Superior*, não da Procuradoria-Geral da República: "*especialmente para elaborar e aprovar as normas sobre as designações*".

Isto é mais que o suficiente para o Poder Judiciário cuidar da preservação dos significativos valores envolvidos nesta questão.

Mas não é só.

Quando a lei complementar permite a designação, pela Procuradoria-Geral da República, do titular da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, não está a cuidar da *revogação* da Constituição Federal.

Por outras palavras, qualquer movimentação na carreira, quanto aos *órgãos de execução* do Ministério Público, fica na estrita dependência dos procedimentos de promoção ou remoção, pelos critérios alternados do merecimento e da antiguidade.

Interpreta-se a lei complementar a partir da Constituição Federal, não o inverso.

A designação é, tão-só, *ato* formal e burocrático de finalização dos *procedimentos* de reconhecimento do mérito ou da antiguidade.

Não se pode pretender a *degradação* do regime constitucional de garantias e prerrogativas, de que são expressões concretas a promoção e a remoção, os critérios de merecimento e de antiguidade, para dar à luz *novo procedimento*, a partir do conceito estrito e estreito de *ato* de designação.

Ainda que o Conselho Superior do Ministério Público Federal venha a dispor sobre designação, a atribuição estará limitada pela *natureza do instituto*. Caberá dizer, por exemplo, quando e em quais boletins o ato será publicado, como é corriqueiro a tais disciplinas.

O Conselho Superior não poderá substituir os procedimentos de promoção e remoção, sob os *critérios individuais - constitucionais* - da *antiguidade* e do *merecimento*, por *eleição coletiva*, em *chapa*, com *novo corpo eleitor*, vinculado, apenas, à declamação sumaríssima do *eligo in summum pontificem*, nos termos das opções da *Portaria PGR nº 588 de 03 de setembro de 2003*:

> "Art. 1º - Decorrerá de processo eletivo a designação, pelo Procurador-Geral da República, do Procurador-Chefe, do Procurador Regional Eleitoral e do Procurador Regional dos Direitos do Cidadão, pelo período de dois anos, permitida uma recondução.
> Art. 3º - A forma de inscrição dos candidatos é por chapa para cada um dos cargos e/ou funções, exigindo-se a apresentação dos nomes dos titulares e respectivos substitutos.
> Parágrafo Único - A inscrição das chapas deverá ser feita por requerimento subscrito pelos seus integrantes, junto à Comissão Eleitoral."

No caso concreto, a investidura, pela Portaria PGR nº 145, ainda foi condicionada por *típica cláusula de subordinação*: a "*manifestação favorável da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão*".

A explicitação desta *benedictione* foi significativa, não apenas como dado revelador do *caráter ilusório e artificial da eleição*, mas, também, como evidência do *grave comprometimento da independência funcional*.

A velha *Lei Federal nº 1.341/51 - "Lei Orgânica do Ministério Público da União"* - dizia constituírem "*atribuições do Procurador Geral da República dar instruções aos membros do Ministério Público Federal*" (art. 30, inc. XIII) e "*designar, mediante portaria, qualquer membro do Ministério Público Federal para o desempenho de outras atribuições, sem prejuízo das funções ordinárias*" (art. 30, inc. XV).

Ocorreu que, com a nova Ordem Constitucional de 1988, o Ministério Público foi *institucionalizado* sob os *princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional* (art. 127, § 1º, da CF), para o exercício das altas funções que lhe foram cometidas.

Parece incontroverso que, a partir da Constituição Federal de 1988, a Procuradoria-Geral da República perdeu a atribuição de dar instruções aos membros do Ministério Público Federal ou designar - "*ad hoc*" e "*ad arbitrium*" - qualquer membro da Instituição.

O artigo 30, incisos XIII e XV, da Lei Federal nº 1.341/51, é *incompatível* com a Constituição Federal de 1988 e foi por ela revogado.

No Supremo Tribunal Federal, no RE 395.902-AgR, o Ministro Celso de Mello esclareceu a questão da revogação da lei, por incompatibilidade superveniente com novo texto constitucional:

> "*É que*, em tal situação, *por tratar-se de lei pré-constitucional (porque anterior* à Constituição de 1988), o *único* juízo admissível, *quanto a ela, consiste em reconhecer-lhe*, ou não, *a compatibilidade material* com a ordem constitucional superveniente, *resumindo-se*, desse modo, *a solução da controvérsia*, à formulação *de*

um juízo de mera revogação (em caso de conflito hierárquico *com a nova* Constituição) *ou de recepção (na hipótese* de conformidade material com a Carta Política).

Esse entendimento nada mais reflete *senão* orientação jurisprudencial *consagrada* nesta Suprema Corte, *no sentido* de que a incompatibilidade vertical de atos estatais *examinados em face da superveniência* de um novo ordenamento constitucional '(...) *traduz hipótese de pura e simples revogação* dessas espécies jurídicas, *posto* que lhe são hierarquicamente inferiores' (*RTJ 145/339*, Rel. Min. CELSO DE MELLO - *RTJ 169/763*, Rel. Min. PAULO BROSSARD, *v. g.*).

Vê-se, portanto, *na linha* de iterativa jurisprudência *prevalecente* nesta Suprema Corte e em outros Tribunais (*RTJ* 82/44 - *RTJ* 99/544 - *RTJ* 124/415 - *RTJ* 135/32 - *RT* 179/922 - *RT* 208/197 - *RT* 231/665, *v. g.*), *que a incompatibilidade entre uma lei anterior (como* a norma ora questionada inscrita na Lei nº 691/1984 do Município do Rio de Janeiro/RJ, p. ex.) *e uma Constituição posterior (como* a Constituição de 1988) *resolve-se pela constatação* de que se registrou, em tal situação, *revogação pura e simples* da espécie normativa hierarquicamente inferior (o ato legislativo, no caso), *não se verificando*, por isso mesmo, *hipótese de inconstitucionalidade* (*RTJ* 145/339 - *RTJ* 169/763).

Isso significa que a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção - *precisamente por não envolver* qualquer juízo de inconstitucionalidade (*mas*, sim, *quando* for o caso, *o de simples revogação* de diploma *pré*-constitucional) - *dispensa*, por tal motivo, *a aplicação* do princípio da reserva de Plenário (*CF*, art. 97), *legitimando*, por isso mesmo, *a possibilidade de reconhecimento*, por órgão *fracionário* do Tribunal, de que determinado ato estatal *não foi recebido* pela nova ordem constitucional (*RTJ* 191/329-330), *além de inviabilizar*, porque incabível, *a instauração* do processo de fiscalização normativa abstrata (*RTJ* 95/980 - *RTJ* 95/993 - *RTJ* 99/544 - *RTJ* 143/355 - *RTJ* 145/339, *v. g.*)".

Neste ponto, *passadista*, a Lei Complementar nº 75/93, no artigo 41, parágrafo único, reputa que "*o Procurador Federal dos Direitos do Cidadão expedirá instruções para o exercício das funções dos ofícios de Procurador dos Direitos do Cidadão, respeitado o princípio da independência funcional*".

Nem assim chegou à *solução radical de subordinação* escolhida pela Portaria PGR nº 145, através da qual o exercício funcional do agente político ficou na *dependência* da prévia aceitação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

O citado requisito de investidura não consta da Constituição Federal, da Lei Complementar nº 75/93, da velha Lei Federal nº 1.341/51 ou da Portaria PGR nº 588.

O Supremo Tribunal Federal rejeita o adendo da manifestação favorável, para a assunção de cargo, na estrutura do Ministério Público:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MATO GROSSO. COMPETÊNCIA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA PARA APROVAR A ESCOLHA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A escolha do Procurador-Geral da República deve ser aprovada pelo Senado (CF, artigo 128, § 1º). A nomeação do Procurador-Geral de Justiça dos Estados não está sujeita à aprovação da Assembléia Legislativa.

> Compete ao Governador nomeá-lo dentre lista tríplice composta de integrantes da carreira (CF, artigo 128, § 3º). Não-aplicação do princípio da simetria. Precedentes. 2. Dispositivo da Constituição do Estado de Mato Grosso que restringe o alcance do § 3º do artigo 128 da Constituição Federal, ao exigir a aprovação da escolha do Procurador-Geral de Justiça pela Assembléia Legislativa. Ação julgada procedente e declarada a inconstitucionalidade da alínea 'c' do inciso XIX do artigo 26 da Constituição do Estado de Mato Grosso." (ADI 452, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2002, DJ 31-10-2002 PP-00019 EMENT VOL-02089-01 PP-00020).

Por outra perspectiva, não importa a posição do favorecido pela manifestação da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. A independência funcional é *indisponível*, *irrenunciável*, inclusive - ou, *principalmente* - para o agente político.

A circunstância é intuitiva. Mas o legislador complementar preferiu jogar a luz do Sol: "*As garantias e prerrogativas dos membros do Ministério Público da União são inerentes ao exercício de suas funções e irrenunciáveis*" (art. 21, da LC 75/93).

Cioso, a respeito da relevância institucional dos mecanismos de cooptação dos agentes políticos, o *Supremo Tribunal Federal*, de há muito, prestigiou os critérios de organização e movimentação das carreiras jurídicas.

Antes da Constituição Federal de 1.988, no julgamento do MS 20.555, no *Plenário do Supremo Tribunal Federal*, o Procurador-Geral da República *Sepúlveda Pertence* e a Presidência da República, com as razões do parecer de *José Celso de Melo Filho*, sustentaram a impossibilidade de decreto-lei, a pretexto de dispor sobre a criação de cargos, no âmbito do *Ministério Público Federal*, alterar-lhes o *modo de provimento*.

Sepúlveda Pertence:

> "26. A atribuição de *prover* cargos públicos nada tem a ver com a competência para *dispor sobre a forma de seu provimento*.
> 27. Ao contrário, a primeira pressupõe a segunda. Prover cargos é ato administrativo, a ser feito nos termos da lei que disponha sobre a forma de seu provimento (cf. art. 97 e §§ CF).
> 30. De fato. A Constituição enfaticamente distingue os dois poderes. E, sempre, de modo a fazer claro que disciplinar provimento de cargos é tema *reservado à lei*.
> (...)
> 34. Tudo isso desvela um sentido claro, sistemático, na Constituição, de impor a estrita *limitação por lei da margem de discricionarismo* do Executivo, no provimento dos cargos públicos, de modo a estabelecer salguardas eficazes do sistema de acesso isonômico à função pública, em detrimento das mazelas da tradição clientelística.
> 35. Essa orientação teleológica estaria comprometida, se o regime de provimento de cargos fosse aberto à disciplina ilusória dos decretos-leis.
> (...)
> 79. Em segundo lugar, de qualquer modo, a organização em carreira, que, para o Ministério Público, é *imperativo constitucional*, constitui, em si mesma, garantia contra normas casuísticas de acesso, determinadas em norma legal de beneficiários certos.
> 80. Organização em carreira não é apenas a reserva privativa do provimento dos

> cargos de escalão superior aos titulares dos inferiores; a carreira implica também em fixação de critérios legais objetivos, impessoais, para o acesso, que, no direito brasileiro, sempre se traduziram através da promoção.
> 81. Por isso, como igualmente já se notou, o prover cargos públicos é competência do Poder Executivo, mas fixar *a forma de provimento* é matéria de reserva da lei, para que se faça em normas gerais que delimitem a discricionariedade da administração".

Celso de Mello:

> "A Constituição *não autoriza* o Presidente da República, mediante decreto-lei, a *pretexto de criar cargos públicos*, (a) alterar-lhes a forma de provimento, (b) estabelecer uma nova classe, para efeito de carreira e de progressão funcional dentro do Ministério Público e (c) fixar, em desacordo com a própria organização sistêmica dessa Instituição, critério único de promoção".

Naquele julgamento, na questão aludida, prevaleceu, em sentido contrário, a opinião do Ministro Octavio Gallotti. Mas a argumentação de Sua Excelência é esclarecedora, para a interpretação do *atual* modelo constitucional do Ministério Público Federal:

> "É certo que a Lei Fundamental pressupõe a existência de carreira, nos diversos ramos do Ministério Público da União, tanto que se referiu a ela, ao estipular o requisito do concurso público, de provas e títulos, para ingresso na classe inicial. Veja-se, porém, que, ao versar a carreira da magistratura estadual, a Constituição regulou, pormenorizadamente, as condições de acesso e promoção (art. 144).
> Em relação ao Ministério Público dos Estados, a Constituição (art. 96 e parágrafo único) remeteu a matéria à lei complementar, que veio a dispor sobre os critérios de ascensão, segundo os princípios alternados do merecimento e da antiguidade (Lei Complementar nº 40/81, artigos 47 a 51).
> No concernente ao Ministério Público da União, o constituinte limitou-se, todavia, a aludir à carreira, para estabelecer a exigência do concurso, relegando integralmente as normas de regência da progressão ao campo da lei ordinária e, em consequência, do ato equiparado (decreto-lei), adequado para a criação dos cargos que compõem os degraus a serem sucessivamente percorridos."

Ou seja, para o Supremo Tribunal Federal, *naquela distinta realidade normativa - o que hoje não ocorre*, enfatize-se -, a ausência, no Texto Constitucional, *em relação ao Ministério Público Federal*, de previsão de promoção, no regime alternado de merecimento e antiguidade, selou o resultado do julgamento.

No caso dos Ministérios Públicos dos Estados, porém, em relação aos quais a Constituição Federal anterior previra a organização em carreira e a Lei Orgânica Nacional nº 40/81 estipulara os critérios da antiguidade e merecimento, o *Supremo Tribunal Federal, mais de uma vez*, reconheceu a inconstitucionalidade de *leis estaduais* que pretendiam realizar movimentações de integrantes da instituição, através de outros expedientes.

> "MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE. I. LEGITIMIDADE ATIVA DE MEMBRO

DO 'PARQUET' LOCAL PARA POSTULAR, EM MANDADO DE SEGURANÇA, A INVALIDADE DE ATOS DE NOMEAÇÃO PARA CARGOS DA CARREIRA, BUSCANDO, DESSE MODO, RESGUARDAR SUA POSIÇÃO NO QUADRO FUNCIONAL. II. HIPÓTESE QUE NÃO EXIGE EXAME DE PROVAS NEM DE SITUAÇÃO FUNCIONAL COMPLEXA JUSTIFICA O MANDADO DE SEGURANÇA. III. A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI DEVE SER PROCLAMADA PELA MAIORIA ABSOLUTA DOS MEMBROS DO TRIBUNAL (ART. 116 DA CONSTITUIÇÃO), O QUE NÃO FAZ NECESSÁRIA A PRESENÇA DE TODOS OS JUÍZES DO ÓRGÃO COLEGIADO NA SESSÃO DE JULGAMENTO. IV. E INCONSTITUCIONAL O ART. 213 DA LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA PARAÍBA, QUE HOSTILIZA CRITÉRIOS DE PROGRESSÃO NA CARREIRA, ESTABELECIDOS NO ART. 47, § 2º DA LEI COMPLEMENTAR 40/81. MATÉRIA RESERVADA, PELO ART. 96, PARÁGRAFO ÚNICO DA CARTA DA REPÚBLICA, A LEI COMPLEMENTAR FEDERAL. V. O ACÓRDÃO MERECE REFORMA SOMENTE QUANDO ESTATUI QUE O GOVERNADOR SE ENCONTRA OBRIGADO AO IMEDIATO PROVIMENTO DOS CARGOS DE PROCURADOR DE JUSTIÇA A QUE SE REFERE A LIDE. ART. 6º, COMBINADO COM O ART. 200 DA CONSTITUIÇÃO." (RE 100148, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, TRIBUNAL PLENO, julgado em 10/05/1984, DJ 29-06-1984 PP-10752 EMENT VOL-01342-07 PP-01305 RTJ VOL-00111-01 PP-00393).

"CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ORGANIZAÇÃO EM CARREIRA. LEI DO ESTADO DE GOIÁS Nº 9.240, DE 30.8.82, QUE EM SEUS ARTIGOS 35, E PARÁGRAFO ÚNICO, E 36, CRIA TREZE CARGOS DE PROCURADOR DE JUSTIÇA, MANDA PROVÊ-LOS POR PROMOTORES DE JUSTIÇA, SUBSTITUTOS DE PROCURADORES DE JUSTIÇA NO IMPEDIMENTO DESTES, E DETERMINA A EXTINÇÃO DE TAIS CARGOS QUANDO VAGAREM, APÓS O PRIMEIRO PROVIMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, CONCEDIDO PARA QUE PUDESSEM CONCORRER AOS NOVOS CARGOS CRIADOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DOS LITISCONSORTES, PROCURADORES SUBSTITUTOS, BENEFICIÁRIOS DA LEI. CONHECIMENTO E PROVIMENTO, EM PARTE, PARA RECONHECER-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CITADOS DISPOSITIVOS DA LEI ESTADUAL, POR OFENSIVOS AO ART. 96 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E, POR TAL VÍCIO, NÃO SERVIREM NEM AOS IMPETRANTES DA SEGURANÇA, QUE SE CASSA, NEM AOS RECORRENTES." (RE 101241, Relator(a): Min. DÉCIO MIRANDA, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/1985, DJ 02-08-1985 PP-12051 EMENT VOL-01385-03 PP-00637 RTJ VOL-00114-02 PP-00738).

A posição do *Supremo Tribunal Federal* é, assim, clara e consolidada: *nem a lei - ordinária ou complementar* - tem aptidão para violar o sistema de proteção concedido aos integrantes do Ministério Público Federal.

Menos, ainda, repita-se, *uma portaria; ou*, uma *portaria sobre outra portaria.*

Na linha, aliás, de todas as manifestações produzidas na *ADI 3946*, antes transcritas.

Ronaldo Porto Macedo Júnior, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo e Professor da Faculdade de Direito da FGV/SP, reputa que "*o*

Ministério Público vem demonstrando que corre o risco de vitimar-se pela burocratização em razão de diversos aspectos", entre eles, o "*corporativismo demagógico estimulado pela introdução de mecanismos eleitorais sem a necessária democratização interna de suas práticas políticas, com a desconcentração e transparência no exercício do poder*" ("500 Anos e o Direito no Brasil - Cadernos de Direito e Cidadania II", págs. 87/88, Artchip Editora, março de 2.000).

A afirmação faz coro com a sentença desagradável e persistente de Sérgio Buarque de Holanda: "*A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido*" ("Raízes do Brasil", pág. 160, Edit. Companhia das Letras).

O esclarecimento nunca superficial de Hans Kelsen:

> "Não é só a exigência de legalidade na função aplicadora de Direito que pode levar, no interesse da democracia do todo, a uma restrição do princípio democrático na organização do poder administrativo e do judiciário. A exigência de uma administração eficiente caminha nesse mesmo sentido. Se uma administração ineficiente vem a pôr em risco a própria existência de um Estado democrático e se um menor grau de democratização assegura uma administração mais eficiente, o tipo menos democrático de organização administrativa pode ser escolhido, com a finalidade de manter a democracia do todo. É essa, sem dúvida, a razão pela qual, em todas as democracias modernas, o método pelo qual se nomeia o chefe do executivo é muito menos democrático do que o método pelo qual se elege o parlamento. O presidente dos Estados Unidos, eleito indiretamente pelo povo e não responsável perante o parlamento, é um órgão menos democrático que a Câmara de Deputados. A nomeação de juízes pelo chefe do executivo é certamente menos democrática que a eleição dos mesmos pelo povo, enquanto a norma de que somente advogados provectos podem ser nomeados e, sobretudo, os princípios de que um juiz tem de ser independente dos que o nomeiam ou elegem e o de que o mesmo é irremovível, são tudo menos democráticos. Não obstante, não hesitamos em considerar democrático um Estado cuja constituição estabelece que juízes independentes e irremovíveis sejam nomeados pelo chefe do executivo, pois acreditamos que, para um Estado democrático, esse tipo de administração judiciária é melhor que o outro" ("A Democracia", pág. 267, Edit. Martins Fontes, 1ª edição, 1.993).

A lembrança de Robert O. Paxton ("Anatomia do Fascismo", pág. 227/228, editora Paz e Terra, 2.007), Professor Emérito da Columbia University (USA), *para todas as gerações*:

> "Os fascistas eram mestres na manipulação da dinâmica de grupos: grupos de jovens, associações recreativas, comícios do partido. A pressão era particularmente poderosa nos pequenos grupos. Neles, a maioria patriótica controlava os não-conformistas pelo sentimento de vergonha ou da intimidação direta, obrigando-os, no mínimo, a ficar de boca fechada. Sebastian Haffner lembra-se de como o seu grupo de juízes estagiários foi enviado a um retiro, no verão de 1933, onde esses jovens altamente cultos e preparados, a maioria deles não nazistas, viram-se transformados num grupo coeso por meio de marchas, cantos, uniformes e exercícios militares. Resistir parecia não fazer sentido, e certamente não levaria a parte alguma

que não à prisão e ao fim de uma tão sonhada carreira. Por fim, com espanto, pilhou a si próprio erguendo o braço cingido por uma braçadeira com a suástica, na saudação nazista".

Na organização da carreira do Ministério Público da União, admitida, para além da *liturgia cerrada da Constituição Federal*, a iniciativa pessoal, nada impediria o Presidente da República de sujeitar o postulante à Procuradoria-Geral da República à *futilidade de um torneio qualquer*, através de *simples portaria afixada no quadro de avisos do Palácio do Planalto*, com a *degradação da "instituição"* ministerial (art. 127, "caput", da CF).

A escolha de critérios de investidura, por opção pessoal, poderia atingir os Magistrados em geral, inclusive os do *Supremo Tribunal Federal*.

Presidente e diretores do Banco Central, Oficiais-Generais e todos os membros da alta burocracia dirigente da Nação poderiam, por simples ato administrativo de positivação inferior, ser submetidos a todo tipo de recrutamento.

É inegável que, sacralizadas as bulas autocráticas, contra as opções do regime constitucional de *cada cidadão, um voto*, a Nação, com a generosa proposta *institucional* concebida, em 1.988, para o Ministério Público, ficaria, na realidade dos fatos, à mercê do *corporativismo "do ut des"*, *"serva me, servabo te"*.

Quem, portanto, subscreveu a petição inicial da ação civil pública, *não tinha capacidade postulatória*. No campo das *conseqüências*, diante da irregularidade, a doutrina transita entre a caracterização da ausência de pressuposto de existência da relação jurídica processual e da configuração da própria inexistência do ato processual.

Arruda Alvim:

"De acordo com a idéia que nos parece exata, sob o ponto de vista da teoria do processo, há três requisitos para que uma relação jurídica processual exista. Entretanto, em face do Direito positivo brasileiro, temos que considerar um quarto requisito, que é o da capacidade postulatória, da qual se tratará mais adiante. Desde logo, porém, adiantamos que capacidade postulatória, como alguns sustentam, e mesmo nós já assim pensamos, situa-se fora dos quadros dos pressupostos processuais. Aliás a nossa lei empresta à ausência de capacidade postulatória uma implicação mais profunda do que levar à extinção do processo ou à sua nulidade, pois, faltante essa modalidade de capacidade, esta circunstância implica a própria inexistência dos atos processuais (CPC, art. 37, parágrafo único; Lei do Advogado 8.906, de 04/07/1994, art. 1º, I, e art. 4º, devendo-se fazer prova do mandato - art. 5º; anteriormente, Lei 4.215, de 27/04/1963, art. 70, § 2º, e CPC de 1939, art. 110, parágrafo único). Segue-se, pois, que a problemática da capacidade postulatória coloca-se como 'prejudicial' a todos os outros problemas do processo. Estas afirmações devem ser entendidas no contexto de exceções havidas como justificáveis, para o fim de prescindir-se de advogado (*v. g.*, Lei 7.244/84, hoje revogada; Lei 9.099/95, art. 9º, 1ª frase, no patamar do primeiro grau de jurisdição)".
("Manual de Direito Processual Civil", volume 1, pág. 504, 11ª edição, Editora RT, São Paulo, 2007).

O *Plenário* do *Supremo Tribunal Federal* dirimiu a controvérsia existente na doutrina:

"MI - AgR 772/RJ.
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO.
A posse da capacidade postulatória constitui pressuposto processual subjetivo referente à parte. Sem que esta titularize o 'jus postulandi', torna-se inviável a válida constituição da própria relação processual, o que faz incidir a norma inscrita no art. 267, IV, do CPC, gerando, em conseqüência, como necessário efeito de ordem jurídica, a extinção do processo, sem resolução de mérito."

A jurisprudência do *Superior Tribunal de Justiça*:

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. RECURSO DESPROVIDO.
I - O Ministério Público tem legitimidade para impetrar mandado de segurança no âmbito de sua atuação e em defesa de suas atribuições institucionais. Hipótese inocorrente na espécie.
II - '*In casu*, não restou comprovado que tenha sido delegada atribuição ao Promotor para recorrer. Ausente tal delegação, permanece a regra geral do artigo 31 da Lei 8.625/93.' (RMS 13.029, Rel. Min. Castro Meira, DJ 18.09.2003)
III - A ausência da comprovação dos fatos alegados pelo impetrante inviabiliza o manejo do *mandamus*, já que no processo de mandado de segurança a prova dos fatos deve ser pré-constituída.
Recurso ordinário desprovido."
(RMS 19.343/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2006, DJ 14/08/2006 p. 304).

"PROCESSO CIVIL. PROMOTOR DE JUSTIÇA. LEGITIMIDADE. ART. 31 DA LEI 8.625/93.
1. Promotor de Justiça não tem capacidade postulatória para recorrer de acórdão proferido por Tribunal de Justiça.
2. *In casu*, não restou comprovado que tenha sido delegada atribuição ao Promotor para recorrer. Ausente tal delegação, permanece a regra geral do artigo 31 da Lei 8.625/93.
3. Recurso improvido."
(RMS 13.029/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2003, DJ 28/10/2003 p. 231).

"PROCESSUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO. LEGITIMIDADE.
I - A Constituição (art. 103, par. 1.) dispõe que tem competência privativa para oficiar perante o Supremo Tribunal Federal, exclusiva e unicamente, o Procurador-Geral da Republica, seja como 'custos legis' seja como parte. Perante este Superior Tribunal de Justiça atuam o Procurador-Geral ou os Subprocuradores-Gerais, com proibição de outro representante do Ministério Público. Assim, cabe ao Procurador-Geral de Justiça exercer as suas atribuições junto aos Tribunais de Justiça, podendo delegá-las aos Procuradores de Justiça. Os Promotores de Justiça carecem de capacidade postulatória junto aos Tribunais, e desse modo, para

requererem mandado de segurança perante orgão superior de jurisdição.
ii - Promotor de Justiça não tem legitimidade para recorrer de decisão proferida por Tribunal de Justiça.
iii - Precedentes."
(RMS 5.322/RS, Rel. Ministro JESUS COSTA LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 30/08/1995, DJ 25/09/1995 p. 31120).
(RMS 1.722/SP, Rel. Ministro JESUS COSTA LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/1993, DJ 07/03/1994 p. 3667, REPDJ 21/03/1994 p. 5491).

"AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR.
Os Promotores de Justiça carecem de capacidade postulatória junto aos Tribunais Superiores, não podendo, pois, requerer, diretamente, medida cautelar e ingressar com agravo regimental perante esta Corte.
Agravo Regimental não conhecido."
(AgRg na MC 110/RS, Rel. Ministro ASSIS TOLEDO, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/1994, DJ 12/12/1994 p. 34354).

Por estes fundamentos, *de ofício*, reconheço a *ausência de capacidade postulatória* no órgão de execução subscritor da *petição inicial* e declaro, por isto, a *inexistência jurídica dela*.

Como conseqüência, *julgo extinto o processo, sem a resolução do mérito*, sem embargo de novo exame da questão pelo Ministério Público Federal, agora representado por órgão de execução no modelo da Constituição Federal de 1988 e da Lei Complementar nº 75/93, *prejudicado* o agravo de instrumento.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

DIREITO PENAL

APELAÇÃO CRIMINAL
0001423-94.2000.4.03.6104
(2000.61.04.001423-0)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: OLAVO SATORU OSHIRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: ACr 22799
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/08/2011

EMENTA

PENAL. ARTIGO 291 DO CÓDIGO PENAL. PETRECHO PARA FALSIFICAÇÃO DE MOEDA. MICROCOMPUTADOR. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA.
O apelado foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 291 do Código Penal. Após a regular instrução do processo o d. magistrado "a quo" absolveu o ora apelando sob o fundamento de que o fato não constitui infração penal.
A r. sentença de primeiro grau não merece reparo.
O legislador ao definir o crime de petrechos para falsificação de moeda, previsto no artigo 291 do Código Penal, utilizou a terminologia "especialmente destinado à falsificação de moeda".
O termo "especialmente" é interpretado pelo professor Guilherme de Souza Nucci, *in Código Penal Comentado*, 10ª edição, às fls. 1048/1049 como: "(...) é o maquinismo, aparelho, instrumento ou objeto que tem por finalidade principal falsificar moeda. Pode até ser utilizado para outros fins, embora se concentre na contrafação da moeda."
O petrecho apto para configurar o delito em comento não precisa ser exclusivamente destinado à falsificação do papel moeda, mas necessariamente, tem que ter por finalidade precípua a contrafação da moeda, hipótese não configurada nos autos.
O objeto apreendido em poder do ora apelado é um microcomputador, cujo objetivo técnico não tem por escopo fundamental a falsificação de moedas. Atipicidade da conduta imputada ao apelado na exordial.
Em virtude do avanço tecnológico um computador pode ser instrumento de práticas delituosas, porém na seara do direito penal não é permitido uma interpretação extensiva da norma penal, *in malam partem*, sob pena de violação ao princípio da reserva legal.
Prejudicada a alegação de que o crime de petrecho para falsificação de moeda é classificado como delito de atentado diante do reconhecimento da atipicidade da conduta.
Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar

provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de julho de 2011.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora)*:* Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* contra a r. sentença de fls. 182/186, proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara Federal de Santos, Dr. Herbert C. P. de Bruyn Júnior, que absolveu *OLAVO SATORU OSHIRO* da prática do delito previsto no artigo 291 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Nas razões de recurso (fls. 189/193) alega, em síntese, que:

a) há nos autos provas suficientes da autoria e materialidade do delito de petrechos de falsificação de moeda, bem como da manifesta intenção do apelado de, com os objetos apreendidos em seu poder, fabricar cédulas de dólares americanos;

b) a absolvição baseada no raciocínio de que o microcomputador apreendido não constitui "objeto especialmente destinado à falsificação" é equivocada, uma vez que é perfeitamente possível admitir que, com o avanço tecnológico, o computador possa ser utilizado para a prática de crimes;

c) as condutas praticadas pelo apelado devem ser punidas com a mesma pena do delito consumado, uma vez que se trata de *crime de atentado*.

Contrarrazões acostadas às fls. 196/202.

Às fls. 204/206 foram opostos embargos de declaração pela defesa, aos quais foi negado provimento.

A Procuradoria Regional da República, por sua ilustre representante, Dra. Mônica Nicida Garcia, em seu parecer (fls. 219/226), opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): OLAVO SATORU OSHIRO foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 291 do Código Penal.

Narra a denúncia que:

> "(...) Conforme restou apurado nos autos, os investigadores de Polícia Carlos A. Costa, Alexandre A. Júnior e Carlos E. Mota, em razão de uma denúncia anônima sobre um indivíduo com características orientais que estaria falsificando dinheiro no endereço supra mencionado, procederam às investigações necessárias para elucidação dos fatos, observando, assim, na tarde do dia 13/12/99, um elemento com características orientais saindo do prédio indicado, em posse de uma sacola e demonstrando um comportamento estranho, fatos estes que os levaram a abordá-lo,

identificando-o como OLAVO SATORU OSHIRO. Inquirido pelos investigadores acerca de seu envolvimento com os fatos denunciados, o averiguado inicialmente negou qualquer participação, sendo que posteriormente acabou por confessar que estaria tentando aprimorar uma cópia 'scaneada' de uma cédula de 20 dólares americanos para ulterior confecção de matriz para impressão *off-set*. O ora denunciado, então, franqueou aos policiais a entrada em seu apartamento, indicando aos mesmos o computador e demais petrechos que estavam sendo por ele destinados à confecção de papel-moeda falso. O material foi apreendido pelos investigadores, conforme Auto de Exibição e Apreensão à fl. 05, sendo a ocorrência devidamente apresentada à Delegacia de Polícia Federal, onde a autoridade policial entendeu não se tratar caso de flagrante delito.

O material apreendido, então foi submetido a um primeiro exame pericial com o fim de definir suas características, bem como se os programas instalados no CPU UPSON, nos disquetes e nos CD's poderiam ser utilizados na confecção de cédulas falsas a apurar a autenticidade da cédula de US$ 20,00, bem como sua capacidade de iludir o homem médio em caso de falsidade (fl. 08). Assim as respostas constantes nos autos às fls. 13/18, caracterizam o material examinado como equipamentos de informática com arquivos cujos conteúdos apresentam a imagem digitalizada da cédula de U$S 20,00 e programas ('softwares') para aquisição e processamento de imagem que possuem a capacidade e estão aptos à impressão da imagem desta cédula. Esta capacidade evidencia-se ao considerarmos que foram apreendidas no apartamento do acusado diversas folhas de papel contendo impressões de partes da imagem da cédula de U$S 20,00 (fl. 24). No que tange à cédula de U$S 20.00 apreendida, o laudo pericial atestou sua autenticidade, afastando desse modo, a tipificação da conduta do denunciado no art. 289 do Código Penal.

O acusado em seu interrogatório, fls. 45 dos autos, declarou que se utilizou de uma cédula de U$S 20,00 para 'scanear' a face do Presidente dos Estados Unidos visando ampliá-la e utilizá-la como papel de parece em um computador, jamais tendo a idéia de confeccionar cédulas falsas de dólares.

Diante das afirmações do acusado e as evidências em sentido contrário, o Ministério Público Federal requereu a complementação do laudo pericial a fim de que efetivamente restasse comprovado se a impressora apreendida seria apta a imprimir em papel a imagem das moedas encontradas na memória do computador, se os papéis apreendidos poderiam ser utilizados na confecção de cédulas falsas, se a moeda de U$S 20.00 impressa parcialmente, caso finalizada, teria potencial ofensivo a ponto de enganar um homem de médio discernimento, bem como se para instalar como papel de parede em um computador a cédula de U$S 20,00 ou a imagem do Presidente dos EUA, o acusado necessitaria dos arquivos encontrados em seu microcomputador, bem como, do programa de aquisição e processamento de imagem (fls. 53/54).

Em resposta, o Laudo de Exame de Computador elaborado pelos peritos da Seção de Criminalística da Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo atestou que o equipamento apresentado à exame possui capacidade e está apto à impressão da cédula de U$S 20,00, bem como que os papéis apreendidos poderiam ser utilizados na confecção de cédulas falsas

> e que, as folhas de papel contendo impressões da cédula de U$S 20,00 se finalizadas, ou seja, com impressões das imagens de frente e verso, possuiriam atributos suficientes para confundir-se no meio circulante comum, sendo aptas a enganarem o homem de médio discernimento. Não obstante, assinala o laudo que '... para utilização de uma imagem como "papel de parede" na tela do microcomputador é necessário apenas um arquivo da imagem desejada. Sendo que para finalidade apresentada, seria preciso apenas a imagem da frente da cédula ...'
> Ante o exposto, temos que o denunciado incorreu nas penas previstas no artigo 291 do Código Penal Brasileiro (...)" (fls. 02/04).

Após a regular instrução do processo o d. magistrado "a quo" entendeu por bem absolver o ora apelando sob o fundamento de que o fato não constitui infração penal. Confira-se trecho da r. sentença:

> "(...) No entanto, apesar de patente o *animus falsandi* do agente, resta prejudicada a materialidade do delito imputado na peça inaugural, senão vejamos:
> Atribui-se ao réu possuir maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda (artigo 291 do Código Penal).
> É cediço que os computadores pessoais se prestam à execução de inúmeras tarefas e não especialmente à fabricação de cédulas falsas, como exige o tipo *in casu*.
> A lei penal, nesse caso, exige do hermeneuta uma interpretação literal do significado do vocábulo 'especialmente', sob pena de se resvalar na aplicação da analogia em desfavor do réu, inadmissível em direito penal.
> Neste sentido decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:
> 'A expressão "especialmente destinado" do art. 291 há de ser entendida no sentido estrito de destinação objetiva, peculiar a falsificação, não se concebendo ao objeto outra aplicação' (RT 167/147)."

> Ao contrário do que sustenta a acusação a r. decisão não merece reforma.
> Senão vejamos.

Como cediço, o crime de petrechos para falsificação de moeda previsto no artigo 291 do Código Penal tem a seguinte redação:

> "Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda.
> Pena - reclusão, de 2 (dois) anos e 6 (seis) anos, e multa."

Como visto, o legislador ao definir o tipo penal utilizou a terminologia: "*especialmente destinado à falsificação de moeda*".

Na lição do professor Guilherme de Souza Nucci, *in Código Penal Comentado*, 10ª edição, às fls. 1048/1049, o termo "especialmente" é interpretado como:

> "(...) é o maquinismo, aparelho, instrumento ou objeto que tem por finalidade principal falsificar moeda. Pode até ser utilizado para outros fins, embora se concentre na contrafação da moeda."

Assim sendo, o petrecho apto para configurar o delito em comento não precisa ser exclusivamente destinado à falsificação do papel moeda, mas necessariamente, tem que ter por *finalidade precípua* a contrafação da moeda, hipótese não configurada nos autos.

Com efeito foi apreendido em poder do ora apelado um microcomputador (fl. 13), cujo objetivo técnico não tem por escopo fundamental a falsificação de moedas, razão pela qual é de rigor reconhecer que a conduta imputada ao ora apelado na exordial é atípica.

Ressalto também que não desconheço que atualmente, em virtude do avanço tecnológico, um computador pode ser instrumento de práticas delituosas, porém na seara do direito penal não é permitido uma interpretação extensiva da norma penal, *in malam partem*, sob pena de violação ao princípio da reserva legal.

Neste sentido a lição do professor Fernando Capez, *in Curso de Direito Penal*, Parte Geral, volume 1, 14ª edição:

> "(...) Analogia em norma penal incriminadora: a aplicação da analogia em norma penal incriminadora fere o princípio da reserva legal, uma vez que um fato não definido em lei como crime estaria sendo considerado como tal (...) (fl. 55).
> (...) Taxatividade e vedação ao emprego da analogia: a lei penal deve ser precisa, uma vez que um fato só será considerado criminoso se houver perfeita correspondência entre ele e a norma que o descreve. A lei penal delimita uma conduta lesiva, apta a pôr em perigo um bem jurídico relevante, e prescreve-lhe uma conseqüência punitiva. Ao fazê-lo, não permite que o tratamento punitivo cominado possa ser estendido a uma conduta que se mostre aproximada ou assemelhada. É que o princípio da legalidade, ao instituir que não há crime sem lei que o defina, exigiu que a lei definisse (descrevesse) a conduta delituosa em todos os seus elementos e circunstâncias, a fim de que somente no caso de integral correspondência pudesse o agente ser punido (fl. 62)."

Por fim, registro que, diante do reconhecimento da atipicidade da conduta, fica prejudicada a alegação de que o crime de petrecho para falsificação de moeda é classificado como delito de atentado.

Destarte, mantenho a r. sentença absolutória.

Por esses fundamentos, nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL
0001866-80.2003.4.03.6123
(2003.61.23.001866-1)

Apelante: JOÃO DA COSTA SILVA (réu preso)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA SILVIA ROCHA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: ACr 16603
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2011

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 155, *CAPUT*, E ARTIGO 266, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO. CRIME IMPOSSÍVEL: NÃO CONFIGURADO. CONSUNÇÃO: NÃO EVIDENCIADA. DOSIMETRIA DA PENA. INTELECÇÃO DA SÚMULA 444 DO STJ. CONCURSO FORMAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.

1. Trata-se de apelação da defesa contra a sentença que condenou o réu à pena de dois anos e oito meses de reclusão e setenta dias-multa pela prática do artigo 155, *caput*, do Código Penal e à pena de dois anos e oito meses de detenção e quarenta dias-multa pela prática do artigo 266, *caput*, do Código Penal, em concurso formal imperfeito.

2. A materialidade do crime de furto e de interrupção de serviço telefônico e a autoria delitiva imputadas ao apelante estão demonstradas pela prova colhida em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

3. O Auto de Exibição/Apreensão enuncia a apreensão de equipamentos utilizados na subtração (um facão da marca Tramontina medindo 50 cm de lâmina e uma serra) e o objeto subtraído, aproximadamente trinta metros de cabo telefônico.

4. A negativa do apelante quanto à prática das infrações penais choca-se frontalmente com os depoimentos testemunhais dos responsáveis pelo flagrante.

5. Crime impossível: não configuração. A vigilância exercida por guardas municipais na extensão da Rodovia Benevenuto Moreto, onde estavam acontecendo frequentes episódios de furtos de cabos telefônicos, não impediu o apelante de utilizar-se de instrumentos pertinentes para a subtração e efetivamente cortar trinta metros de cabo, interrompendo o fornecimento do serviço telefônico.

6. Absorção do furto pelo crime de interrupção de serviço telefônico: descabimento. Prescindibilidade da subtração de cabos telefônicos para a consumação do artigo 266 do Código Penal. A subtração não é o meio necessário para alcançar a prática da interrupção da telefonia. A absorção do crime de furto é inviável porquanto este é mais grave que o de interrupção de serviço telefônico, seja em quantidade da pena, seja em qualidade.

7. Dosimetria da pena. Pena-base: nova orientação trazida na Súmula 444 do STJ, de que apenas condenações judiciais definitivas podem ser consideradas desfavoravelmente ao réu, para o fim de exasperar a pena, com base no artigo 59 do Código Penal.

8. Dos registros criminais constantes dos autos, somente há condenação definitiva

por uso de entorpecentes, com integral cumprimento da pena em 06.08.1997, a ser considerada maus antecedentes. Quanto aos motivos do crime, às circunstâncias e consequências, nada de anormal a ensejar a majoração da pena. Aumento de seis meses e dez dias-multa na pena-base.

9. Concurso formal perfeito caracterizado. O apelante subtraiu aproximadamente trinta metros de cabo telefônico, de modo que a quantidade de cabo subtraído é razoável, a evidenciar, ao menos, o dolo eventual para o crime do artigo 266, *caput*, do Código Penal. Não é difícil cogitar, para qualquer pessoa, que o corte de cabo em pleno funcionamento seja capaz de interromper os serviços. Dolo direto quanto ao furto e dolo eventual quanto à interrupção da telefonia.

10. Regime de cumprimento da pena. A pena detentiva somente pode ser descontada em regime semi-aberto ou aberto, conforme artigo 33, *caput*, do Código Penal, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

11. O réu é reincidente e ostenta maus antecedentes, o que afasta de plano a possibilidade do regime aberto.

12. A posição majoritária na doutrina e jurisprudência é de que incabível a aplicação de regime fechado a réu reincidente e que tenha desfavorabilidade nas circunstâncias do artigo 59, se condenado a pena de detenção.

13. Apelação parcialmente provida para reduzir a pena, estabelecendo-a em 2 anos e 4 meses de detenção, em regime inicial semi-aberto, e 35 dias-multa, no valor unitário mínimo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas,

ACORDAM os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, *dar parcial provimento* à apelação para reduzir a pena, estabelecendo-a em 2 anos e 4 meses de detenção, em regime inicial semi-aberto, e 35 dias-multa, no valor unitário mínimo, nos termos do voto da Relatora e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte deste julgado.

São Paulo, 28 de junho de 2011.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA (Relatora):

O Ministério Público Federal, em 04 de novembro de 2003, denunciou JOÃO COSTA DA SILVA como incurso no artigo 155, *caput* e artigo 266, *caput*, na forma do artigo 70, todos do Código Penal.

Narra a inicial que em 30 de setembro de 2003, na Rodovia Benevenuto Moreto, Km 2,5, em Bragança Paulista/SP, o denunciado subtraiu, para si ou para outrem, trinta metros de cabos telefônicos pertencentes à Telefônica S/A, empresa concessionária de serviço público federal de telecomunicações, ocasionando a interrupção do serviço na região.

A denúncia foi recebida em 05.11.2003 (fls. 53).

Após regular instrução, sobreveio sentença (fls. 200/210) condenando João Costa

da Silva à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 70 (setenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime tipificado no artigo 155, *caput*, na forma tentada, e à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção e ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime tipificado no artigo 266, *caput*, do Código Penal, com a aplicação do artigo 70, 2ª parte, do Código Penal. O regime inicial de cumprimento da pena estipulado foi o fechado, com a negativa de apelar em liberdade.

Apela o acusado (fls. 220 e 227/231) pretendendo decreto absolutório das imputações; subsidiariamente, o reconhecimento da absorção do crime de furto pelo crime do artigo 266 do Código Penal, a redução das penas e modicação de regime para o aberto. Sustenta estar caracterizado crime impossível diante do monitoramento e vigilância do local do fato, a impedir a consumação do delito. Alega a ausência de demonstração da interrupção do serviço público de telefonia e do dolo do apelante, consistente em saber que a conduta está causando a interrupção do serviço. Aduz que a tentativa de furto foi o meio para atingir o cometimento da interrupção do serviço telefônico.

Contrarrazões ministeriais às fls. 236/241.

Parecer ministerial pelo desprovimento da apelação (fls. 243/244).

É o relatório.

À revisão.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA (Relatora):

DO CRIME DO ARTIGO 155, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL

1. Da materialidade e da autoria: a materialidade e a autoria delitiva imputadas ao apelante estão demonstradas pela prova colhida em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

O Auto de Exibição/Apreensão de fls. 11 enuncia a apreensão de equipamentos utilizados na subtração (um facão da marca Tramontina medindo 50 cm de lâmina e uma serra) e o objeto subtraído, aproximadamente trinta metros de cabo telefônico.

A negativa do apelante quanto à prática da infração penal, com a declaração de que foi vítima de "armação" (fls. 74), choca-se frontalmente com os depoimentos testemunhais.

Com efeito, as testemunhas Edson Luis Garcia e Mauro Demétrio Gonzalez - guardas municipais - estavam de prontidão na Rodovia Benevenuto Moreto no dia do fato, em virtude de uma série de ocorrências anteriores de furtos de cabos telefônicos na localidade, o que se repetia com frequência, quando presenciaram o recorrente cortar o cabo telefônico, tendo ele sido surpreendido com os instrumentos utilizados, facão e serra. Além disso, Mauro reconheceu João da Costa Silva em audiência. Confira-se os excertos:

> "Afirma o depoente que já estavam há várias noites de campana na rodovia Benevuto Moreto, porque estavam ocorrendo furtos de cabos telefônicos. Que na madrugada do furto o telefone do seu colega tocou e este foi informado pela COP

que o serviço de telecomunicações foi interrompido. Que até o momento da ligação os guardas municipais não tinham visto o acusado, que passado alguns momentos avistaram o acusado cortando o cabo telefônico. Que o acusado chegou a subir em dois postes e que no segundo ao acabar de cortar o fio foi lhe dado a voz de prisão. Que o acusado apesar de ter sido preso em flagrante negou a ação, mas no instante da negativa foi surpreendido com arco de serra e facão, e que estes instrumentos estavam sendo usados na ocorrência." - Edson Luis Garcia (fls. 108)

"Afirma o depoente que era um dos guardas que se encontravam em campana no dia do furto. (...) Que se encontravam escondidos com roupas escuras no mato na berrada da pista, e que estava há 4 ou 5 metros dos postes. Que fez um barulho no mato e uma pessoa que foi identificada como homem olhou para o poste e retornou para o mato. Que depois de quarenta minutos a pessoa foi até o poste e subiu neste. Quando da subida desta pessoa os guardas escutavam um determinado barulho como se fosse de uma catraca. Que a pessoa era o acusado aqui pesente, que este ao chegar ao topo do poste começou a serrar os cabos. Que o acusado subiu no outro poste e que após este fato ouviu o barulho da caída dos cabos na pista. Que o acusado se encontrava no topo do segundo poste quando lhe foi dado voz de prisão." - Mauro Demétrio Gonzales (fls. 110/111)

Portanto, a prova é segura, apta e harmoniosa para dar amparo ao decreto condenatório de João pelo cometimento de furto tentado.

2. Da alegação de crime impossível: a alegação da defesa não prospera.

A vigilância exercida por guardas municipais na extensão da Rodovia Benevenuto Moreto, onde estavam acontecendo frequentes episódios de furtos de cabos telefônicos, não impediu o apelante de utilizar-se de instrumentos pertinentes para a subtração e efetivamente cortar trinta metros de cabo.

Observo que os guardas municipais não instigaram João à prática delitiva, mas tão somente fizeram plantão para encontrar o autor do furto, tendo em vista a ligação recebida de funcionário da empresa COP, responsável pelo monitoramento das linhas telefônicas, noticiando a interrupção do serviço naquele horário.

João obteve êxito em utilizar os instrumentos necessários para cortar os fios. Contudo, não permaneceu na posse destes, dado que foi preso em flagrante, a caracterizar a tentativa perfeita.

Assim, não caracterizado crime impossível, como disposto no artigo 17 do Código Penal.

3. Da pena: pretende a defesa a diminuição da pena

Na primeira fase da dosimetria a juíza *a quo* fixou a pena-base em 3 anos e 3 meses de reclusão e 90 dias-multa, sob o fundamento de que "(...) trata-se de acusado condenado em vários crimes, e com vários processos em curso e também aos motivos que o levaram a delinqüir, as circunstâncias do crime e suas conseqüências".

De acordo com a nova orientação trazida na Súmula 444 do STJ apenas condenações judiciais definitivas podem ser consideradas desfavoravelmente ao réu, para o fim de exasperar a pena, com base no artigo 59 do Código Penal.

Dos registros criminais constantes às fls. 18/26, 66, 78/86, 123/124, 159/171 e 175/719, somente o de fls. 124 (condenação definitiva por uso de entorpecentes, com

integral cumprimento da pena em 06.08.1997 - passados mais de cinco anos até o cometimento do delito discutido neste feito, sem gerar efeito de reincidência) pode ser considerado maus antecedentes. Os demais registros referem-se à transação penal da Lei dos Juizados, autos arquivados e processos em andamento.

Quanto aos motivos do crime, às circunstâncias e consequências, nada de anormal verifico, a ensejar a majoração da pena - o objetivo de lucrar com a venda dos fios subtraídos é ordinário ao tipo e a consequência nefasta da interrupção do serviço telefônico constitui nova infração penal não podendo ser valorada para o furto.

Assim, a pena-base comporta aumento além do mínimo em seis meses e dez dias-multa pela existência de condenação judicial definitiva, para resultar 1 ano e 6 meses de reclusão e 20 dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria da pena incide a agravante da reincidência (reconhecida na sentença), considerada a condenação judicial definitiva em 16.10.1998 por tráfico de drogas (fls. 160), a permitir a majoração da pena em seis meses e dez dias-multa, resultando 2 anos de reclusão e 30 dias-multa.

Ausentes atenuantes.

Na terceira etapa aplico a causa de diminuição da tentativa em 1/3 (como reconhecido na sentença), corrigindo-se neste tópico a sentença que considerou esta causa de diminuição em etapa anterior à agravante acima referida.

Ausentes causas de aumento.

Nesse toar, a pena resulta definitiva em *1 ano e 4 meses de reclusão e 20 dias-multa*.

O valor do dia-multa permanece em 1/30 do salário-mínimo, levando-se em conta a situação econômica do apelante.

DO CRIME DO ARTIGO 266, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL

1. Da materialidade e da autoria: a materialidade e a autoria delitiva imputadas ao apelante estão demonstradas pela prova colhida em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

O artigo 266 do Código Penal preceitua:

> "Art. 266. Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento:
> Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa."

O Auto de Exibição/Apreensão de fls. 11 enuncia a apreensão de aproximadamente trinta metros de cabo telefônico.

A negativa do apelante em interrogatório judicial perde força em confronto com os relatos testemunhais, de que houve a interrupção do serviço telefônico na região da Rodovia Benevenuto Moreto, pouco antes da prisão em flagrante do apelante nesta localidade.

Aliás, foi a testemunha Marcelo Morford, supervisor técnico funcionário da COP, que informou aos guardas municipais de prontidão na rodovia que houve a interrupção do serviço, possibilitando a estes encontrar o apelante de posse do facão, serra e cabo subtraído. Veja-se da narrativa dos depoimentos:

> "Afirma o depoente que é funcionário da COP, e que realiza monitoramento das linhas telefônicas de residência, escolas e chácaras da rodovia Benevute Moreto. Que trabalha das 19:00 às 07:00 horas da manhã. Que foi o depoente que informou à Guarda Municipal de Bragança Paulista - SP através de celular, que houve a interrupção do serviço telefônico. (...) Que esteve na Delegacia de Polícia para informar dos cortes que houveram nas casas da rodovia e que lá na Delegacia de Policia verificou que o acusado estava com os cabos, serrote e o facão." - Marcelo Morford (fls. 112)

> "Afirma o depoente que já estavam há várias noites de campana na rodovia Benevuto Moreto, porque estavam ocorrendo furtos de cabos telefônicos. Que na madrugada do furto o telefone do seu colega tocou e este foi informado pela COP que o serviço de telecomunicações foi interrompido. Que até o momento da ligação os guardas municipais não tinham visto o acusado, que passado alguns momentos avistaram o acusado cortando o cabo telefônico." - Edson Luis Garcia (fls. 108).

O dolo, conhecimento de que a conduta é capaz de causar a interrupção do serviço, é tirado da própria situação fática delineada.

Do exame da prova coligida aos autos, tem-se que o apelante subtraiu aproximadamente trinta metros de cabo telefônico. Em outras palavras, a quantidade de cabo subtraído é razoável, a evidenciar, ao menos, o dolo eventual.

De outro vértice, não é difícil cogitar, para qualquer pessoa, que o corte de cabo em pleno funcionamento seja capaz de interromper os serviços.

A testemunha Mauro Demétrio Gonzalez declarou que momento do flagrante o réu disse estar subtraindo os fios com o intuito de sustentar sua família, possivelmente com a venda do bem (fls. 110/111).

O testemunho reforça a idéia do dolo direto quanto ao furto e do dolo eventual quanto à interrupção da telefonia, considerando-se também que, embora o desconhecimento da lei não seja objeção válida para impedir sua aplicação, o crime de furto é, sem dúvida, de ciência notória de todos, ao passo que o crime do artigo 266 é tão específico e até raro de ser levado aos tribunais.

Portanto, da análise fática-probatória, entendo presente o dolo eventual do crime do artigo 266, *caput*, do Código Penal.

2. Da alegação de crime impossível: descabida a alegação, porquanto a prova dos autos é de que houve a efetiva interrupção dos serviços telefônicos, a consumar o delito do artigo 266 do Código Penal, como analisado no item 1.

3. Da alegação de absorção do crime de furto pelo crime de interrupção de serviço telefônico: sem razão a defesa.

Os crimes de furto e interrupção de serviço telefônico possuem objetividade jurídica diversa. O primeiro está disposto no Código Penal no Título II - Dos Crimes Contra o Patrimônio e o segundo, no Título VIII - Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública.

A capitulação da subtração de coisa alheia móvel como crime visa proteger o patrimônio, ao passo que o crime do artigo 266 visa proteger a segurança dos meios de comunicação.

Frise-se a prescindibilidade da subtração de cabos telefônicos para a consumação

do artigo 266 do Código Penal, ou seja, este delito pode ser cometido de outras maneiras. Portanto, a subtração não é o meio necessário para alcançar a prática da interrupção da telefonia, a afastar a idéia de consunção.

Além disso, a absorção do crime de furto é inviável, porquanto este é mais grave que o de interrupção de serviço telefônico, seja em quantidade da pena, seja em qualidade (aquele punido com reclusão, este, com detenção). A absorção é sempre do crime menos grave (artigo 266 do Código Penal).

4. Da pena: pretende a defesa a diminuição da pena

Na primeira fase da dosimetria a juíza *a quo* fixou a pena-base em 2 anos e 2 meses de detenção e 30 dias-multa, sob o fundamento de que "(...) - trata-se de acusado condenado em vários crimes, e com vários processos em curso - e também aos motivos que o levaram a delinqüir, as circunstâncias do crime e suas conseqüências".

De acordo com a nova orientação trazida na Súmula 444 do STJ apenas condenações judiciais definitivas pode sem consideradas desfavoravelmente ao réu, para o fim de exasperar a pena, com base no artigo 59 do Código Penal.

Dos registros criminais constantes às fls. 18/26, 66, 78/86, 123/124, 159/171 e 175/719, somente o de fls. 124 (condenação definitiva por uso de entorpecentes, com integral cumprimento da pena em 06.08.1997 - passados mais de cinco anos até o cometimento do delito discutido neste feito, sem gerar efeito de reincidência) pode ser considerado maus antecedentes. Os demais registros referem-se à transação penal da Lei dos Juizados, autos arquivados e processos em andamento.

Quanto aos motivos do crime, às circunstâncias e consequências, nada de anormal verifico, a ensejar a majoração da pena.

Assim, a pena-base comporta aumento além do mínimo em seis meses e dez dias-multa pela existência de condenação judicial definitiva, para resultar 1 ano e 6 meses de detenção e 20 dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria da pena incide a agravante da reincidência (reconhecida na sentença), considerada a condenação judicial definitiva em 16.10.1998 por tráfico de drogas (fls. 160), a permitir a majoração da pena em seis meses e dez dias-multa, resultando 2 anos de detenção e 30 dias-multa.

Ausentes atenuantes, causas de diminuição e aumento, resulta definitiva em *2 anos de detenção e 30 dias-multa*.

O valor do dia-multa permanece em 1/30 do salário-mínimo, levando-se em conta a situação econômica do apelante.

DO CONCURSO FORMAL

Observo da sentença que, a despeito de o Ministério Público Federal ter denunciado o réu como incurso na regra do concurso formal perfeito, restou aplicado o concurso formal imperfeito, determinando-se a soma das penas dos crimes.

Observo também que o apelante requer a redução da pena.

Em apreciação à apelação e ao contexto fático-probatório, verifico que é caso de concurso formal perfeito.

Peço vênia para fazer menção aos fundamentos expostos no tópico 1, quando tratei do dolo eventual, que entendi configurado para a prática do ilícito de interrrupção do serviço telefônico.

Nessa linha de raciocínio, entendo que a hipótese dos autos é de concurso formal perfeito, amparada na lição do Professor Guilherme de Souza Nucci, em comentário ao artigo 70 do Código Penal, *in Código Penal Comentado*, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais:

> (...) Assim, em síntese, no concurso formal, pode-se sustentar: a) havendo dolo quanto ao crime desejado e culpa quanto ao(s) outro(s) resultado(s) da mesma ação, trata-se de concurso formal perfeito; b) *havendo dolo quanto ao delito desejado e dolo eventual no tocante ao(s) outro(s) resultado(s) da mesma ação, há concurso formal perfeito*; c) havendo dolo quanto ao delito desejado e também em relação aos efeitos colaterais, deve haver concurso formal imperfeito. (grifos acrescidos)

Logo, estando demonstrado nos autos o dolo direto quanto ao furto e o dolo eventual quanto à interrupção do serviço telefônico, é de se aplicar ao caso concreto a regra do artigo 70, primeira parte, do Código Penal.

Nessa linha, à pena do crime mais grave - 2 anos de detenção e 30 dias-multa - acresço de 1/6 (um sexto), resultando definitiva 2 anos e 4 meses de detenção e 35 dias-multa.

DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA: pretende a defesa a alteração do regime de cumprimento da pena para o aberto.

A pena *detentiva* fixada no voto somente pode ser descontada em regime semi-aberto ou aberto, conforme artigo 33, *caput*, do Código Penal, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

Como analisado acima, o réu é reincidente e ostenta maus antecedentes, o que afasta de plano a possibilidade do regime aberto.

Por outro lado, a posição majoritária na doutrina e jurisprudência é de que incabível a aplicação de regime fechado a réu reincidente e que tenha desfavorabilidade nas circunstâncias do artigo 59, se condenado a pena de detenção.

Nesse sentido são os ensinamentos do Professor Guilherme de Souza Nucci, *in Código Penal Comentado*, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, em análise do artigo 33 do Código Penal. Confira-se:

> "*10. Aplicação do regime fechado à pena de detenção*: há polêmica se é possível aplicar, inicialmente, o regime fechado a crimes apenados com detenção, formando-se duas correntes: a) é possível aplicar o regime fechado, quando o réu for reincidente e outras circunstâncias do art. 59 forem desfavoráveis. O § 2º, letras *b* e *c*, do art. 33 do CP deve prevalecer sobre o *caput* (assim a posição de Jair Leonardo Lopes); b) somente é possível aplicar o regime semi-aberto, mesmo que o réu seja reincidente. O *caput* do art. 33 prevalece sobre o § 2º (é a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência: 'O regime inicial para a execução da sanção de infração apenada com detenção é o aberto ou, então, o semi-aberto, ressalvada, *v. g.*, a regressão. O fechado está reservado a delitos apenados com reclusão. Sendo a ré reincidente, o regime inicial é o semi-aberto' - STJ, HC 9.089-SP, rel. Felix Fischer. 5ª T.; 20.04.1999, v. u., DJ 07.06.1999, P. 111)"

Dessa forma, estabeleço o regime inicial *semi-aberto*.

DA CONCLUSÃO: Por estas razões, *dou parcial provimento* à apelação para reduzir a pena, estabelecendo-a em 2 anos e 4 meses de detenção, em regime inicial semi-aberto, e 35 dias-multa, no valor unitário mínimo.

É como voto.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

INQUÉRITO POLICIAL
0007818-73.2008.4.03.6120
(2008.61.20.007818-5)

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Indiciados: JOSÉ PINOTTI FILHO E ADAUTO APARECIDO SCARDOELLI
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Relatora designada para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Classe do Processo: IP 921
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/08/2011

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADES DE TELECOMUNICAÇÃO. ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/97. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS. INDÍCIOS DE AUTORIA. PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

- A imputação formulada pela Procuradoria Regional da República, em exposição inequívoca da conduta criminosa, com a descrição de fatos que amparam a atividade persecutória, consiste na ocorrência de retransmissão de sinal televisivo no Município de Matão/SP sem a devida autorização do Poder Público.

- A existência de prova suficiente da materialidade da prática delitiva, demonstrada principalmente a partir do "Parecer Técnico" e do "Laudo de exame de equipamento eletroeletrônico (difusão de som e de imagem)", elaborados, respectivamente, pela Agência Nacional de Telecomunicações e pelo Departamento de Polícia Federal, além de razoáveis indícios de autoria, a partir dos elementos colhidos acerca da atuação dos agentes envolvidos, responsáveis diretos pela instalação de equipamento de retransmissão clandestino, implica no reconhecimento da verossimilhança do exercício acusatório.

- Denúncia integralmente recebida, com a instauração de processo penal contra Adauto Aparecido Scardoelli e José Pinotti Filho.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, receber a denúncia, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, com quem votaram os Desembargadores Federais Marisa Santos (convocada para compor quórum), Vera Jucovsky (convocada para compor quórum), Luiz Stefanini (convocado para compor quórum), Vesna Kolmar (convocada para compor quórum), Lucia Ursaia (convocada para compor quórum), Márcio Moraes, Diva Malerbi, Ramza Tartuce e André Nabarrete (Presidente em exercício), vencidos os Desembargadores Federais Fábio Prieto (Relator), Alda Basto, Carlos Muta, Nelton dos Santos (convocado para compor quórum) e Baptista Pereira, que rejeitavam a denúncia.

São Paulo, 27 de julho de 2011.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora designada para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Relator): Trata-se de juízo de admissibilidade de denúncia.

A Procuradoria Regional da República denunciou Prefeito e técnico em eletrônica, porque, em 31 de janeiro de 2.008, no Município de Matão (SP), contribuíram para o desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicações, pois constatada a retransmissão de sinal de televisão, sem a devida autorização legal.

Notificados, os denunciados apresentaram respostas.

Alegaram:

a. a *nulidade dos atos de investigação*, porque, a partir da aparente relação do Prefeito com os fatos, a providência deveria ter sido conduzida neste Tribunal, não junto ao digno Juízo de 1º grau (fls. 126/130 e 161);

b. *a insignificância* das condutas (fls. 139);

c. a falta de justa causa (fls. 161);

d. a *desclassificação* da conduta do artigo 183, da Lei Federal nº 9.472/97, para o artigo 70, da Lei Federal nº 4.117/62, e, como conseqüência, a *possibilidade do oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo* (fls. 134 e 169).

O Prefeito ainda aduziu que, embora tenha contratado o objeto social da empreitada - otimizar o espectro de irradiação do sinal de telecomunicação -, não tinha consciência que o técnico em eletrônica executaria o serviço fora da baliza legal (fls. 161).

O técnico em eletrônica disse ter agido em estrita obediência a ordem de superior hierárquico, o Prefeito (fls. 133).

Ouvida, a Procuradoria Regional da República ratificou a denúncia.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Relator): É desnecessário o exame da questão alusiva à suposta nulidade dos atos de investigação.

É que "*nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*" (artigo 563, do Código de Processo Penal).

Ou seja, na hipótese de ocorrência de nulidade, seria necessário, ainda, o *concomitante* prejuízo à defesa.

Qualquer que seja a convicção a respeito do primeiro requisito legal, é certo que, quanto ao outro, a defesa, antes de ser prejudicada, foi, isto sim, beneficiada com a apuração dos fatos.

De há muito, o Poder Judiciário e o Ministério Público Federal têm resguardado a instância judiciária repressiva, para as condutas dotadas com um *mínimo de ofensividade*.

Em caso similar, *na década de 90*, a *2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal* reconheceu a "ausência de ilícito penal no ato de se transmitir, em rádio de ondas-curtas e de pouco alcance, programas de conotação cultural" e, por isto, chancelou o arquivamento do inquérito policial correlato.

A Câmara Criminal citada declarou insignificante a conduta que tinha, por objeto, a transmissão cuja irradiação não atingira 50 quilômetros - "*sequer 50 Km*" (proc. PGR nº 5460/94-25).

No *Supremo Tribunal Federal*, em data recente, considerou-se regular a aplicação do princípio da insignificância a suposto delito de telecomunicações. Confira-se:

> "EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. RÁDIO COMUNITÁRIA. OPERAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. IMPUTAÇÃO AOS PACIENTES DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 183 DA LEI 9.472/1997. BEM JURÍDICO TUTELADO. LESÃO. INEXPRESSIVIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CRITÉRIOS OBJETIVOS. EXCEPCIONALIDADE. PRESENÇA. APURAÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I - Consta dos autos que o serviço de radiodifusão utilizado pela emissora é considerado de baixa potência, não tendo, deste modo, capacidade de causar interferência relevante nos demais meios de comunicação. II - Rádio comunitária localizada em pequeno município do interior gaúcho, distante de outras emissoras de rádio e televisão, bem como de aeroportos, o que demonstra que o bem jurídico tutelado pela norma - segurança dos meios de telecomunicações - permaneceu incólume. III - A aplicação do princípio da insignificância deve observar alguns vetores objetivos: (i) conduta minimamente ofensiva do agente; (ii) ausência de risco social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (IV) inexpressividade da lesão jurídica. IV - Critérios que se fazem presentes, excepcionalmente, na espécie, levando ao reconhecimento do denominado crime de bagatela. V - Ordem concedida, sem prejuízo da possível apuração dos fatos atribuídos aos pacientes na esfera administrativa." (HC 104530, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 28/09/2010).

Do nosso Regional, destaco:

> "Segunda Turma.
> Relator: Desembargador Federal Cotrim Guimarães.
> Proc. 2006.61.19.002043-2.
> PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIME CONTRA AS TELECOMUNICAÇÕES. ART. 183 DA LEI 9.472/97. RÁDIO AMADOR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. EQUIPAMENTO DE BAIXA POTÊNCIA. FALTA DE POTENCIALIDADE LESIVA. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.
> 1 - Tem-se que o apelante foi condenado à pena de 2 (dois) anos de detenção, sendo o prazo prescricional de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V do Código Penal. Considerando a data dos fatos (23/08/2005), a do recebimento da denúncia (23/03/2007), bem como a data da sentença (31/07/2008), verifica-se que não decorreram mais de 4 (quatro) anos entre os períodos analisados, razão pela qual fica afastada a preliminar argüida;
> 2 - Conforme laudo de fls. 35/37, o transceptor operava com níveis de potência de 6 (seis) *watts*, o que é considerado baixo. O réu, por sua vez, afirmou que, apesar de a perícia ter determinado a potência de 6 (seis) *watts*, na verdade não passava de 4 (quatro) *watts*, razão pela qual não podia utilizar o aparelho para trabalhar;
> 3 - O laudo técnico não conclui que o aparelho em questão tenha causado algum

prejuízo. Ou seja, qualquer dano que porventura tenha ocorrido é mínimo. Assim, considerando as peculiaridades do caso, o fato de se tratar de rádio amadorismo, e não de rádio clandestina, bem como que não ficou provado dano real, ou risco potencial de dano ao Sistema Brasileiro de Telecomunicações, entendo ser aplicável o princípio da insignificância, sendo a absolvição medida que se impõe;
4 - Apelação provida."

No caso concreto, a aplicação do princípio da insignificância está plenamente justificada.

Desde *1.980 (fls. 24)*, o Município de Matão é permissionário do serviço de retransmissão do sinal de concessionária de radiodifusão de sons e imagens.

Problemas de topografia e de insuficiência de equipamentos causavam *falhas* na retransmissão do sinal, de modo que parte da população era afetada pelas chamadas "*zonas de sombra*" (fls. 37).

Foi instalada, então, em cima de uma caixa d'água, em um ponto elevado da Cidade, outra antena, com o objetivo de garantir a difusão linear do sinal.

Desde logo, é possível concluir que a retransmissão do sinal era, *há décadas*, *autorizada*. Mas a tarefa era executada com falhas.

O que se fez foi otimizar a retransmissão do sinal. Havia, portanto, *desenvolvimento jurídico regular* de atividades de telecomunicação, embora as adversidades topográficas ou do equipamento demandassem alguma modificação.

É exato que a Municipalidade não enfrentou, como deveria, a regularização administrativa relacionada à otimização do projeto.

O simples aperfeiçoamento do equipamento de retransmissão do sinal, cuja permissão vem da década de 80, não configura, em toda a sua materialidade, o tipo penal.

É neste limiar - a otimização de um serviço já autorizado pela autoridade competente - que o princípio da insignificância evidencia toda a sua carga de *racionalidade hermenêutica*.

Por estes fundamentos, *rejeito a denúncia*.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Cuida-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, em 30 de março de 2010, contra Adauto Aparecido Scardoelli, Prefeito de Matão/SP, e José Pinotti Filho, técnico em eletrônica, como incursos nas penas do artigo 183 da Lei nº 9.472/97, c. c. artigo 29 do Código Penal.

Licença devida ao eminente Relator e aos demais que o acompanharam, neste momento de análise da viabilidade da peça acusatória, a avaliação de algumas questões não deve ser feita, já que serão melhor analisadas após o processamento da ação penal propriamente dita, entre elas a *insignificância das condutas*, que demanda cognição aprofundada do conjunto probatório, e também a *desclassificação para o artigo 70 da Lei 4.117/62*, em que o adequado enquadramento penal poderá ser feito *a posteriori*, até mesmo por ocasião do julgamento definitivo, dando-se diversa definição jurídica aos fatos, se o caso, como assentado no artigo 383 do Código de Processo Penal - e a possibilidade do oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo restou infirmada pelo

próprio membro do *Parquet* oficiante nos autos, não se cogitando, portanto, dos favores da Lei 9.099/95 (fl. 95).

A alegada *nulidade dos atos de investigação*, a seu turno, comum a ambas as respostas, carece de qualquer razão.

Primeiro, porque inexistente prejuízo à defesa em razão da investigação ter se desenvolvido perante o primeiro grau, tal como consta do próprio voto do Relator, impossível ignorar, outrossim, que ainda que se estivesse com o acompanhamento direto de Procurador Regional da República e diante da supervisão de Relator, os elementos amealhados nessa fase - fundamentalmente, a prova técnica produzida pela ANATEL e pela própria Polícia Federal, a partir da interrupção do serviço; os documentos fornecidos pelo Ministério das Comunicações, referentes às autorizações concedidas à Administração de Matão/SP para retransmitir sinais de televisão; e os termos de declarações prestadas pelos denunciados, ocasião em que apresentadas por José Pinotti Filho cópias "do contrato de prestação de serviços para manutenção do serviço de retransmissão de televisão" e "defesa apresentada pela Prefeitura Municipal de Matão contra o Auto de Infração lavrado pela ANATEL" (fl. 37) - teriam sido colhidos sob idênticas circunstâncias, inclusive a realização das oitivas, sempre a cargo da autoridade policial, em se tratando de apuratório preliminar contra prefeito municipal, em que, diferentemente das hipóteses nas quais envolvidos membros da Magistratura e do Ministério Público, que só podem ser investigados criminalmente pela respectiva instituição (LOMAN, artigo 33, parágrafo único; Lei Complementar 75/93, artigo 18, parágrafo único), inexiste disposição expressa em igual sentido, restando, unicamente, os ditames da Lei 8.038/90, que nem sequer trata da etapa pré-processual.

No mais, encontrando-se a denúncia formalmente perfeita, eventuais vícios ocorridos no inquérito não têm o condão de macular a integridade da ação penal, ainda mais quando ausente qualquer influência no resultado do apuratório, que teria, remarque-se, atingido idênticos resultados caso tomada em consideração, desde o início, a condição, somente agora invocada pelo acusado - silente todo o tempo a esse respeito, inclusive por ocasião do depoimento prestado em sede policial, na companhia de advogado -, de detentor de prerrogativa de foro, não se desconhecendo consagrado entendimento jurisprudencial no sentido de que "a requisição de inquérito policial, por promotor de justiça, para apurar infração penal irrogada a Prefeito Municipal, não interfere com a prerrogativa de foro de que ele goza por preceptivo constitucional. *A instauração da ação penal é que somente deverá ser formulada por órgão ministerial com atribuição junto ao Tribunal de Justiça Estadual ou ao Tribunal Regional Federal, conforme o caso, que o julgará (CF art. 29, inc. X)*" (STJ, RHC 8.038/MT, 5ª Turma, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 18.12.1998).

Por fim, a *falta de justa causa*, fundada na ausência de responsabilidade do Prefeito Municipal pela prática de atos típicos, não avança justamente por se vislumbrar, na exordial acusatória, descrição de fatos imputados aos denunciados a ensejar a configuração do modelo penal em epígrafe, cujo preceito primário incriminador funda-se em "Desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação".

Tratando-se de delito formal, que independe de resultado naturalístico, restando suficiente à consumação o perigo de dano abstratamente considerado, pouco importando seja efetivo ou potencial o prejuízo decorrente da conduta - na verdade, o dano ocorre de maneira difusa, atingindo o uso sistematizado e racional do espaço eletromagnético nacional -, à

caracterização do crime, pois, exige-se, de forma expressa e inequívoca, que se desenvolva atividade de telecomunicação de forma clandestina, às ocultas, sem o aval do Estado, ou, mais precisamente, "sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofreqüência e de exploração de satélite", como conceituado no parágrafo único do artigo 184 da lei em comento, em afinada sintonia com os dispositivos constitucionais relacionados ao assunto, o artigo 21, inciso XII, "a" - "Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens" -, e o *caput* do artigo 223 - "Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal" - da Constituição Federal.

Nesse sentido, com a vênia dos que pensam em contrário, a *tipicidade* encontra-se inequivocamente delineada a partir da constatação de que, se a municipalidade possuía licença para operar em uma determinada freqüência de UHF, num certo canal e com equipamento e antena especificados, elementos todos esses que acabam interferindo no padrão do sinal televisivo - por isso mesmo a autorização é dada especificamente com relação àquele equipamento, àquela abrangência, àquela frequência e tudo o mais -, a pretensão de modificar essa transmissão demandaria, obrigatoriamente, a obtenção de nova autorização, submetendo-se o projeto previamente à Agência Nacional de Telecomunicações, circunstância, de resto, ignorada, já que não solicitada tal permissão, optando-se, simplesmente, como consta da denúncia, pela "instalação de equipamento de retransmissão de sinal de televisão à margem do parâmetro legal (sem outorga de autorização pelo órgão competente)", a revelar o caráter de clandestinidade e configurar, ao menos em tese, o ilícito penal, ausente o devido controle no desenvolvimento de atividades de telecomunicação.

Quanto ao mais, longe de pretender sugestionar o mérito da questão, há elementos bastantes neste momento à confirmação da existência de indícios da prática do delito imputado.

A *materialidade* encontra-se suficientemente demonstrada, sobretudo, em decorrência das análises periciais dos equipamentos utilizados para obtenção de abrangência maior do sinal.

Embora a ANATEL, ao ensejo dos esclarecimentos encaminhados com o "Parecer Técnico correspondente ao Termo de Interrupção" (fls. 29/30), tenha mencionado, segundo apontado até mesmo pela defesa, que "devido a falhas no equipamento de medição de potência durante a realização da fiscalização, não foi possível a aferição da mesma para o transmissor interrompido", inviabilizando, portanto, estimar-se a cobertura detalhadamente, é certo que "as transmissões ora interrompidas abrangiam todo o município de Matão/SP, podendo atingir até mesmo a zona rural daquele município ou mesmo cidades circunvizinhas", ressaltando-se, outrossim, que "o principal potencial lesivo pertinente à instalação de estação retransmissora de televisão sem a devida outorga é o fato da inexistência de projeto técnico previamente aprovado pelo Ministério das Comunicações, *podendo ocasionar interferências prejudiciais em canais devidamente autorizados e, até mesmo, interferências em outros serviços de telecomunicação*".

O "Parecer Técnico" propriamente dito (fls. 31/32), em sua "Fundamentação Técnica", descreve o transmissor utilizado - "fabricação LINEAR, modelo G2D/C, certificação nº 20892/352, operava nas freqüências de vídeo 77,25MHz e áudio 81,75MHz, não sendo possível verificar a potência de operação", a corroborar que os parâmetros não coincidem com os da estação retransmissora legalmente autorizada, especialmente porque

as permissões existentes, ao menos do que consta destes autos, eram para atuação em UHF, enquanto o aparelho clandestino operava em VHF.

Ao final, evidencia-se que "a área de cobertura de um sistema de telecomunicações deverá ser avaliada não só pela potência do transmissor em utilização, mas sim, pelo conjunto transmissor, linha de transmissão e sistema irradiante".

Depois, no "Laudo de exame de equipamento eletroeletrônico (difusão de som e de imagem)", elaborado pela Unidade Técnico-Científica da Polícia Federal em Ribeirão Preto/SP (fls. 64/66), veio a confirmação de que "o transmissor examinado pelos técnicos da ANATEL pode ser utilizado para radiodifusão de sinais de TV" e "operava nas freqüências de 77,25 MHz (vídeo) e 81,75 MHz (áudio), correspondente ao canal 5 de radiodifusão de TV em VHF", de maneira distinta, portanto, das especificações constantes das autorizações existentes.

Ademais, "o alcance das ondas eletromagnéticas emitidas por um transmissor é determinado não só pela potência do aparelho, mas também pelo tipo de altura da antena utilizada, pela topografia do local de instalação, presença de obstáculos, superfícies reflexivas, etc.", possível concluir, assim, que, se alteração da localização da antena existiu, foi justamente à vista da pretensão de se conseguir uma abrangência maior, que não havia com o receptor anterior, daí sucedendo todas as intercorrências que demandam análise pelo órgão competente.

Por último, ainda no exame levado a efeito pela equipe técnica policial, restou consignado que "qualquer equipamento que opere com transmissão de rádio freqüência é capaz de emitir sinais indesejáveis fora do canal de operação normal, os quais, não sendo devidamente atenuados por filtros adequados, podem causar interferência em outras comunicações, inclusive de aeronaves, polícia, bombeiros, etc. Além disso, como o equipamento apresentado opera na região do espectro de freqüências utilizado pelo serviço de radiodifusão de TV, ele é capaz de causar interferência nas estações legalizadas que operem na mesma freqüência ou em freqüências próximas. As transmissões efetuadas de forma desordenada e sem um prévio estudo das freqüências utilizadas no local, de forma a evitar interferências, podem perturbar o funcionamento de outros serviços de radiocomunicação em operação na região, comprometendo o bom uso do espectro eletromagnético".

Há, também, razoáveis *indícios de autoria*, no que tange aos denunciados pelo órgão acusatório como executores do delito, segundo revelam o "Termo de contrato para o fornecimento de mão de obra necessária para a manutenção de retransmissão de televisão no Município de Matão que entre si fazem a Prefeitura Municipal de Matão e a Empresa José Pinotti Filho - ME", assinado por ambos os acusados (fls. 56/58), e o teor da defesa administrativa oferecida contra o auto de infração lavrado em desfavor da municipalidade - "vale a pena ressaltar a transparência dos serviços desempenhados pelo Técnico de Manutenção, Sr. José Pinotti Filho, profissional contratado pela Administração para efetuar todos os trabalhos de manutenção e de assistência técnica ligados aos retransmissores dos canais de televisão que, em nenhum momento deixou de atender às exigências dos Agentes Fiscalizadores, informando dados e apontando os quesitos técnicos que foram argüidos, demonstrando efetivamente que nada havia para ser escondido, tão pouco o motivo que levou à Administração a instalar, a título precário e experimental, um repetidor de sinal já existente (e não uma estação de retransmissão) de um canal de televisão, num ponto alto da cidade, visando atender aos reclamos de uma considerável população" (fls.

41/46) -, bastantes, por ora, para que se possa deflagrar processo-crime.

Conclusão: encontrando-se evidentemente presentes, ao menos em tese, o risco de dano e a possibilidade de afetar os serviços atinentes ao espaço eletromagnético, motivo pelo qual se exige a competente autorização para funcionamento, circunstâncias suficientes, a meu juízo, para este momento inicial, a explicitação das conseqüências e verificação de eventual prejuízo à vista da operação de sistema irradiante clandestino serão analisadas no momento oportuno com as demais alegações e teses defensivas, quando da prolação do julgamento, pois sua elucidação e comprovação dependem da instrução que se desenvolverá, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, sendo prematuro avançar na análise, fazendo-a de modo exauriente, incidindo em pré-julgamento da causa, antes de colhidos todos os elementos necessários, lembrando que, ao recebimento da denúncia, bastam a prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, e o *in dubio pro reo* dá lugar ao *in dubio pro societate*.

Estes os elementos probatórios a sustentar a acusação, demasiadamente importantes, a demonstrar, ao menos por ora, o desenvolvimento clandestino de atividade de telecomunicação. Embora não conhecidas todas as circunstâncias do delito cometido, nada está a apontar que o fato narrado não constitua crime, e não se pode considerar a denúncia desprovida de fundamento, nem subtrair do órgão acusatório a oportunidade de fazer prova de suas alegações.

Posto isso, *recebo integralmente a denúncia* formulada pelo Ministério Público Federal, a fim de que se instaure processo penal contra Adauto Aparecido Scardoelli e José Pinotti Filho, acusados da prática do crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/97.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA

- Sobre o crime de desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicações, previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/97, veja também os seguintes artigos doutrinários: “Revogação do artigo 70 do Código Brasileiro de Telecomunicações pelo artigo 183 da Lei Geral das Telecomunicações”, de autoria do Juiz Federal Roberto da Silva Oliveira, publicado na RTRF3R 68/131 e “O crime de radiodifusão clandestina em face da Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.1995, e da Lei nº 9.472, de 16.07.1997”, de autoria do Juiz Federal Toru Yamamoto, publicado na RTRF3R 78/103, e os seguintes julgados: ACr 1999.60.02.000046-2/MS, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, publicada na RTRF3R 67/411; ACr 1999.03.99.077644-4/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 68/162; ACr 2001.03.99.013123-5/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicada na RTRF3R 68/348; HC 2002.03.00.009918-7/SP, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo, publicado na RTRF3R 68/351; ACr 2003.03.99.026620-4/SP, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo, publicada na RTRF3R 86/211; APn 2001.61.02.001698-5/SP, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, publicada na RTRF3R 98/95 e ACr 0000647-83.2003.4.03.6106/SP, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, publicada na RTRF3R 101/591.

PETIÇÃO CRIMINAL
0014982-66.2009.4.03.6181
(2009.61.81.014982-9)

Requerente: FRANCISCO ROSSI DE ALMEIDA
Requerido: RUBENS FURLAN
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: Pet 719
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/07/2011

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUEIXA-CRIME. DECLARAÇÕES OFENSIVAS IMPUTADAS A PREFEITO MUNCIPAL CONTRA HONRA DE DEPUTADO FEDERAL. INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA QUEIXA-CRIME. EXERCÍCIO REGULAR DA ATIVIDADE INFORMATIVA. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. DISPUTA POLÍTICO-PARTIDÁRIA. CONTEXTO DE CRÍTICA, CENSURA OU OPOSIÇÃO. DOLO ESPECÍFICO DOS TIPOS PENAIS. REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME.

1. É competente o Tribunal Regional Federal para processar e julgar queixa-crime, proposta por deputado federal, contra prefeito municipal, quando este imputa àquele a prática de fatos, que seriam ofensivos à honra respectiva, no exercício do mandato parlamentar: não se trata de investigar crime praticado por deputado federal, mas a de averiguar a admissibilidade de queixa-crime, por crime contra a honra de membro de Congresso Nacional, imputado a prefeito em virtude de declaração por este prestadas, configurando, em tese, os crimes de injúria e difamação. Precedentes.

2. A preliminar de violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal não pode ser acolhida porque sua aplicação tem como pressuposto a co-autoria, a participação delitiva, o concurso de agentes, o que, nem em tese, ocorre na hipótese em julgamento. Com acerto, o querelante não viu motivo para propor queixa-crime contra o jornalista, na medida em que este apenas atuou no exercício da profissão com o mero relato das declarações dadas pelo querelado, reproduzindo-as com o uso de aspas, para deixar claro ao leitor a autoria das palavras e comentários, que foram objeto de posterior publicação. Não existe qualquer evidência nos autos de que o repórter tenha se utilizado de sua profissão, em conluio com o querelado, para ofender a honra do querelante, para efeito de ser exigida a sua inclusão na peça acusatória privada. A base da queixa-crime é exclusivamente a publicação em jornal impresso (Jornal “A Rua”, edição de 23/10/2009, p. 2), de onde não é possível extrair a conclusão de que o jornalista agiu, em co-autoria, participação ou concurso com o querelado para ofender a honra do querelante, para efeito de sua integração obrigatória na ação penal privada, daí que não se apura tenha havido ofensa ao princípio da indivisibilidade, tal qual pleiteado pelo querelado. Ao contrário, tudo indica que o jornalista agiu, exclusivamente, na função e movido pelo intento informativo, configurando, portanto, hipótese de exercício legal da

profissão, e não prática de infração penal. O querelado, enfim, não demonstrou ser o caso de aplicação do princípio da indivisibilidade da ação penal, daí porque rejeito a preliminar deduzida.

3. Em virtude de publicação veiculada em órgão da imprensa, no dia 23/10/2009, o querelante, deputado federal, sentiu-se atingido na honra porque o querelado, prefeito municipal, atribui-lhe a condição de "malandro", "desleal", "antiético", "indecente"; e ainda teria acusado o querelante de ter-se licenciado do mandato de deputado federal para atender conveniência de suplente e, noutro episódio, buscado, junto ao querelado, "obter vantagem financeira".

4. Tais declarações do prefeito municipal, conforme se pode extrair da presente cognição, atribuem fato ao deputado federal (licenciar-se por seis meses por conveniência do suplente e procurar para entendimento financeiro) ofensivo à respectiva reputação. Ofensa à reputação, honra objetiva, porque se afirmou que a licença do querelante do cargo de deputado federal foi pautada pelo interesse de beneficiar ou favorecer o suplente, atendendo à conveniência deste de assumir o mandato; e, ainda, porque o querelante teria tentado "entendimento financeiro" fora de um contexto de regularidade, porque seria coisa de "malandro". Também, em caráter ofensivo, foram atribuídas ao querelante, na fala reproduzida no texto publicado, qualidades depreciativas, lesivas, em tese, à honra subjetiva, ao dizer-se que se trataria de pessoa desleal, malandra e não ética.

5. Todavia, ainda que objetivamente, possa ser admitida a presença do tipo penal, para fins de admissibilidade da queixa-crime, o que ocorre é que, na perspectiva do elemento subjetivo, não se tem caracterizado o dolo consistente na especial intenção de ofender, atingir e macular a honra alheia. Com efeito, os fatos narrados estão relacionados a um contexto e a uma motivação política, relacionada à disputa partidária, conforme revelado no mencionado noticiário impresso juntado pelo próprio querelante. Existe, pois, um contexto político-partidário em torno das declarações levadas a público, certamente vinculadas por um propósito político, num cenário de divergência e crítica, aparentemente recíproca - atestada no próprio noticiário que se refere a um "troco", ou seja uma resposta do prefeito municipal a uma atitude do deputado federal, objeto da crítica. Tais declarações, em circunstâncias assim delineadas, não estão a revelar, comprovadamente, a existência do dolo específico de difamar e injuriar, mas, fundamentalmente, o de criticar, impugnar ou opor-se politicamente a condutas, ações ou projetos partidários, com específica e determinante finalidade político-partidária, e não com a de efetivamente atingir a honra objetiva ou subjetiva do adversário, ainda que do mesmo partido político, como no caso e ao tempo dos fatos.

6. Como constou da própria chamada do noticiário, as declarações consistiram no "troco de Furlan", ou seja, na resposta que o prefeito municipal fez publicar, como crítica pública a uma postulação ou articulação partidária do deputado federal e seu "grupo partidário" para uma determinada eleição estadual: em caso que tal, não apenas não estaria presente o dolo específico para efeito de qualquer das condutas delitivas imputadas, como ainda tais declarações configurariam meio de resposta política dentro do ambiente complexo, tumultuado, conflituoso e acirrado, em que se insere a disputa e o exercício de cargos públicos eletivos no país.

7. A jurisprudência tem reconhecido que manifestações que, em tese, poderiam

configurar delitos contra a honra no contexto da vida comum, não têm o mesmo enquadramento penal, quando decorrem da disputa político-partidária na vida pública. Assim, se afasta o dolo específico da injúria ou da difamação, quando as declarações são prestadas no calor do debate, durante grandes eventos políticos, próximo ou no curso do período eleitoral, às vésperas de uma eleição, no contexto de uma entrevista ou sob os holofotes da imprensa, ávida por notícia e polêmica. Como lembra a melhor doutrina, fato e conduta devem ser analisadas, de modo particular, no seu contexto e, assim, relativamente a declarações de agentes políticos, no exercício de cargos eletivos, não é possível olvidar a forte presença do componente da crítica ou censura político-partidária, que suplanta e afasta, não raro, qualquer intenção específica de difamar ou injuriar.

8. Caso em que os fatos narrados não conduzem ao convencimento mínimo necessário para o recebimento da queixa-crime, pois o que se constata é que as declarações, que teriam ofendido o querelante, foram feitas com conteúdo, em contexto e período de forte disputa política na pré-definição de rumos e chapas eleitorais partidárias, ressaltando-se o aspecto da crítica, resposta e oposição política do querelado a um projeto partidário do querelante, e não o seu dolo específico de injuriar ou difamar.

9. Queixa-crime rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares deduzidas e, por maioria, rejeitar a queixa-crime, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de julho de 2011.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Trata-se de queixa-crime oferecida pelo deputado federal Francisco Rossi de Almeida contra o Prefeito Municipal de Barueri, neste Estado, Rubens Furlan, imputando-lhe a prática dos crimes de injúria e difamação, em virtude de entrevista ao jornal “A Rua”, de circulação na cidade de Osasco/SP, cuja matéria foi publicada no exemplar do dia 23/10/2009.

O querelante entendeu configurada a difamação, após transcrição integral da matéria jornalística, indicando os seguintes trechos:

> “O Rossi tem que agir com mais ética na política. Ele, recentemente, se licenciou por seis meses, por conveniência do suplente”;
>
> “E na verdade ele me procurou porque queria ter um entendimento financeiro e eu não tenho entendimento financeiro com malandro.”

Considerou, ainda, praticado o crime de injúria, em função do que foi assim publicado:

"O Rossi não é uma pessoa leal. Nem com o eleitor dele, nem com os amigos dele, nem com a classe política; com ninguém";

"Ele não tem sido ético, não tem sido decente, e tem sim que limpar a boca para falar do Furlan."

Alegou o querelante que, assim sendo, o querelado agiu com claro intuito de atingir-lhe a honra objetiva e subjetiva e que, embora notificado por via extrajudicial a retratar-se, nada fez. Requereu, pois, seja recebida, processada e julgada a presente queixa-crime com a condenação do querelado pelos crimes de injúria e difamação, nos termos dos artigos 139 e 140, c/c 141, III, na forma do artigo 70, todos do Código Penal.

Com a inicial vieram a cópia em mídia de parte das declarações, objeto da matéria em questão (f. 14), e a folha do jornal em que publicada a matéria (f. 15).

Distribuído ao Juízo Federal, foi reconhecida a incompetência para exame do feito, com base no artigo 29, X, da CF e Súmula 208/STJ, com remessa dos autos a esta Corte (f. 16/v), vindo-me conclusos em 02/06/2010.

Notificado (f. 37/8), o querelado respondeu, alegando, em suma, que: (1) os fatos narrados decorrem de discussão eminentemente política, "o que por si só já retira o caráter desrespeitoso que lhe tenta atribuir o querelante"; (2) "tanto querelante como querelado, como pessoas públicas que são, estão mesmo sujeitos a críticas, por vezes mais severas, sem que isso implique ofensa à honra ou à carreira política de cada qual", conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; (3) a queixa-crime deve ser rejeitada, por ofender o princípio da indivisibilidade da ação penal (artigos 48 e 49, CPP), pois não incluiu no pólo passivo o co-autor dos fatos, colunista que, além de divulgar as supostas ofensas, "emitiu opinião sobre a situação", inclusive em seu próprio *blog* (f. 77/88); e (4) a acusação é improcedente, pois ausente o dolo específico de ofender a honra do querelante (f. 49/74).

A Procuradoria Regional da República opinou, preliminarmente, pela incompetência da Corte, por não estarem os fatos relacionados ao exercício do mandato pelo querelante de deputado federal, e, no mérito, pelo recebimento da queixa-crime (f. 91/4).

Os autos retornaram conclusos em 20/07/2010.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Senhores Desembargadores, a presente queixa-crime foi distribuída à Justiça Federal, não simplesmente pela condição do querelante de deputado federal, mas por envolver, em tese, imputação de fatos no exercício de mandato eletivo federal. Não se trata, porém, de investigar infração penal eventualmente praticada por membro do Congresso Nacional, mas de processar queixa-crime, ajuizada por deputado federal, contra a ofensa de sua honra (injúria e difamação, e não calúnia), em virtude de fatos relacionados ao exercício de sua função.

Para esta Corte Federal, os autos vieram em virtude de constar, como querelado, prefeito municipal e, diante de todo o processado, opinou a Procuradoria Regional da República, em preliminar, pela incompetência da Justiça Federal, por estarem os fatos a

decorrer de disputas partidárias internas, sem relação com o exercício de mandato federal.

Embora a motivação esteja, efetivamente, relacionada a disputas de natureza partidária, é inequívoco que os fatos imputados ao querelante decorrem da sua condição de deputado federal e do exercício funcional de tal mandato, no qual teria, através de licença, atendido à conveniência do suplente em assumir o cargo, o que revela, assim, a crítica apontada na conduta e no exercício do cargo eletivo federal. Para tal situação, não é da Suprema Corte a competência, pois o deputado federal é, aqui, autor da ação penal privada, e não réu em ação movida pela Justiça Pública.

A propósito da competência da Justiça Federal em casos que tais, a jurisprudência:

> RHC 4.339, Rel. Min. JOSÉ DANTAS, DJU 10/04/1995: "PROCESSUAL PENAL. OFENSA A HONRA DE DEPUTADO FEDERAL, RELACIONADA COM O EXERCICIO DO MANDATO. - COMPETÊNCIA. Cabe à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra servidor público federal no exercício de suas funções e com estas relacionados, tal como acontece ao deputado federal ofendido no exercício do mandato eletivo."
>
> INQ 95.03.008280-3, Rel. Des. Fed. LÚCIA FIGUEIREDO, DJU 10/02/1998: "PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. *PREFEITO MUNICIPAL. DIFAMAÇÃO CONTRA DEPUTADO FEDERAL NO EXERCÍCIO E EM RAZÃO DE SUA FUNÇÃO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO FEDERAL* LATO SENSU. ART. 21 DA LEI DE IMPRENSA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. I - *É competente o Tribunal Regional Federal, por questão de simetria, para conhecer de inquérito sobre difamação imputada a deputado federal no exercício e em razão de sua função, pois se estaria a atingir bem e serviço da União*. Súmula 147 do Superior Tribunal de Justiça. II - O não recebimento da denúncia no prazo de 2 (dois) anos contados desde a data da publicação incriminada (art. 41, *caput*, da lei nº 5.250/67 c/c art. 117, *i*, do código penal) extingue a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. iii - extinção da punibilidade decretada. arquivamento dos autos." (g. n.)

Rejeitada a preliminar, passo ao exame dos demais requisitos para o exame da admissibilidade da queixa-crime.

Alegou o querelado que a queixa-crime deve ser rejeitada, por ofender o princípio da indivisibilidade da ação penal (artigos 48 e 49, CPP), pois não incluiu no pólo passivo o co-autor dos fatos, colunista que, além de divulgar as supostas ofensas, "emitiu opinião sobre a situação", inclusive em seu próprio *blog* (f. 77/88).

No caso concreto, porém, a alegação de violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal não pode ser acolhida porque a sua aplicação tem como pressuposto a co-autoria, a participação delitiva, o concurso de agentes, o que, nem em tese, ocorre na hipótese em julgamento.

O querelante, com acerto, não viu motivo para propor queixa-crime contra o jornalista, na medida em que este apenas atuou no exercício da profissão com o mero relato das declarações dadas pelo querelado, reproduzindo-as com o uso de aspas, para deixar claro ao leitor a autoria das palavras e comentários, que foram objeto de posterior publicação.

Não existe qualquer evidência nos autos de que o repórter tenha se utilizado de sua profissão, em conluio com o querelado, para ofender a honra do querelante, para efeito de ser exigida a sua inclusão na peça acusatória privada.

Note-se que a base da queixa-crime é exclusivamente a publicação em jornal impresso (Jornal "A Rua", edição de 23/10/2009, p. 2), de onde não é possível extrair a conclusão de que o jornalista agiu, em co-autoria, participação ou concurso com o querelado para ofender a honra do querelante, para efeito de sua integração obrigatória na ação penal privada, daí que não se apura tenha havido ofensa ao princípio da indivisibilidade, tal qual pleiteado pelo querelado.

Ao contrário, tudo indica que o jornalista agiu, exclusivamente, na função e movido pelo intento informativo, configurando, portanto, hipótese de exercício legal da profissão, e não prática de infração penal. O querelado, enfim, não demonstrou ser o caso de aplicação do princípio da indivisibilidade da ação penal, daí porque rejeito a preliminar deduzida.

Prossigo no exame da admissibilidade da ação penal privada.

Dispõe o artigo 41 do Código de Processo Penal que: "A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas."

Em virtude de publicação veiculada em órgão da imprensa, no dia 23/10/2009, o querelante, deputado federal, sentiu-se atingido na honra porque o querelado, prefeito municipal, atribui-lhe a condição de "malandro", "desleal", "antiético", "indecente"; e ainda teria acusado o querelante de ter-se licenciado do mandato de deputado federal para atender conveniência de suplente e, noutro episódio, buscado, junto ao querelado, "obter vantagem financeira".

Os tipos penas imputados são os seguintes:

> "Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
> Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa."

> "Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa."

Constam do noticiário impresso as seguintes declarações dadas pelo querelado, prefeito municipal (f. 15):

> "'O Rossi tem que agir com *mais ética* na política. Ele, recentemente, *se licenciou por seis meses, por conveniência do suplente*'; 'E na verdade ele *me procurou* porque queria ter um entendimento financeiro e *eu não tenho entendimento financeiro com malandro*'; 'O Rossi *não é uma pessoa leal*. Nem com o eleitor dele, nem com os amigos dele, nem com a classe política; com ninguém'; e '*Ele não tem sido ético, não tem sido decente*, e tem sim que limpar a boca para falar do Furlan'". (g. n.)

Tais declarações do prefeito municipal, conforme se pode extrair da presente cognição, atribuem fato ao deputado federal (licenciar-se por seis meses por conveniência

do suplente e procurar para entendimento financeiro) ofensivo à respectiva reputação. Ofensa à reputação, honra objetiva, porque se afirmou que a licença do querelante do cargo de deputado federal foi pautada pelo interesse de beneficiar ou favorecer o suplente, atendendo à conveniência deste de assumir o mandato; e, ainda, porque o querelante teria tentado "entendimento financeiro" fora de um contexto de regularidade, porque seria coisa de "malandro". Também, em caráter ofensivo, foram atribuídas ao querelante, na fala reproduzida no texto publicado, qualidades depreciativas, lesivas, em tese, à honra subjetiva, ao dizer-se que se trataria de pessoa desleal, malandra e não ética.

Todavia, ainda que objetivamente, possa ser admitida a presença do tipo penal, para fins de admissibilidade da queixa-crime, o que ocorre é que, na perspectiva do elemento subjetivo, não se tem caracterizado o dolo consistente na especial intenção de ofender, atingir e macular a honra alheia.

Com efeito, os fatos narrados estão relacionados a um contexto e a uma motivação política, relacionada à disputa partidária, conforme revelado no mencionado noticiário impresso juntado pelo próprio querelante (f. 15):

> "*GOVERNADOR DE NOVO?*
> Há cerca de um ano das eleições de 2010 que deverá renovar 2 vagas do senado para cada Estado, as cadeiras da Câmara Federal e Assembléia Legislativa; além, claro a troca do Presidente da República e os governadores de todas as Unidades da Federação, por aqui vem novidades como o virtual lançamento de Francisco Rossi/PMDB pelo presidente nacional de sua legenda, Michel Temer, para assumir candidatura ao governo de São Paulo. Seria na realidade uma forma ou tática para esfriar a rebeldia do presidente da legenda em São Paulo; Orestes Quércia, que vem de longa data afirmando e firmando apoio para uma dobradinha com o PSDB de Serra e Alckmin.
>
> ———————————————————————————————
>
> *UM PMDB SÓ PRA DILMA*
> [...]
>
> ———————————————————————————————
>
> *ROSSI O FREIO DE TEMER*
> Momentos antes da formalização do tal acordo, num jantar que contou com a presença de Lula e Dilma Rousseff, numa rápida entrevista Temer acabou sugestionando o nome de Rossi ao governo de São Paulo para tentar melar o esquema montado por Orestes Quércia. Sem direitos de imposição no PMDB paulista, Francisco Rossi estaria voltando como candidato ao governo de São Paulo, numa tentativa de frear uma composição com os tucanos.
>
> ———————————————————————————————
>
> *A EXPERIÊNCIA É QUE CONTA*
> Para Michel Temer uma solução com um nome que já desfilou como candidato ao governo do estado em duas oportunidades - 1994 e 1998 - e que chegou até disputar em segundo turno com o então candidato Mario Covas. Temer, na entrevista até arriscou um palpite '... o Rossi sai, no mínimo, com 8% a 10% das intenções de voto'.
>
> ———————————————————————————————

DISCORDÂNCIA DO VELHO CACIQUE
O revide de Quércia chegou logo nas primeiras horas da manhã do dia seguinte, na quarta-feira. O cacique regional em suas discordâncias lançou um desafio afirmando que o pacto liderado por Michel, Sarney e Renan Calheiros, não será chancelado na convenção em junho de 2010. 'Não foi o PMDB, foi um grupo dentro do PMDB que tomou a decisão do acordo', contrariou Orestes Quércia.

———————————————————————————————

O TROCO DE FURLAN
E não foi esse único revide de lideranças do PMDB nessa semana. Insatisfeito com as afirmações de Rossi, num periódico local, o extrovertido prefeito de Barueri, Rubens Furlan, não deixou barato a questão e aconselhamento de Rossi para que ele saísse do PMDB e assumisse de vez a preferência pelos tucanos e seguisse o mesmo caminho da filha; Bruna, que recentemente teve a ficha de filiação do PSDB abonado pelo ex-governador Geraldo Alckmin em Barueri, numa grandiosa festa.

———————————————————————————————

MENTIRAS E VERDADES - Furlan esteve em Osasco, esta semana, para participar de uma reunião com Emídio e outros prefeitos para discutir a questão da Sabesp. Numa coletiva reservada à imprensa, a este colunista, tentou esclarecer o desentendimento pelo qual Francisco Rossi afirma estar sendo perseguido (*sic*) por ele desde as eleições do ano passado. Rossi, ainda, claramente tentou desmentir Furlan no episódio do encontro em que supostamente havia pedido para sair em dobradinha com a filha ano que vem.

———————————————————————————————

PINGOS NOS 'IS' - 'O Rossi tem que agir com mais ética na política. Recentemente, se licenciou por seis meses, por conveniência do suplente. O Rossi não é uma pessoa leal. Nem com o eleitor dele, nem com os amigos dele, nem com a classe política; com ninguém. Então, o que o Rossi fala eu não posso escrever e não posso levar em consideração. Ele que cuide da vida dele, que na política ta muito nebulosa. Eu cuido da minha, que é muito transparente. Então quando ele vem falar do partido, que eu devo ir pra esse ou para aquele, ele que olhe o ... dele antes de falar de qualquer coisa do Furlan. Ele que limpe a boca antes para falar do Furlan', esbravejou o prefeito de Barueri e uma das principais lideranças do PMDB de São Paulo.

———————————————————————————————

INDECÊNCIA E SEM ÉTICA - Adiante prosseguiu: 'Eu tenho tido uma surpresa muito desagradável com o Rossi. Ele não tem sido ético, não tem sido decente, e tem sim que limpar a boca para falar do Furlan'. Sobre as negativas de Rossi o ter procurado para uma eventual dobradinha com sua filha ano que vem ele disse: 'Não se pode escrever o que o Rossi fala. Ele me procurou sim. E na verdade ele procurou porque queria ter um entendimento financeiro e eu não tenho entendimento financeiro com malandro. É isso', finalizou Furlan."

Como se observa, existe todo um contexto político-partidário em torno das declarações levadas a público, e que foram certamente vinculadas por um propósito político, num cenário de divergência e crítica, aparentemente recíproca - atestada no próprio noticiário que se refere a um "troco", ou seja uma resposta do prefeito municipal a uma atitude

do deputado federal, objeto da crítica. Tais declarações, em circunstâncias assim delineadas, não estão a revelar, comprovadamente, a existência do dolo específico de difamar e injuriar, mas, fundamentalmente, o de criticar, impugnar ou opor-se politicamente a condutas, ações ou projetos partidários, com específica e determinante finalidade político-partidária, e não com a de efetivamente atingir a honra objetiva ou subjetiva do adversário, ainda que do mesmo partido político, como no caso e ao tempo dos fatos.

Se, como constou da própria chamada do noticiário, as declarações consistiram no "troco de Furlan", ou seja, na resposta que o prefeito municipal fez publicar, como crítica pública a uma postulação ou articulação partidária do deputado federal e seu "grupo partidário" para uma determinada eleição estadual, então não apenas não estaria presente o dolo específico para efeito de qualquer das condutas delitivas imputadas, como ainda tais declarações configurariam meio de resposta política dentro do ambiente complexo, tumultuado, conflituoso e acirrado, em que se insere a disputa e o exercício de cargos públicos eletivos no país.

A jurisprudência tem reconhecido que manifestações que, em tese, poderiam configurar delitos contra a honra no contexto da vida comum, não têm o mesmo enquadramento penal, quando decorrem da disputa político-partidária na vida pública.

A propósito, com grifos nossos:

> APN 516, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 06.10.08: "PENAL E PROCESSUAL PENAL - CRIMES CONTRA A HONRA - MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Ao examinar-se a tipicidade dos delitos de difamação e injúria, é importante examinar o tempo e lugar de ocorrência dos fatos e as peculiaridades da situação de cada denunciado. 2. *No teatro de disputas políticas e de espaço de poder institucional, as condutas dos envolvidos nos fatos desencadeadores da denúncia criminal tornam desculpáveis possíveis ofensas, acusações e adjetivações indesejáveis. 3. Na avaliação contextual dos fatos pertinentes, não se identifica a vontade deliberada de difamar ou injuriar*. 4. As ásperas palavras dirigidas à vítima, pela denunciada, soam como indignação pelos episódios institucionais vivenciados. 5. O crime de calúnia exige imputação de crime praticado pela vítima, por fato ou fatos determinados, o que inocorreu na espécie. 6. Denúncia rejeitada."
>
> HC 12.667, Rel. Min. ARNALDO DA FONSECA, DJU 26.03.01: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE IMPRENSA. OFENSA À HONRA. INEXISTÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. A queixa-crime, em razão de ofensas à honra veiculada em programa radiofônico, não precisa vir acompanhada da fita magnética. Hipótese em que não se exige sequer a notificação, dado ao fato de a fita já se encontrar em poder da autoridade policial. É cabível a aplicação do princípio da fungibilidade para permitir o conhecimento de recurso erroneamente interposto da decisão que tranca o inquérito policial relativo a crime de imprensa. A impossibilidade de formação do litisconsórcio determinado pelo acórdão não é fato impeditivo de trâmite da ação penal privada. *Não constitui crime contra a honra a crítica dirigida a um Vereador, por seu adversário, em programa radiofônico que tinha como único tema a atuação política daquele*.' Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal."

ACR 2000.61.81.007631-8, Rel. Des. Fed. SUZANA CAMARGO, DJU 22.11.05: "APELAÇÃO CRIMINAL. QUEIXA-CRIME. ARTIGOS 20 E 22, DA LEI Nº 5.250/67. LIBERDADES PÚBLICAS. ART. 5º, IV E X DA CF. INTERPRETAÇÃO HARMÔNICA. CARÁTER RELATIVO. DELITOS CONTRA A HONRA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO ESPECÍFICO. INOCORRÊNCIA. HOMEM PÚBLICO. MERAS CRÍTICAS. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. PUNIÇÃO APENAS DOS EXCESSOS. RECURSO IMPROVIDO. 1. As liberdades públicas constitucionais, notadamente a liberdade de manifestação de pensamento e a garantia de não ofensa à privacidade, consoante repisado pela doutrina constitucional pátria, não possuem caráter absoluto. Devem conciliar-se, sempre com vistas à consagração dos direitos nela envolvidos, mas sem olvidar-se do interesse público e de justiça social como a linha divisória de uma eventual ofensa. 2. Os delitos contra a honra, nos quais também se inserem aqueles previstos pela Lei nº 5.250/67, exigem, para sua caracterização, a presença do elemento subjetivo do tipo específico, outrora denominado dolo específico, que nada mais é senão a nítida vontade e consciência de ofender a honra alheia. 3. *Conquanto seja bastante dificultosa a delimitação entre o direito de crítica contra pessoa pública e o crime contra a honra, verifica-se que nem toda manifestação do pensamento que esteja a censurar determinada atitude de um representante do povo faz-se com o caráter de ofender-lhe a honra, mas como manifestação de opinião política, desde que, no entanto, não sejam proferidas com excesso, posto que se assim for é mister a aplicação de sanções civis ou penais ao infrator*. 4. O crime de calúnia, na sua essência, pressupõe a imputação falsa de fato determinado como crime. As narrações contidas nos autos, contudo, são genéricas, o que inviabiliza a punição pelo delito previsto no artigo 20, da Lei nº 5.250/67. 5. Outrossim, *nas assertivas retiradas da reportagem inexiste o elemento subjetivo do tipo específico, qual seja, a real intenção dos querelados em ofender a honra do querelante. 6. Meras críticas à conduta do homem público não configuram os delitos de injúria e de calúnia, na medida em que não houve excesso a ensejar a punição penal dos recorridos*. 7. Recurso improvido."

Assim igualmente ensina a doutrina: "*Injúria proferida no calor da discussão*: não é crime, pois ausente estará o elemento subjetivo específico, que é a especial vontade de magoar e ofender. Em discussões acaloradas, é comum que os participantes profiram injúrias a esmo, sem controle, e com a intenção de desabafar" (Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, 10ª ed., São Paulo, RT, 2010, p. 682).

Assim mais explicitamente se afasta o dolo específico da injúria ou da difamação, quando as declarações são prestadas no calor do debate, durante grandes eventos políticos, próximo ou no curso do período eleitoral, às vésperas de uma eleição, no contexto de uma entrevista ou sob os holofotes da imprensa, ávida por notícia e polêmica.

Como lembra a doutrina, fato e conduta devem ser analisadas, de modo particular, no seu contexto e, assim, relativamente a declarações de agentes políticos, no exercício de cargos eletivos, não é possível olvidar a forte presença do componente da crítica ou censura político-partidária, que suplanta e afasta, não raro, qualquer intenção específica de difamar ou injuriar.

Citando o mesmo autor, este afirmou acerca do elemento subjetivo da injúria (*idem*, p. 680):

> "... exige-se, majoritariamente (doutrina e jurisprudência), o elemento subjetivo do tipo específico, que é a especial intenção de ofender, magoar, macular a honra alheia. Este elemento intencional está implícito no tipo. É possível que uma pessoa ofenda outra, embora assim esteja agindo com *animus criticandi* ou até *animus corrigendi*, ou seja, existe a especial vontade de criticar uma conduta errônea para que o agente não torne a fazê-la. Embora muitas vezes quem corrige ou critica não tenha tato para não magoar outra pessoa, não se pode dizer tenha havido injúria."

E quanto à difamação (*idem*, p. 680):

> "Embora atitude antiética, não se pode dizer tenha havido difamação. O preenchimento do tipo aparentemente houve (o dolo existiu), mas não a específica vontade de macular a honra alheia (o que tradicionalmente chama-se 'dolo específico')."

Em suma, os fatos narrados não conduzem ao convencimento mínimo necessário para o recebimento da queixa-crime, pois o que se constata é que as declarações, que teriam ofendido o querelante, foram feitas com conteúdo, em contexto e período de forte e intensa disputa política na pré-definição de rumos e chapas eleitorais partidárias, ressaltando-se o aspecto da crítica, resposta e oposição política do querelado a um projeto partidário do querelante, e não o seu dolo específico de injuriar ou difamar.

Em casos que tais, faltando comprovação do dolo específico dos delitos imputados, a hipótese é de rejeição da peça acusatória, conforme tem sido decidido pela jurisprudência: "Ausência de demonstração do dolo específico do delito que impossibilidade o recebimento da denúncia, por falta de tipicidade da conduta do agente denunciado (inciso III do art. 395 do CPP)" (STF, INQ 2.646, Rel. Min. AYRES BRITTO); "Não há elementos mínimos para lastrear afirmação de que o querelado agiu com o dolo específico de macular a reputação do querelante. Falta de justa causa. Queixa-crime rejeitada, nos termos do art. 395, III, do CPP" (STJ, APN 599, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJE 28/06/2010).

Ante o exposto, com esteio no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal c/c artigo 6º da Lei 8.038/1990, rejeito a queixa-crime.

É como voto.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

AÇÃO RESCISÓRIA
0015277-90.2007.4.03.0000
(2007.03.00.015277-1)

Autor: ANTONIO GONÇALVES DA SILVA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL LEIDE POLO
Classe do Processo: AR 5228
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/08/2011

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL. ENQUADRAMENTO DOS FATOS EM DISPOSITIVO LEGAL DIVERSO. PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL. DOCUMENTO NOVO. ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM FAVOR DE IRMÃOS E REGISTROS ESCOLARES. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL "PRO MISERO" - INAPLICABILIDADE. REEXAME DE PROVA TESTEMUNHAL. DESCABIMENTO. BENEFICIÁRIA DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. NÃO CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
- Não enquadramento dos fatos ora submetidos a apreciação no inc. IV do art. 485 do CPC (ofensa a coisa julgada), pois ainda que se conclua que o reconhecimento do labor rural dos irmãos se deu nas mesmas épocas e local dos indicados pelo autor, obviamente, identidade de partes não há, o que impede a análise da questão à luz desse dispositivo legal.
- Melhor enquadramento do tema na hipótese do inc. VII do art. 485 do CPC, diante da sustentação do autor que os documentos ora apresentados poderiam ser tidos por novos para o fim de rescindir o julgado, por comprovarem o labor rural e, ao final, obter a concessão do benefício.
- Pode-se afirmar que decisões judiciais favoráveis proferidos em favor de irmãos, no sentido da comprovação do desempenho de labor rural, podem ser considerados indicativos importantes, contudo, tais julgados não têm o condão de provar os fatos aqui discutidos, notadamente porque decidiram relação jurídica entre terceiros, segundo as provas lá produzidas e de acordo com o livre convencimento motivados dos respectivos magistrados.
- Ainda que se tenha por "documentos" tais decisões judiciais, eles (documentos) devem ser preexistentes, vale dizer, não podem ser constituídos após o julgamento do mérito da lide originária.
- Se o documento deve preexistir ao julgamento de mérito, de se concluir que deve ser antigo em sua formação e novo em sua submissão ao crivo do Judiciário.
- Não há como reconhecer a aptidão desses "documentos" para reverter o resultado proclamado na demanda originária.
- Quanto às anotações constantes dos livros escolares, embora a prova seja preexistente, o autor não demonstrou porque deixou de levá-la aos autos da ação originária, não sendo caso de se lhe estender o entendimento jurisprudencial aplicável aos trabalhadores rurais, pois que ele é trabalhador urbano há considerável tempo, tendo laborado por longos anos em empresa de produção de produtos alimentícios.

- Ainda que se lhe estenda a benesse, o documento demonstra que o autor era estudante em escola rural e que seu pai foi qualificado como lavrador.
- Na ação rescisória com fundamento no inc. VII do art. 485 do CPC, o documento deve, em conjunto com a prova já produzida na lide originária, dar um tal grau de certeza ao seu julgador, que torna-lhe impossível rejeitar o pleito lá formulado.
- Não cabe falar em reexame da prova testemunhal tida por inapta à comprovação dos fatos alegados, e muito menos numa nova produção de prova como pretendeu o autor.
- Ação rescisória improcedente. Não condenação da autora em honorários advocatícios por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de julho de 2011.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Trata-se de ação rescisória de julgado (acórdão proferido nos autos da Apelação Cível 624539 - reg. 2000.03.99.053204-3, 7ª Turma, Rel. JUIZ CONV. RODRIGO ZACHARIAS; autos nº 1110/98 - 1ª Vara da Comarca de Taquaritinga - SP) que deu parcial provimento à apelação do autor e negou provimento ao recurso adesivo da autarquia, para reconhecer como tempo de serviço o período de atividade rural entre 01/01/1972 e 31/12/1978, laborado na Fazenda Lageado.

A ementa do julgado está vazada nos seguintes termos (fls. 170/171):

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO EM ATIVIDADE RURAL. PROVA MATERIAL RESTRITA. PARTE DO TEMPO RURAL RECONHECIDO. CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. REQUERIMENTO PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DO ART. 128 DA LEI 8.213/91, COM REDAÇÃO PRETÉRITA. PRECLUSÃO. PREVALÊNCIA DA JUSTIÇA GRATUITA. APELAÇÃO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO ADESIVO DO INSS IMPROVIDO.
- Não é *extra petita* a sentença que, ao reconhecer como especial apenas parte dos períodos trabalhados pelo autor, acolhe parcialmente a lide para determinar ao INSS a sua inclusão e recálculo do tempo total de serviço.
- Acolhido apenas o pedido de menor abrangência, para reconhecer o tempo de serviço de 01/01/72 a 31/12/78, período em comprovado por provas testemunhal e material.
- O reconhecimento parcial se dá independentemente do pagamento das contribuições, à luz da regra do art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

- Nesse caso, ocorre a sucumbência recíproca, quando os respectivos ônus se compensam.
- Ainda que não houvesse sucumbência recíproca, a parte autora está isenta do pagamento da verba honorária, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita. Nesse sentido, a Carta Magna (artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal), ao garanti-la aos que comprovarem insuficiência de recursos, manda que seja integral e gratuita.
- Nota-se que o autor requereu o benefício do art. 128 da Lei nº 8.213/91, mas o Juiz concedeu a justiça gratuita, não tendo INSS se insurgido tempestivamente contra tal decisão interlocutória, tendo operado a preclusão.
- Sobremais, a redação pretérita do art. 128 da Lei nº 8.213/91 foi substituída por outra norma, devendo prevalecer no caso a justiça gratuita, por ser compatível com a insuficiência de recursos alegada pelo autor.
- Apelação do autor a que se dá parcial provimento e recurso adesivo improvido."

O autor sustenta que "fatos novos vieram à tona em relação aos contratos de trabalho que eram desconhecidos do trabalhador, com os quais o autor faz jus à percepção do referido benefício, como matrículas escolares de seus irmãos e duas sentenças transitadas em julgado, reconhecendo o mesmo período de trabalho de dois de seus irmãos que laboraram na mesma propriedade" (fls. 03).

Tais documentos seriam os seguintes:

1) acórdão proferido pelo STJ, nos autos de nº 435/99 - 1ª Vara da Comarca de Taquaritinga - SP, em 3/3/2006, acolhendo pedido de reconhecimento como tempo de serviço o período de atividade rural laborado na Fazenda Lageado, entre 1/1/1959 e 12/11/1979, formulado por seu irmão SEBASTIÃO GONÇALVES DA SILVA (nasc. 14-06-1947) - fls. 291/297;

2) acórdão proferido nesta Corte (Apelação Cível 753883 - reg. 2001.03.99.055860-7, 10ª Turma, Rel. JUIZ CONV. MARCUS ORIONE), nos autos de nº 497/00 - 2ª Vara Judicial da Comarca de Taquaritinga - SP, em 21/3/2006, acolhendo pedido de reconhecimento como tempo de serviço o período de atividade rural laborado na Fazenda Lageado, entre 1/11/1961 e 31/12/1981, formulado por seu irmão JUVÊNCIO GONÇALVES DA SILVA (nasc. 19-04-1939) - fls. 332/336;

3) Anotação efetuada em livro escolar informando que:

- MARIA APARECIDA DA SILVA, residente na Fazenda Lageado, matriculou-se na ESCOLA MISTA DE EMERGÊNCIA DA FAZENDA IRARA em 1966, constando, ainda, ser filha de Martiniano da Silva, LAVRADOR, e de Júlia da Silva, doméstica (fls. 218);

- o autor (ANTONIO GONÇALVES DA SILVA), residente na Fazenda Lageado, matriculou-se na ESCOLA MISTA DE EMERGÊNCIA DA FAZENDA IRARA em 04-03-1963, desligando-se em 01-08-1963 por motivo de mudança, constando, ainda, ser filho de Martiniano Gonçalves da Silva, LAVRADOR, e de Júlia Nogueira da Silva, doméstica (fls. 219);

- FRANCISCO GONÇALVES DA SILVA, residente na Fazenda Lageado, matriculou-se na ESCOLA MISTA DE EMERGÊNCIA DA FAZENDA IRARA em 04-03-1963, desligando-se em 01-08-1963 por motivo de mudança, constando, ainda, ser filho de Martiniano Gonçalves da Silva, LAVRADOR, e de Júlia Nogueira da Silva, doméstica (fls. 219);

- JOÃO GONÇALVES DA SILVA, residente na Fazenda Lageado, matriculou-se na ESCOLA MISTA DE EMERGÊNCIA DA FAZENDA IRARA em 04-03-1963, desligando-se

em 01-08-1963 por motivo de mudança, constando, ainda, ser filho de Martiniano Gonçalves da Silva, LAVRADOR, e de Júlia Nogueira da Silva, doméstica (fls. 219);

- MARIA APARECIDA DA SILVA, residente na Fazenda Lageado, matriculou-se na ESCOLA MISTA DE EMERGÊNCIA DA FAZENDA IRARA em 04-03-1963, desligando-se em 01-08-1963 por motivo de mudança, constando, ainda, ser filha de Martiniano Gonçalves da Silva, LAVRADOR, e de Júlia Nogueira da Silva, doméstica (fls. 219).

Aduz que, na demanda originária, formulou pedido de reconhecimento como tempo de serviço o período de atividade rural entre 1/1/1961 e 20/8/1979, laborado na Fazenda Lageado, mas que, ao final, somente o período de 01/01/1972 a 31/12/1978 foi reconhecido, levando ao indeferimento do pleito de aposentadoria por tempo de serviço integral (somados os períodos de atividade rural e urbana contaria mais de 37 anos de tempo de serviço).

Assim, pede a rescisão do julgado, nos termos do art. 485, IV, do CPC, pois que, tratando-se de trabalho exercido sob regime de economia familiar, tais documentos poderiam ser aceitos como novos, uma vez que trabalhou nas mesmas épocas e no mesmo local que os seus irmãos, conforme reconhecimento judicial e dos documentos escolares que ora apresenta.

Junta cópias das principais peças dos autos do processo originário (fls. 15/185), do processo administrativo (fls. 186/216), do processo nº 435/99 da 1ª Vara da Comarca de Taquaritinga - SP, cujo autor é seu irmão SEBASTIÃO GONÇALVES DA SILVA (fls. 222/298), e dos autos do processo nº 497/00 da 2ª Vara Judicial da Comarca de Taquaritinga - SP, cujo autor é seu irmão JUVÊNCIO GONÇALVES DA SILVA (fls. 299/345), bem como dos documentos escolares já mencionados (fls. 218/219).

A autarquia, citada, apresentou contestação, na qual argui preliminar de ausência de interesse processual, pois, segundo entende, o que autor estaria a reexaminar da causa originária, pois os documentos não tem nada de novo. No mérito, pugna pela improcedência do pleito, pois que os documentos escolares comprovariam apenas a atividade do pai no ano de 1966, sendo que as decisões judiciais serviriam apenas de jurisprudência, sendo insuficientes para alterar a conclusão a que chegou o colegiado (fls. 357/362).

O autor se manifestou sobre a contestação (fls. 372/374).

A autarquia trouxe informações colhidas junto ao CNIS (fls. 382/384).

Foi proferida decisão saneadora do feito, nos seguintes termos (fls. 386):

> "1. A preliminar de extinção do processo sem julgamento do mérito, com base no artigo 267, IV, do Código de Processo Civil, deduzida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em contestação, revolve matéria atinente ao próprio mérito deste feito, e será apreciada quando do julgamento da presente ação rescisória.
> 2. Estando o feito em ordem, dou-o por saneado.
> 3. O ponto controvertido a ser esclarecido diz respeito à existência de documentos novos, hábeis à desconstituição do aresto rescindendo.
> Para seu esclarecimento, os autos já contam com todos os elementos necessários à apreciação das insurgências veiculadas no processo, revelando-se despicienda a realização de novas provas para possibilitar o julgamento do pedido rescindente, a teor do que estabelece o artigo 330, I, do Código de Processo Civil.
> 4. Nos termos do artigo 398 do Código de Processo Civil, dê-se vista dos autos ao autor, pelo prazo de 5 (cinco) dias, dos documentos apresentados pela autarquia. Int."

O autor requereu a reconsideração da referida decisão, pois que pretendia produzir prova oral (fls. 392).

Foi proferida a seguinte decisão:

> "Fls. 392 (petição do autor): quanto ao requerimento de reconsideração do despacho de fls. 386, para que sejam ouvidas as testemunhas arroladas na inicial, reafirmo que já se encontram nos autos todos os elementos necessários à apreciação das questões suscitadas no processo e ao julgamento do pedido rescindente, conforme lá assentado. Ressalto que no processo originário já foi produzida a prova testemunhal (fls. 75/78), sendo desnecessária a repetição do ato, verificando-se, ademais, a ocorrência de preclusão temporal para o requerimento formulado.
> Dê-se vista dos autos à Procuradoria Regional da República.
> Intime-se." (fls. 394)

Não houve recurso da referida decisão (fls. 398).

O representante do Ministério Público Federal opinou pela procedência do pleito rescisório, pois que, em sua visão, os documentos escolares mostram que o autor, então com 12 anos de idade, e sua irmã estudavam na fazenda já mencionada e que essas informações se coadunam com os depoimentos testemunhais prestados. Ademais, o STJ teria decidido em favor de um dos irmãos acerca da aptidão da certidão imobiliária da referida fazenda como início de prova material da atividade campesina, ainda que o documento fosse expedido em nome de terceiro, o que pode ser aproveitado pelo autor, pois que seus irmãos trabalhavam e residiam no mesmo local. Assim, opinou pela concessão do benefício desde a DER (fls. 399/404).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

O trânsito em julgado do acórdão rescindendo se deu em 8/2/2006 (fls. 174) e esta demanda foi ajuizada em 23/2/2007 (fls. 02).

Inicialmente, é de se ressaltar que os fatos ora submetidos a apreciação desta Terceira Seção não se enquadram no inciso IV do art. 485 do CPC, pois a coisa julgada pressupõe identidade de partes, causa de pedido e pedido (art. 301, § 3º, do CPC).

De modo que, ainda que se conclua que o reconhecimento do labor rural dos irmãos do autor se deu nas mesmas épocas e local aqui sustentado, obviamente identidade de partes não há, o que impede a análise da questão à luz daquele dispositivo legal.

O tema se enquadra melhor na hipótese do inciso VII do art. 485 do CPC, pois o autor sustenta que os documentos ora apresentados poderiam ser tidos por novos para o fim de rescindir o julgado, pois que comprovam o labor rural tido por não comprovado e, ao final, seja concedido o almejado benefício.

Sobre o tema, o art. 485, VII, do CPC:

> "Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

...
VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
..."

Analiso, primeiro, se os julgados mencionados podem ser tidos como documentos comprobatórios dos fatos aqui sustentados pelo autor.

FLAVIO LUIZ YARSHELL (*in* "AÇÃO RESCISÓRIA: JUÍZOS RESCINDENTE E RESCISÓRIO", Malheiros Editores, 2005, pp. 330/332) discorre sobre o tema:

"Convém lembrar que a autorização para a rescisória pressupõe tratar-se de documento, não se podendo qualificar como tal outro meio de prova que, após a respectiva produção, venha a se materializar em suporte físico equiparável a um documento. Portanto, não é documento novo o depoimento prestado por alguém e reduzido a termo. [98]

A questão é relevante, porque, entre nós, parece inegável que o documento é tido e havido como meio 'superior' de prova; [99] o que parece se confirmar quando o legislador não permite a rescisória por qualquer prova nova, mas apenas diante de 'documento' novo. 'Documento' - conforme lição clássica - é uma coisa que tem em si a virtude de fazer conhecer, por seu conteúdo representativo. O documento é uma coisa enquanto serve a representar uma outra. Como a representação é sempre a obra do homem, o documento não é tanto uma coisa quanto é uma obra, resultado de um trabalho. [100]

[99 - Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, 'a mais nobre das provas é a documental. Por via do escrito, perpetua-se o ato, enunciando-se a declaração de vontade de modo a não depender sua reconstituição da falibilidade de fatores precários. No *scriptum* é vazada a própria declaração de vontade, tal como as partes conceberam. O préstimo do documento vem de longe, e é em razão de sua maior valia que se presumem verdadeiras em relação aos signatários as declarações constantes de documentos assinados (Código Civil de 1916, art. 131), sujeito, porém, o interessado aos ônus de prová-las se não tiverem relação com as disposições principais, ou com a legitimidade das partes' (cf. *Instituições de direito civil*, vol. 1, pp. 415-416).]

Considerado em seu conteúdo, o documento pode representar fato pertencente à categoria das declarações, entendidas como atividades dirigidas à manifestação do pensamento. A declaração documentada - ainda em clássica lição - pode ser uma declaração de verdade ou uma declaração de vontade, e dentre os documentos que podem ser qualificados como 'declarativos' é possível distinguir os documentos 'constitutivos' ou 'dispositivos' e os documentos 'narrativos'. Daí a importância em se distinguir entre o conteúdo e o continente, isto é, entre o documento e a declaração, uma vez que esta é um ato, e aquele, uma coisa. [101] A distinção apontada tem grande relevo quando se considera a eficácia probatória do documento 'narrativo', que, com relação ao fato narrado, é uma prova indireta comparável à prova testemunhal. [102]

Por outro lado, estabelecida a premissa de que se trata verdadeiramente de

documento [103] (e não de outro meio de prova travestido de prova documental), então, a interpretação do dispositivo legal não deve excluir o documento eletrônico. [104]

[103 - Há elementos que sequer podem ser qualificados como meio de prova; menos ainda prova documental nova. Na jurisprudência, embora fora do contexto da ação rescisória (mas para os fins do art. 398 do CPC), não se qualifica como documento novo o parecer de jurista, nem a certidão de acórdão juntada apenas para demonstrar tese de direito (cf. Theotônio Negrão, *Código de Processo Civil* ..., p. 440, nota 4 ao art. 398 do CPC).]"

Nesse passo, poder-se-á afirmar que os julgados mencionados podem ser considerados como indicativos importantes de que, em razão das provas produzidas - bem ou não - nos respectivos feitos, o Poder Judiciário se convenceu do labor rural desempenhado pelos irmãos do autor desta demanda.

Contudo, eles não têm o condão de provar os fatos aqui relatados, notadamente porque decidiram relação jurídica entre terceiros, segundo as provas produzidas nas referidas demandas e de acordo com o livre convencimento motivado dos respectivos magistrados.

Não é porque os fatos lá afirmados foram tidos por comprovados que, automaticamente, os daqui o serão.

Pode ocorrer - e isso não é raro nas demandas previdenciárias - das provas coligidas nos feitos mencionados terem sido melhor produzidas do que as da lide originária, mas isso não dá ensejo à ação rescisória. Se o advogado negligenciou na produção da prova, não é a ação rescisória que irá reparar o mal, sob pena desta se transformar em recurso com prazo de interposição - convenhamos - bastante dilatado.

De qualquer forma, ainda que se tenha por "documentos" as decisões judiciais mencionadas, eles (documentos) devem ser preexistentes, vale dizer, não podem ser constituídos após o julgamento do mérito da lide originária ("depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava", diz a lei).

Socorro-me das lições do doutrinador adrede mencionado:

"No inciso VII do art. 485 do CPC consta outro dos fundamentos para a desconstituição da sentença: depois do julgamento do mérito a parte obtém documento novo cuja existência - diz a lei - ignorava, ou de que não pôde fazer uso, sendo tal documento capaz, por si só, para lhe assegurar julgamento favorável.

É firme na doutrina e na jurisprudência que o documento a que alude o dispositivo legal não é o constituído posteriormente ao julgamento do mérito. O adjetivo 'novo' refere-se ao fato de que só posteriormente pode tal documento (que já existia) ser utilizado. [92] Sem embargo disso, constata-se tendência ao alargamento do dispositivo legal, para abranger hipóteses que não correspondem ao texto legal com o objetivo de se corrigir a injustiça do julgamento de mérito transitado em julgado. [93]

[92 - Por todos, v. Jose Carlos Barbosa Moreira, *Comentários*, vol. V, PP. 136-137, - com extensas referencias doutrinárias e bibliográficas. Para o referido autor, a expressão 'depois da sentença', quanto à obtenção do documento, deve significar depois do último momento em que seria lícito à parte produzir tal prova (também com extensas referências doutrinárias, pp. 138-139)]

> De um modo geral reconhece-se que o elemento subjetivo do autor da rescisória é relevante, não podendo o não-emprego oportuno no do documento resultar de sua culpa. [94] Tratando-se de documento público, embora seja lícito presumir que o interessado poderia ter acesso ao mesmo, não parece que essa presunção seja invariavelmente absoluta, sendo preferível carrear ao autor da ação rescisória o ônus de demonstrar a impossibilidade de conhecer do documento ou de ter acesso ao mesmo. [95-96] Já eventual dolo da parte contrária, a impossibilitar a ciência ou acesso ao documento, melhor se enquadra na hipótese do inciso II do art. 485. [97]" (pp. 329/330)

De modo que, se o documento deve preexistir ao julgamento de mérito, só posso concluir que ele deve ser antigo em sua formação e novo em sua submissão ao crivo do Judiciário.

Como já exposto no relatório, o acórdão do STJ (nos autos de nº 435/99 - 1ª Vara da Comarca de Taquaritinga - SP) foi proferido em 3/3/2006, e o desta Corte (nos autos de nº 497/00 - 2ª Vara Judicial da Comarca de Taquaritinga - SP) em 21/3/2006, portanto, após a decisão aqui questionada (14/11/2005, cujo trânsito em julgado ocorreu em 08/2/2006).

Ainda que se ultrapasse tais óbices, os procedimentos de onde surgiram os julgados aqui apresentados trazem mais perplexidade acerca do labor desempenhado pelo autor desta rescisória do que certeza acerca de tal atividade.

Primeiro, porque em seus depoimentos (fls. 76, 77 e 97) as testemunhas do ora autor disseram que ele e seus familiares trabalhavam para o proprietário da Fazenda Lageado, circunstância que denota o labor na condição de empregado - e não segurado especial em regime de economia familiar, como afirmado na inicial desta rescisória (v. fls. 04) -, o que se coaduna com as informações constantes da DECLARAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL, segundo as informações prestados junto ao SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS DE RIOLÂNDIA - SP (fls. 30/30-v).

Tal circunstância pode ser confirmada pelo depoimento de seu irmão SEBASTIÃO GONÇALVES DA SILVA, nos autos de nº 435/99 - 1ª Vara da Comarca de Taquaritinga - SP (fls. 245/248), onde a condição de empregado é reafirmada.

Contudo, analisando o depoimento prestado pelo seu outro irmão - JUVÊNCIO GONÇALVES DA SILVA (fls. 322/325) - e testemunha (fls. 326), nos autos de nº 497/00 da 2ª Vara Judicial da Comarca de Taquaritinga - SP, verifica-se que o labor rural teria sido prestado sob a condição de meeiro, caracterizando-se a figura do segurado especial.

Afinal, a família trabalhava sob regime de economia familiar ou na condição de empregados?

Na verdade, as informações constantes dos "documentos" juntados a este feito trazem mais dúvidas do que certezas, mais parecendo que são prestadas segundo as conveniências de quem afirma, buscando convencer o julgador de que houve a prestação do labor rural.

Isso, para não falar das dúvidas do colegiado por ocasião do julgamento da ação subjacente, onde o desempenho do labor pelo autor com apenas 9 anos de idade fez com que se reconhecesse somente o período a partir do qual foi apresentada a primeira prova indiciária da atividade rural.

De modo que, por qualquer ângulo que se analise o tema, não vejo como reconhecer

a aptidão dos "documentos" mencionados para reverter o resultado proclamado na demanda originária.

Passo a analisar se as anotações constantes dos livros escolares podem ser tidas por "documento novo".

Embora a prova ora apresentada seja preexistente, o autor não demonstrou porque deixou de levá-la aos autos da ação originária.

Não é o caso de se lhe estender o entendimento jurisprudencial aplicável aos trabalhadores rurais, pois que o autor é trabalhador urbano há considerável tempo, tendo laborado por longos anos em empresa de produção de produtos alimentícios (fls. 36).

Contudo, ainda que se lhe estenda a benesse, o documento apresentado demonstra que o autor era estudante em escola rural e que seu pai foi qualificado como lavrador.

Para o julgador da causa originária, a perplexidade ainda permanece, pois a prova testemunhal continuará padecendo do mesmo vício lá apontado, qual seja "não há informações precisas sobre jornada de trabalho, remuneração, férias, continuidade e sobretudo em relação aos períodos de trabalho" (fls. 166).

Transcrevo os fundamentos do acórdão:

> "Por isso, dentro do processo, a livre apreciação da prova é princípio imperativo, porém circunscrito aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e à indicação pelo juiz dos motivos de seu convencimento.
> Nestes autos, da análise da prova produzida, não resultou a demonstração da atividade laborativa rural do autor, pelo por todo o período requerido na petição inicial, mas somente em relação à parte dele.
> Embora os depoimentos das testemunhas Josias José Nogueira (f. 64), Sebastião José Nogueira (f. 65) e João Xavier Pereira (f. 84) sejam uníssonos em confirmar a causa *petendi* afirmada pelo autor, não há prova documental do extenso período requerido, de entre 01/01/61 a 31/12/71, de 01/01/73 a 31/12/77 e de 01/01/79 a 20/08/79.
> Nesse ponto, impera esclarecer que não se trata de pôr em dúvida a idoneidade das testemunhas, mas simplesmente de não se dar crédito absoluto ao depoimento perfunctório de testemunhas para fins de comprovação de período de serviço de aproximadamente 15 (quinze) anos.
> Não há informações precisas sobre jornada de trabalho, remuneração, férias, continuidade e sobretudo em relação aos períodos de trabalho.
> Abstração feita da súmula nº 149 do E. Superior Tribunal de Justiça, importa enfatizar que a prova testemunhal acaba se demonstrando isolada e sem suporte documental a embasar período tão longo.
> A declaração do Sindicato de Trabalhadores Rurais de Cajuru, de f. 12, não possui qualquer força probatória, por ser produzida por particulares, posteriormente aos fatos, provando apenas a declaração, não os fatos.
> A certidão de dispensa da incorporação não contém o verso, de modo que não se sabe qual a atividade do autor constante do referido documento (f. 21).
> A certidão de propriedade do imóvel pertencente ao empregador não serve de início de prova material, porque não está relacionado com a pessoa do autor, à medida que comprova a existência do imóvel e a propriedade de seu dono.
> Nesse sentido:

'A certidão do Cartório de Registro Imobiliário também não pode ser considerada para o fim colimado pois diz respeito a terceiros e apenas atesta a existência do imóvel rural onde o autor alega ter trabalhado, nada esclarecendo acerca de sua atividade profissional' (TRIBUNAL TERCEIRA REGIÃO, APELAÇÃO CIVEL 489984 Processo: 1999.03.99.044634-1 UF: SP Órgão Julgador: NONA TURMA Data da Decisão: 13/09/2004, DJU DATA: 05/11/2004 PÁGINA: 422 JUÍZA MARISA SANTOS).

Há, isso sim, outros documentos juntados que podem incrementar o tempo de serviço do autor, por uma questão de bom senso e Justiça - muito embora alguns anos já foram considerados pelo INSS no procedimento administrativo.

Com efeito, o documento de matrícula da Auto Escola Tamoio, de 1974, traz a profissão de lavrador. O mesmo ocorre na certidão de casamento do autor, de 1978. Contudo, o INSS já reconheceu os anos de 1972 e 1978 nos autos do procedimento administrativo, época em que trabalhava para Yukio Katagua (f. 11).

Sendo assim, considerando-se o início de prova material referente ao ano de 1974, não há por que não se considerar todo o período entre 1972 e 1978 como de atividade rural, nada obstante não seja possível conceder o benefício de aposentadoria por tempo de serviço por não haver completado o mínimo de 30 (trinta) anos exigido pelo art. 52 da Lei nº 8.213/91.

Considerando-se que há prova testemunhal sobre todo o período e prova documental sobre o início e o fim desse período, o bom senso aconselha seja reconhecido como tempo de serviço, para fins previdenciário, o período entre 01/01/1972 e 31/12/1978.

... " (fls. 165/167)

Observa-se dos fundamentos que o colegiado entendeu ser extremamente temerário "dar crédito absoluto ao depoimento perfunctório de testemunhas para fins de comprovação de período de serviço de aproximadamente 15 (quinze) anos", pois que não haveria "informações precisas sobre jornada de trabalho, remuneração, férias, continuidade e sobretudo em relação aos períodos de trabalho".

Sim, porque, se o autor nasceu em 18/8/1951, em 1/1/1961 contava apenas 9 anos de idade, sendo de suma importância o esclarecimento acerca das circunstâncias e condições em que o labor foi desempenhado.

Ora, se as testemunhas não lograram esclarecer tais dúvidas, o "documento" ora apresentado e tido por novo deveria ter tal aptidão, pelo menos se analisado em conjunto com as provas apresentadas na lide originária.

Transcrevo, novamente, as lições do doutrinador:

"No que diz com as repercussões do juízo rescindente, o texto legal parece sugerir uma espécie de superposição entre ele e o juízo rescisório. [105] É que, como a lei exige que o documento novo seja idôneo, 'por si só', a assegurar um 'pronunciamento favorável', a procedência do pedido de cassação parece levar diretamente ao juízo rescisório, e, nele, ao êxito do autor da rescisória.

[105 - Conforme observou Salvatore Salta, embora não de forma específica para a hipótese de que se trata, na prática, juízos rescindente e rescisório podem se apresentar de tal forma interpenetrados, fundindo-se um em outro (cf. *Commentario* ..., vol. II, p. 344).]

Contudo, é preciso cautela, porque a suficiência do documento novo para assegurar a vitória da parte, exigida pela lei, parece considerar o conjunto probatório que existia quando proferido o julgamento do mérito. [106] E, como o documento lá não estava, então, parece lícito presumir que outros eventuais elementos que poderiam se contrapor a tal documento também lá não estivessem. Por outras palavras, a produção do documento novo deve ser suficiente para mostrar que, naquele quadro probatório formado no processo originário, o êxito seria daquele que, agora, figura como autor da rescisória. Mas isso não parece ser decisivo para obstar a que seja dada àquele que figura como réu na ação rescisória, diante do documento novo, oportunidade de complementar sua atividade probatória. Tal é o que decorre da garantia do contraditório.

[Tanto que acórdão do STJ, anotado por Theotônio Negrão, entendeu ser 'necessário que a inicial da rescisória explicite por que [os documentos novos] seriam capazes, por si, de assegurar pronunciamento favorável' (cf. *Código de Processo Civil* ..., p. 510, nota 34 ao art. 485 do CPC).]

A questão é saber se a produção, por parte do réu na rescisória, desses outros elementos de convicção que possam se contrapor ao documento novo (elementos que não foram produzidos no processo originário) é, desde logo, um ônus a cargo do demandado, de sorte a impedir o acolhimento do pedido rescindente.

Nada obstante, como já dito, a suficiência do documento novo seja, em princípio, aferida a partir do quadro probatório que se formou no processo originário, e embora seja certo que a garantia do contraditório impõe seja dada ao réu na rescisória a oportunidade de demonstrar a inidoneidade do documento para alterar a conclusão a que chegara o julgamento rescindendo, tal demonstração deve ser feita no âmbito da própria ação rescisória. Por outras palavras, é ônus do demandado (na rescisória), sem prejuízo de outras alegações defensivas de que disponha, apresentar eventuais novos elementos de que disponha - elementos, esses, que, não apresentados no processo originário, agora se justificam, diante da superveniência da prova produzida pelo autor (também da rescisória).

Com isso o contraditório estará plenamente garantido; e, supondo que o documento novo realmente preencha os requisitos exigidos pela lei (e interpretados pela doutrina e pela jurisprudência), se o réu não for capaz de apresentar outros elementos que infirmem tal eficácia probatória, então, será forçosa a procedência do pedido de desconstituição, que, ao que tudo indica, levará diretamente a um novo julgamento, favorável ao autor da rescisória.

Disso se extrai que, na verdade, a produção do documento novo no âmbito da rescisória nem mesmo se aproxima da configuração de um *error in procedendo*, apto a invalidar o processo, fazendo-o retroceder à fase de instrução, perante o órgão singular, para que outra sentença seja prolatada, agora com base no documento novo (e, eventualmente, com base em outros elementos que tivessem sido contrapostos a esse documento novo). A valoração da eficácia do documento novo e desses outros elementos deverá ser feita diretamente no bojo da própria ação rescisória. Nessa linha de raciocínio, não se descarta que o réu, no processo da ação rescisória, argua a falsidade do documento novo trazido pelo autor da referida demanda. A questão que se põe consiste em saber qual a forma pela qual tal alegação deve ser feita e, principalmente, que órgão tem competência para dela conhecer.

> Nos termos do art. 390 do CPC, compete à parte contra quem o documento foi produzido suscitar o incidente de falsidade, que, como já visto, tem natureza de ação declaratória incidental. Portanto, esse o remédio de que deverá se valer o réu diante da falsidade do documento novo que embasou a ação rescisória.
> A questão é saber se tal requerimento pode ser feito perante o tribunal e, assim, por ele decidido. Não se trata apenas da questão da realização de prova pericial para apurar a falsidade, que, nos termos do art. 492 do CPC, poderia ser delegada ao órgão de primeiro grau. Trata-se de saber se o tribunal pode declarar falso (ou autêntico) o documento em questão.
> Partindo-se da premissa de que a competência originária do tribunal é tão-somente para o pedido de rescisão do acórdão (desconstituição e novo julgamento); considerando-se, ainda, que as regras de competência originária dos tribunais, por seu caráter de exceção, comportam interpretação estrita; considerando-se, finalmente, a natureza de ação declaratória do mencionado 'incidente', é forçoso concluir pela incompetência do tribunal para conhecer e julgar tal demanda, que, portanto, deverá ser ajuizada em primeiro grau de jurisdição. Passará, então, a existir relação de prejudicialidade entre o julgamento da rescisória, de um lado, e o julgamento da ação declaratória, de outro, nos ternos do art. 265, IV, 'b', do CPC."
> (FLAVIO LUIZ YARSHELL, *in* "AÇÃO RESCISÓRIA: JUÍZOS RESCINDENTE E RESCISÓRIO", Malheiros Editores, 2005, pp. 332/334).

Repise-se que o autor pede que se reconheça o período de 1/1/1961 a 31/12/1971, ou seja, desde os 9 anos de idade.

Observe-se que o tempo reconhecido (1/1/1972 a 31/12/1978) se deu porque havia prova indiciária da atividade rural relativa aos anos de 1971 (último dia do ano - certificado de dispensa de incorporação - fls. 35), 1974 (matrícula em curso de motorista profissional em auto-escola - fls. 31) e 1978 (certidão de casamento de terceiro, da qual o autor constou como testemunha - fls. 32), documentos nos quais o autor foi qualificado como lavrador.

Daí a exigência do julgador da ação originária acerca da descrição das atividades empreendidas pelo autor em período tão remoto.

Não é autorizado na estreita via da ação rescisória desautorizar tal interpretação, pois isso implicaria reexame da causa, o que, como se sabe, é vedado nesta via excepcional.

Tal intuito é objeto de confissão do autor na inicial, quando afirma que:

> "O acórdão foi publicado às fls. 159, no DJU de 15/12/05 e não houve interposição de recurso, pois naquele momento estaria obstado pela Súmula 7 do Colendo Superior Tribunal de Justiça". (fls. 03)

Diz a referida Súmula:

> "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

Ora, se o reexame da prova não é viável na via extraordinária, por que o seria na ação rescisória?

Segundo as lições acima referidas, na ação rescisória por documento novo "a

procedência do pedido de cassação parece levar diretamente ao juízo rescisório, e, nele, ao êxito do autor da rescisória", ou seja, o documento deve, em conjunto com a prova já produzida na lide originária, dar um tal grau de certeza ao julgador da rescisória que fica praticamente impossível rejeitar o pleito formulado na lide originária.

Não cabe, portanto, falar em reexame da prova testemunhal tida por inapta à comprovação dos fatos alegados, e muito menos numa nova produção de prova deficientemente produzida, como pretendeu o autor em seu requerimento de fls. 392 e 394.

Mesmo porque o documento indiciário não é, propriamente, prova. A prova dos fatos, em casos como o presente, se dá pelo depoimento das testemunhas, servindo a prova indiciária apenas para dar um grau de certeza maior de que os fatos ocorreram tal como narrados.

Esta Terceira Seção tem rejeitado pleitos em que os documentos tidos por novos nada acrescentam ao panorama probatório produzido na demanda originária:

> "PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. DOCUMENTO NOVO PREEXISTENTE AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO SUBJACENTE. INICIO DE PROVA MATERIAL. FALTA DE APTIDÃO PARA ASSEGURAR PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL. ERRO DE FATO. INOCORRÊNCIA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. JUSTIÇA GRATUITA.
> I - A jurisprudência do colendo STJ é pacífica no sentido de que em razão da condição desigual experimentada pelo rurícola, é de se adotar a solução *pro misero* para reconhecer o documento como novo, ainda que preexistente à propositura da ação originária.
> II - Os documentos apresentados como novos pela demandante não são capazes, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável, na forma exigida pelo art. 485, VII do CPC, uma vez que não trouxeram qualquer novidade à causa, já que não indicaram eventual retorno do marido da autora às lides rurais.
> III - A certidão eleitoral acostada aos presentes autos foi emitida em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão rescindenda (03.09.2008), ou seja, em 18.02.2009, não podendo ser caracterizado como documento novo, consoante precedentes do E. STJ (AI 569.546 - AgRg, rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 24.08.2004, negaram provimento; v. u.; DJU 11.10.04, p. 318).
> IV - No caso em tela, houve na decisão rescindenda explicita valoração de todos documentos apresentados pela autora como início de prova material, não havendo que se falar em erro de fato.
> V - Não há condenação da autora aos ônus da sucumbência por ser beneficiária da Justiça Gratuita.
> VI - Preliminar rejeitada. Pedido em ação rescisória que se julga improcedente." (AR Proc. 2009.03.00.010189-9, Rel. Des. Fed. SERGIO NASCIMENTO, j. em 22-04-2010, decisão unânime)

> "PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, VII E IX, CPC. DOCUMENTAÇÃO NOVA. ERRO DE FATO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. PEDIDO RESCISÓRIO. IMPROCEDÊNCIA.
> - Matéria preliminar que se confunde com o mérito.
> - Art. 485, VII, CPC: documento novo é o produzido anteriormente ao trânsito em

julgado da decisão que se pretende rescindir, cuja existência era ignorada pela parte, a quem compete o ônus de demonstrar a inviabilidade de sua utilização na instrução do processo subjacente. Deve ter força probante suficiente para, *de per se*, garantir pronunciamento favorável àquele que o oferta. Infirma-o, porém, o fato de não ter sido ofertado na ação primeva por mera negligência.
- Dadas as disposições supra, é possível concluir que a certidão de imóvel trazida à rescisória não serve ao desiderato esperado, de comprovar faina como rurícola em regime de economia familiar.
- Segundo extratos cadastrais da labuta do cônjuge, ele era autônomo, condutor de veículos, e se aposentou por invalidez como 'comerciário/contribuinte individual', o quê discrepa da prova material carreada e da oral produzida.
- Para casos que tais, o conjunto probatório deve ser coeso, harmônico e robusto, necessidade, *in casu*, não atendida.
- Não restou esclarecido o motivo que teria impedido a juntada do documento em foco, por ocasião da instrução da demanda primígena.
- Art. 485, IX, CPC: há quatro circunstâncias que devem concorrer para a rescindibilidade do julgado com base no dispositivo em alusão, ou: a) que a decisão nele seja fundada [no erro]; b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, vedada a produção de quaisquer outras provas; c) que não tenha havido controvérsia acerca do fato, d) tampouco 'pronunciamento judicial' (§ 2º).
- O aresto, do qual se deseja a rescisão, apreciou todos elementos de prova então coligidos, por meio dos quais pretendia a requerente demonstrar a labuta campestre ao lado do ex-cônjuge.
- Por força da precariedade do conjunto probatório a instruir o feito, houve-se por bem reformar a sentença de procedência do pedido de aposentadoria por idade a rurícola.
- Sem condenação nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios.
- Pedido rescisório improcedente."
(AR Proc. 2007.03.00.064485-0, Rel. Des. Fed. VERA JUCOVSKY, j. em 25-06-2009, decisão unânime)

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido. Deixo de condenar o autor ao pagamento dos encargos decorrentes da sucumbência, tendo em vista ser beneficiário da assistência judiciária gratuita (fls. 39), seguindo a orientação adotada pelo STF no sentido de que "a exclusão do ônus da sucumbência se defere conforme a situação atual de pobreza da parte vencida", pois "ao órgão jurisdicional não cabe proferir decisões condicionais" (Ag. Reg. nos REs. 313.348-9-RS, 313.768-9-SC e 311.452-2-SC).

Comunique-se ao Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Taquaritinga - SP, por onde tramitam os autos de nº 1110/98, dando-se ciência do inteiro teor deste acórdão.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0004015-30.2009.4.03.6126
(2009.61.26.004015-4)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: IRACI SILVEIRA DE OLIVEIRA E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DAVID DINIZ
Classe do Processo: AMS 1589434
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/08/2011

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. ABONO DE PERMANÊNCIA. RECEBIMENTO INDEVIDO APÓS APOSENTADORIA. ERRO ADMINISTRATIVO. MÉTODO DA MÁXIMA COERÊNCIA. INTEGRIDADE DO DIREITO. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, BOA-FÉ, IGUALDADE, JUSTIÇA E VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. NATUREZA ALIMENTAR DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. JURISPRUDÊNCIA. COERÊNCIA DO ESTADO-JUIZ. INEXIGIBILIDADE DOS VALORES.

I - Em termos de um modelo prático, para solução de casos difíceis - que denominamos como “máxima coerência” - ver o direito como integridade implica não ver conflito entre os princípios, mas ver o caso difícil sendo abordado por duas possibilidades de solução (proposições jurídicas).

II - Princípio da solidariedade, consagrado na Constituição Federal como objetivo da República (art. 3º, I: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”), mas também implícito na convivência em comunidade, que implica o respeito ao próximo, o auxílio mútuo para reduzir o sofrimento do outro, o sentimento de união, a cooperação.

III - A dignidade humana deve ser vislumbrada no tocante ao caráter sabidamente alimentar das prestações previdenciárias.

IV - Resta inegável o *status* de princípio da boa-fé, com base constitucional, e passível de irradiação sobre todas as relações jurídicas, devendo sempre norteá-las.

V - A igualdade exige, ainda, que o Estado trate a todos com os mesmos respeito e consideração, sendo isto devido aos seres humanos enquanto pessoas morais, livres e iguais.

VI - O justo, na concepção de Aristóteles, é o equitativo, o meio-termo. De todas as virtudes, a justiça é a única que consiste no bem de um outro, “pois, de fato, ela se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro [...]”.

VII - Diante disso, não seria possível se falar em arranhão ao princípio que veda o enriquecimento sem causa. Sendo evidente a máxima coerência da proposição com princípios tão basilares ao direito, entendemos que tal princípio não foi violado, uma vez que deve ser encarado, não isoladamente, mas em conjunto com todos os demais.

VIII - Importância da jurisprudência e dos precedentes, uma vez que demonstram o entendimento adotado pelo Estado através de seus juízes, que buscaram as respostas corretas. Importante, portanto, é privilegiarmos o sólido posicionamento do

Estado-juiz neste caso, ajudando a manter, dessa forma, sua coerência. Outrossim, a boa-fé do beneficiário e a natureza alimentar das verbas previdenciárias dão ensejo à irrepetibilidade de valores recebidos indevidamente.

IX - Não se trata, por isso mesmo, de mera alegação do caráter alimentar das verbas previdenciárias feita prima facie, de pronto, para afastar a lei. Trata-se, na verdade, de um raciocínio principiológico de interpretação do direito, que prima pela coerência das decisões judiciais, com fulcro, no caso em tela, na vasta jurisprudência do STJ. Imprescindível ressaltar, por fim, que com isso não se afasta a incidência dos dispositivos legais que disciplinam a repetição dos benefícios indevidos.

X - Em suma, construindo o direito como integridade, nos termos do que foi dito acima, podemos concluir que, em havendo má-fé do beneficiário, maculada está a máxima coerência com os princípios e, por conseguinte, a irrepetibilidade, de modo que não se está declarando inconstitucionalidade dos artigos de lei, em perfeita observância à súmula vinculante nº 10 do STF. Havendo, por outro lado, boa-fé (cumulada, neste caso específico, com erro da previdência) esta coerência é alcançada e o entendimento esposado pelo Estado-juiz da irrepetibilidade das verbas previdenciárias por sua natureza alimentar é, mais uma vez, mantido.

XI - Dessa maneira, chegamos à inegável conclusão de que a proposição que mantém a máxima coerência com os princípios é a que deve prevalecer.

XII - Não existem, outrossim, motivos para reformar a r. sentença de parcial provimento que determina a inexigibilidade dos referidos valores.

XIII - Apelação do INSS improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, *DECIDE* a Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo do INSS, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2011.

Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo INSS em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para o fim de reconhecer a inexigibilidade pelo INSS dos valores recebidos pelo falecido segurado a título de abono de permanência, exigidos de seus herdeiros. Haja vista a sucumbência recíproca, a autarquia deverá arcar com os honorários advocatícios do seu respectivo patrono. Não houve condenação em custas processuais.

O INSS, em suas razões de inconformismo, pugna pela reforma da r. sentença, argumentando que o falecido continuou recebendo indevidamente abono de permanência após se aposentar, por quase dez anos, de modo que a devolução dos valores percebidos é de rigor, sob pena de enriquecimento sem causa, independentemente do caráter alimentar dos benefícios previdenciários e da boa-fé do segurado (fls. 407/409).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.
É o relatório.
Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ (Relator):

1. Introdução

Breve histórico dos fatos

No caso em tela, são autores de ação de declaração de inexistência de débito previdenciário a viúva meeira do segurado falecido Argeu Rodrigues de Oliveira, Iraci Silveira de Oliveira, e seus oito filhos e herdeiros.

Argeu trabalhou como servidor público por vários anos, recebendo o (agora extinto pela Lei nº 8.870/94) benefício do abono de permanência. Aposentou-se definitivamente em maio de 1995, e, nada obstante, continuou recebendo o abono, acreditando tratar-se de complementação da aposentadoria, até sua morte, em dezembro de 2004, totalizando um período de quase 10 anos.

Quando de sua morte, a viúva, ao requerer a pensão por morte, questionou sobre a "complementação", oportunidade em que o INSS a notificou para que se manifestasse acerca dos valores indevidamente recebidos. Após processo administrativo, do qual resultou a necessidade de devolução do que havia sido recebido pelo segurado falecido a título de abono, a viúva ingressou com ação para ver atendida sua pretensão de inexigibilidade de devolução, bem como de inclusão do abono no cálculo de sua pensão por morte, em decorrência de direito adquirido do segurado, apesar da extinção por lei do abono. Alega, para tal, que o recebimento se deu de boa-fé e na total ignorância de que não era devido, além de ser decorrente de erro grosseiro do INSS.

A sentença reconheceu a inexigibilidade dos valores, porém não concedeu a complementação da pensão. Em sede de apelação, passa-se a discutir tão-somente a inexigibilidade da quantia recebida a título de abono, já que a autora não apresentou recurso do capítulo da sentença que não reconheceu o direito adquirido ao abono para fins de inclusão na pensão da viúva.

Importante ressaltar, por fim, que não se cuida de família abastada, o que é facilmente perceptível no esboço da partilha constante dos autos (fls. 391/396). O pai falecido era a figura central desta família, residindo em seu único imóvel, no valor de R$ 101.534,73, com a esposa e cinco dos seus oito filhos. Possuía um único veículo, modelo 1988, no valor de R$ 5.397,00.

Portanto, *o ponto central do feito diz respeito à correção da conduta do INSS em cobrar a devolução dos valores do abono recebido pelo falecido após se aposentar.*

1.2 Que Direito solucionará esse caso?

De plano, na perspectiva positivista, identificamos os seguintes dispositivos legais relacionadas à situação:

Lei 8213/91:
"Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios:
...
II - pagamento de benefício além do devido;
...
§ 1º Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé".

Decreto 3048/99:
"Art.154. O Instituto Nacional do Seguro Social pode descontar da renda mensal do benefício:
...
II - pagamentos de benefícios além do devido, observado o disposto nos §§ 2º.
...
§ 2º A restituição de importância recebida indevidamente por beneficiário da previdência social, nos casos comprovados de dolo, fraude ou má-fé, deverá ser atualizada nos moldes do art. 175, e feita de uma só vez ou mediante acordo de parcelamento na forma do art. 24 independentemente de outras penalidades legais.
§ 3º Caso o débito seja originário de erro da previdência social, o segurado, usufruindo de benefício regularmente concedido, poderá devolver o valor de forma parcelada, atualizado nos moldes do art. 175, devendo cada parcela corresponder, no máximo, a trinta por cento do valor do benefício em manutenção, e ser descontado em número de meses necessários à liquidação do débito".

Bastam esses textos para conformar a norma-julgamento do caso?

Todo julgamento implica um olhar; olhar a partir de um ponto de vista. Não temos como nos aproximar de um caso judicial sem alguma précompreensão teórica de como vemos o direito. *Grosso modo*, temos *duas grandes perspectivas* nesse olhar teórico: *a positivista e a pós positivista*[1]. A grande diferença que existe entre ambas as abordagens está na forma como cada uma vê a relação entre o direito e a moral (entendida esta, não como ética existencial, mas moralidade política, que consagra princípios com Justiça, Equidade, Solidariedade, Dignidade Humana etc.). O *positivismo*[2] entende que é possível definir o que é regra de direito em uma sociedade *prescindindo de valoração moral*, ou seja, existe uma separação conceitual entre direito e moral. Já o pensamento *pós-positivista*[3] vê o *direito*

[1] Pode-se falar tanto em "pós-positivismo", como em "positivismo contemporâneo" ou "neoconstitucionalismo" ou ainda "positivismo principialista".

[2] Os grandes representantes do pensamento positivista do Século XX são: H. L. Hart (*El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992) e Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

[3] Despontaram na segunda metade do Século XX: *Robert Alexy* nos seguintes livros, (*El Concepto de la Validez del Derecho*. 2 ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997); (*Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, São Paulo: Landy Editora, 2001); (*Teoria de los Derechos Fundamentales*, 2 reimpresión, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001); (*Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica*, trad. De Manuel Atienza, en Doxa, num. 5, 1988) e *Ronald Dworkin*, nos livros: (*El Império de la Justicia*, 2. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 1992); (*Los Derechos en Serio*. 4. reimpresión. Barcelona: Editorial Ariel, 1999); (*O Império do Direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999); (*Uma Questão de Princípio*, São Paulo: Martins Fontes, 2000).

como conectado com a moral: não é possível definir uma regra jurídica, sem que essa candidata passe antes pelo crivo da concordância dos princípios de moralidade política. Embora grande parte dos princípios morais estejam contemplados nas constituições ocidentais (como nossa CF/88), o problema persiste, pois o positivista privilegia o valor segurança jurídica, acolhendo a idéia de norma válida em um plano absolutamente formal. Com isso o pensamento tradicional por vezes esvazia a força normativa do princípio atribuindo a ele eficácia limitada.

No caso em estudo, a resolução da lide na perspectiva positivista, na ótica positivista, seria desfavorável aos apelados. De fato, uma leitura fria da lei nos levaria a crer que os valores do benefício posteriormente considerado indevido deveriam ser restituídos ao INSS, o que nos leva a entender que a boa-fé do segurado apenas lhe daria a possibilidade de devolver os valores em parcelas, não à desoneração do dever de restituir, no entanto.

E se propuséssemos uma outra perspectiva: olhar os mencionados textos legais a partir dos princípios constitucionais. Primeiro os princípios; depois, as leis.

No caso em tela, *a questão será por nós abordada à luz da teoria pós-positivista* dos princípios constitucionais, marcadamente desenvolvida pelo jus-filósofo norte-americano Ronald Dworkin (com aproximação do direito como integridade - *integrity*) e pelos pensadores alemães Habermas (que desenvolveu a "ética do discurso") e Luhman (propositor da "teoria dos sistemas complexos"). Utilizaremos a concretização inspirada na reflexão de Dworkin.

2. Princípios, Interpretação e Coerência

O *balancing*, modelo de ponderação de princípios, foi introduzido por Dworkin no início dos anos 60. No Brasil, nada obstante a recepção tardia da distinção entre "princípios" e "regras", o *balancing*, ou ponderação entre princípios constitucionais na solução de casos difíceis, tem sido amplamente utilizado como critério para resolver esse dilema. Contudo, Dworkin, já nos anos 70 não fala mais em ponderação, este filósofo do Direito passou a desenvolver um modelo de aproximação dos casos difíceis que recebeu formatação completa em seu livro *Law's Empire*, que denomia o direito como "integridade". Pode ser útil, uma vez que nos permite resolver situações de conflito entre princípios sem arbitrariedade/discricionariedade.

Parece-me que essa abordagem teórica do Direito propicia melhor lastro para novo modelo de concretização dos princípios constitucionais, particularmente, novo modelo interpretativo, hábil a enfrentar os diversos *cases* não triviais. Ou seja, a resolução de demandas utilizando-se a tradicional "ponderação" sustenta-se na compreensão dos princípios em conflito, privilegiando-se um deles no caso concreto. O problema é que essa eleição pode conter muito de arbitrário. Escolhe-se o interesse (princípio) vencedor; ao depois, justifica-se com o *balancing*. A idéia de "integridade" em Dworkin, somando-se a elementos da "ética do discurso" de Habermas e da "teoria dos sistemas de Luhman, pode nos indicar novos caminhos na interpretação de demandas constitucionais. Aqui, faremos breve anotação à noção de "integridade" no autor norte-americano, por ser a mais importante na sustentação do método que estamos trabalhando no caso.

Resumidamente o Direito como integridade é uma teoria não cética das pretensões juridicamente protegidas[4]: sustenta que as pessoas têm como pretensões juridicamente

[4] Cf. Ronald Dworkin, *O império do direito*, p. 186.

protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo. Esses princípios são (recorde-se que Dworkin fala a partir da realidade norte-americana): a justiça, a equidade e o devido processo legal (legalidade)[5]. Assim, para Dworkin, os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem os casos difíceis tentando encontrar, em um conjunto de princípios coerentes sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade[6]. O princípio da integridade desempenha o papel de equilibrar a justiça, a equidade e a legalidade. *É um chamado aos juízes para que atuem com* "coerência narrativa" *na captação do fenômeno jurídico*[7].

Tentemos trazer para o plano da metodologia da interpretação de casos judiciais essas importantes noções. Estamos pensando em termos de um *modelo prático, para solução de casos difíceis* - que denominamos como "*máxima coerência*"[8]. Na apreciação de um caso, teremos duas ou mais possibilidades de solução: a sustentada pelo autor, a sustentada pelo réu e soluções intermediárias eventuais. Qual delas é a melhor? Uma resposta simples seria: aquela mais de acordo com o Direito. Mas o que é o Direito? Sem aprofundar esse tema, entretanto assumindo a perspectiva pós-positivista, diríamos que o Direito pode ser representado por um conjunto pragmaticamente coerente de princípios, grande parte deles com esteio constitucional. Dessa maneira a "resposta certa" para o caso viria da alternativa de solução que mais mantivesse coerência com o conjunto dos princípios constitucionais.

Voltemos ao caso concreto. A "máxima coerência" implica não ver conflito entre os princípios, mas ver o caso difícil sendo abordado por *duas possibilidades de solução* (proposições jurídicas): a) *os apelados devem devolver os valores recebidos* a título de abono de permanência, após a aposentadoria do segurado falecido, do INSS; b) *os apelados não devem restituir os valores, porquanto o segurado os recebeu de boa-fé, acreditando serem devidos.*

Qual dessas proposições deve prevalecer?

A "máxima coerência" não aborda o caso como se houvesse conflito entre princípios (vedação ao enriquecimento sem causa *versus* boa-fé), mas procura responder à questão acima com a seguinte proposta metodológica: *qual dentre as proposições - candidatas a norma em concreto - mantém mais coerência com o conjunto de princípios constitucionais estruturantes de nosso direito e que são relevantes para o caso*? Note-se: não se avaliam - como no *balancing* - os ganhos e perdas de cada um dos dois princípios (que apóiam cada uma das proposições), como em um duelo. Pelo contrário, olha-se a integridade do

5 O ideal interpretativo da integridade, como proposto por Dworkin, no Brasil exigiria que alguns princípios fizessem parte desse conjunto fundante e estruturante, sobremaneira dois: princípio da solidariedade e o princípio da dignidade da pessoa humana. Uma sociedade pobre, miserável como a nossa, em que poucos ganham muito e muitos ganham pouco, que possui problemas sociais que vão desde a existência de trabalho escravo até a exploração da prostituição infantil, sem dúvida que dever-se-ia exigir que todas as decisões políticas tomadas contribuíssem - direta ou indiretamente - para, se não eliminar, pelo menos reduzir esses vícios sociais.

6 Cf, Ronald Dworkin, *El império de la justicia*, p. 183/184.

7 Cf. Marisa Iglesias Vila, *El problema de la discreción judicial - uma aproximación al conocimiento jurídico*, p. 154.

8 Esse método, que passamos a chamar de *máxima coerência*, que tem sido objeto de nossa reflexão atual, busca inspiração não apenas na *integrity* de Dworkin, mas também na ética do discurso de Jürgen Habermas.

direito (composto não apenas por esses dois princípios, mas por outros) e se pergunta: *qual dentre as proposições maximiza, torna superlativo, esse conjunto de princípios reprodutores da ordem jurídica*?

Esse conjunto de princípios inclui não somente aqueles positivados, com esteio na Constituição, mas também aqueles *princípios morais que dão sustentáculo para as leis e para a própria Constituição*, princípios explícitos e implícitos orientadores de todo o direito.

Em uma fase pré-interpretativa, podemos dizer que os princípios sensíveis à demanda posta são: *boa-fé, vedação ao enriquecimento sem causa, igualdade, dignidade da pessoa humana e solidariedade.*

Qual dentre as duas propostas apresentadas para resolver o caso se mostra mais coerente com a melhor teoria, compreensão, interpretação desses princípios relevantes? Ou: qual delas otimiza, mais se harmoniza com o melhor sentido que podemos atribuir a esses princípios?

3. A máxima coerência no caso concreto

3.1 Ponto de partida

A partir da afirmação dos princípios anteriormente expostos como tal, podemos verificar qual das duas *proposições* (devolver os valores recebidos a título de benefício indevido ou não ter de devolver e receber de volta os valores descontados para esse fim) *contempla em sua melhor luz os princípios, como conjunto, orientadores de nosso direito.*

Isso porque entendemos que o direito pede que os juízes o encarem, antes de tudo, como um conjunto de princípios, dentre estes o princípio da justiça e o da equidade. Pede mais. Pede que os juízes apliquem esses princípios nos casos que se lhes apresentem[9]. Por isso, este caso deve se tornar uma questão de justiça, pois assim entendemos o Direito[10].

3.2 Princípio da boa-fé

Inicialmente mostraremos que a boa-fé é princípio basilar de nosso direito. Além disso, é um princípio moral. Com isso, ilumina com ética tanto o direito privado, como o direito público (particularmente, o direito previdenciário).

Releva exame mais meticuloso da boa-fé no direito, de modo a afirmá-la como princípio[11].

---

[9] Errônea a afirmação de que existiria, no caso, um conflito entre boa-fé e enriquecimento sem causa; choque, não há. Na realidade, o que nos incumbe analisar é qual dessas duas soluções guarda máxima coerência com o conjunto de princípios estruturantes do direito, e relevantes para o caso. DWORKIN, Ronald, *O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 291.

[10] DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípio*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 103.

[11] Ao conceituar a boa-fé, é mister que se atente para a distinção entre seu viés subjetivo e objetivo. Nas palavras de Judith Martins-Costa: "A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade com o direito [...]. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. Já por 'boa-fé objetiva' se quer significar - segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos e, bem assim,

Importante ressaltar que *"o princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infra-constitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade.* Configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso"[12].

Note-se que Judith Martins-Costa retira da boa-fé qualquer qualidade de princípio geral[13], tese[14] com a qual, *data venia*, veementemente discordamos.

Entendemos não ser incompatível a ideia da boa-fé, como um princípio, com a sua positivação em uma cláusula geral do Código de 2002, no âmbito do direito obrigacional. Isto apenas reforça sua imprescindibilidade e obrigatoriedade para aqueles mais descrentes de sua eficácia como, por que não, um princípio orientador de todo o direito[15], e não puramente do direito civil, como demonstraremos a seguir, pelo qual todas as relações jurídicas devem se pautar, de modo até a se viabilizar o convívio em sociedade. Se não existisse a necessidade de que todos desejassem se comportar conforme o direito, respeitassem a palavra dada e atuassem com honestidade, lealdade e cooperação, condutas estas tão caras ao conceito de boa-fé, como estaria a sociedade senão no estado de natureza hobbesiano, em que predomina o medo, a insegurança e a guerra de todos contra todos?

Em análise acerca dos códigos oitocentistas e da normatividade dos princípios jurídicos em estudo versando justamente sobre a boa-fé, Jorge Cesar Ferreira da Silva[16], apoiado em Ronald Dworkin e Robert Alexy, defende a normatividade da boa-fé e seu poder de ser fonte direta de eficácia jurídica, em razão de estar vinculada à idéia de princípio. Isso mesmo após o Código de 2002, em que aparece positivada.

Aduz o autor que, progressivamente, foi-se degenerando o "mundo da segurança" criado pelo movimento codificatório oitocentista, pautado na concepção de direito como um sistema fechado e auto-referente, tendo como ápice de sua queda as transformações ocorridas na sociedade do pós-Primeira Guerra. A anatomia do sistema foi modificada, público e privado encontravam sua fonte de validade unificada na Constituição, dando novo destaque aos princípios: "[...] as normas constitucionais, mais abertas que são aos fatos políticos, passaram, de um lado, a ser redigidas atribuindo aos *princípios jurídicos* função decisiva na resolução de problemas práticos e, de outro, a consagrar implicitamente *valores (morais)* a serem seguidos ou buscados na aplicação de todo o ordenamento.

---

daquela que lhe é atribuída nos países da *common Law* - modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por esse modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, *não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo.* A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância [...], seja numa errônea aparência de certo ato [...]."

Cf. MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado - sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 411-412.

12 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil - Contratos*, v. III, 12ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2007, pp. 20-21.

13 MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 412.

14 Ressalte-se ter sido a obra escrita antes do novo Código Civil, pugnando pela necessidade de adoção das cláusulas gerais (nestas se incluindo a da boa-fé) para a realização de um modelo jurídico aberto e da integração da compreensão ética, deixando margem à atuação dos juízes e da doutrina.

15 Opinião esta vislumbrada nas considerações de Caio Mário expostas acima, *vide* pp. 1 e 2.

16 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 37.

Os princípios jurídicos, que até então haviam exercido somente papeis coadjuvantes, passam a disputar a primazia de atenção jurídica. Cumpriu à doutrina, então, melhor estudá-los, sobretudo do ponto de vista jusfilosófico"[17].

Nesse ensejo, a melhor doutrina tem sido a de Dworkin, que define princípio como "[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade"[18].

Na esteira de Dworkin, Robert Alexy[19] aduz que, para a compreensão dos princípios (em Dworkin), é mister atentar para a semelhança que guardam com o valor (moral). Dessa forma, princípios e valores seriam a mesma realidade, considerada ora no seu aspecto *deontológico* (os princípios) ora no *axiológico* (os valores). Portanto, se estamos de acordo que a honestidade, a lealdade entre as pessoas, são valores caros ao convívio, temos na boa-fé um princípio que prestigia esses valores, armando-os com o reconhecimento pelo Estado da lisura, correção dos particulares quando se relacionam, seja no mundo privado, seja naquele das relações Estado x cidadão[20].

Resta, pois, inegável o *status* de princípio da boa-fé, com base constitucional, e passível de irradiação sobre *todas* as relações jurídicas, devendo sempre norteá-las[21].

Destarte, notamos que, já na sentença, não restou comprovada a má-fé do beneficiário do abono indevido, ou seja, ao receber as parcelas juntamente com sua aposentadoria, acreditava, ingenuamente, tratar-se de complementação desta, estava na crença de agir

---

17 SILVA, *op. cit.*, pp. 40-41.

18 DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

19 ALEXY, *Sistema jurídico, principio jurídico y razón práctica, apud* SILVA, *op. cit.*, p. 45.

20 Na lição de Silva, *a boa-fé deve ser considerada princípio*:

"A concretização dos princípios no caso, portanto, passa por tornar juridicamente devido aquilo que, em outras instâncias, seria considerado bom, justo ou correto. Em uma palavra, os princípios, nesta concepção, são pautas de dever-ser (normas) fundadas em valores morais não necessariamente positivados conforme os padrões corriqueiros de produção de normas gerais. Esta característica pode ser bem verificada no princípio da boa-fé" (SILVA, *op. cit.*, p. 45).

Atente-se, ainda, para o papel essencial da boa-fé, sobretudo do seu elemento da confiança, como redutora de complexidade social, segundo a teoria de Niklas Luhmann:

"A sociedade envolve um número incontável, imensamente complexo e formalmente imprevisível de relações sociais, não se podendo, por isso, prever o conjunto de ocorrências futuras. A confiança, assim, age no sentido de diminuir tal complexidade, reduzindo, para o sujeito, a insegurança quanto ao futuro. Com ela, o sujeito tem condições de projetar sua atuação conforme um conjunto relativamente pequeno de possibilidades, excluindo do seu planejamento aquilo que confia - mais do que espera - que não acontecerá" (SILVA, *op. cit.*, p. 49).

Ademais, o fundamento constitucional do princípio da boa-fé, para Teresa Negreiros está no princípio da solidariedade:

"[...] Mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica" (NEGREIROS, Teresa, Teoria do Contrato - novos paradigmas, 2ª ed., São Paulo: Renovar, 2006, p. 117).

21 Acerca disso se manifesta o Ministro do STJ Paulo Medina, no RMS 18.121-RS, com fundamento em Vicente Ráo:

"'O direito se aperfeiçoa, diz Ripert, {a medida que leva em conta a boa-fé. Os autores que a erigem em princípio geral dizem: "a boa-fé não deve ser considerada apenas como princípio geral informador das leis, senão, também, como princípio criador que, de fatos, faz surgir direitos" (A. Valenski, Essai d'une Définition du Droit Basée sur l'Idée de Boné Foi, 1929)/ou, ainda, sustentam consistir a boa-fé em um princípio a que se deve reconhecer a *força de um postulado moral* e de segurança das transações (D'Atienza, Efectos Jurídicos de la Buena Fé, 1935)'. Tenho na presunção da boa-fé um *valor pelo qual deve se orientar toda relação de Direito*, sobretudo a relação de trabalho entre o agente público e o Estado."

conforme o direito. O pagamento do abono continuou a ser efetuado por (grosseiro) erro administrativo do INSS, sem que o beneficiário tenha para tal concorrido. Além disso, completamente escusável que um leigo, pessoa simples, não consiga saber ao certo se uma verba recebida no tempo em que trabalhava se torna indevida com a aposentadoria, como entendeu a r. sentença. Destarte, a proposição que pugna pela não devolução dos valores referentes ao abono de permanência está em perfeita consonância com o princípio da boa-fé, esse imprescindível redutor de complexidade social que proporciona confiança recíproca, sendo fundamental ao bom desenvolvimento das relações jurídicas (e sociais). Inevitável, portanto, que se prestigiem as condutas pautadas pela boa-fé, tanto em seu viés subjetivo, que se verifica no caso, quanto o objetivo.

3.3 Princípio que veda o enriquecimento sem causa

Os códigos modernos dão tratamentos diversos a esse problema, de modo que "reina uma certa desorientação a respeito, seja no conceituar, seja no disciplinar, seja no admitir o Direito positivo a teoria do enriquecimento indevido"[22]. Isso teria se dado em razão da falta de desenvolvimento sistemático da matéria no direito romano.

Todavia, o princípio já estava contido nas máximas "é justo por direito da natureza que ninguém enriqueça com dano e prejuízo de outro" (Pompônio) e "os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar os outros e dar a cada um o que é seu" (Ulpiano), ambas contidas no Digesto.

Por conseguinte, coube aos juristas modernos a elaboração de doutrina geral[23], tendo os romanos vislumbrado os conceitos fundamentais.

É importante não confundir o instituto analisado com a ideia de ilícito, posto que não exige comportamento culposo de qualquer das partes, bastando o fato objetivo[24].

Consiste, pois, na *obtenção de um proveito alheio, sem um título jurídico idôneo (causa) que justifique o enriquecimento*. Pode se dar tanto em relação à transferência patrimonial, quanto à exploração de bens, trabalho ou direitos alheios. Tem como requisitos o enriquecimento e a necessidade de que se dê à custa de outrem[25].

Se lançarmos um olhar panorâmico sobre o ordenamento jurídico, podemos perceber a larga utilização do princípio da vedação ao enriquecimento indevido, que, como ficou demonstrado, também encontra raízes já no direito romano e se consagra em máximas dos célebres juristas clássicos, nas mais diversas áreas, inclusive no direito público. Assim se dá no direito tributário, em que o tributo indevido deve ser restituído ao contribuinte

[22] PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil - teoria geral das obrigações*, v. II, 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 319.

[23] Partiram-se, pois, as legislações em três sentidos: de um lado, as que atribuíram ao enriquecimento indevido a generalidade de todas as hipóteses em que falte ou venha a faltar a causa eficiente da aquisição, instituindo como conseqüência o dever de restituir; de outro, as que seguiram a noção de que o pagamento indevido gera obrigação de restituir, de maneira semelhante a um contrato; e por fim, as que não desenvolveram a teoria do enriquecimento sem causa, mas tão-somente asseguraram a faculdade de repetição do pagamento por erro. Cf. PEREIRA, *op. cit.*, pp. 320-321.

[24] WALD *apud* PEREIRA, *op. cit.*, p. 323.

[25] O Código Civil brasileiro de 1916 adotou a teoria do pagamento indevido, não unificando o enriquecimento sem causa, mas sem que, com isso, permitisse o enriquecimento à custa de outrem. Reza o art. 964: "todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir". No Novo Código, o enriquecimento sem causa ganha capítulo próprio (arts. 884 a 886), sendo o pagamento indevido disciplinado separadamente (arts. 876 a 883).

pelo Fisco, segundo dispõe o art. 165, I do Código Tributário Nacional. Assim se dá no âmbito trabalhista, em que o empregador deve pagar verbas ao empregado por seu trabalho, pois do contrário auferiria vantagem indevida em detrimento deste. Assim também ocorre no direito previdenciário, quando um benefício é pago a mais, devendo, portanto, ser restituído pelo beneficiário aos cofres públicos, por meio, inclusive, de descontos de outros benefícios recebidos do INSS, nos termos do art. 115 da lei 8213/91.

Outrossim, embora positivada em alguns dispositivos legais, *a vedação ao enriquecimento sem causa pode ser considerada princípio na perspectiva pós-positivista*, posto que fundada, por sua essência, em valor moral: o enriquecimento em detrimento de outrem, sem uma causa moral, legítima, que o permita, é de todo reprovável na convivência em sociedade, posto que desrespeita o *alter*, o igual, a dignidade do outro. Seria, consequentemente, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado Constituição, em seu art. 1º, III, sob a ótica aqui dos "deveres individuais e coletivos[26]".

Voltando ao estudo do caso. Usar a expressão "enriquecimento" para descrever a percepção da pensão por Argeu toca nos limites da crueldade. As suas condições financeiras modestas e seu papel central na família revelam a utilização meramente alimentar do que recebeu, sem qualquer acréscimo patrimonial que nos autorizasse falar em enriquecimento Ou seja, podemos discutir se foram devidos ou não os pagamentos feitos ao falecido. Esse é um ponto. Agora, fora de propósito falar-se em enriquecimento sem causa.

3.4 Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade (tradução em termos cristãos de "fraternidade") possui dignidade constitucional de alcance fundamental. Como anota Zagrebelsky, "el deber de solidaridad significa que se puede endosar a alguien uma carga em atención al bien de outro". Continua o citado constitucionalista italiano que "el principio constitucional de solidaridad permite al menos situar el comienzo de la discusión em el âmbito de um valor objetivo y sustraerla a la pura pasión subjetiva. Con todo, el principio aún no encierra la solución, siendo evidente la importância que tienen em ella lãs valoraciones concretas: sobre todo, la comparación del bien general que se quiere alcanzar com la entidad del bien individual puesto em peligro. El derecho "por princípios" muestra así com claridad su esencial dimensión concreta y la ineludible llamada que contiene a la prudência de quien debe hacerlo vivir sin embalsamarlo o hacerlo absoluto como um fetiche[27].

Comecemos pelo *princípio da solidariedade*, consagrado na Constituição Federal como objetivo da República (art. 3º, I: "construir uma sociedade livre, justa e solidária"), mas também implícito na convivência em comunidade, que implica o respeito ao próximo,

---

[26] Embasando esse pensamento, coloca-se Serpa Lopes (SERPA LOPES, Miguel Maria de, *Curso de Direito Civil - fontes acontratuais das obrigações - responsabilidade civil*, v. V. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 69): "Um preceito moral, na verdade, nos proíbe enriquecer com a fortuna alheia. Mas por que razão há êsse ditame moral? E a resposta só pode ser técnica e consiste em que seria uma *injustiça* desequilibrar-se um patrimônio contra a vontade de seu titular, sem lhe proporcionar os meios indispensáveis a obter o seu reequilíbrio. Assim, não nos ligamos exclusivamente a um aspecto técnico da obrigação senão a um *princípio superior de ordem moral, mas que lastreia, de um modo geral, todo o Direito*, e não particularmente o instituto de que estamos cogitando. Critica-se a teoria da equivalência das prestações, acusando-a de nos dar um aspecto matemático. Não é verdade. O desequilíbrio se traduz em fatos materiais que serão apreciados através de um sentimento de Justiça".

[27] Cf. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 3ª edição, tradução do italiano para o espanhol de Marina Gascón. Madrid, Editorial Trottal, 1999, p. 144.

o auxílio mútuo para reduzir o sofrimento do outro, o sentimento de união, a cooperação. A solidariedade exige, destarte, que se minimize o sofrimento dos apelados, que não só perderam marido e pai, como ainda teriam de restituir valores que, quando recebidos pelo falecido, serviram o seu próprio sustento, posto que o patriarca era o centro dessa família. Esse pai partiu na crença de ser sua herança, que consiste na casa habitada por quase todos eles e um veículo automotor no valor de R$ 5.397,00, último ato de sustento da família. Partiu com a tranquilidade de não deixar dívidas para trás. Solidário, pois, é não reconhecer tal dívida e não permitir que essa família se utilize do pouco que lhe foi deixado para restituir valores que, longe de gerar enriquecimento indevido, garantiram-lhes subsistência.

Consequentemente o seu pleito está em consonância com o vetor jurídico e moral da solidariedade.

3.5 Princípio da dignidade da pessoa humana[28]

A vinculação entre as pensões previdenciárias e o provir à subsistência é uma das marcas mais fortes do estado de bem estar social, que embora tenha nascido no início do Século XX, sobrevive em nosso tempo, particularmente na Constituição Brasileira (art. 194 e seguintes).

O regime da Seguridade Social abrange não apenas o referido aspecto previdenciário, como também o da assistência social (art. 203, C. F.). Por amparar, proteger, a família, os idosos, as crianças, os adolescentes, independente de contribuição, nota-se que o objetivo é a valorização da vida humana, dando-se o necessário apoio a quem não tem condições de provir a própria subsistência. Com isso, notamos que a vida é elevada à condição de um valor intrínseco; ou seja, não instrumental.

Também deve ser levado em conta o *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III CF), à luz do qual a vida, valor tão caro, deve ser privilegiada, protegida, resguardada. Atenta contra a dignidade humana exigir-se que a pessoa obrigada a devolver valores que foram por ela utilizados para sobreviver fisicamente. Sendo a vida humana prestigiada, não devem ser devolvidas as verbas pelos herdeiros face seu caráter alimentar de necessidade. Vejamos mais atentamente este ponto.

A dignidade humana deve, na verdade, ser vislumbrada no tocante ao *caráter sabidamente alimentar*[29] *das prestações previdenciárias* percebidas pelo falecido, auxiliando no sustento de toda a família, mantida por ele.

---

[28] José Afonso da Silva, invocando o magistério de Canotilho, explica: "Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. 'Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir "teoria do núcleo da personalidade" individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana'. Daí ocorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana." (SILVA, JOSÉ AFONSO DA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª edição revista, São Paulo: 1994, p. 106 e 107).

[29] *Vide* item 4 *infra*.

3.6 Princípio da igualdade

A igualdade, enquanto princípio de moralidade política, também lança um olhar diferenciado ao caso. De fato, a isonomia não é apenas uma determinação para que não haja discriminação injustificada, sem critério objetivo, pelo legislador ao regulamentar as relações sociais. Possui um outro ângulo que é mais genérico, e que torna essa determinação ao legislador um caso particular. Esse ângulo mais genérico é o seguinte: o Governo, por meio de todos os seus órgãos, em particular o INSS, deve tratar a todos os contribuintes/segurados/cidadãos com igual respeito e consideração. O Governo deixa de tratar um cidadão com consideração quando lhe impõe um ônus que ultrapassa os limites da justificação moral. Quando exige o cumprimento de uma regra que obriga esse cidadão a ter dificuldade de sobrevivência para cumprir a regra. Por isso que no âmbito tributário existem princípios, como o princípio da capacidade contributiva. Na hipótese em estudo, a exigência de que os apelados devolvessem as parcelas que recebeu a título alimentar é uma exigência que denota falta de consideração por parte do Governo para com pessoas que não se locupletaram à custa dos cofres públicos, mas que apenas custearam a sua existência no plano meramente físico, com o abono que o falecido recebia.

Por conseguinte, percebemos a incidência do *princípio da igualdade*, num sentido ligado mais propriamente à justiça social, à dignidade humana, ao mínimo existencial. Igualdade referente à igual consideração que devem gozar todos os membros de uma comunidade. Igualdade atrelada à possibilidade de participação de todos na riqueza social coletiva, mesmo daqueles que para esta não puderam contribuir com seu trabalho, seja pelas mais diversas razões, tais como deficiências, doenças, idade avançada e incapacidades de toda a sorte. A justiça distributiva determina que esses membros sejam igualados na medida de suas desigualdades. A igualdade exige, ainda, que o Estado trate a todos com os mesmos respeito e consideração, sendo isto devido aos seres humanos enquanto pessoas morais, livres e iguais. Assim, no caso em tela, a proposição (candidata a norma em concreto) guarda coerência com a igualdade, na medida em que, ao não obrigarmos os herdeiros do falecido a restituir o abono, *prestigiamos a dignidade humana*, nos termos do que já foi posto acima, *que os valores do abono ajudaram a garantir quando do seu recebimento*. A igualdade não permite, ainda, que se obriguem viúva e filhos à restituição desejada pelo INSS sob pena de serem prejudicados de tal maneira a se desigualarem dos outros membros da comunidade, sob pena de terem *ferida sua própria dignidade* devido à falta que tal soma (referente a dez anos de abono) lhes fará, uma vez que a família, como já ficou estabelecido, não é abastada, de tal sorte que a condenação em pagar ao INSS os R$ 12.500,38 exigidos lhes causará grave desigualdade e gerará dificuldades em seu sustento.

A proposição também se coaduna, diante de tudo isso, com um *princípio de justiça*. O justo, na concepção de Aristóteles, é o equitativo, o meio-termo. De todas as virtudes, a justiça é a única que consiste no bem de um outro, "pois, de fato, ela se relaciona com o próximo, fazendo o que é vantajoso a um outro, quer se trate de um governante ou de um membro da comunidade[30]". O bem do segurado falecido foi majorado pelo recebimento, de boa-fé, do abono de permanência juntamente à aposentadoria, ainda que indevido. Ademais, faremos o bem aos seus herdeiros ao não os obrigar a um dispêndio sem sentido

[30] *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 105.

do que lhes foi deixado como providência, como segurança para a subsistência no futuro, face à perda de uma das figuras centrais de sua família.

Ante o exposto, será mesmo possível se falar em arranhão ao *princípio que veda o enriquecimento sem causa*? Sendo *evidente a máxima coerência da proposição* com princípios tão basilares ao direito, entendemos que tal princípio *não foi violado*, uma vez que deve ser encarado, não isoladamente, mas em conjunto com todos os demais, sobretudo os anteriormente explicitados.

4. A coerência do Estado-juiz

Ressaltamos, por fim, não se sustentar o entendimento da autarquia apelante no sentido de que a *lacônica alegação* do caráter alimentar dos benefícios previdenciários não se pode sobrepor a dispositivos de lei plenamente vigentes.

Entendemos que o Estado, representado pelos juízes, deve ser vislumbrado como um ser personalizado que, analogamente a uma pessoa, deve manter coerência entre suas convicções e ações. Destarte, o juiz, na busca pela resposta correta ao problema concreto que se lhe coloca, procura, na integridade do direito, aquela que maximiza, torna superlativo, o conjunto de princípios reprodutores da ordem jurídica; aquela solução que guarda a maior coerência possível com os princípios orientadores do direito. É desse contexto que se extrai a importância da jurisprudência e dos precedentes, uma vez que demonstram o entendimento adotado pelo Estado através de seus juízes, que buscaram as respostas corretas. Importante, portanto, é privilegiarmos o sólido posicionamento do Estado-juiz neste caso, ajudando a manter, dessa forma, sua coerência. Outrossim, a boa-fé do beneficiário e a natureza alimentar das verbas previdenciárias dão ensejo à irrepetibilidade de valores recebidos indevidamente, inclusive quando tais verbas sejam decorrentes de antecipação dos efeitos da tutela. Nesse sentido:

> "PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. RESTABELECIMENTO DE APOSENTADORIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER ALIMENTAR DO BENEFÍCIO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
> *1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da impossibilidade da devolução dos proventos percebidos a título de benefício previdenciário, em razão do seu caráter alimentar, incidindo, na hipótese, o princípio da irrepetibilidade dos alimentos.*
> *2. Recurso Especial conhecido e improvido."*
> *(STJ, REsp. 446.892/RS, 5T, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU18.12.2008, p. 461).*

> "AGRAVO REGIMENTAL. DEVOLUÇÃO DE DIFERENÇAS RELATIVAS A PRESTAÇÃO ALIMENTAR. DESCABIDA.
> *O caráter eminentemente alimentar dos benefícios previdenciários faz com que tais benefícios, quando recebidos a maior em boa-fé, não sejam passíveis de devolução. Agravo regimental a que se nega provimento."*
> *(AgRg no REsp 705.249/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 20/2/2006).*

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DEVOLUÇÃO DE VALORES POR SENTENÇA RESCINDIDA. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. VIA INADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O STJ firmou entendimento de que os benefícios previdenciários têm natureza alimentar, razão pela qual se submetem ao princípio da irrepetibilidade.

2. Ademais, é incabível a devolução ao erário de valores recebidos por força de decisão judicial transitada em julgado, visto que o servidor teve reconhecido o seu direito de modo definitivo por sentença transitada em julgado, por inequívoca boa-fé do servidor, inobstante seja rescindida posteriormente.

3. Em tema de recurso especial, não é possível o prequestionamento de matéria constitucional, porquanto implicaria em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no REsp 691012/RS, Relator Desembargador Convocado Celso Limongi, DJ 15/04/2010)

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. POSTULAÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. PENSÃO POR MORTE. VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE TUTELA ANTECIPADA POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO. DISPOSITIVOS DA LEI DE BENEFÍCIOS QUE REGEM HIPÓTESES DIVERSAS. PRECEDENTES DA QUINTA E SEXTA TURMAS. ALEGADA OFENSA À CLÁSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97). NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STF E STJ. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, sedimentou o entendimento sobre o tema para assentar que, em se tratando de verba alimentar percebida por força de tutela antecipada, posteriormente revogada, aplicável a jurisprudência consagrada por este Tribunal, pautado pelo princípio da irrepetibilidade dos alimentos.

2. O 'art. 115 da Lei nº 8.213/91 regulamenta a hipótese de desconto administrativo, sem necessária autorização judicial, nos casos em que a concessão a maior se deu por ato administrativo do Instituto agravante, não agraciando os casos majorados por força de decisão judicial' (AgRg no REsp 1.054.163/RS, Sexta Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 30/6/08).

3. Não caracteriza ofensa à reserva de plenário a interpretação dispensada por órgão fracionário de Tribunal a dispositivo de lei que, mediante legítimo processo hermenêutico, tem sua incidência limitada a determinadas hipóteses.

4. Embargos de declaração acolhidos, com excepcionais efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso especial."

(EDcl no REsp nº 996.850 / RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 04/11/2008)

Não se trata, por isso mesmo, de mera alegação do caráter alimentar das verbas

previdenciárias feita *prima facie* para afastar a lei. Trata-se, na verdade, de um raciocínio principiológico de interpretação do direito, que prima pela coerência das decisões judiciais, com fulcro, no caso em tela, na vasta jurisprudência do STJ. Imprescindível ressaltar, por fim, que com isso não se afasta a incidência dos dispositivos legais que disciplinam a repetição dos benefícios indevidos (no mesmo sentido, o EDcl no REsp nº 996.850/RS, colacionado supra).

Tal constatação é embasada, ainda, pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que podemos vislumbrar na Reclamação 6944/DF (Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJ 23/06/2010) ajuizada pelo INSS contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que declarava a inexigibilidade de benefícios pagos a maior pela autarquia. A autarquia pugnava pela cassação do referido acórdão por afastar a aplicação dos artigos 115 da lei 8213/91 e 273 e 475-0 do CPC, que versam, respectivamente sobre a devolução desses valores e a tutela antecipada, e por isso violando a súmula vinculante nº 10 do STF. Dada a perfeita adequação do julgado ao tema, permitimo-nos citar trechos:

> "Contudo, a simples ausência de aplicação de uma dada norma jurídica ao caso sob exame não caracteriza, tão somente por si, violação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, é possível que dada norma não sirva para desate do quadro submetido ao crivo jurisdicional pura e simplesmente porque não há subsunção".

> "Na espécie vertente, o Superior Tribunal de Justiça não afastou a aplicação dos referidos dispositivos com fundamento em norma constitucional, apenas adotou entendimento de que não é exigível a restituição de benefício previdenciário recebido acima do valor devido, como se percebe no voto condutor do acórdão reclamado: 'Como dito na decisão ora agravada, é pacífico o entendimento de que, tendo natureza alimentar as parcelas recebidas de boa-fé, a maior e em razão de decisão que majorou o benefício de pensão por morte, é descabida a restituição requerida pelo INSS'".

A matéria foi objeto de mandado de segurança (STF, MS 26.085, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJ 07/04/2008), citado ao longo da Reclamação, em que se assentou que os valores recebidos indevidamente devem ser restituídos ao Poder Público somente se demonstrada a má-fé da parte beneficiária, uma vez que o princípio da legalidade se conjuga, sistemicamente, com os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, e por isso a anulação de atos administrativos, sobretudo os geradores de direito, deve se pautar também por estes princípios, por vezes cedendo a estes.

Este entendimento também já foi adotado pela Primeira Turma da própria Corte, em caso semelhante ao analisado na Reclamação:

> "Como assentado na decisão agrava, quanto à alegada afronta ao art. 97 da Constituição da República, o Tribunal a quo não declarou a inconstitucionalidade ou afastou a incidência das normas contidas no art. 115 da lei 8213/91 e no art. 475-O do Código de Processo Civil, apenas assentou que, na espécie vertente, não seria devida a restituição dos valores pagos, em razão da jurisprudência ora dominante e da boa-fé da parte beneficária".

(STF, AI 746.442-AgR/RS, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 23/10/2009)

Por conseguinte, conclui a ilustre Ministra Cármen Lúcia na Rcl 6944, julgada improcedente, que o Superior Tribunal de Justiça, ao privilegiar a boa-fé e a segurança jurídica, apenas seguiu o *entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal*, não negando vigência a dispositivos legais com fundamento em conflito com a Constituição.

Entendemos, nessa esteira, que a lei não pode se submeter a uma aplicação meramente subsuntiva e fria, sendo necessário se atentar para as circunstâncias concretas, bem como para os princípios e a jurisprudência, no ensejo de se realizar a verdadeira justiça. Aos dispositivos supramencionados, portanto, não é negada vigência, pois não são simplesmente desprezados. São, sim, interpretados da maneira mais coerente com a Constituição e os princípios basilares do direito, que lhe dão sua própria razão de ser, na busca contínua por se manter as leis vigentes, ao invés de as revogar, reforçando sua presunção de constitucionalidade. Interpretados também segundo a jurisprudência (do STJ e do STF), essa manifestação do entendimento do Estado-juiz firmada conforme o desenrolar dos casos concretos, que suscitam discussão sobre a interpretação das leis.

Em suma, construindo o *direito como integridade*, nos termos do que foi dito acima, podemos concluir que, em havendo má-fé do beneficiário, maculada está a máxima coerência com os princípios e, por conseguinte, a irrepetibilidade, de modo que não se está declarando inconstitucionalidade dos artigos de lei, em perfeita observância à súmula vinculante nº 10 do STF. Havendo, por outro lado, boa-fé (cumulada, neste caso específico, com erro da Previdência) esta coerência é alcançada e o entendimento esposado pelo Estado-juiz da irrepetibilidade das verbas previdenciárias por sua natureza alimentar é, mais uma vez, mantido.

5. Conclusão

Dessa maneira, chegamos à inegável conclusão de que a proposição que mantém a máxima coerência com os princípios é a que deve prevalecer, sendo esta, no caso, a de que os valores recebidos pelo falecido segurado a título de abono de permanência posteriormente à sua aposentadoria não encontram razão de restituição.

Não existem, outrossim, motivos para reformar a r. sentença de parcial provimento que determina a inexigibilidade dos referidos valores.

Diante do exposto, *nego provimento ao recurso de apelação da autarquia.*

É como voto.

Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0015619-62.2011.4.03.0000
(2011.03.00.015619-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E SINDICATO NACIONAL DOS APOSENTADOS, PENSIONISTAS E IDOSOS DA FORÇA SINDICAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MÁRCIA HOFFMANN
Classe do Processo: AI 441228
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/07/2011

DECISÃO

Fls. 164/171: requerimento formulado pelo Instituto Nacional do Seguro Social objetivando "a reconsideração parcial de decisão anterior, solicitando a suspensão também parcial da liminar do juízo monocrático impugnado pelo presente agravo, de forma a autorizar o cumprimento da decisão judicial proferida conforme o cronograma e abrangência ora apresentados".

Segundo alegado, "a autarquia previdenciária, em cumprimento às decisões do TRF da 3ª Região e do STF, a fim de conferir segurança e estabilidade jurídicas, evitando inclusive o surgimento e/ou prolongamento de milhares de ações judiciais, propõe-se, em incontestável reverência ao princípio da isonomia e rigoroso obséquio à autoridade das decisões da Corte Suprema, a realizar a revisão de cerca de 117 mil benefícios previdenciários que se subsumam à hipótese tratada pelo STF e por este Colendo Tribunal Regional (impacto mensal de 28 milhões de reais), bem como o pagamento de valores atrasados a cerca de 130 mil pessoas (impacto de 1,7 bilhão de reais)".

Quanto ao cronograma do pagamento propriamente dito, propõe-se "a revisar, administrativamente, os cerca de 117 mil benefícios previdenciários ativos que se enquadrem no decidido pelo STF no RE nº 564.354, implantando na folha de pagamentos dos mesmos referente ao mês de agosto de 2011, paga entre os últimos dias deste mês e os primeiros do mês de setembro subsequente, os novos valores de renda mensal doravante devidos"; já com relação aos valores pretéritos, em vez do parcelamento dos montantes devidos a cada beneficiário, "em face do elevado impacto financeiro da decisão, e considerando também as restrições orçamentárias atuais, não havendo disponibilidade financeira para o imediato pagamento desses valores atrasados e em uma única oportunidade para todos os beneficiários atingidos com as alterações do teto previdenciário instituídos pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/03, a autarquia previdenciária se compromete a cumprir a sua obrigação a partir do estabelecimento de uma ordem prioritária, mas escalonada, de adimplemento, tendo como critério norteador o montante devido a cada beneficiário", a saber:

Valores atrasados por faixa	Quantidade de benefícios	Data de pagamento
até R$ 6.000,00	68.945	Até 30/10/2011
de R$ 6.000,01 até R$ 15.000,00	28.122	Até 31/05/2012
de R$ 15.000,01 até R$ 19.000,00	15.553	Até 30/11/2012
acima de R$ 19.000,01	15.661	Até 31/01/2013
Total	128.281	

A justificar o fato de a estimativa em questão exceder "em 01 (um) mês o prazo concedido na decisão proferida no agravo de instrumento, o qual previa o final de 2012 como limite para esses pagamentos", refere "que esta última parcela abrange apenas uma pequena parte dos beneficiários", além do que "este diminuto excesso no prazo anteriormente fixado por esta relatoria, de apenas um mês, é plenamente justificável em face da proposta da autarquia contemplar os segurados de todo o país, enquanto que essa mesma decisão restringia seus efeitos aos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul".

Conforme esclarecido, "a proposta de revisão e pagamento apresentada pelo INSS compreende os benefícios concedidos entre 5 de abril de 1991 a 1º de janeiro de 2004, não se lhe aplicando aos que são anteriores a essa data", isto é, "a revisão atenderá os estritos termos do precedente do STF beneficiando os titulares de benefícios concedidos a partir de 05 de abril de 1991 e que, em 12/98 e 12/2003, recebiam o teto previdenciário vigente, respectivamente, de R$ 1.081,50 e R$ 1.869,34".

Obriga-se, por fim, a efetuar o pagamento "das diferenças devidas nos últimos 05 (cinco) anos que antecedem o ajuizamento da ACP nº 0004911-28.2011.4.03.6183, fato ocorrido em 05 de maio de 2011, ou então a contar da data de eventual pedido administrativo de revisão ou, ainda, do ajuizamento de eventual ação revisional individual, o que ocorrer primeiro", mais "os valores referentes às parcelas que se vencerem entre a data do ajuizamento da ação civil pública e a implantação da diferença ora em tela na folha mensal dos beneficiários".

Acrescenta que "no intuito de não acarretar qualquer prejuízo material aos beneficiários contemplados com a revisão, o INSS procederá ao adimplemento dos valores atrasados devidos aos segurados reajustados pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social", bem como "os segurados que tenham ações judiciais em curso poderão celebrar termo de acordo para encerramento das respectivas ações, conforme autorização que será concedida aos demais procuradores federais responsáveis pela representação do INSS em juízo, tendo os benefícios revistos e recebendo os atrasados nas mesmas condições e prazos ora estipulados".

A conclusão posta na manifestação em tela pela Advocacia-Geral da União, por meio de sua Procuradoria-Geral Federal, de que "as balizas acima delineadas certamente constituem uma solução viável para a questão, tanto do ponto de vista jurídico quando sob o aspecto financeiro, encerrando, assim, a judicialização desse tema", recebeu o aceite dos autores da ação civil pública em epígrafe, ora agravados, sintetizado nos termos seguintes, *ipsis verbis* (fls. 178-180):

> "O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e o SINDICATO NACIONAL DOS APOSENTADOS, PENSIONISTAS E IDOSOS DA FORÇA SINDICAL vêm, através da Procuradora Regional da República infra-assinada e dos representantes judiciais do Sindicato infra-assinados, se manifestar sobre a proposta de acordo formulada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos seguintes termos:
> 1.0 Preliminarmente, cumpre consignar que a presente manifestação teve a importante colaboração do ilustre colega, Procurador da República Jefferson Aparecido Dias, que oficia no feito em primeiro grau, bem como foi resultado de audiência de conciliação presidida por V. Exa., na data de hoje, contando com a participação do Presidente do Sindicato-autor João Batista Inocentini, e o diretor de assuntos jurídicos Marcelo Gato, e representantes da Advocacia Geral da União,

Procuradoria Geral Federal e procuradores do INSS.
2.0 Como é cediço, os autores não são titulares dos direitos coletivos cuja defesa a ordem constitucional o incumbiu. Quando exercem o encargo de promover o interesse de toda a coletividade devem fazê-lo sempre em nome da sociedade, por isso que o maior desafio das soluções conciliatórias é justamente permitir que a negociação possa ser vantajosa aos direitos em questão.
3.0 Os autores intentaram a ação civil púbica n° 000498-28.2011.4.03.6183, pleiteando eficácia para todo o território nacional, com os seguintes pedidos:
a) a condenação da Autarquia Previdenciária na obrigação de recalcular, no âmbito administrativo, os benefícios previdenciários concedidos antes da vigência dos novos tetos do Regime Geral de Previdência Social estabelecidos pelo artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20/98 e pelo artigo 5° da Emenda Constitucional n° 41/2003 que tenham sido concedidos sob outros limites de acordo com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 564.354, com repercussão geral;
b) o pagamento dos valores retroativos decorrentes deste recálculo.
4.0 O douto juízo federal da 1ª Vara Previdenciária da Seção Judiciária de São Paulo concedeu medida liminar acolhendo todos os pedidos e determinando o imediato recálcu1o dos benefícios bem como o pagamento do montante atrasado, sem qualquer parcelamento, em noventa dias, sob pena de multa diária de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).
5.0 O INSS interpôs o presente agravo buscando a reforma integral da decisão ou alternativamente ampliação do prazo para o pagamento dos atrasados, exclusão da multa e restrição dos efeitos à competência territorial do juízo *a quo*.
6.0 Esta insígne Relatora deferiu parcialmente a suspensão da decisão liminar fixando em 120 dias o prazo para cumprimento do recálculo do pagamento dos benefícios, deferindo o prazo de 180 dias para a apresentação de cronograma de pagamento dos valores retroativos, reduzindo a multa coercitiva a R$ 100.000,00 (cem mil reais), excluindo os benefícios de natureza acidentária, e limitando a decisão aos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul.
7.0 Por sua vez, em 15 de Julho passado a Autarquia apresentou a reconsideração da decisão, com a seguinte proposta de cumprimento da decisão (fls. 164/171):
a) a revisão administrativa de cerca de 117.000 benefícios previdenciários ativos, abrangendo todo o país, inclusive os benefícios acidentários, que se enquadrem pelo STF no RE 564354, efetuando o recálculo dos valores do benefício a partir do mês de agosto de 2011, com o respectivo pagamento entre os últimos dias de agosto e os primeiros do mês de setembro;
b) em relação aos valores pretéritos o INSS pagaria de acordo com o seguinte cronograma: (...)
8. A autarquia justificou o escalonamento do pagamento em virtude das restrições orçamentárias atuais.
9.0 Os autores, ora agravados, após examinarem com atenção as proposições do INSS na mencionada audiência de conciliação, realizada na data de hoje, manifestam sua concordância integral com os termos propostos porque foram resguardados os direitos da coletividade, garantindo-se a solução nacional e imediata do problema da forma menos gravosa para o patrimônio social da Seguridade Social.

10.0 Cumpre consignar que, conforme acordado nesta mesma oportunidade, as partes do processo também se comprometeram a manter aberto o canal de negociação especialmente para garantir solução administrativa expedita para os casos de segurados que por apresentarem sintomas comprovados das graves doenças relacionadas na lei 11.052/2004 não possam aguardar o atendimento do cronograma de pagamento dos atrasados, bem como os segurados que façam jus à revisão objeto da ação civil pública mas que não estejam contemplados na lista do INSS, assim como os sucessores dos benefícios cessados que estejam em situação análoga aos benefícios ativos.

Diante de todo o exposto, requer a aceitação dos termos de cumprimento da decisão consoante pleiteado pelo INSS, com a extinção do agravo em virtude desta conciliação, e a imediata remessa da decisão para o juízo *a quo* para a homologação do acordo e extinção do processo com julgamento do mérito."

Do que cumpre examinar, a reconsideração, nos moldes sugeridos pelo próprio agravante, do decreto inicialmente proferido, que concluiu por suspender parcialmente o cumprimento da decisão agravada, "quer quanto à imposição, ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, de 'pagamentos dos valores atrasados sem quaisquer parcelamentos', quer com relação à atribuição de eficácia 'para todo o território nacional, devendo ser cumprida no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa diária de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)', fixando em 120 (cento e vinte) dias, a contar da intimação desta decisão, o prazo para cumprimento da determinação de recálculo nos moldes do decidido no julgamento do Recurso Extraordinário 564.354-SE, e em 180 (cento e oitenta) dias, também a contar da intimação deste *decisum*, o prazo para apresentação de cronograma para pagamento dos valores retroativos, estabelecida em R$ 100.000,00 (cem mil reais) a multa diária em caso de inadimplemento de quaisquer destas determinações, limitadas, na forma da fundamentação supra, aos benefícios previdenciários, com exclusão daqueles de caráter acidentário, em nome dos beneficiários dos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul" (fl. 133), tem lugar não apenas à vista do disposto na nova redação conferida ao parágrafo único do artigo 527 do Código de Processo Civil pela Lei 11.187/2005 - "A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do 'caput' deste artigo, somente é possível de reforma no momento do julgamento do agravo, *salvo se o próprio relator a reconsiderar*" (grifos meus) -, mas principalmente à luz do entendimento a que chegaram as partes ao ensejo da aludida reunião, em que promovidas, pelos envolvidos na demanda de conhecimento, tratativas no sentido de se resolver definitivamente a discussão trazida ao Judiciário, estabelecidos os parâmetros, por meio de acordo a ser homologado perante o juízo *a quo*.

É fato que a autocomposição naturalmente implica concessões mútuas. Pedro Lenza, citando Mancuso, recorda que "não se pode negligenciar o fato de que, por um lado, o aforisma (*sic*) popular alerta que 'é melhor um mau acordo de que uma boa demanda' (com isso gizando os inconvenientes das pendências judiciais quando possam ser evitadas ou abreviadas); de outro lado, haverá casos em que a não celebração do acordo iria contra a tutela do interesse difuso objetivando. Imagine-se que a empresa poluente, reconhecendo ser fundada a pretensão inicial apresente plano para instalação, em três meses, dos equipamentos necessários, fazendo prova de que estão encomendados. Em casos que tais, a intransigência do autor na recusa ao acordo não se justificaria, porque nas ações

coletivas o interesse reside menos em 'vencer' a causa, do que obter, de algum modo, a melhor tutela para o interesse difuso questionado" (*In*: *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2005, p. 78-79). A essência é a mesma em se tratando de direitos individuais homogêneos com reconhecido interesse social e cuja defesa pelo Ministério Público decorre igualmente de previsão constitucional, aqui robustecida pela presença do Sindicato Nacional dos Aposentados no litisconsórcio ativo.

Nem sempre obtida a conciliação, quer pelo histórico dos entes públicos, de perfil procedimental mais conservador, quer pela prevalência de resistências por vezes sem justificação aparente, o fato é que, diante da iniciativa do próprio INSS, a partir dos esforços despendidos junto ao governo para se chegar à forma de pagamento proposta, com o escopo de fazer cumprir o decidido no julgamento do Recurso Extraordinário 564.354, fortalecida, a mais não poder, pela concordância manifestada pelos autores da ação civil pública, nos termos supra, não se pode admitir que o Estado-juiz deixe de prestigiar a perspectiva inovadora que se propõe para solução do litígio, que, sob todos os aspectos, acarretará melhores resultados e a um custo infinitamente menor, qualquer seja o ângulo analisado.

Inegável, nesse ínterim, que, a partir da proposta conciliatória atrelada em estimativa de quitação das pendências já na esfera administrativa, independentemente da via tradicional dos precatórios judiciais, apresentada pela autarquia previdenciária em prol da contemplação de segurados de todo o país atingidos pelo teor da decisão do Supremo Tribunal Federal concernente à readequação dos tetos, caem por terra, ao menos nesse momento, questões outras inicialmente postas por ocasião da interposição do recurso, ainda que de expressiva relevância sob o aspecto processual.

Poderiam dar azo a questionamentos, à guisa de exemplo, como se extrai do pedido final posto no âmbito do agravo, a reclamada invalidação do *decisum* do juízo de primeiro grau "pela inadequação da via processual eleita, impossibilidade jurídica do pedido, ilegitimidade do MP e pela violação ao art. 2º da Lei n. 8.437/92" (fl. 16), para não dizer, outrossim, da restrição dos efeitos da decisão aos limites da competência territorial do órgão julgador (questão que, de toda sorte, doutrina e jurisprudência, como já apontado, não têm chegado a bom termo), e mesmo da subversão das regras de competência ao se incluir, no pacto ajustado (repita-se, a ser referendado pelo juízo federal de origem), também os benefícios acidentários, cuja atribuição remonta à Justiça Estadual.

Nada obstante, é mais do que aconselhável desprender-se de certos dogmas quando o que está em jogo é a busca por novos rumos para resolução de conflitos e intranqüilidades, para que se alcance, concretamente, a paz social, fim maior do Direito, mais ainda quando os operadores jurídicos se vêem diante de tese absolutamente inédita, como a que ora se põe, precursora do cumprimento de julgado fruto de atividade da Suprema Corte no âmbito da repercussão geral.

Sugerido e aceito o acordo, não me parece justo nem aceitável que surjam empecilhos para sua chancela, ainda que sob o pálio da prevalência do interesse público presente, até porque impossível perder de vista que sua decantada indisponibilidade "não implica que o Poder Público não possa ou não deva, em certas condições, submeter-se a pretensões alheias ou mesmo abdicar de determinadas pretensões" (Eduardo Talamini. *A (in)disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais* (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). Revista de Processo, nº 128, outubro de 2005, p. 59), de que são exemplos as autorizações elencadas na Lei

9.469/97, já com a redação modificada pela Lei 11.941/2009, no sentido de que "O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)" (Art. 1º, *caput*); "O Advogado-Geral da União poderá dispensar a inscrição de crédito, autorizar o não ajuizamento de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos da União e das autarquias e fundações públicas federais, observados os critérios de custos de administração e cobrança" (Art. 1º-A); "Os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a não-propositura de ações e a não interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou opoentes, nas condições aqui estabelecidas" (Art. 1º-B); e "O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal e os dirigentes máximos das empresas públicas federais e do Banco Central do Brasil poderão autorizar a realização de acordos, homologáveis pelo Juízo, nos autos do processo judicial, para o pagamento de débitos de valores não superiores a R$ 100.000,00 (cem mil reais), em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de 30 (trinta)" (Art. 2º, *caput*), além da própria permissão, no âmbito dos Juizados Especiais, a partir da Lei 10.259/2001, de transações em causas de até 60 (sessenta) salários mínimos, cediço que "o fundamento constitucional dessas autorizações legislativas gerais para a transação vincula-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade", em que "ponderam-se os custos da permanência da disputa judicial, que, aliás, oneram o Estado duplamente, como parte e como judicante - e constata-se que em muitos casos é menos oneroso encerrar desde logo a disputa" (Talamini, obra citada, p. 68).

De se lembrar, por outro lado, que, no logos do Direito, é usual a presença da noção de razoável, "(...) próximo do bom senso da razão prática e do sentido de medida daquilo que é aceitável num determinado meio social e num dado momento" (Celso Lafer. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p. 74). Na impossibilidade de encontrar um método unívoco de lidar com a multiplicidade que caracteriza a experiência jurídica, os problemas práticos vividos na contemporaneidade buscaram refúgio na lógica do razoável, a qual levou o saber jurídico: "(...) a apreciar a adequação dos meios teóricos aos fins práticos a que se destinavam; a aferir a utilidade das teorias às circunstâncias em que operam; a traçar um limite ao que era desarrazoado sublinhando, de um lado, o absurdo a que levam certas posições se tomadas radicalmente, e equilibrando, de outro, pelo entrechoque de opiniões o impacto das distintas posições (...)." (*ibid*., p. 75).

A situação é paradigmática: o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou, ao processar a repercussão geral e julgar o mérito do Recurso Extraordinário nº 564.354-SE, orientação inequívoca. Nenhum agente político pode ignorar, portanto, que, em 08 de setembro de 2010, extraiu-se posicionamento definitivo, da própria cúpula do Poder Judiciário, cujas conclusões, em matéria constitucional, gozam de autoridade e força, inclusive persuasiva. Trata-se, como já mencionado nestes autos, de prestigiar a exegese da Corte Suprema, no desempenho de seu papel de guardiã da Constituição da República, reconhecendo que decisões desse naipe têm uma vocação natural de expansividade para fora dos

limites do caso concreto. Nesse quadro, razoável que se prestigiem, também, "(...) soluções alternativas para os conflitos inter ou supraindividuais, reputadas como legítimos caminhos para a pacificação social sem todo o custo social e os desgastes econômicos e psicológicos que são inerentes ao processo. Integra a onda renovatória em curso, na qual se propugnam soluções negociadas e coexistenciais, o prestígio à autocomposição mediante a conciliação que evite o processo ou ponha fim a ele." (Cândido Rangel Dinamarco. "Acordos judiciais e a perícia arbitral no processo civil brasileiro". Fundamentos do processo civil moderno. V. II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 965-966).

Por tudo, sobra reconhecer que a proposta apresentada pelo INSS para cumprimento do *decisum* e referendada pelo Ministério Público Federal e Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical parece atender não só aos interesses dos segurados atingidos pela ação civil pública como também soa apresentar-se como o modo mais razoável para atingir, pragmaticamente, aos reclamos de uma justiça mais célere e efetiva, obstando a propositura de milhares de demandas individuais que sobrecarregariam os poderes públicos envolvidos, retardando a prestação jurisdicional e inviabilizando, muito provavelmente, a fruição do bem da vida com a rapidez desejada e merecida pelos segurados da Previdência Social.

Especificamente em sede de ação civil pública, os estudiosos do assunto não têm se esquivado em admitir que "as inovações processuais civis, sobrevindas no bojo da reforma por que vem passando o CPC, laboram no sentido de ser prestigiada a auto-composição pelas partes, como se vê do incentivo à conciliação (inciso IV do art. 125, acrescentado pela Lei 8.952/94); o mesmo se diga quanto à força executória de que se reveste o 'instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores' (art. 585, II); a possibilidade de a transação versar 'matéria não posta em juízo' (art. 584, III, redação da lei 10.352/ 01); e, enfim, superando antigas resistências, a Lei 8.953/94 veio possibilitar que o título executivo extrajudicial possa ter por conteúdo uma obrigação de fazer ou de não fazer, inclusive com multa diária (arts. 632 e 645)", destacando-se que "essas técnicas sinalizam para o ideal da composição dos conflitos com justiça, na perspectiva de uma jurisdição integral", harmonizando-se, outrossim, "com a proposta por um processo civil de estrutura cooperatória onde, segundo Ada Pellegrini Grinover, 'a garantia da imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter um decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em beneficio da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente' (Defesa, contraditório, igualdade e 'par condicio' na ótica do processo de estrutura cooperatória. *In* 'Novas tendências do direito processual', Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 2, 3)." (Rodolfo de Camargo Mancuso, *In*: *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9ª ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2004, p. 337-338).

No mesmo sentido, como asseverado pela eminente Procuradora Regional da República oficiante nestes autos, em ensaio doutrinário sobre o tema, incontestes "as vantagens do processo de conciliação caracteristicamente mais breve, mais econômico, mais adequado às relações continuadas e mais participativo do que a solução imposta por terceiro. A única solução compatível com a lógica de acesso à Justiça no Estado Democrático

de Direito é que os conflitos envolvendo direitos difusos, desde quando possível, possam se beneficiar de todas as vantagens apresentadas pelo instituto da conciliação", pois, afinal, "seguramente o maior benefício proporcionado pela conciliação às partes de um conflito é configurar uma alternativa ao processo, ou à continuidade do mesmo. É uma forma mais econômica de solucionar litígios porque poupa, totalmente ou parcialmente, a movimentação da dispendiosa máquina jurisprudencial. Sob outra perspectiva a conciliação também se afigura bastante vantajosa porque tem o condão de acomodar melhor as desavenças dos envolvidos no conflito, que se sentem sujeitos da decisão e não objeto de um decreto de um terceiro, que por sua origem exógena sempre corre o risco de ter a pecha de injusto, e gerar uma insatisfação latente, ainda que o conflito tenha sido aparentemente dirimido. Não que acordos não possam ser injustos, mas o fato da participação da parte mitiga a sensação da injustiça, o que faz a conciliação ser denominada pelos franceses de 'justice douce'. Por isso, é fundamental que na conciliação as partes estejam em uma situação a mais próxima possível da igualdade material, de modo que possam desempenhar com desenvoltura o papel de sujeito da solução negociada (...)" (Geisa de Assis Rodrigues, *In Anotações sobre a conciliação na ação civil pública e na ação popular que tutelam o meio ambiente*. Revista Brasileira de Direito Ambiental, vol. 14, abril/junho de 2008, p. 221).

De resto, a concordância com tudo que restou estipulado não passa, necessariamente, ao menos do exame que faço no âmbito da atividade individual de Relator, pela extinção do presente recurso, muito menos resulta na imediata formalização judicial do acordo.

Embora não se desconheça uma série de precedentes admitindo a possibilidade, nos próprios Tribunais, de homologação da composição celebrada para que produza regulares efeitos, nos exatos termos do disposto no artigo 269, inciso III, do Código de Processo Civil, em sede de agravo de instrumento, o cenário da atuação jurisdicional, à toda evidência, é mais restrito do que se estivesse em grau de apelação ou mesmo na fase de recursos para as Cortes Superiores, recomendando-se, portanto, aguardar a homologação no juízo de origem, já postos todos os indicativos do interesse na resolução do litígio.

No mais, se a aceitação do cumprimento pelo INSS se dá justamente em razão da decisão proferida, já reconsiderada nos termos ajustados, não se justifica dar cabo do agravo na forma proposta na manifestação assinada pela Procuradora Regional da República e demais interessados, mesmo porque o recurso poderá, eventualmente, seguir seu trâmite regular.

Suficiente, por agora, nesse cenário de composição acordada entre as partes, que se torne efetivo tudo aqui decidido, até porque mantida a multa diária em caso de descumprimento, dando cabo o INSS, efetivamente, de cuidar de fazer tudo que foi determinado e agora aperfeiçoado mutuamente, até que se obtenha, perante o juízo *a quo*, a desejada homologação do acordo e extinção do processo da ação civil pública com resolução do mérito.

Dito isso tudo, em juízo de reconsideração, suspendo parcialmente o cumprimento da decisão agravada, quer quanto à imposição, ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, de "pagamentos dos valores atrasados sem quaisquer parcelamentos", quer com relação à determinação de cumprimento "no prazo máximo de 90 dias, sob pena de multa diária de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)", adotando-se, para o recálculo nos moldes do decidido pela Suprema Corte, os parâmetros apresentados pelo INSS que tiveram

a concordância do Ministério Público Federal e do Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical, a saber, "a revisão administrativa de cerca de 117.000 benefícios previdenciários ativos, abrangendo todo o país, inclusive os benefícios acidentários, que se enquadrem pelo STF no RE 564354, efetuando o recálculo dos valores do benefício a partir do mês de agosto de 2011, com o respectivo pagamento entre os últimos dias de agosto e os primeiros do mês de setembro", bem como a observância ao cronograma para pagamento dos retroativos, na forma da tabela supra, cujo escalonamento prevê a quitação, até 30 de outubro do corrente, do montante inicial de beneficiários (68.945) com quantias pretéritas a que têm direito limitadas a R$ 6.000,00; em seguida, aqueles (28.122) cujos valores atrasados encontram-se na faixa de R$ 6.000,01 a R$ 15.000,00, até 31 de maio de 2010; depois, os segurados (15.553) com passivos da ordem de R$ 15.000,01 a R$ 19.000,00, até 30 de novembro de 2012; por último, a contemplação dos (15.661) que têm a receber acima de R$ 19.000,01, até 31 de janeiro de 2013, estabelecida em R$ 100.000,00 (cem mil reais) a multa diária em caso de inadimplemento de quaisquer destes termos do acordado.

Conforme o solicitado pela Procuradoria Regional da República e co-autor da ação civil pública, proceda-se à "imediata remessa da decisão para o juízo *a quo*" (fl. 180), bem como das respectivas petições (fls. 164-171 e 178- 180), com vistas à homologação do acordo e extinção do processo com julgamento do mérito.

No mais, tal como determinado em primeiro grau, encaminhem-se, aos Diretores das Seções Judiciárias de todo o país, cópias desta decisão e das manifestações de ambos os pólos que oportunizaram a composição em questão.

Intimem-se.

São Paulo, 21 de julho de 2011.

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN - Relatora

DIREITO
PROCESSUAL CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL
0013521-44.2005.4.03.6102
(2005.61.02.013521-9)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apeladas: CIA. ENERGÉTICA SÃO JOSÉ E UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: AC 1229455
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/07/2011

EMENTA

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MPF. OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE EM ELABORAR E EXECUTAR PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (PAS) PARA OS TRABALHADORES INDUSTRIAIS E AGRÍCOLAS DA AGROINDÚSTRIA CANAVIEIRA E FISCALIZAÇÃO PELA UNIÃO FEDERAL, NOS TERMOS DO ART. 36 DA LEI 4.870/65 C/C O ART. 27, "P", DA LEI 10.683/03. COMPETÊNCIA DE UMA DAS TURMAS DA 3ª SEÇÃO DEFINIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL. PREÇO OFICIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E INTERESSE PROCESSUAL POR ADEQUAÇÃO DA VIA. PRECEDENTES. LEI Nº 8.029/90. SUCESSÃO PELA UNIÃO FEDERAL NOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO IAA - INSTITUTO DO ÁLCOOL E AÇÚCAR. APELAÇÃO PROVIDA.

Art. 36 da Lei 4.870/65 não trata de tributo, uma prestação pecuniária em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, mas de obrigação de fazer em benefício dos trabalhadores industriais e agrícolas das usinas, destilarias e fornecedores de cana, açúcar e álcool, consistente em prestar serviços de assistência médica, hospitalar, farmacêutica e social, por meio da reserva e aplicação de parte dos recursos oriundos da comercialização dos produtos.

O Art. 194 da CF define a seguridade social como um conjunto de ações de iniciativa não exclusivas dos Poderes Públicos, mas de toda a sociedade, com fundamento no princípio constitucional da solidariedade.

A instituição do PAS (Plano de Assistência Social) ao setor da produção de cana, açúcar e álcool não ofende o princípio da isonomia, porquanto se trata de exploração de uma atividade econômica que impõe condições severamente penosas aos que nela trabalham, diferentemente de outros setores da economia.

Dever de fiscalização pela União Federal, cabendo ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, por força do Art. 27, I, "p", da Lei nº 10.683/2003 e Art. 1º, XV, da Estrutura Regimental do MAPA, aprovada pelo Decreto nº 5.351/2005.

O esvaziamento da expressão "preço oficial" contida na norma, após a abertura dos preços ao mercado, não elimina a base sobre a qual devem incidir os percentuais previstos, uma vez que o preço de mercado ou o preço de venda satisfazem o estabelecido pelo legislador, que, em uma época em que havia apenas o preço oficial dos produtos, não dispôs, por evidente, de outra forma.

Apelação provida para reformar a sentença, condenando a ré Cia. Energética São José na obrigação de elaborar e executar o plano de assistência social previsto no Art. 36 da Lei 4.870/65, mediante aplicação mensal de 1% sobre o preço do saco de açúcar, 1% sobre o preço da tonelada da cana e 2% sobre o preço do litro do álcool, comercializados, em conta específica, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, assim como a União Federal, por meio do Ministério da Agricultura, na obrigação de fiscalizar a ré quanto à elaboração e execução de referido plano de assistência social.

Sem condenação em custas e honorários advocatícios, nos termos do Art. 18 da Lei 7.347/93 e do Precedente do E. STJ (REsp 785.489/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.06.2006, DJ 29.06.2006 p. 186).

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de julho de 2011.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal em face da sentença, proferida em ação civil pública, de improcedência dos pedidos de condenação da Companhia Energética São José na obrigação de fazer consistente em elaborar e executar plano de assistência social (PAS) para os trabalhadores industriais e agrícolas da agroindústria canavieira, e de condenação da União Federal na obrigação de fazer consistente na fiscalização da ré, nos termos do Art. 36 da Lei 4.870/65 c/c o Art. 27, "p", da Lei 10.683/03.

O MM. Juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos, ao fundamento de que "muito embora o artigo 36, da Lei 4.870/65 não tenha sido revogado e seja compatível com a atual ordem constitucional, houve a perda da eficácia da norma por fatos posteriores consistentes no fim da intervenção estatal no mercado alcooleiro." Assim, "sem os recursos para a implementação do PAS, restam sem efeito a obrigação de fazer determinada pelo artigo 36, da Lei 4.870/65". "(...) observo que não se pode imputar à União omissão no dever de fiscalização do cumprimento do artigo 36, da Lei 4.870/65 na medida em que a norma passou a ter eficácia contida."

O Ministério Público Federal requer a reforma da sentença, sustentando que o fato de não haver preço oficial, visto que a União deixou de intervir no domínio econômico, não significa que a exação deixou de ter base de cálculo, pois a oficialidade nunca foi da essência do preço da cana de açúcar e álcool. Outrossim, o preço não se confunde com o fato gerador da contribuição, que é o faturamento.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento da apelação.

Distribuídos os autos à C. Terceira Turma, esta, à unanimidade, declinou da competência

para uma das Turmas integrantes da 3ª Seção, com arrimo no precedente firmado pelo Órgão Especial no Conflito de Competência 201003000074618, de relatoria do Eminente Desembargador Federal André Nabarrete.

Autos redistribuídos à minha relatoria em 20/05/11.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental, por tratar-se de matéria exclusivamente de direito.

Peço dia.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Inicialmente, anoto que não pretendo abordar as preliminares de incompetência da Justiça Federal, ilegitimidade ativa do Ministério Público e ausência de interesse processual por inadequação da via, todas rejeitadas em 1º grau de jurisdição, porquanto são questões pacificadas na jurisprudência, conforme julgados ao final transcritos.

A Lei 4.870/65, que, dentre outras providências, dispôs sobre a produção açucareira, a receita do Instituto do Açúcar e do Álcool e sua aplicação, impôs aos produtores de cana, açúcar e álcool, em seu Art. 36, uma obrigação de fazer, *in verbis*:

> "Art. 36: Ficam os produtores de cana, açúcar e álcool obrigados a aplicar, em beneficio dos trabalhadores industriais e agrícolas das usinas, destilarias e fornecedores, em serviços de assistência médica, hospitalar farmacêutica e social, importância corresponde no mínimo, as seguintes percentagens:
> a) de 1% (um por cento) sobre o preço oficial de saco açúcar de 60 (sessenta) quilos, de qualquer tipo, revogado o disposto no art.8º do Decreto - lei nº 9.827, de 10 de setembro de 1946;
> b) de 1% (um por cento) sobre o valor oficial a tonelada de cana entregue, a qualquer título, às usinas, destilarias anexas ou autônomas, pelos fornecedores ou lavradores da referia matéria;
> c) de 2% (dois por cento) sobre o valor oficial do litro de álcool de qualquer tipo produzido nas destilarias.
> § 1º Os recursos previstos neste artigo serão aplicados diretamente pelas usinas, destilarias e fornecedores de cana, individualmente ou através das respectivas associações de classe, mediante plano de sua iniciativa, submetido à aprovação e fiscalização do I. A. A."

Não se trata de tributo, uma prestação pecuniária em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, mas de obrigação de fazer em benefício dos trabalhadores industriais e agrícolas das usinas, destilarias e fornecedores de cana, açúcar e álcool, consistente em prestar serviços de assistência médica, hospitalar, farmacêutica e social, por meio da reserva e aplicação de parte dos recursos oriundos da comercialização dos produtos.

Referido dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, visto que o Art. 194 da CF define a seguridade social como um conjunto de ações de iniciativa *não exclusivas dos Poderes Públicos*, mas *de toda a sociedade*, com fundamento no princípio constitucional da solidariedade.

Ademais, a instituição do PAS (Plano de Assistência Social) ao setor da produção de cana, açúcar e álcool não ofende o princípio da isonomia, porquanto se trata de exploração de uma atividade econômica que impõe condições severamente penosas aos que nela trabalham, diferentemente de outros setores da economia, razão pela qual destinarem os produtores parte dos recursos que auferem à criação de políticas sociais que amenizem o impacto negativo dessa exploração, mediante o reconhecimento de direitos sociais mínimos, que levam em conta o primado do trabalho, o bem-estar e a justiça sociais, e, por conseguinte, a implementação de serviços de assistência médica, hospitalar, farmacêutica e social em benefício daqueles que lhes prestam serviços, são atos que cumprem referido princípio, havendo imposição de tratamento desigual ao setor, na medida em que ele se desiguala dos demais, desigualdades estas reconhecidas pelo legislador e pela sociedade.

Com o advento da Lei nº 8.029/90, o Instituto do Açúcar e Álcool - IAA, autarquia federal, foi extinto e, por força de seu Art. 23, sucedido pela União Federal nos seus direitos e obrigações decorrentes de norma legal, ato administrativo ou contrato, bem assim nas demais obrigações pecuniárias, sobretudo em relação ao poder-dever de fiscalizar e aprovar o plano e sua execução pelas empresas do setor, cabendo referida fiscalização ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, por força do Art. 27, I, "p", da Lei nº 10.683/2003 e Art. 1º, XV, da Estrutura Regimental do MAPA, aprovada pelo Decreto nº 5.351/2005.

Com o fim do controle de preços e da intervenção no setor alcooleiro, o Art. 36 da Lei 4.870/65 não passou a ter eficácia contida.

O esvaziamento da expressão "preço oficial" contida na norma, após a abertura dos preços ao mercado, não elimina a base sobre a qual devem incidir os percentuais previstos, uma vez que o preço de mercado ou o preço de venda satisfazem o estabelecido pelo legislador, que, em uma época em que havia apenas o preço oficial dos produtos, não dispôs, por evidente, de outra forma.

Conforme bem ponderou o *Parquet*, a oficialidade do preço não é elemento essencial, mas acidental, da base, pelo que a liberação dos preços promovida pela Portaria Ministerial 102, de 1998, do MICT, teria revogado apenas a intervenção do Poder Público sobre os preços dos produtos vinculados à atividade canavieira, e não limitado a uma eficácia contida a obrigação social, e não tributária, prevista no citado Art. 36 da Lei 4.870/65.

Destarte, admissível que a Portaria nº 304/95, do MICT, explicite o antigo conceito de "preço oficial".

Nesse sentido, os precedentes desta E. Corte:

> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI Nº 4.870/65. PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - PAS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. NORMA RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO. FISCALIZAÇÃO PELA UNIÃO FEDERAL. CABIMENTO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO . 1. O pedido formulado pelo autor, ora apelante, é juridicamente possível. O fato de ter sido extinto o IAA em nada impossibilita a pretensão do ora apelante, uma vez que a matéria discutida não está afeta à regulamentação do preço da cana e do açúcar, mas sim à discussão no sentido de ser ou não aplicável o implemento do Plano de Assistência Social - PAS, previsto pela Lei 4.870/65. 2. *Foi recepcionado pela Constituição Federal o art. 36 da Lei 4.870/65*, regulamentada pelo Decreto-lei 308/67, seguida da Resolução 07/89,

do IAA, tendo como escopo atender, nos casos concretos, o princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação de prestar a assistência social a quem dela necessitar, princípios estes garantidos pela Constituição, independentemente da contribuição à seguridade social. 3. Cumpre às usinas a efetiva prestação assistencial a partir de recursos financeiros oriundos das contribuições criadas para tal mister, vez que a Seguridade Social, não está unicamente vinculada à atuação do Estado, mas a ações oriundas da sociedade, inclusive no que diz respeito a financiamento de programas, com fundamento no princípio constitucional da solidariedade que orienta o Sistema da Seguridade (art. 203 CF). 4. *O fato de não ser estabelecido pelo Poder Público, preço para o açúcar, cana e álcool, não significa que o art. 36 da Lei 4.870/65 não possa ser aplicada*. Na época da promulgação da mencionada lei, somente existia o preço fixado, daí, denominado 'preço oficial' (referido pelo citado dispositivo legal), contudo, atualmente, na ausência de intervenção governamental sobre este item, a alíquota tratada legalmente, recairá sobre o preço praticado. 5. *Tendo sido extinto o IAA, e tendo vindo a União Federal a sucedê-lo, evidentemente que, por via de conseqüência, tomou para si as responsabilidades do mencionado instituto. Assim, passou a ser da responsabilidade da União Federal a fiscalização da implementação objeto de discussão no presente feito*. Aliás, a União Federal, já é co-responsável pela coordenação do Plano de Assistência Social - PAS, por força do art. 37, da Lei 2.870/65. 6. Sem condenação das rés em honorários advocatícios, tendo em vista o fato de o autor não ter requerido na peça inicial. 7. Apelação do autor provida." (g. n.) (AC 200561020135499 APELAÇÃO CÍVEL - 1404751 Relator(a) JUIZ MARCO AURELIO CASTRIANNI - Sigla do órgão TRF3 - Órgão julgador: JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA E - Fonte: DJF3 CJ1 - DATA: 12/05/2011 - PÁGINA: 272).

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MPF. PAS. PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 36 DA LEI 4.870/65. CONSTITUCIONALIDADE. ATRIBUIÇÃO FISCALIZATÓRIA DA UNIÃO FEDERAL. 1. O PAS, Plano de Assistência Social é um direito social da categoria de trabalhadores da agroindústria da cana-de-açúcar. *Legitimidade ativa do Ministério Público Federal para defesa dos interesses coletivos, com fundamento no art. 129,* caput *e inciso III da Constituição Federal, art. 81, parágrafo único e inciso II da Lei nº 8.078/90 e art. 6º, VII, letra 'd' da Lei Complementar nº 75/93. 2. O meio processual utilizado é adequado para veicular o pedido e a causa de pedir, tendo em vista que, em essência, objetiva-se sejam as rés compelidas a executar obrigação de fazer consubstanciada na efetivação de direito de natureza coletiva previsto expressamente em texto legal. 3. De rigor, ainda, o não-acolhimento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido uma vez que o pedido deduzido não é vedado pelo ordenamento jurídico, pelo contrário, é por ele admitido.* 4. O PAS foi instituído na Lei nº 4.870/65 e o art. 36 determinou aos produtores de cana, açúcar e álcool a aplicação de recursos em benefício dos trabalhadores industriais e agrícolas das usinas, destilarias e fornecedores, em serviços de assistência médica, hospitalar, farmacêutica e social. A fiscalização quanto à aplicação dos recursos competia ao IAA, Instituto do Açúcar e Álcool. 5. O dispositivo do art. 36 da Lei 4.870/65, em decorrência do seu escopo, foi plenamente recepcionado pela Carta

Magna em vigor, representando implemento ao desenvolvimento e à dignidade da pessoa humana. 6. Extinto o IAA por força da Lei nº 8.029/1990, o planejamento e exercício da ação governamental das atividades do setor agroindustrial canavieiro percorreu vários Ministérios até chegar à esfera de competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), por força do art. 27, I, 'p', da Lei nº 10.683/2003 e art. 1º, XV, da Estrutura Regimental do MAPA, aprovada pelo Decreto nº 5.351/2005. 7. Obrigação de fazer imposta às empresas do setor sucroalcooleiro de aplicar recursos para o PAS, que não tem natureza tributária e objetiva assegurar a observância do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais. 8. Contrato de parceria firmado que não tem o condão de afastar a exigência legalmente imposta relativamente à necessidade das empresas do setor sucroalcooleiro com relação à implantação e recolhimento de recursos ao PAS. Também não está claro diante da análise do contrato de parceria ter a empresa ré deixado de exercer a agricultura da cana. Afastada a alegação de impossibilidade jurídica do pedido." (g. n.)
(AC 200561020135281 - APELAÇÃO CÍVEL - 1230136 - Relator(a) JUIZ MAIRAN MAIA - Sigla do órgão TRF3 - Órgão julgador: SEXTA TURMA - Fonte: DJF3 CJ1- DATA: 24/08/2009 - PÁGINA: 433).

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEI Nº 4.870/65. - PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - PAS - PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL - NORMA RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO - FISCALIZAÇÃO PELA UNIÃO FEDERAL - CABIMENTO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO 1 - *O pedido formulado pelo autor, ora apelante, é juridicamente possível. Observa-se que o fato de ter sido extinto o IAA em nada impossibilita a pretensão do ora apelante, vez que a matéria discutida nos respectivos autos, não está afeta a regulamentação do preço da cana e do açúcar, mas sim a discussão no sentido de ser ou não aplicável o implemento do Plano de Assistência Social previsto pela Lei 4.870/65*. 2 - Foi recepcionado pela Constituição Federal o art. 36 da Lei 4.870/65, regulamentada pelo Decreto-lei 308/67, seguida da Resolução 07/89, do IAA, tendo como escopo atender, nos casos concretos, o princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação de prestar a assistência social a quem dela necessitar, princípios estes garantidos pela Constituição, independentemente da contribuição à seguridade social. 3 - Cumpre às usinas a efetiva prestação assistencial a partir de recursos financeiros oriundos das contribuições criadas para tal mister, vez que a Seguridade Social, não está unicamente vinculada à atuação do Estado, mas a ações oriundas da sociedade, inclusive no que diz respeito a financiamento de programas, com fundamento no princípio constitucional da solidariedade que orienta o Sistema da Seguridade (art. 203 CF). 4 - O fato de não ser estabelecido pelo Poder Público, preço para o açúcar, cana e álcool, não significa que o art. 36 da Lei 4.870/65 não possa ser aplicada. Na época da promulgação da mencionada lei somente existia o preço fixado, daí, denominado 'preço oficial' (referido pelo citado dispositivo legal), contudo, atualmente, na ausência de intervenção governamental sobre este item, a alíquota tratada legalmente, recairá sobre o preço praticado. 5 - Tendo sido extinto o IAA, e vindo a União Federal sucedê-lo, evidentemente que por via de conseqüência

tomou para si as responsabilidades do mencionado Instituto. Assim passou a ser da responsabilidade da União Federal a fiscalização da implementação objeto de discussão no presente feito. Aliás, a União Federal, já co-responsável pela coordenação do Plano de Assistência Social, por força do art. 37 da Lei 2.870/65. 6 - Deixo de condenar as rés em honorários advocatícios às rés, tendo em vista o fato de o autor não ter requerido na peça exordial. 7- Apelação do autor provida." (g. n.). (AC 200561020135475 - APELAÇÃO CÍVEL - 1233671 - Relator(a) JUÍZA CECÍLIA MARCONDES - Sigla do órgão TRF3 - Órgão julgador: TERCEIRA TURMA - Fonte: DJF3 - DATA: 07/10/2008).

Ante o exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença, condenando a ré Cia. Energética São José na obrigação de elaborar e executar o plano de assistência social previsto no Art. 36 da Lei 4.870/65, mediante aplicação mensal de 1% sobre o preço do saco de açúcar, 1% sobre o preço da tonelada da cana e 2% sobre o preço do litro do álcool, comercializados, em conta específica, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, assim como a União Federal, por meio do Ministério da Agricultura, na obrigação de fiscalizar a ré quanto à elaboração e execução de referido plano de assistência social.

Sem condenação em custas e honorários advocatícios, nos termos do Art. 18 da Lei 7.347/93 e do Precedente do E. STJ (REsp 785.489/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.06.2006, DJ 29.06.2006 p. 186).

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0080242-48.2005.4.03.0000
(2005.03.00.080242-2)

Agravante: CONSELHO COORDENADOR DAS ENTIDADES CIVIS DE PIRACICABA
Agravados: CIA. DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PIRACICABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: AI 248976
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/07/2011

EMENTA

SISTEMA CANTAREIRA - AGRAVO DE INSTRUMENTO TIRADO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP), CUJA PETIÇÃO INICIAL, EM 137 LAUDAS, COM FUNDAMENTO NA BÍBLIA, EM POESIA E EM DEZENAS DE DISPOSITIVOS LEGAIS, FORMULA, EM 30 PÁGINAS, DEZENAS DE PEDIDOS TUMULTUÁRIOS, IMPOSSÍVEIS OU CATASTRÓFICOS - INÉPCIA MÚLTIPLA, AMPLA E RADICAL: INSANÁVEL - AUTORA DA ACP QUE TEM A PRETENSÃO DE REPRESENTAR A TUDO E A TODOS, DENTRO E FORA DO MUNICÍPIO, INCLUSIVE O PRÓPRIO PODER JUDICIÁRIO, POR SIMPLES COOPTAÇÃO ESTATUTÁRIA: OFENSA AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - PRETENSÃO DE REPRESENTAÇÃO DE OUTROS 57 MUNICÍPIOS: ABUSO DE REPRESENTAÇÃO - EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TRANSLATIVO.

1. José Carlos Barbosa Moreira aponta, entre as “disfunções do mecanismo judiciário”, “no tocante à condução do processo”, “a sobrevivência de feitos manifestamente inviáveis até etapas avançadas do *iter* processual, em vez do respectivo trancamento no próprio nascedouro (pelo indeferimento da petição inicial) ou em ponto tão próximo daquele quanto possível” (“Sobre a ‘participação’ do Juiz no processo civil”, em “Participação e Processo”, pág. 383, Edit. RT, edição 1.988).

2. O sistema processual determina a pronta extinção de feitos manifestamente inviáveis. A questão é de interesse geral e os Juízes, em qualquer tempo e grau de jurisdição, são convocados ao exercício desta prerrogativa. Artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

3. No caso dos Tribunais, em particular, se a inviabilidade da ação é absoluta e, assim, está vinculada às questões de ordem pública, a exigência do chamado efeito devolutivo do recurso é dispensada. Nesta circunstância excepcional, opera o efeito translativo. Precedente do STJ: REsp 609144 - Ministro Teori Albino Zavascki, Relator.

4. Entidade autora da ação civil pública que tem a pretensão de representar a tudo e a todos, na área de sua “jurisdição”, integrada, inclusive, pelo próprio Poder Judiciário, através de simples cooptação estatutária, em ato de manifesta afronta ao Estado Democrático de Direito.

5. O Supremo Tribunal Federal tem advertido para a necessária fiscalização que o Poder Judiciário deve realizar no plano da representação coletiva, pois, se é certo que as ações correlatas, na acepção mais ampla, são instrumentos de grande valia para a Sociedade, não podem ser desvirtuadas para atingir situações ou objetivos

desconformes com o sistema jurídico. Precedente: ADI 4366, Ministra Ellen Gracie, Relatora.

6. Ação civil pública aparelhada em dezenas de pedidos tumultuários, desconexos, laudatórios e, até, catastróficos, como é o caso da "não abertura das comportas do Sistema Cantareira quando da época das cheias", com potencial repercussão trágica sobre uma das maiores concentrações populacionais do mundo.

7. Extinção da ação civil pública, de ofício, pela via do efeito translativo, prejudicado o agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, indeferir o pedido de vista do Ministério Público Federal e, no mais, julgar, de ofício, extinta a ação civil pública, prejudicado o agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de junho de 2011.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Relator): Determino o apensamento e o julgamento conjunto dos recursos nºs 2005.03.00.080242-2, 2007.03.00.074375-0, 2008.03.00.046606-0, todos tirados de ação civil pública.

Na demanda originária, a petição inicial, em *137 laudas*, apresenta, em *30* (fls. 126/156), *dezenas de pedidos*, com fundamento:

1. na *Bíblia* (fls. 126 do AI 2008.03.00.046606-0);
2. em *poesia* (fls. 22);
3. na *Lei Federal* nº 9.433/97 (fls. 28);
4. na *Lei Federal* nº 7.347/85 (fls. 49);
5. na *Lei Federal* nº 8.078/90 (fls. 49);
6. na *Constituição Federal* (fls. 50);
7. no *Código Civil atual* (fls. 52);
8. em "*considerações alienígenas relativas à matéria*" (fls. 54);
9. no *Código Civil de 1.916* (fls. 54);
10. na *Resolução nº 2.669, da Organização das Nações Unidas* (fls. 56);
11. em *precedentes da Corte Suprema da Argentina e do Tribunal Internacional de Justiça* (fls. 56);
12. na *Convenção de Nova Iorque de 1997* (fls. 56);
13. na *Convenção sobre os Direitos Relativos à Utilização dos Cursos de Águas Internacionais* (fls. 57);
14. na *correlação do direito de vizinhança brasileiro com o direito internacional* (fls. 57);
15. na possibilidade do Poder Judiciário Brasileiro não seguir a Corte Internacional de Justiça e, por isto, provocar "*grave incidente internacional*" (fls. 58);
16. no *Tratado da Bacia do Prata* (fls. 59);

17. na *Lei de Introdução ao Código Civil* (fls. 59);
18. na *Lei Federal* nº 6.938/81 (fls. 61);
19. no *Decreto* nº 24.643 (fls. 62);
20. no *Código Florestal* (fls. 65);
21. no *Decreto* nº 99.274 (fls. 76);
22. nas *Resoluções nºs 237/91 e 01/86, do CONAMA* (fls. 78);
23. na *Lei Federal* nº 9.985/2000 (fls. 80);
24. na *Constituição do Estado de São Paulo* (fls. 83);
25. na *Lei Estadual* nº 997/76 (fls. 90);
26. na *Lei Estadual* nº 9509/77 (fls. 90);
27. na *Lei Estadual* nº 9866/97 (fls. 94);
28. na *Lei Estadual* nº 7663/91 (fls. 97);
29. na *Lei Federal* nº 9.984/2000 (fls. 116);
30. na *Lei de Crimes Ambientais* (fls. 119);
31. em *Projeto de Lei* em curso na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo (fls. 123);
32. no *Decreto* nº 1.306/94 (fls. 124).

No presente agravo, interposto contra a negativa a pedido de concessão de medida liminar, esta Relatoria decidiu:

> "Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a negativa de liminar em ação civil pública destinada a discutir suposto dano ambiental causado pelo uso das águas da Bacia dos Rios Piracicaba, Jundiaí e Capivari, para o abastecimento da região metropolitana do município de São Paulo.
> É uma síntese do necessário.
> Sem embargo das graves inconsistências de redação, lógica e de hermenêutica apontadas pelas agravadas, nas manifestações preliminares deduzidas no digno Juízo de 1º grau de jurisdição (e que a este competirá, por primeiro, decidir), verifica-se que a concessão do efeito suspensivo importará, entre outras inaceitáveis conseqüências, no desabastecimento de água a milhões de seres humanos.
> É o quanto basta.
> Indefiro o efeito suspensivo".

A autora da ação civil pública concedeu à causa o valor de *R$ 11.400.000.000,00* (onze *bilhões* e quatrocentos milhões de reais), em dezembro de 2.003 (fls. 156).

O digno Juízo de 1º grau, no incidente de impugnação ao valor da causa, *manteve* a estimativa da autora da ação civil pública.

Além disto, admitiu, o Ministério Público Federal, na qualidade de assistente litisconsorcial, e determinou a juntada, pela agravante, de cópia de ofício remetido a *terceiro* em *1978* (fls. 596 do AI 200803000466060), sob pena de *multa diária de R$ 500,00*.

A agravante, obrigada a *"encontrar"* (fls. 596 do AI 200803000466060) o *documento de 1.978, remeteu ofício a terceiro*.

O terceiro informou não possuir o ofício de 1.978 e, por isto, o digno Juízo de 1º grau reconsiderou a r. decisão impositiva da multa diária.

Eis o âmbito da divergência nos três recursos.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Relator): Indefiro o pedido de vista do Ministério Público Federal - ou de qualquer outra parte -, *neste momento processual*.

Há duas semanas, em sessão de julgamento desta 4ª Turma, somei com o pedido de vista então formulado pela Procuradoria Regional da República.

Tratava-se de apelação em ação civil pública.

A *Procuradoria da República* havia atuado na demanda. Mas, com a distribuição do recurso neste Tribunal, os autos *não* foram enviados à *Procuradoria Regional da República*.

O Ministério Público é parte pública. A atuação de um órgão da Instituição não vincula o outro. Ao contrário, o Ministério Público é fiscal da lei e, por isto, além das outras partes e do Poder Judiciário, os seus integrantes controlam, também, os próprios pares.

A *independência funcional* permite que o órgão de execução do Ministério Público reveja, inclusive, o próprio ponto de vista.

Mas a questão não está posta aqui - ao menos neste momento processual.

O caso está sendo apresentado nesta sessão de julgamento - e nem dependeria da formalidade da inclusão em pauta -, porque a Relatoria tem a intenção de enfrentar *questão de ordem pública, aferível de ofício, sem a provocação ou a oitiva das partes*.

A se entender o contrário, nas muitas questões de ordem pública - *prescrição e outras tantas, aqui consideradas todas as semanas* -, o Poder Judiciário estaria obrigado à prévia oitiva de *todas* as partes - *não apenas do Ministério Público* -, circunstância que implicaria, no ponto destacado, a revogação do sistema legal.

É certo que, *se* a questão de ordem pública suscitada por esta Relatoria *não* for acolhida pelo Colegiado, a *Procuradoria Regional da República terá - assim como as outras partes - vista dos autos*.

Indefiro, por esta razão, o pedido de vista dos autos formulado pela Procuradoria Regional da República - *neste momento processual, repita-se*.

José Carlos Barbosa Moreira aponta, entre as *"disfunções do mecanismo judiciário", "no tocante à condução do processo", "a sobrevivência de feitos manifestamente inviáveis até etapas avançadas do iter processual, em vez do respectivo trancamento no próprio nascedouro (pelo indeferimento da petição inicial) ou em ponto tão próximo daquele quanto possível"* ("Sobre a 'participação' do Juiz no processo civil", em "Participação e Processo", pág. 383, Edit. RT, edição 1.988).

O sistema processual determina a pronta extinção de feitos manifestamente inviáveis. A questão é de *interesse geral* e os *Juízes, em qualquer tempo e grau de jurisdição*, são convocados ao exercício desta prerrogativa - artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil: "O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e Vl".

No caso dos Tribunais, em particular, *se* a inviabilidade da ação é absoluta e, assim,

está vinculada às questões de ordem pública, a exigência do chamado efeito devolutivo do recurso é dispensada. Nesta circunstância excepcional, opera o *efeito translativo*.

Nelson Nery:

> "O efeito devolutivo do recurso tem sua gênese no princípio dispositivo, não podendo o órgão *ad quem* julgar além do que lhe foi pedido na esfera recursal. Aplicam-se na instância recursal os arts. 128 e 460 do CPC. Caso o órgão destinatário do recurso extrapole o pedido de nova decisão, constante das razões do recurso, estará julgando *extra*, *ultra* ou *citra petita*, conforme o grau e a qualidade do vício em que incorrer.
>
> Há casos, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra*, *ultra* ou *infra petita*. Isso ocorre normalmente com as *questões de ordem pública*, que devem ser reconhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, ambos do CPC). A translação dessas questões ao juízo *ad quem* está autorizada nos arts. 515, §§ 1º e 2º, e 516, do CPC.
>
> O exame das questões de ordem pública, ainda que não decididas pelo juízo *a quo*, fica transferido ao tribunal destinatário do recurso de apelação por força do art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC. Da mesma forma, ficam transferidas para o tribunal *ad quem* as questões dispositivas que deixaram de ser apreciadas pelo juízo de primeiro grau, nada obstante tenham sido suscitadas e discutidas no processo" ("Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos", pág. 409/410, Edit. RT, 4ª edição, 1.997).

No Brasil, os chamados *Tribunais de Apelação* - Regionais Federais, de Justiça e outros - têm desenvolvido intensa atividade fiscalizadora, para evitar o andamento - *sempre custoso* - de ações manifestamente inviáveis.

A título de ilustração:

> "a. Trata-se de recurso contra o *juízo positivo* de admissibilidade de petição inicial de ação popular.
>
> b. O autor popular, com a *cópia* de três *matérias jornalísticas* extraídas da *internet*, propôs a ação em face do *Estado Federal da Bolívia*, porque *Decreto Presidencial* editado naquele País teria determinado a entrega, à estatal petrolífera boliviana, de toda a produção de gás e petróleo extraída por empresas internacionais congêneres.
>
> c. Diz, ainda, a petição inicial impugnada:
>
> 'E mais: durante o período de transição, que vai durar cento e oitenta dias, 82% do faturado com a produção ficam com o Estado Boliviano e os 18% restantes vão para as empresas expropriadas (entre elas, a Petrobrás).
>
> Em outras palavras, cumpre salientar que o presidente boliviano, além de expropriar a empresa brasileira, confiscou, de modo repugnante e sem o devido processo legal, 82% do seu faturamento.
>
> Ademais, com o decreto presidencial que o combativo Autor Popular busca anular, o presidente boliviano anunciou que estão nacionalizadas as ações necessárias

para que a estatal boliviana controle no mínimo 50% mais um de várias empresas, entre elas, a Petrobrás S/A'.

d. Os pedidos, na ação popular:

'b) o Autor Popular requer a total procedência do pedido para, depois de confirmada a liminar em seus exatos termos, declarar a nulidade dos atos ilícitos, lesivos ou imorais descritos, especificamente para ser anulado o decreto que permitiu o ato de expropriação e confisco das unidades petrolíferas, de gás natural e dos postos de combustíveis da empresa Petrobrás S/A, em solo boliviano, por absoluta ilegalidade do objeto, vício de forma, desvio de finalidade e imoralidade administrativa, sobretudo para seja determinado, definitivamente, a proibição de futuras contratações e transações comerciais internacionais entre o Estado da Bolívia e a empresa Petrobrás S/A, bem como entre o Estado boliviano e os poderes públicos Federal, Estadual e Municipal, impedindo o confisco de 82% do valor do faturamento da empresa pública confiscada, haja vista que metade do gás natural consumido no Brasil é trazido diretamente da Bolívia, evitando-se lesão à empresa pública Petrobrás S/A e a toda comunidade difusa indeterminada, numa verdadeira e indiscutível manutenção da soberania nacional;

c) requer, por fim, a total procedência do pedido para condenar o Estado da Bolívia na restituição aos cofres públicos dos valores eventualmente confiscados no patamar de 82% do valor do faturamento das unidades petrolíferas, de gás natural e dos postos de combustíveis da empresa Petrobrás S/A, conforme dispõe o art. 14, § 4º, da lei 4.717/65 (...)'.

e. O digno Juízo de 1º grau de jurisdição fez o *juízo positivo* de admissibilidade da petição inicial da ação popular (fls. 67) e, de ofício, determinou a inclusão da *União* no pólo passivo da ação e a sua citação.

f. O autor popular requereu a citação da PETROBRÁS e retificou o pedido, para que 'sejam excluídos o "Estado" e os "Municípios" da proibição de futuras contratações e transações comerciais internacionais entre a Bolívia e os mencionados entes federativos' (fls. 86).

g. Restringiu, ademais, o pedido de 'proibição de futuras contratações e transações comerciais internacionais entre o Estado da Bolívia e a empresa Petrobrás S/A, bem como entre o Estado Boliviano e a União Federal, tão-somente em contratos que envolvam petróleo, gás natural e derivados' (fls. 87).

h. O digno Juízo de 1º grau de jurisdição indeferiu a modificação do pedido inicial e, 'quanto à proibição do Município e do Estado de contratar com o Estado Boliviano, é questão que pode ser apreciada até a prolação da sentença', aduziu (fls. 89).

i. Citada, a PETROBRÁS interpôs o presente agravo de instrumento. Alega a inviabilidade da petição inicial, pois o autor popular pretende que '*a Justiça Brasileira anule um ato de império de Estado estrangeiro, que diz com a própria plenitude de sua soberania nacional*' (fls. 7).

j. É uma síntese do necessário.

1. A regra *consuetudinária* da imunidade *absoluta* do Estado, perante a jurisdição de Estado distinto, foi mitigada nas relações judiciárias internacionais.

2. No *Supremo Tribunal Federal* (RE-AgR nº 222368/PE), o Ministro *Celso de Mello* historiou a questão e a repercussão de sua evolução na jurisprudência:

'Como se sabe, a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros derivava, ordinariamente, de um princípio básico - o princípio das *comitas gentium* - consagrado pela prática consuetudinária internacional, assentado em premissas teóricas e em concepções políticas, que, fundadas na essencial igualdade entre as soberanias estatais, legitimavam o reconhecimento de que *par in parem non habet imperium vel judicium*, consoante enfatizado pelo magistério da doutrina (JOSÉ FRANCISCO REZEK, "Direito Internacional Público", p. 173/178, itens ns. 96 e 97, 7ª ed., 1998, Saraiva; CELSO DUVIVIER DE ALBUQUERQUE MELLO, "Direito Constitucional Internacional", p. 330/331, item nº 3, 1994, Renovar; ALFRED VERDROSS, "Derecho Internacional Publico", p. 171/172, 1972, Aguilar, Madrid; JACOB DOLINGER, "A Imunidade Estatal à Jurisdição Estrangeira", *in* "A nova Constituição e o Direito Internacional", p. 195, 1987, Freitas Bastos; JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, "Da Imunidade de Jurisdição do Estado Estrangeiro perante a Justiça Brasileira", *in* "A nova Constituição e o Direito Internacional", p. 209/210, 1987, Freitas Bastos; AMILCAR DE CASTRO, "Direito Internacional Privado", p. 541/542, item nº 295, 4ª ed., 1987, Forense, *v. g.*).

Tais premissas e concepções - que justificavam, doutrinariamente, essa antiga prática consuetudinária internacional - levaram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, notadamente aquela que se formou sob a égide da revogada Carta Política de 1969, a emprestar, num primeiro momento, caráter absoluto à imunidade de jurisdição instituída em favor dos Estados estrangeiros (RTJ 66/727 - RTJ 104/990 - RTJ 111/949 - RTJ 116/474 - RTJ 123/29).

Essa orientação, contudo, sofreu abrandamentos, que, na vigência da presente ordem constitucional, foram introduzidos pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Apelação Cível 9.696/SP, Rel. Min. SIDNEY SANCHES (RTJ 133/159) e do AI 139.671-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELO (RTJ 161/643-644).

Em função dessa nova orientação, a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de atuação de Estado estrangeiro em matéria de ordem privada, notadamente em conflitos de natureza trabalhista, consolidou-se no sentido de atribuir caráter meramente relativo à imunidade de jurisdição, tal como reconhecida pelo direito internacional público e consagrada na prática internacional.

Esse entendimento jurisprudencial, formulado sob a égide da vigente Constituição, foi bem sintetizado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do AI 139.671-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, ocasião em que esta Corte proferiu decisão unânime, consubstanciada em acórdão assim ementado:

"A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, *quando se tratar de litígios trabalhistas*, revestir-se-á de caráter meramente relativo e, em conseqüência, *não impedirá* que os juízes e Tribunais *brasileiros* conheçam de tais controvérsias e sobre elas exerçam o poder jurisdicional que lhes é inerente.

O *novo* quadro normativo que se delineou no plano do direito internacional, e *também* no âmbito do direito comparado, *permitiu* - ante a realidade do sistema de direito positivo dele emergente - que se construísse a *teoria da imunidade jurisdicional relativa* dos Estados soberanos, tendo-se presente, para esse específico efeito, a *natureza do ato* motivador da instauração da causa em juízo, de tal modo que *deixa de prevalecer*, ainda que excepcionalmente, a prerrogativa institucional da imunidade de jurisdição, *sempre* que o Estado estrangeiro, *atuando em matéria*

de ordem estritamente privada, intervier em domínio estranho àquele em que se praticam os *atos jure imperii*. *Doutrina. Legislação comparada. Precedente* do STF. A *teoria da imunidade limitada ou restrita* objetiva institucionalizar solução jurídica que concilie o postulado básico da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro *com* a necessidade de fazer prevalecer, por decisão do Tribunal do foro, o *legítimo* direito do *particular* ao ressarcimento dos prejuízos que venha a sofrer em decorrência de comportamento imputável a agentes diplomáticos, que, agindo ilicitamente, tenham atuado *more privatorum* em nome do País que representam perante o Estado *acreditado* (o Brasil, *no caso*).

Não se revela viável impor aos súditos brasileiros, ou a pessoas com domicílio no território nacional, o ônus de litigarem *em torno de questões meramente laborais*, mercantis, empresariais ou civis, perante tribunais alienígenas, desde que o fato gerador da controvérsia judicial - necessariamente *estranho* ao específico domínio dos *acta jure imperii* - tenha decorrido da estrita atuação *more privatorum* do Estado estranheiro (....).” (*RTJ 161/643-644*, Rel. Min. CELSO DE MELLO - grifei)

Uma das razões decisivas dessa nova visão jurisprudencial da matéria deveu-se ao fato de que o tema da imunidade de jurisdição dos Estados soberanos - que, antes, como já enfatizado, radicava-se no plano dos costumes internacionais - passou a encontrar fundamento jurídico em convenções internacionais (a Convenção Européia sobre Imunidade dos Estados de 1972) ou, até mesmo, consoante informa LUIZ CARLOS STURZENEGGER (RDA 174/18-43), na própria legislação interna de diversos Estados, como os ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (Foreign Sovereign Immunities Act de 1976), o REINO UNIDO (State Immunity Act de 1978), a AUSTRÁLIA (Foreign States Immunities Act de 1985), CINGAPURA (State Immunity Act de 1979), a REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL (Foreign States Immunities Act de 1981), o PAQUISTÃO (State Immunity Act de 1981), o CANADÁ (State Immunity Act de 1982) e a REPÚBLICA ARGENTINA (Ley nº 24.488/95, art. 2º), exemplificativamente.

O novo quadro normativo que se delineou no plano do direito internacional, e também no âmbito do direito comparado, permitiu - ante a realidade do sistema de direito positivo dela emergente - que se construísse, inclusive no âmbito da jurisprudência dos Tribunais, e em função de situações específicas, a teoria da imunidade jurisdicional meramente relativa dos Estados soberanos.

É por essa razão - já vigente o novo ordenamento constitucional brasileiro - que tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 133/159 - RTJ 161/643-644) quanto a do Superior Tribunal de Justiça (RSTJ 8/39 0 RSTJ 9/53 - RSTJ 13/45) consolidaram-se no sentido de reconhecer que, modernamente, não mais deve prevalecer, de modo incondicional, no que concerne a determinadas e específicas controvérsias - tais como aquelas de direito privado - o princípio da imunidade jurisdicional absoluta, circunstância esta que, em situações como a constante destes autos, legitima a plena submissão de qualquer Estado estrangeiro à jurisdição doméstica do Poder Judiciário nacional.

É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, tratando-se da questão pertinente à imunidade de execução (matéria que não se confunde com o tema concernente à imunidade de jurisdição ora em exame), continua, quanto a ela (imunidade de execução), a entendê-la como prerrogativa institucional de caráter mais abrangente,

ressalvadas as hipóteses excepcionais (a) de renúncia, por parte do Estado estrangeiro, à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens (RTJ 167/761, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ACO 543/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE) ou (b) de existência, em território brasileiro, de bens, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, não tenham qualquer vinculação com as finalidades essenciais inerentes às legações diplomáticas ou representações consulares mantidas em nosso País. Cabe referir, neste ponto, a propósito da questão específica da imunidade de execução, o autorizado magistério de JOSÉ REZEK ("Direito Internacional Público", p. 176/177, item n. 97, 7ª ed., 1998, Saraiva):

"A *execução forçada* da eventual sentença condenatória, entretanto, *só é possível* na medida em que o Estado estrangeiro tenha, no âmbito espacial de *nossa* jurisdição, *bens estranhos* à sua própria representação diplomática ou consular - visto que estes se encontram protegidos contra a penhora ou medida congênere pela inviolabilidade que lhes asseguram as Convenções de Viena de 1961 e 1963, estas seguramente não derrogadas por qualquer norma ulterior (...)." (grifei)'

3. No caso concreto, a petição inicial da ação popular é *inepta*, porque contém pedidos juridicamente impossíveis, e está dirigida em face de *parte passiva manifestamente ilegítima*, em relação ao *Estado Federal da Bolívia*.

4. A nacionalização de produtos ou serviços constitui *opção soberana* dos Estados Nacionais. Trata-se de *típico* ato de império. A conveniência e a oportunidade de sua adoção são intangíveis à jurisdição de outros Estados.

5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal jamais autorizou o Poder Judiciário Brasileiro a interferir em atos de império praticados em outros Estados Nacionais.

6. De outro lado, os chamamentos sucessivos da União e da PETROBRÁS, após a propositura da ação popular, com a manutenção dos fundamentos de fato, de direito e dos pedidos da demanda, puseram ênfase na inépcia da petição inicial.

7. A perspectiva da ação popular está centrada na suposta lesividade do ato de império *estrangeiro* - e, assim, no seu Estado-autor -, de modo que não se vislumbra qualquer possibilidade daquelas pessoas jurídicas *nacionais* exercitarem atuação válida, em ação desprovida de *atributo vital*: a possibilidade do exercício da jurisdição.

8. A Lei da Ação Popular permite o chamamento de pessoas - físicas ou jurídicas - após a distribuição da ação. Mas a ação, em si, deve ser dotada de mínima viabilidade, o que não é o caso. A petição inicial da ação popular afronta a jurisprudência *inflexível* do *Supremo Tribunal Federal*.

9. A reforçar a inépcia, entre os pedidos, está a pretensão à proibição judicial de comércio '*entre o Estado Boliviano e os poderes públicos Federal, Estadual e Municipal*' (fls. 44). Em relação a Estados e Municípios, todavia, não obstante a projeção da *drástica* restrição, sequer se cuidou de pedir a cientificação deles sobre a demanda.

10. Por estes fundamentos, nos termos dos artigos 267, incisos I, IV e VI, e § 3º, 295, incisos I e II, e parágrafo único, inciso III, e 557, § 1º, todos do Código de Processo Civil, *dou provimento* ao recurso, para julgar *extinta* a ação popular, *sem* a resolução de seu mérito.

11. A *inépcia* é distinta da *má-fé*, de modo que o autor popular não pode ser

responsabilizado pelas custas ou pela sucumbência, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal.
12. Comunique-se ao digno Juízo de 1º Grau.
13. Ciência à Procuradoria Regional da República.
14. Publique-se e intimem-se.
15. Decorrido o prazo recursal, remeta-se o feito ao digno Juízo de 1º grau".
(PROC. 2007.03.00.029068-7, RELATOR, DES. FED. FÁBIO PRIETO DE SOUZA, 4ª TURMA, ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO).

A aplicação do efeito translativo tem sido enfatizada, inclusive nos *Tribunais Superiores*, nos quais a admissibilidade e o julgamento dos recursos sofrem restrições de natureza vária.

No *Superior Tribunal de Justiça*, é *didático* o julgamento do *REsp 609144:*

"O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):
1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no Tribunal de origem. Questiona-se, por isso mesmo, a existência, nessa espécie recursal, do chamado efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública, conforme permitem o art. 267, § 3º, e o art. 301, § 4º, do CPC. Há respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial que nega tal efeito aos recursos extraordinário e especial, à consideração de que ele seria incompatível com a exigência do prequestionamento, ínsita à natureza dos recursos excepcionais. Tese contrária, defendida por também importante corrente de pensamento, adverte, todavia, que, apesar de seus estreitos limites de devolutividade, o recurso especial tem por finalidade, ainda assim, julgar uma 'causa', e, como tal, não está inteiramente alheio ao caso concreto ou à relação jurídica efetivamente questionada. Nessas circunstâncias, não pode a instância extraordinária simplesmente ignorar eventuais defeitos ou nulidades que impeçam a prestação da tutela jurisdicional na hipótese em julgamento, ainda quando o empecilho não tenha sido objeto de exame na origem e nem tenha sido suscitado pela parte interessada. Ilustrativa síntese da polêmica foi desenvolvida por Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, em seu *Recurso Especial* (São Paulo, RT, 2002, p. 336-342).
2. Com a razão, em meu entender, a segunda corrente. Embora destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é, entretanto, uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Não se pode desconhecer a sua condição de instrumento para julgar uma causa determinada. Era assim na sua gênese, o recurso extraordinário, ainda submetido ao disposto na Súmula 456/STF: '*O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário,julgará a causa, aplicando o direito à espécie*'. E é o que está no Regimento Interno do STJ: '*Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*'.

Bem se vê, portanto, que também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa, a uma situação em espécie. Ora, isso não pode ser ignorado quando se examina o requisito do prequestionamento. Há de se atribuir a esse requisito um adequado grau de relatividade, de modo a não representar insuperável entrave a que o recurso especial alcance a sua outra função, de julgar uma causa determinada, aplicando o direito à espécie. Assim, nos casos em que eventual nulidade ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o recurso especial cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, é de se admitir que a matéria seja conhecida e enfrentada de ofício. Nesses limites, portanto, também o efeito translativo é inerente ao recurso especial.
3. O caso dos autos é paradigmático. O recurso atende os requisitos formais de admissibilidade, inclusive o do prequestionamento. Todavia, as questões federais nele postas não guardam nenhuma compatibilidade com a controvérsia original a ser dirimida. Já quando da apreciação monocrática do agravo de instrumento ocorreu o divórcio com o decidido em primeiro grau, uma vez que houve referência a execução de sentença proferida em sede de ação civil pública, o que, como se constata da inicial da ação de conhecimento juntada às fls. 8-10, não é a hipótese dos autos. Induzido pelas razões do agravo interno, o acórdão do TRF manteve a referência errônea, afastando ainda a aplicação do art. 1º-D da Lei 9.494/97, embora tampouco se trate, conforme se constata das razões do agravo de instrumento (fls. 4, 5 e 6), de execução não embargada. A Fazenda, no especial, não se deu conta disso, e deduziu razões que mantêm o descompasso. Ora, desconhecer a nulidade e julgar as teses postas no recurso atende, sob o aspecto formal, o requisito do prequestionamento; mas o que daí resultará é um julgamento de cunho acadêmico, inútil para o caso em espécie, cuja matéria de trato é outra. A solução, portanto, é o conhecimento de ofício da nulidade processual, que vem desde o acórdão recorrido, a fim de que o Tribunal de origem renove o julgamento do agravo regimental, atentando para os termos da controvérsia originalmente posta.
4. Pelas razões expostas, conheço do recurso especial para, de ofício, anular o acórdão recorrido, a fim de que outro seja proferido, como de direito. É o voto".

No caso concreto, é certo que os *graves* e *incontornáveis* vícios da ação civil pública - relativos, *pelo menos*, à ilegitimidade ativa da autora, à absoluta inconsistência da fundamentação fática e jurídica, aos pedidos teratológicos, impossíveis ou *manifestamente catastróficos*, à falta de correlação lógica entre a fundamentação e as *dezenas* de pedidos - *impunham* a *rápida* e *necessária* extinção do processo.

A providência não foi, todavia, adotada e, *passados vários anos*, além das relevantes inconsistências apontadas nos recursos, verifica-se que, no digno Juízo de 1º grau, encaminha-se o feito para a realização de "*perícia hidrológica*", cujo conteúdo, a partir da petição inicial da ação civil pública, é *imprevisível*, mas de *custo certo e desnecessário para as partes*.

Neste contexto, na ausência de sentença de mérito, *de ofício*, nos termos do artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil, cabe ao Tribunal evitar *novos danos*.

A autora é entidade irregular, *manifestamente*. Não tem objeto definido. Pode alcançar a tudo e a todos, prerrogativa que, no Estado *Democrático* de Direito, a ninguém é concedida, pois a *representação ampla e total dos interesses* é, também, *totalitária*.

Na democracia, nenhum órgão, entidade ou Poder do Estado representa a totalidade dos cidadãos.

A autora pode "*fomentar a promoção humana*" - artigo 2º, inciso II, de seu Estatuto; "*participar de todas as atividades que se realizarem no Município, julgadas relevantes*" - artigo 2º, inciso V, de seu Estatuto.

Embora com "*jurisdição na área do Município de Piracicaba*", pode "*atuar em questões que se estendam ao âmbito regional ou nacional*" - artigo 2º, parágrafo único, de seu Estatuto.

O *Supremo Tribunal Federal* tem advertido para a necessária fiscalização que o Poder Judiciário deve realizar no plano da representação coletiva, pois, se é certo que as ações correlatas, na acepção mais ampla, são instrumentos de *grande valia* para a Sociedade, não podem ser desvirtuadas para atingir situações ou objetivos desconformes com o sistema jurídico. Confira-se:

> "Trata-se de ação direta em que o Instituto Brasileiro de Defesa dos Lojistas de Shopping - Idelos questiona a constitucionalidade do art. 59, § 1º, IX, da Lei 8.245, de 18.10.1991, que foi introduzido pelo art. 2º da Lei 12.112, de 9.12.2009. Inserido em capítulo referente às ações de despejo nas locações de imóveis urbanos, possui o dispositivo impugnado o seguinte teor (em destaque - fl. 43): 'Art. 59. (...) § 1º Conceder-se-á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo: (...) IX - a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo.' O requerente alega, em suma, que a norma atacada, ao autorizar o pronto despejo do locatário em mora no pagamento do aluguel, sem que lhe seja oportunizada, previamente, a apresentação de qualquer justificativa, ofende os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da ampla defesa (art. 5º, LV) e da ordem econômica voltada à existência digna e aos ditames da justiça social (art. 170, *caput*). Requer, ao final, a declaração de inconstitucionalidade do referido art. 59, § 1º, IX, da Lei 8.245/1991, na redação dada pelo art. 2º da Lei 12.112/2009. 2. Impõe-se, preliminarmente, o exame da legitimidade ativa *ad causam* do requerente, à luz do art. 103, IX, da Constituição Federal, e da jurisprudência desta Suprema Corte. Na peça inicial, afirma o Instituto Brasileiro de Defesa dos Lojistas de Shopping - Idelos ser uma associação equiparável 'a uma entidade de classe de âmbito nacional, vez que, de acordo com o seu Estatuto Social, representa os interesses dos lojistas de Shopping Centers, tendo representatividade em todo o território nacional' (fl. 3). O Estatuto Social juntado aos autos (fls. 25-41) define o requerente como uma associação, pessoa jurídica de direito privado que, por definição legal, não possui fins econômicos (arts. 44, I, e 53, *caput*, do Código Civil). Verifico, ainda, ter o Idelos a finalidade de prestar 'defesa, orientação e apoio aos lojistas de shopping, na sua acepção mais ampla, representando-os nas relações jurídicas de qualquer espécie (art. 1º, § 1º)'. O mencionado documento também indica uma série de outros objetivos e atividades que confirmam o propósito básico que motivou a constituição

da pessoa jurídica requerente, qual seja a atuação em prol de todo e qualquer interesse dos lojistas de shopping centers (arts. 2º e 3º). Entretanto, já no que diz respeito ao seu quadro de filiados, prevê o Estatuto Social juntado aos autos que será considerado associado 'toda pessoa física ou jurídica que se associa ao Instituto' (art. 8º, § 1º). Além da patente generalidade no critério de admissão de seus associados, noto não haver no Estatuto Social do Idelos ou nas atas de Assembléias Gerais apresentadas o registro da participação, nesses atos, de representantes legais de lojas de shopping centers porventura associadas. Nem mesmo uma mera lista de lojistas de shopping filiados presentes em pelo menos nove Estados da Federação, requisito indispensável para a comprovação da atuação nacional das entidades de classe, foi apresentada pelo requerente. 3. Verifica-se, desse modo, que o requerente, não obstante tenha sido idealizado para servir aos mais variados interesses dos proprietários de lojas de shopping centers, não é fruto de um movimento associativo levado a efeito por estes últimos, não possuindo, como membros exclusivos, representantes de uma classe dedicada a uma determinada atividade econômica ou profissional. Falta-lhe, portanto, a necessária representatividade para que possa ser caracterizado como uma entidade classista referida no art. 103, IX, da Carta Magna. Em outras palavras, não se mostra suficiente, para efeitos de caracterização como entidade de classe de âmbito nacional, fundar uma associação e pô-la à disposição de um determinado segmento econômico para empreender, a favor destes, defesa, orientação, apoio e desenvolvimento. É fácil perceber que o requerente está muito mais próximo da prestação de consultoria do que da atividade de representação de classe. O sítio eletrônico que mantém na internet só reforça esse ponto de vista, uma vez que, após definir-se como 'uma equipe especializada na melhoria da sua loja', dirige-se aos lojistas de shopping em geral afirmando saber 'como defender, da melhor forma, seus interesses frente ao mercado' (http://www.idelos.com.br/associadosEntrada.php). Além disso, há um *link* para a consulta de seus 'principais clientes' (http://www.idelos.com.br/clientes.php) e chamada para que o lojista de shopping center se associe 'e descubra as vantagens de quem tem a melhor assessoria' (http://www.idelos.com.br/associadosEntrada.php). Por fim, a legitimidade ativa *ad causam* do requerente ainda dependeria da comprovação de seu caráter nacional, que 'não decorre de mera declaração formal, consubstanciada em seus estatutos ou atos constitutivos', pressupondo esse peculiar atributo de índole espacial, 'além da atuação transregional da instituição, a existência de associados ou membros em pelo menos nove Estados da Federação' (ADI 108, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 5.6.1992). 4. Não foi por outra razão que esta Suprema Corte já reconheceu a ilegitimidade ativa *ad causam* do requerente para deflagrar o controle abstrato de constitucionalidade das normas na ADI 4.149, rel. Min. Menezes Direito, DJe de 30.9.2008, e na ADI 4.175, rel. Min. Carlos Britto, DJe de 6.2.2009. Naquela primeira ação, asseverou o eminente Ministro Menezes Direito, em sua decisão, que 'a requerente é mera sociedade civil, que não pode ser considerada uma entidade de classe de âmbito nacional e não se identifica com quaisquer dos demais legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade descritos no art. 103 da Constituição Federal'. Ressalto, ademais, que a Comissão de Jurisprudência desta Casa, em manifestação integralmente acolhida pelo Senhor Presidente, o eminente Ministro Gilmar Mendes,

> detectou a ausência de requisito formal indispensável para a tramitação de proposta de cancelamento de súmula vinculante apresentada pelo Idelos (PSV 16) exatamente por este não ser autoridade ou entidade legitimada a propor ações diretas de inconstitucionalidade (DJe de 4.6.2009). 5. Ante todo o exposto, em virtude da ausência de legitimidade ativa *ad causam* do requerente, nego seguimento a esta ação direta de inconstitucionalidade" (RISTF, art. 21, § 1º).
> (ADI 4366, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, julgado em 02/03/2010).

A autora não é, exatamente, uma associação. Mas coletivo de tudo e de todos, na *cidade de Piracicaba*. Integram-na, por *simples cooptação estatutária*, a demonstrar o aviltamento à *Constituição Federal*, os "*Poderes Constituídos*", inclusive o *Judiciário* - artigo 5º, inciso I, de seu Estatuto; a "*imprensa escrita, falada e televisada*" - artigo 5º, inciso III, de seu Estatuto.

O valor *bilionário* da causa foi inspirado neste último segmento de *supostos* integrantes da autora, pois colhido em *pedaço de recorte de jornal*. Não é demasia registrar que a *volumosa* ação civil pública é coletânea dos trabalhos desempenhados por representantes deste *relevante setor social*.

Não se pode ignorar, todavia, porque *notório*, que, entre as várias táticas de "*guerrilha judiciária*", uma das mais usuais é a "*plantação*" de versões junto às empresas de comunicação, para que determinada situação seja "*coberta*" e "*enquadrada*" pela repercussão já negativa e condenatória.

O *Supremo Tribunal Federal*, ciente da *gravidade* do fato e de sua *reiteração*, foi ao patamar da *solução radical* do veto à instauração de procedimento fundado em *matéria jornalística - ou em matéria publicada em jornais*.

A ementa do julgado, na parte pertinente:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO. MATÉRIAS JORNALÍSTICAS. DUPLICIDADE DA NOTÍCIA-CRIME.
> (...).
> Para autorizar-se a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, medida excepcional, é necessário que haja indícios suficientes da prática de um delito. A pretensão do agravante se ampara em meras matérias jornalísticas, não suficientes para caracterizar-se como indícios. O que ele pretende é a devassa da vida do Senhor Deputado Federal para fins políticos. É necessário que a acusação tenha plausibilidade e verossimilhança para ensejar a quebra dos sigilos bancários, fiscal e telefônico. Declaração constante de matéria jornalística não pode ser acolhida como fundamento para a instauração de um procedimento criminal.
> A matéria jornalística publicada foi encaminhada ao Ministério Público. A apresentação da mesma neste Tribunal tem a finalidade de causar repercussão na campanha eleitoral, o que não é admissível. Agravo provido e pedido não conhecido. (Pet 2805 AgR, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2002, DJ 27-02-2004 PP-00020 EMENT VOL-02141-03 PP-00655).

Neste precedente, as palavras do Ministro Nelson Jobim e do Ministro Ilmar Galvão:

"O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (RELATOR) - Toda a prova são folhas de jornais.
É uma técnica conhecida.
Planta-se a matéria para depois submetê-la ao Supremo.
(...)
O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - O que se pode fazer é enviar esse material ao Ministério Público.
O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (RELATOR) - Não. Nego-me a aceitar o envio.
Estamos sendo instrumento político.
Precisamos colocar os pés no chão, isto é um jogo político.
E não podemos nos submeter a ele".

É necessário, a propósito, considerar que, no *livre comércio* das informações, na busca *constitucional* do lucro, é comum a *descrição superlativa dos fatos*, caracterizando-os, em um dia, como evidências de crise, do caos ou, até, do fim do mundo, e, no outro, como manifestação da providência milenarista.

É outro, todavia, o paradigma do Poder Judiciário.

A *Magistratura* não está *constitucionalmente* autorizada a abrir mão do *alto grau de civilidade* representado pela *institucionalização do Poder Judiciário*, nos *limites do Estado Democrático de Direito*, cujo *modelo de responsabilidade* é incompatível com o *bonapartismo*, o *messianismo*, o *sebastianismo*, o "*xerifismo*" *dos fronteiriços* e outros *delírios de poder oportunista, autoritário, jactancioso ou de manicômio*.

Na hipótese dos autos, a fundamentação fática e jurídica da ação civil pública - *tumultuária, laudatória e desconexa* - é inexistente, do *ponto de vista técnico*.

Projeta-se para a reparação de danos à população de *57 Municípios* (fls. 8/10 do AI 200803000466060). A autora da ação civil pública não tem, *sequer*, poderes de representação destas coletividades.

A transcrição integral das dezenas de pedidos é *impraticável*. Estão distribuídos em *30 laudas*. Alcançam desde a suposta "*reparação cênica*" do meio ambiente até a "*não abertura das comportas do Sistema Cantareira quando da época das cheias*" (fls. 137), a evidenciar o *caráter catastrófico* das pretensões, em relação a *uma das maiores concentrações populacionais do mundo*.

Há pedidos de repasse - inclusive, *liminar* - de *vultosas quantias*, desvio ou bloqueio de *expressivos volumes de águas nos rios*, providências criminais e administrativas, reflorestamento, danos materiais e morais, "*desde a década de setenta*" (fls. 148).

À "*guisa de sugestão*", a autora da ação civil pública propõe que a bilionária indenização seja obtida de "*valores extras a serem cobrados de todos usuários (pessoas físicas e jurídicas, essas, de direito público e/ou privado) da região metropolitana de São Paulo*" (fls. 154 do AI 200803000466060) - os mesmos que outro pedido extravagante tem a pretensão de submeter à catástrofe.

Não há um *mínimo* de viabilidade técnica na petição inicial da ação civil pública, *qualquer* que seja o aspecto exigido pela legislação.

Por estes fundamentos, *de ofício, julgo extinta a ação civil pública*, prejudicados os agravos de instrumento.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 0099678-56.2006.4.03.0000 (2006.03.00.099678-6)

Embargante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.137/139vº
Interessado: PLÁSTICOS NOVACOR LTDA.
Origem: JUÍZO DE DIREITO DO SAF DE DIADEMA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: AI 281844
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/07/2011

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO. EFEITO MODIFICATIVO. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

1. À época da prolação do acórdão atacado, o julgamento adequava-se perfeitamente à documentação anexada aos autos. Ocorre, porém, que a União, juntamente com os presentes embargos de declaração, trouxe extrato contendo a data de entrega da declaração pelo contribuinte, relacionada ao débito exequendo. Dessa forma, impõe-se a adoção de tal data como termo *a quo* do prazo prescricional, com a consequente reforma do julgado.

2. Embora a exequente tenha tido oportunidade de apresentar tal documento em ocasiões anteriores, esta E. Turma tem entendido que, "por se tratar a prescrição de matéria de ordem pública, qualquer informação trazida nesta instância que possa influir no resultado do processo deve ser considerada quando do julgamento, não havendo, portanto, que se falar em preclusão consumativa" (Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 2006.61.26.000235-8, Relatora Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES, j. 23/9/2010, v. u., DJF3 CJ1 4/1/2010, p. 325).

3. Os débitos em comento não foram atingidos pela prescrição, considerando que não houve o transcurso do prazo prescricional de cinco anos entre a data de entrega da declaração pelo contribuinte e a data do ajuizamento da execução.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos do julgado, para reformar o *decisum* no que diz respeito ao decreto da prescrição, de modo que o dispositivo do acórdão passe a ostentar a seguinte redação: "Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento".

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, com efeitos modificativos do julgado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de julho de 2011.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela União em face do acórdão de fls. 137/139vº, assim ementado:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIA AFERÍVEL DE PLANO. DÉBITOS PRESCRITOS.
> Tanto a jurisprudência do STJ quanto desta Corte aquiescem ao restringir a exceção de pré-executividade às matérias reconhecíveis de ofício e aos casos aferíveis de plano, sem necessidade de contraditório e de dilação probatória. Precedentes.
> A prescrição para cobrança do crédito tributário ocorre em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva (art. 174, do CTN).
> Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, inexistindo pagamento antecipado a se homologar, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da DCTF ou da declaração de rendimentos ao Fisco.
> A agravante não trouxe aos autos cópias dos aludidos documentos. Considerando a mencionada circunstância, adota-se as datas dos vencimentos dos débitos como termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional. Precedente da Turma.
> Em se tratando de execução ajuizada anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 118/2005, o termo final para a contagem do prazo prescricional deve ser a data do ajuizamento da execução, consoante já se manifestou esta Terceira Turma, segundo o qual é suficiente a propositura da ação para interrupção do prazo prescricional, adotando a Súmula 106 do STJ.
> Forçoso reconhecer que transcorreram mais de cinco anos entre as datas de vencimentos dos tributos e o ajuizamento da demanda fiscal.
> Tendo sido acolhida a exceção de pré-executividade, é cabível a condenação da União no pagamento de honorários advocatícios. Precedente do STJ.
> Solução da lide que não envolve grande complexidade. Fixação da verba honorária em 5% sobre o valor atualizado descrito nas CDAs integralmente prescritas.
> Agravo de instrumento provido."

A União sustenta a existência de contradição no acórdão, tendo em vista que, na apreciação da matéria, considerou-se a constituição do crédito tributário como a data aprazada para cumprimento da obrigação tributaria e não a entrega da DCTF. Alega que a declaração de rendimentos que deu suporte ao "lançamento" por homologação (DIRPJ), foi entregue em 14 de setembro de 1999, não ocorrendo, assim, a prescrição. Ademais, aduz que o acórdão padece de omissão por não contemplar a questão à ótica dos artigos 142, 150, 174, parágrafo único, inciso IV do CTN, 283, 294, 295, 333, 535 e 536 do CPC. Realça, também, o fim dos presentes embargos de declaração de prequestionar a matéria.

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Os embargos de declaração merecem acolhimento.

Com efeito, à época da prolação do acórdão atacado, o julgamento adequava-se

perfeitamente à documentação anexada aos autos. Ocorre, porém, que a União, juntamente com os presentes embargos de declaração, trouxe extrato contendo a data de entrega da declaração pelo contribuinte, relacionada ao débito exequendo (fl. 154). Dessa forma, impõe-se a adoção de tal data como termo *a quo* do prazo prescricional, com a consequente reforma do julgado.

Ressalto que, embora a exequente tenha tido oportunidade de apresentar tal documento em ocasiões anteriores, esta E. Turma tem entendido que, "por se tratar a prescrição de matéria de ordem pública, qualquer informação trazida nesta instância que possa influir no resultado do processo deve ser considerada quando do julgamento, não havendo, portanto, que se falar em preclusão consumativa". (Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 2006.61.26.000235-8, Relatora Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES, j. 23/9/2010, v. u., DJF3 CJ1 4/1/2010, p. 325)

Assim sendo, passo ao reexame do tema relacionado à prescrição, conforme explanação a seguir.

Compulsando os autos, verifico que os débitos cobrados apresentam vencimentos entre 30/10/1998 e 31/03/1999, de acordo com a Certidão de Dívida Ativa de fls. 31/38.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, inexistindo pagamento antecipado a se homologar, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF ou declaração de rendimentos ao Fisco, de maneira que a quantia devida passa a ser exigível a partir daquela data, devendo ser promovida, portanto, a execução fiscal nos cinco anos subsequentes, sob pena de prescrição.

In casu, a União, juntamente com os embargos de declaração, trouxe extrato contendo a informação de que a declaração de rendimentos foi entregue pelo contribuinte em *14/09/1999* (fl. 154).

Dessa maneira, adoto a data da entrega da declaração pelo contribuinte como termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional para o ajuizamento da execução fiscal, conforme entendimento da Turma.

O ajuizamento da execução deu-se em *21/05/2004* (fls. 31).

Em se tratando de execução ajuizada anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 118/2005, o termo final para a contagem do prazo prescricional deve ser a data do ajuizamento da execução, conforme entendimento da Terceira Turma, segundo o qual é suficiente a propositura da ação para interrupção do prazo prescricional, adotando a Súmula 106 do STJ, que assim dispõe: "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 argüição de prescrição ou decadência".

Nesse sentido, o seguinte precedente:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - INTERRUPÇÃO - SÚMULA 106/STJ.
> 1. A jurisprudência desta Corte deixou assentado o entendimento de que é a citação o ato que interrompe a prescrição**,** mesmo diante da LEF, que atribui ao despacho do juiz tal efeito.
> 2. Contudo, proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação do devedor por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica a decretação da prescrição - Súmula 106/STJ. Precedentes desta Corte.

3. Recurso especial provido."
(STJ: RESP 774.931/BA, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 6/12/2005, DJ 19/12/2005 p. 377)

Dessa maneira, os débitos em comento não foram atingidos pela prescrição, considerando que não houve o transcurso do prazo prescricional de cinco anos entre a data de entrega da declaração pelo contribuinte (14/09/1999) e a data do ajuizamento da execução (21/05/2004).

De rigor, portanto, a reforma do julgado, para afastar o reconhecimento de prescrição dos débitos vencidos no período de 30/10/1998 a 31/03/1999.

De todo o exposto, acolho os embargos de declaração, com efeitos modificativos do julgado, para reformar o *decisum* no que diz respeito ao decreto da prescrição, de modo que o dispositivo do acórdão passe a ostentar a seguinte redação: "Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento".

É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0034309-81.2007.4.03.0000
(2007.03.00.034309-6)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravado: EDSON APARECIDO RAINHA DA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: AI 297309
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/08/2011

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPETITIVO. REAPRECIAÇÃO DA MATÉRIA. ART. 543-C, § 7º, II, DO CPC. BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS NOS MOLDES DO ART. 655-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESNECESSÁRIO ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS EM NOME DO EXECUTADO. NECESSIDADE DE PRÉVIA CITAÇÃO DO DEVEDOR.

I - Reapreciação da matéria, nos termos do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil.

II - Adoção do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.184.765/PA, representativo da controvérsia.

III - Nos casos de decisões acerca do pedido de penhora *on line* proferidas na vigência da Lei nº 11.382/06, ou seja, a partir de 20.01.07, o bloqueio de ativos financeiros por meio de penhora *on line* prescinde do esgotamento de diligências para localização de outros bens do devedor passíveis de penhora.De outro lado, nos casos de decisões anteriores a 20.01.07, exige-se o prévio esgotamento de tais diligências, nos moldes do art. 185-A, do Código Tributário Nacional.

IV - Nesse contexto, a adoção do aludido entendimento, possibilita o bloqueio de ativos financeiros em nome do Executado pelo sistema BACEN JUD, tendo em vista a sua regular citação, bem como o fato de a decisão agravada ter sido proferida na vigência da aludida lei.

V - Em juízo de retratação, agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de julho de 2011.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão proferida pelo MM.

Juízo *a quo* que, nos autos de execução fiscal, indeferiu o pedido de penhora eletrônica por meio do BACEN JUD.

A Sexta Turma desta Corte, por unanimidade, nos julgamentos realizados em 03.04.08 e 21.08.08, negou provimento ao agravo de instrumento e rejeitou os embargos de declaração (fls. 72/78 e 87/92).

Naquela ocasião, constatou-se a necessidade de esgotamento dos meios para a localização de bens penhoráveis em nome do Executado, antes do deferimento da penhora de ativos financeiros via BACEN JUD, medida de caráter excepcional.

O Recurso Especial interposto pela Agravante às fls. 96/111-v, com fundamento nas alíneas *a* e *c*, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, foi suspenso, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil e da Resolução nº 08, de 07 de agosto de 2008, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

À vista do julgamento do REsp nº 1.184.765/PA, pelo Superior Tribunal de Justiça, foi determinada a devolução dos autos, com fundamento no art. 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, para juízo de retratação (fls. 122/122-v).

Desta feita, passo à reapreciação do feito, especificamente no tocante à possibilidade de bloqueio eletrônico de ativos financeiros de depósitos ou aplicações financeiras, por meio do sistema BACEN JUD, independentemente do exaurimento das diligências extrajudiciais para a localização de outros bens penhoráveis em nome do Executado.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Reexamino a matéria, no exercício do juízo de retratação, consoante o disposto no art. 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil e em razão do decidido no REsp nº 1.184.765/PA, assim ementado:

> "RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA. SISTEMA BACEN-JUD. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS PARA A LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. ARTIGO 11, DA LEI 6.830/80. ARTIGO 185-A, DO CTN. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 11.382/2006. ARTIGOS 655, I, E 655-A, DO CPC. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS LEIS. TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI DE ÍNDOLE PROCESSUAL.
>
> 1. A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exeqüente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (Precedente da Primeira Seção: EREsp 1.052.081/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 26.05.2010. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1.194.067/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 01.07.2010; AgRg no REsp 1.143.806/SP, Rel. Ministro Humberto

Martins, Segunda Turma, julgado em 08.06.2010, DJe 21.06.2010; REsp 1.101.288/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 02.04.2009, DJe 20.04.2009; e REsp 1.074.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008. Precedente da Corte Especial que adotou a mesma exegese para a execução civil: REsp 1.112.943/MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15.09.2010).

2. A execução judicial para a cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias é regida pela Lei 6.830/80 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

3. A Lei 6.830/80, em seu artigo 9º, determina que, em garantia da execução, o executado poderá, entre outros, nomear bens à penhora, observada a ordem prevista no artigo 11, na qual o 'dinheiro' exsurge com primazia.

4. Por seu turno, o artigo 655, do CPC, em sua redação primitiva, dispunha que incumbia ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a ordem de penhora, cujo inciso I fazia referência genérica a 'dinheiro'.

5. Entrementes, em 06 de dezembro de 2006, sobreveio a Lei 11.382, que alterou o artigo 655 e inseriu o artigo 655-A ao Código de Processo Civil, *verbis*: 'Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - veículos de via terrestre; III - bens móveis em geral; IV - bens imóveis; V - navios e aeronaves; VI - ações e quotas de sociedades empresárias; VII - percentual do faturamento de empresa devedora; VIII - pedras e metais preciosos; IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; XI - outros direitos. (...) Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. § 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. (...)'

6. Deveras, antes da vigência da Lei 11.382/2006, encontravam-se consolidados, no Superior Tribunal de Justiça, os entendimentos jurisprudenciais no sentido da relativização da ordem legal de penhora prevista nos artigos 11, da Lei de Execução Fiscal, e 655, do CPC (EDcl nos EREsp 819.052/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 08.08.2007, DJ 20.08.2007; e EREsp 662.349/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 10.05.2006, DJ 09.10.2006), e de que o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (mediante a expedição de ofício à Receita Federal e ao BACEN) pressupunha o esgotamento, pelo exeqüente, de todos os meios de obtenção de informações sobre o executado e seus bens e que as diligências restassem infrutíferas (REsp 144.823/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02.10.1997, DJ 17.11.1997; AgRg no Ag 202.783/PR, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 17.12.1998, DJ 22.03.1999; AgRg no REsp 644.456/SC, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15.02.2005, DJ 04.04.2005; REsp 771.838/SP, Rel. Ministro Castro Meira,

Segunda Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 03.10.2005; e REsp 796.485/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 02.02.2006, DJ 13.03.2006).
7. A introdução do artigo 185-A no Código Tributário Nacional, promovida pela Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, corroborou a tese da necessidade de exaurimento das diligências conducentes à localização de bens passíveis de penhora antes da decretação da indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado, *verbis*: 'Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, 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, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. § 1º A indisponibilidade de que trata o *caput* deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. § 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.'
8. Nada obstante, a partir da vigência da Lei 11.382/2006, os depósitos e as aplicações em instituições financeiras passaram a ser considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 655, I, do CPC), tornando-se prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora *on line* (artigo 655-A, do CPC).
9. A antinomia aparente entre o artigo 185-A, do CTN (que cuida da decretação de indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os artigos 655 e 655-A, do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira) é superada com a aplicação da Teoria pós-moderna do Dialógo das Fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil.
10. Com efeito, consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo.
11. Deveras, a *ratio essendi* do artigo 185-A, do CTN, é erigir hipótese de privilégio do crédito tributário, não se revelando coerente 'colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988)' (REsp 1.074.228/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008).
12. Assim, a interpretação sistemática dos artigos 185-A, do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80 e 655 e 655-A, do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exeqüente.

13. *À luz da regra de direito intertemporal que preconiza a aplicação imediata da lei nova de índole processual, infere-se a existência de dois regimes normativos no que concerne à penhora eletrônica de dinheiro em depósito ou aplicação financeira: (i) período anterior à égide da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006 (que obedeceu a* vacatio legis *de 45 dias após a publicação), no qual a utilização do Sistema BACEN-JUD pressupunha a demonstração de que o exeqüente não lograra êxito em suas tentativas de obter as informações sobre o executado e seus bens; e (ii) período posterior à* vacatio legis *da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), a partir do qual se revela prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras.*

14. *In casu*, a decisão proferida pelo Juízo Singular em 30.01.2008 determinou, com base no poder geral de cautela, o 'arresto prévio' (mediante bloqueio eletrônico pelo sistema BACENJUD) dos valores existentes em contas bancárias da empresa executada e dos co-responsáveis (até o limite do valor exeqüendo), sob o fundamento de que 'nos processos de execução fiscal que tramitam nesta vara, tradicionalmente, os executados têm se desfeito de bens e valores depositados em instituições bancárias após o recebimento da carta da citação'.

15. Consectariamente, a argumentação empresarial de que o bloqueio eletrônico dera-se antes da regular citação esbarra na existência ou não dos requisitos autorizadores da medida provisória (em tese, apta a evitar lesão grave e de difícil reparação, *ex vi* do disposto nos artigos 798 e 799, do CPC), cuja análise impõe o reexame do contexto fático-probatório valorado pelo Juízo Singular, providência obstada pela Súmula 7/STJ.

16. Destarte, o bloqueio eletrônico dos depósitos e aplicações financeiras dos executados, determinado em 2008 (período posterior à vigência da Lei 11.382/2006), não se condicionava à demonstração da realização de todas as diligências possíveis para encontrar bens do devedor.

17. Contudo, impende ressalvar que a penhora eletrônica dos valores depositados nas contas bancárias não pode descurar-se da norma inserta no artigo 649, IV, do CPC (com a redação dada pela Lei 11.382/2006), segundo a qual são absolutamente impenhoráveis 'os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal'.

18. As questões atinentes à prescrição dos créditos tributários executados e à ilegitimidade dos sócios da empresa (suscitadas no agravo de instrumento empresarial) deverão se objeto de discussão na instância ordinária, no âmbito do meio processual adequado, sendo certo que o requisito do prequestionamento torna inviável a discussão, pela vez primeira, em sede de recurso especial, de matéria não debatida na origem.

19. Recurso especial fazendário provido, declarando-se a legalidade da ordem judicial que importou no bloqueio liminar dos depósitos e aplicações financeiras constantes das contas bancárias dos executados. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008".

(STJ - 1ª Seção, REsp 1184765, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 24.11.10, DJ 03.12.10, destaques meus).

Desse modo, revendo meu posicionamento e na esteira do entendimento pacificado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no acórdão proferido no recurso especial representativo de controvérsia cuja ementa transcrevi, nos casos de decisões acerca do pedido de penhora *on line* proferidas na vigência da Lei nº 11.382/06, ou seja, a partir de 20.01.07, o bloqueio de ativos financeiros por meio de penhora *on line* prescinde do esgotamento de diligências para localização de outros bens do devedor passíveis de penhora.

De outro lado, nos casos de decisões anteriores a 20.01.07, exige-se o prévio esgotamento de tais diligências, nos moldes do art. 185-A, do Código Tributário Nacional.

Outrossim, penso que a aludida providência somente pode ser determinada após a regular citação do Executado (*v. g.* AI 363025/SP, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. em 18.02.10, DJ 09.03.10, p. 158).

Assim, há que se analisar o pedido de penhora *on line* levando-se em consideração a prévia citação do Executado e o momento em que proferida a decisão acerca do pedido de penhora: se antes ou depois do advento da Lei nº 11.382/06.

No presente caso, o Agravado foi regularmente citado (fl. 14). A Exequente, ora Agravante, formulou o pedido de penhora *on line*, o qual restou indeferido em 08.02.07 (fl. 43).

Nesse contexto, de rigor, a reforma da decisão agravada, a fim de determinar a penhora, mediante bloqueio de ativos financeiros via BACEN JUD.

Isto posto, *EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO*, conforme a sistemática estabelecida para o julgamento dos recursos representativos de controvérsia, notadamente o art. 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil, *DOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO*, para determinar o bloqueio de ativos financeiros em nome dos Executados via BACEN JUD.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

- Sobre o bloqueio de ativos financeiros por meio de penhora *on line* prescindir do esgotamento de diligências para a localização de outros bens do devedor passíveis de penhora, nos casos de decisões proferidas na vigência da Lei nº 11.382/06, veja também a decisão proferida no REsp AI 0001774-31.2009.4.03.0000/SP, Desembargador Federal André Nabarrete, publicada na RTRF3R 106/70.

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL 0000901-32.2008.4.03.6122 (2008.61.22.000901-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 489/505
Interessado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AC 1517527
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/08/2011

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO. PRESENTE A LEGITIMIDADE DO MPF E ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE.

1. O INSS enquanto órgão de relevância pública e, portanto, social, não pode exigir o ressarcimento de seus cofres mediante a imposição de sério sacrifício de pessoas, indiscutivelmente, inocentes e hipossuficientes e tal procedimento legitima o órgão ministerial à propositura da Ação Civil Pública.

2. A pretensão trazida no bojo da presente ação civil pública se enquadra nos requisitos previstos na Lei nº 7.347/85, na Lei Complementar nº 75/93 e na própria Constituição Federal (artigos 127 e seguintes), constituindo-se também como a via adequada à veiculação do pedido.

3. Analisando-se os documentos acostados aos autos, notadamente os autos do Procedimento Administrativo, verifica-se que restou comprovado que os segurados não tiveram qualquer participação ou conhecimento da fraude, de modo que a devolução ou desconto desses valores pagos a maior se mostra incabível, uma vez que importa em repetição de verbas alimentares, percebidas de boa-fé, o que não se admite em direito previdenciário, conforme reiteradas decisões proferidas pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, bem como por esta E. Corte Regional. Precedentes.

4. Dessa forma, não se trata de propiciar o enriquecimento sem causa, mas sim de, em obediência ao princípio constitucional da proporcionalidade, render-se aos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que ao INSS, órgão vinculado ao Ministério da Previdência Social e que presta serviços de grande relevância social, compete a fiscalização de seus servidores e a coibição de fraudes, além disso, nessas circunstâncias tem melhores condições de suportar eventuais prejuízos, que não podem recair sobre o segurado, hipossuficiente na relação, em razão do caráter alimentar dos benefícios previdenciários, sendo que a aplicação da chamada “legalidade positiva”, a que se refere o INSS (artigo 115 da Lei nº 8.213/91), não pode ser aduzida em detrimento dos princípios constitucionais que garantem o direito fundamental à dignidade.

5. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a

Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de julho de 2011.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSS, ora agravante, em face de decisão proferida na presente Ação Civil Pública que, monocraticamente, rejeitou as preliminares de ilegitimidade *ad causam* do MPF e de inadequação da via eleita, acolheu a preliminar de inexigibilidade da multa imposta na r. decisão dos embargos de declaração e, nos termos do disposto no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, deu parcial provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação do INSS, para afastar a hipótese de decadência e autorizar tão somente a readequação das rendas mensais atuais dos benefícios dos segurados ou dos pensionistas (benefícios derivados), irregularmente revistos por ocasião da revisão do artigo 144 da Lei nº 8.213/91, ao patamar correto, mantendo a r. sentença monocrática quanto às demais condenações, no sentido de que o INSS se abstenha de proceder a qualquer cobrança ou desconto dos valores percebidos de boa-fé por esses segurados, bem como, no sentido de que devolvam os valores já cobrados, devidamente corrigidos.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, a ilegitimidade do Ministério Público Federal e a inadequação da via eleita, bem como o cabimento da cobrança dos valores recebidos irregularmente pelos segurados e pensionistas, sob pena de enriquecimento sem causa.

É o relatório.

À Mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSS, ora agravante, em face de decisão proferida na presente Ação Civil Pública que, monocraticamente, rejeitou as preliminares de ilegitimidade *ad causam* do MPF e de inadequação da via eleita, acolheu a preliminar de inexigibilidade da multa imposta na r. decisão dos embargos de declaração e, nos termos do disposto no § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, deu parcial provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação do INSS, para afastar a hipótese de decadência e autorizar tão somente a readequação das rendas mensais atuais dos benefícios dos segurados ou dos pensionistas (benefícios derivados), irregularmente revistos por ocasião da revisão do artigo 144 da Lei nº 8.213/91, ao patamar correto, mantendo a r. sentença monocrática quanto às demais condenações, no sentido de que o INSS se abstenha de proceder a qualquer cobrança ou desconto dos valores percebidos de boa-fé por esses segurados, bem como, no sentido de que devolvam os valores já cobrados, devidamente corrigidos.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, a ilegitimidade do Ministério Público Federal e a inadequação da via eleita, bem como o cabimento da cobrança dos valores recebidos irregularmente pelos segurados e pensionistas, sob pena de enriquecimento sem causa.

Passo a decidir.

A r. decisão agravada amparou-se no seguinte entendimento:

"Inicialmente, observo que a r. sentença recorrida encontra-se sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do art. 10 da Lei nº 9.469, de 10.07.97, razão pela qual tenho por interposta a remessa oficial.

No mais, entendo que procede o pedido da parte apelante no sentido de afastar a imposição de multa, fixada nos termos do parágrafo único do artigo 538 do CPC, em sede de embargos de declaração.

O parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, a cominação de multa para os casos de interposição de embargos declaratórios com fins exclusivamente protelatórios:

'Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos, por qualquer das partes.

Parágrafo Único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de um por cento sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento (10%), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito de valor respectivo.'

Assim, compulsando detidamente os autos do processo, verifico que os embargos de declaração acostados nas fls. 395/395 - verso, foram opostos, expressamente, para fins de pré-questionamento, não se vislumbrando qualquer pretensão protelatória no sentido de ver postergada sua obrigação.

Muito embora, o escopo de pré-questionar a matéria para efeito de interposição de recurso não tenha relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 535 do Código de Processo Civil, não há óbice legal à oposição dos mesmos para fins de prequestionamento.

Dessa forma, a imposição da multa se volta contra o abuso, a impertinência ou a repetição das razões, o que não se observa no caso em tela.

Nessa seara, também anota o eminente jurista Theotônio Negrão, na mesma obra: 'Os embargos declaratórios devem ser encarados como instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. A multa cominada no art. 538, parágrafo único, do CPC reserva-se a hipóteses em que se faz evidente o abuso' (RSTJ 30/378)

Por outro lado, não merece acolhimento a alegação preliminar de ilegitimidade ativa 'ad causam' do Ministério Público Federal seja pela ausência de causa para sua intervenção, seja pela impossibilidade da propositura da ACP para defesa de interesses de grupo ou classe de pessoas, para defesa de qualquer direito individual homogêneo ou mesmo para defesa de direitos individuais homogêneos sem relação de consumo, para propor revisão de benefícios previdenciários, assim como não procede a alegação da inadequação da via processual.

A Constituição Federal de 1988, no inciso I do artigo 129, dispõe que cabe ao

Ministério Público, dentre outras funções institucionais, a de 'zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia'.
Nota-se, de outra parte, que o Instituto Nacional do Seguro Social, criado a partir da Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, constitui uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social, com atribuições, nos termos do artigo 3º do Decreto nº 99.350, de 27 de junho de 1990, para 'conceder e manter benefícios e serviços previdenciários' (inciso III), bem como 'executar as atividades e programas relacionados com emprego, apoio ao trabalhador desempregado, identificação profissional, segurança e saúde de trabalhador' (inciso IV), dentre outras.
Portanto, considerando a condição do Instituto de prestador de serviços de relevância pública, clara a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da presente ação que decorre, obviamente, do interesse em sua intervenção.
Observe-se, ainda, que a hipótese descrita nos autos não trata, como alega a autarquia, da defesa de direitos disponíveis, isto é, da defesa individual de um grupo de segurados no sentido de que, simplesmente, não sejam compelidos a devolver os valores percebidos indevidamente, trata, na realidade, da defesa de toda a sociedade e especialmente segurados do INSS afetados pelo pagamento irregular, de não sofrerem cobrança injusta, que deve ser direcionada aos responsáveis pela perpetração da fraude.
O INSS enquanto órgão de relevância pública e, portanto, social, não pode se obstinar ao ressarcimento de seus cofres de maneira cega, mediante a imposição de sério sacrifício de pessoas, indiscutivelmente, inocentes e hipossuficientes e tal procedimento legitima o órgão ministerial à propositura da Ação Civil Pública.
Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do que sustenta a Autarquia Previdenciária, não se limita a disciplinar as relações de consumo, sendo uma legislação complementar à Lei nº 7.347/85, e, por isso, plenamente aplicável ao caso concreto.
É o que leciona Hugo Nigro Mazzilli, em seu livro 'A defesa dos interesses difusos em juízo' (10ª edição, Editora Saraiva: São Paulo, 1998, pp. 42-43), cujo trecho se transcreve abaixo:
'Cabe hoje a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo por meio da ação civil pública ou coletiva. O CDC e a LACP complementam-se reciprocamente: em matéria de defesa de interesses coletivos e difusos, um é de aplicação subsidiária ao outro.
Inexiste, pois, sistema de taxatividade para a defesa de interesses difusos e coletivos. Além das hipóteses já expressamente previstas nas diversas leis para tutela judicial destes interesses (defesa do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio cultural, das crianças e adolescentes, das pessoas portadoras de deficiência, dos investidores lesados no mercado de valores mobiliários, de interesses ligados à defesa da ordem econômica ou à livre concorrência) - qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo pode em tese ser defendido em juízo, seja pelo Ministério Público, seja pelos demais legitimados do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC.'
O próprio E. Supremo Tribunal Federal já reconheceu a legitimidade do Ministério Público Federal para ajuizar ação civil pública versando sobre matéria previdenciária, como se vê no aresto abaixo transcrito, citado a título ilustrativo (grifos nossos):

'*DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO* - RECUSA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA - DIREITO DE PETIÇÃO E DIREITO DE OBTENÇÃO DE CERTIDÃO EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS - PRERROGATIVAS JURÍDICAS DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL - EXISTÊNCIA DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - *LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO "DEFENSOR DO POVO"* (CF, ART. 129, II) - DOUTRINA - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

- O direito à certidão traduz prerrogativa jurídica, de extração constitucional, destinada a viabilizar, em favor do indivíduo ou de uma determinada coletividade (como a dos segurados do sistema de previdência social), a defesa (individual ou coletiva) de direitos ou o esclarecimento de situações.

- A injusta recusa estatal em fornecer certidões, não obstante presentes os pressupostos legitimadores dessa pretensão, autorizará a utilização de instrumentos processuais adequados, com o mandado de segurança ou a própria ação civil pública.

- *O Ministério Público tem legitimidade ativa para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos, quando impregnados de relevante natureza social, como sucede com o direito de petição e o direito de obtenção de certidão em repartições públicas.* Doutrina. Precedentes.'

(STF, RE-AgR 472489 RS, Segunda Turma, v. u., Relator Ministro Celso de Melo, julgamento em 29/04/2008, publicado em 29/08/2008).

Nesse sentido ainda (grifos nossos):

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFEITOS DA DECISÃO.

I - A teor dos artigos 74 e 81, ambos da Lei nº 10.741/2003 e artigo 3º da Lei nº 7.853/89, *o Ministério Público possui legitimidade para ingressar com ação civil pública para defender interesse individual homogêneo.*

II - Em atenção ao princípio da isonomia, o disposto no parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003 deve ser aplicado, também, quando se tratar de benefício previdenciário no valor de um (01) salário mínimo, quer seja por incapacidade ou idade, não se restringindo somente ao benefício assistencial.

III - O prazo para cumprimento da decisão agravada deve ser estendido para 06 (seis) meses, haja vista o grande número de benefícios a serem revisados em cotejo com as condições técnico-humanas de que dispõe o ente autárquico.

IV - A imposição de multa à Autarquia, bem como o enquadramento do administrador ao disposto no artigo 319 do Código Penal, em caso de não atendimento à decisão judicial, tem por escopo compelir o cumprimento da ordem exarada.

V - Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento.'

(TRF 3ª Região, AG 200603000478076 MS, Décima Turma, v. u., Relator Juiz Federal Convocado David Diniz, DJU 12/03/2008, p. 652).

'PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. *LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO*. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO *EXTRA* OU *ULTRA PETITA*. IMPROVIMENTO DA APELAÇÃO E DA REMESSA OFICIAL.

1. *Ação civil pública objetivando, em síntese, regularizar a realização de perícias médicas necessárias à instrução dos requerimentos de benefícios previdenciários,*

notadamente o auxílio-doença, tendo em vista que a ausência de médico-perito na Agência da Previdência Social de Marabá/PA, desde janeiro de 2006, tem prejudicado sobremaneira a concessão e manutenção dos benefícios previdenciários que dependam da realização de exame médico.
2. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor a presente ação civil pública, uma vez que a relação existente entre a autarquia previdenciária e os segurados fere interesse individual homogêneo (art. 127 da CF).
3. "Quanto à utilização pelo Órgão Ministerial da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, em nenhum momento tencionaram os autores referida substituição. O que almeja é a regularização da prestação de serviço, que é público, e vem sendo deficientemente prestado. Se haverá desrespeito às exigências legais para a concessão de alguns benefícios previdenciários, com a supressão de exame médico pericial a cargo da Previdência Social, isso ocorrerá para atender aos princípios constitucionais da eficácia da administração pública e da dignidade da pessoa humana, que se colocam em patamar superior às regras mencionadas pelo INSS."
4. A exigência na sentença mandamental de que o requerimento administrativo do benefício previdenciário fosse instruído com "atestado médico subscrito por dois médicos, um deles especialista no ramo da medicina relaciona à doença do segurado", por si só, não tem o condão de caracterizar julgamento *extra* ou *ultra petita*. A forma como irá se operacionalizar a confecção dos atestados médicos não se afigura influente ao deslinde da questão, e tem amparo expresso na norma processual do art. 461 do CPC.
5. Não provimento da apelação do INSS e da remessa oficial.'
(TRF 1ª Região, AC 200639010005956 PA, Sexta Turma, v. u., Relatora Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, e-DJF1 21/07/2008, p. 143).
De outra parte, não procede a alegação do INSS de que a ação civil pública estaria sendo utilizada equivocadamente, na tentativa de revisão de benefícios previdenciários. O Ministério Público Federal, não pretende, na presente ação, ver declarada a revisão de benefícios previdenciários. Pretende, da literalidade da petição inicial: '... impedir que o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social - efetue a cobrança que qualquer valor pagos aos titulares dos benefícios previdenciários revisados nos termos dos artigos 144 e 145 da Lei nº 8.212/91 *(sic)*, concedidos na Agência de Tupã ...)'.
Assim, a pretensão trazida no bojo da presente ação civil pública se enquadra nos requisitos previstos na Lei nº 7.347/85, na Lei Complementar nº 75/93 e na própria Constituição Federal (artigos 127 e seguintes), constituindo-se também como a via adequada à veiculação do pedido .
Nesse passo, afastada a multa fixada nos embargos de declaração e rejeitadas as preliminares de ilegitimidade ativa *ad causam* do MPF e de inadequação da via processual eleita, passo à análise do mérito.
Inicialmente, no que se refere ao prazo de decadência do direito à revisão do valor de benefício previdenciário, seja por parte do segurado, seja por parte da Previdência Social, oportuno tecer os seguintes comentários.
Quanto ao segurado, somente a partir da publicação da Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.06.1997 (convertida na Lei nº 9.528/97), foi alterada a redação do *caput* do

artigo 103 da Lei nº 8.213/91, passando, assim, a lei de benefícios a disciplinar pela primeira vez a questão relativa à decadência do direito do segurado pedir a revisão da renda mensal inicial de seu benefício, já que a legislação que a antecedeu somente tratava da prescrição.

No que tange ao direito da Previdência Social proceder à revisão do valor de benefícios previdenciários, a matéria passou a ser disciplinada pela regra geral estabelecida pela Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999:

'Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.'

Somente com a edição da Lei nº 10.839/2004 foi incluído o artigo 103-A na Lei nº 8.213/91, disciplinando especificamente a matéria:

'Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.'

Observo que a Lei nº 10.839 foi publicada em 06 de fevereiro de 2004, sendo pacífico o entendimento que tal lei não pode ser aplicada retroativamente.

Nesse sentido, colaciono entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

'RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI Nº 10.839/04. INCIDÊNCIA RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. "O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé." (artigo 103-A da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 10.839/04).

2. A Lei nº 10.839/04 não tem incidência retroativa, de modo a impor, para os atos praticados antes da sua entrada em vigor, prazo decadencial com termo inicial na data do ato.

3. Recurso provido.'

(STJ; RESP 540904; 6ª Turma; Relator Ministro Hamilton Carvalhido; DJ de 01.07.2005)

'PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA. PERÍODO ANTERIOR À MEDIDA PROVISÓRIA 1.523/97. PRECEDENTES.

1. É firme neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei de Benefícios, introduzido pela

Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.6.1997, convertida na Lei nº 9.528/1997, por se tratar de instituto de direito material, surte efeito apenas sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor.
2. Agravo interno ao qual se nega provimento.'
(AGA 927300; 6ª Turma; Relator Ministro Celso Limongi; DJ de 19.10.2009)
Ocorre que, em decisão proferida em 14/04/2010, no julgamento do Recurso Especial nº 1.114.938/AL, de Relatoria do Exmo. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a Egrégia Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que é de dez anos o prazo para o INSS determinar a revisão da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos em data anterior à Lei nº 9.784/99, a contar da data da publicação da lei. Observe-se, por oportuno, o teor do v. acórdão:
'RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA *A* DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.787/99. PRAZO DECADENCIAL DE 5 ANOS, A CONTAR DA DATA DA VIGÊNCIA DA LEI 9.784/99. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. ART. 103-A DA LEI 8.213/91, ACRESCENTADO PELA MP 19.11.2003, CONVERTIDA NA LEI 10.839/2004. AUMENTO DO PRAZO DECADENCIAL PARA 10 ANOS. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NO ENTANTO.
1. A colenda Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que os atos administrativos praticados antes da Lei 9.784/99 podem ser revistos pela Administração a qualquer tempo, por inexistir norma legal expressa prevendo prazo para tal iniciativa. Somente após a Lei 9.784/99 incide o prazo decadencial de 5 anos nela previsto, tendo como termo inicial a data de sua vigência (01.02.99). Ressalva do ponto de vista do Relator.
2. Antes de decorridos 5 anos da Lei 9.784/99, a matéria passou a ser tratada no âmbito previdenciário pela MP 138, de 19.11.2003, convertida na Lei 10.839/2004, que acrescentou o art. 103-A à Lei 8.213/91 (LBPS) e fixou em 10 anos o prazo decadencial para o INSS rever os seus atos de que decorram efeitos favoráveis a seus benefíciários.
3. Tendo o benefício do autor sido concedido em 30.7.1997 e o procedimento de revisão administrativa sido iniciado em janeiro de 2006, não se consumou o prazo decadencial de 10 anos para a Autarquia Previdenciária rever o seu ato.
4. Recurso Especial do INSS provido para afastar a incidência da decadência declarada e determinar o retorno dos autos ao TRF da 5ª Região, para análise da alegada inobservância do contraditório e da ampla defesa do procedimento que culminou com a suspensão do benefício previdenciário do autor'.
Tendo em vista que o entendimento acima transcrito se deu pelo rito da Lei dos Recursos Repetitivos (Lei nº 11.672/08), a tese ali veiculada deve ser aplicada em toda a Justiça Federal.
Dessa forma, no presente caso, não se consumou o prazo decadencial de 10 anos para que a Autarquia Previdenciária reveja o ato de concessão de benefícios concedidos no chamado "buraco negro", tendo em vista a publicação da Lei nº 9.784 em 01.02.1999, a efetivação dos procedimentos de revisão administrativa no

período compreendido entre 1999 e 2002 e a propositura da ação em 2008.
No entanto, a questão não se encerra com afastamento da decadência do direito à revisão por parte da autarquia, não havendo óbice a tal revisão, a fim de que se proceda a correção do valor da renda mensal atual.
A discussão travada nos autos versa sobre a possibilidade do INSS proceder à cobrança dos valores percebidos indevidamente, independentemente da boa-fé dos segurados.
Analisando os documentos acostados aos autos, notadamente os autos do Procedimento Administrativo nº 1.34.027.000056/2008-98, verifico que restou comprovado que os segurados não tiveram qualquer participação ou conhecimento da fraude, conforme consta das fls. 39, 41/42:
'fl. 39
12 - Em prosseguimento, reportamos aos depoimentos dos segurados prestados perante a Comissão, ressalte-se que todos os segurados ouvidos durante as apurações no âmbito da Gerência (fls. 92/244) foram unânimes ao definir a atuação dos intermediários; subtrai-se dessas oitivas que os intermediários efetivamente obtiveram favorecimento na respectiva atuação referente ao processamento das revisões; diante desse quadro, definimos como suficiente ouvir apenas seis segurados, cujos depoimentos encontram-se às fls. 1300/1312;
12.1 - Conforme consta dos respectivos termos, as oitivas foram realizadas na APS Tupã, providência essa que consideramos pertinente, dada a situação desses segurados, com idade avançada, inclusive alguns com saúde debilitada, implicando assim na dificuldade para deslocamento até o local de instalação da Comissão, somando-se por fim o aspecto financeiro; ressaltamos ainda que essa medida não trouxe qualquer prejuízo à Defesa, visto que o Advogado constituído pelo servidor envolvido acompanhou os respectivos atos;
12.2 - Os esclarecimentos trazidos por esses segurados, ficaram restritos aos já constantes dos autos, sendo mantido à unanimidade que nunca compareceram à APS para tratar das revisões, que foram procurados pelos Advogados, pessoalmente, por telefone, através de cartas, informando-os sobre o direito à revisão; e que da mesma forma, souberam da liberação dos pagamentos, bem como, sobre a Agência Bancária que deveriam comparecer.
fls. 41/42
18. Diante as provas coligidas foi imputado ao servidor as seguintes irregularidades, conforme consta da Ultimação de Instrução de fls. 1638/1651:
"7.1 - Confeccionou indevidamente requerimentos em nome de segurados, mediante utilização de carimbo padrão, cujos números de protocolos atribuídos na maioria das vezes referem-se a expedientes diversos que haviam tramitado na Agência; consta ainda números atribuídos aleatoriamente, todos com datas retroativas, os quais foram inseridos nos respectivos processos concessórios;
- na confecção dos citados requerimentos foram utilizadas folhas de papel com características extemporâneas, ou seja, como coloração amarelada, (fls. 1316/1317), nas quais foram apostos o carimbo 'FLS.01', procedimento esse usual do Setor de Protocolo; ao ser inserido o requerimento no processo concessório, o servidor atribuiu ao mesmo a numeração sequencial do respectivo processo, inutilizando-se o carimbo de 'FLS.01' acima citado; em alguns casos o servidor inseriu ainda

despacho de distribuição do protocolo falsificado ao respectivo Setor de Benefício, conforme consta à fl. 30 no processo de José Orphão, fl. 58 do processo de Ângelo Barbato, fl. 51 do processo de Antonio Sanches, fl. 47 do processo de Herculano da Costa e Silva, fl. 27 do processo de Santiago Aires Prieto, fl. 28 do processo de Seihei Abe, fl. 55 do processo de Inerina Pini Bellentani;
- falsificou ainda, as assinaturas dos respectivos requerentes;"'
Dessa forma, indiscutível a boa-fé dos segurados, de modo que a devolução ou desconto desses valores pagos a maior se mostra incabível, uma vez que importa em repetição de verbas alimentares, o que não se admite em direito previdenciário, conforme reiteradas decisões proferidas pela Egrégio Superior Tribunal de Justiça, bem com por esta E. Corte regional, segundo transcrições abaixo:
'AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DO BENEFÍCIO EM URV. VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 20 DA LEI Nº 8.880/94. TERMO "NOMINAL". RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA ALIMENTAR DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. PRECEDENTES.
I - A Terceira Seção já decidiu que a sistemática de conversão dos valores nominais dos benefícios prevista pelo art. 20 da Lei nº 8.880/94 assegura a irredutibilidade e a preservação do valor real dos benefícios previdenciários.
II - É indevida a restituição dos valores recebidos a título de conversão da renda mensal do benefício previdenciário em URV por se tratar de benefício previdenciário, que tem natureza alimentar. Valores sujeitos ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos.
Ação rescisória procedente. Pedido de restituição indeferido.'
(STJ - AR 3038/RS, Terceira Seção, Rel. Min. FELIX FISCHER, v. u., DJE 30/06/2008)
'AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. SÚMULA 343 STF. NÃO INCIDÊNCIA. ART. 485, V, CPC. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DE LEI. OCORRÊNCIA. RESTITUIÇÃO IMPOSSIBILIDADE.
Não há que se falar em incidência da Súmula 343 do STF, quando a questão versar matéria constitucional.
A aplicação de lei posterior a benefícios já concedidos ou cujos requisitos foram implementados anteriormente ao início de sua vigência, viola o art. 5º, XXXVI, bem assim o art. 195, § 5º, ambos da Constituição da República.
Se o direito ao benefício foi adquirido anteriormente à edição da L. 9.032/95, o seu cálculo deve ser efetuado de acordo com a legislação vigente à época.
Em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, não é possível a restituição dos valores pagos a título de benefício previdenciário, devido ao seu caráter alimentar. Precedentes do STJ.
Ação rescisória provida. Pedido de restituição indeferido'.
(TRF - 3ª Região, Ação Rescisória nº 2007.03.00.086240-3, Terceira Seção, Rel. Juíza Federal Convocada Giselle França, j. 09/10/2008, publ. D. E. 10/11/2008)
Frise-se, por oportuno, que a ação de improbidade visa justamente o ressarcimento do Erário, sendo que há penalidade específica para cada uma das suas modalidades, nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.429/92 e, em todas elas, há previsão de ressarcimento integral do dano:

'Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, *ressarcimento integral* do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, *ressarcimento integral do dano*, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, *ressarcimento integral do dano*, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente'. (grifos nossos)

Sendo assim, mesmo que o patrimônio dos condenados seja insuficiente, não pode o INSS pretender obter tal ressarcimento em face dos segurados que não tiveram qualquer responsabilidade na revisão irregular de seus benefícios, ao contrário, pessoas simples, humildes, muitas vezes analfabetas, que sequer têm conhecimento das possibilidades de revisão a que têm direito.

Não se trata de propiciar o enriquecimento sem causa, mas sim de, em obediência ao princípio constitucional da proporcionalidade, render-se aos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que ao INSS, órgão vinculado ao Ministério da Previdência Social e que presta serviços de grande relevância social, compete a fiscalização de seus servidores e a coibição de fraudes, além disso, nessas circunstâncias tem melhores condições de suportar eventuais prejuízos, que não podem recair sobre o segurado, hipossuficiente na relação, em razão do caráter alimentar dos benefícios previdenciários.

Assim, a aplicação da chamada 'legalidade positiva', a que se refere o INSS (artigo 115 da Lei nº 8.213/91), não pode ser aduzida em detrimento dos princípios constitucionais que garantem o direito fundamental à dignidade.

No entanto, com o fito de evitar a perpetuação da fraude, *o INSS poderá proceder ao recálculo das rendas mensais desses segurados, corrigindo o valor atual, a partir da intimação da presente decisão*, obedecendo aos corretos parâmetros

legais para fixação do novo valor, sem que tal ato importe em desconto ou devolução dos valores.

Deixo de fixar honorários advocatícios, nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

Esclareço, por fim, que o INSS está isento do pagamento de custas e despesas processuais em razão da mesma previsão legal.

Destarte, aplicável, no presente caso o disposto no § 1º-A, do artigo 557 do Código de Processo Civil:

'Art. 557. (...).

§ 1º-A - Se a decisão estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.'

Nesse diapasão, torna-se dispensável a submissão do julgamento à Turma, cabendo o provimento ou não do recurso diretamente por decisão monocrática.

Posto isso, rejeito *as preliminares de ilegitimidade ad causam do MPF e de inadequação da via eleita, acolho a preliminar de inexigibilidade da multa imposta na r. decisão dos embargos de declaração* e, nos termos do § 1º-A do Código de Processo Civil, *dou parcial provimento à remessa oficial, tida por interposta e ao apelo do INSS*, para afastar a hipótese de decadência e autorizar tão somente a readequação das rendas mensais atuais dos benefícios dos segurados ou dos pensionistas (benefícios derivados), irregularmente revistos por ocasião da revisão do artigo 144 da Lei nº 8.213/91, ao patamar correto, mantendo a r. sentença monocrática quanto às demais condenações, no sentido de que o INSS se abstenha de proceder a qualquer cobrança ou desconto dos valores percebidos de boa-fé por esses segurados, bem como, no sentido de que devolvam os valores já cobrados, devidamente corrigidos.

Após o decurso *in albis* do prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem."

Tendo sido exaustivamente fundamentada a decisão agravada, no tocante às razões de inconformismo levantadas pela parte agravante, desnecessária será a repetição desses argumentos.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo.*

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

- Sobre a impossibilidade de devolução de valores percebidos de boa-fé pelo segurado, face o caráter alimentar da prestação, veja também os seguintes julgados: AR 0048351-38.2007.4.03.0000/SP, Relatora Juíza Federal Convocada Giselle França, publicada na RTRF3R 102/166 e AC 0017207-90.2005.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 102/475.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0029307-96.2008.4.03.0000
(2008.03.00.029307-3)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE DOURADOS - MS
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS
Parte Autora: FÁBIO JÚNIOR MARTINELLI
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
Classe do Processo: CC 11072
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/07/2011

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO ANULATÓRIA. IDENTIDADE ENTRE O OBJETO E A CAUSA DE PEDIR.
I. A conexão é fato jurídico processual a modificar a competência relativa, atribuindo a um único juízo a competência para processar e julgar as causas, evitando a prolação de sentenças contraditórias.
II. Não obstante o trânsito em julgado do mandado de segurança, o feito está em fase de execução, ensejando a prevenção do Juízo ante a identidade entre o objeto e a causa de pedir de ambos processos.
III. Conflito negativo de competência julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar o conflito de competência improcedente, nos termos do voto da Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora), com quem votaram a Desembargadora Federal REGINA COSTA, o Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI, os Desembargadores Federais MÁRCIO MORAES, FÁBIO PRIETO e CECÍLIA MARCONDES; vencidos os Juízes Federais Convocados NINO TOLDO, CLAUDIO SANTOS e PAULO SARNO que julgavam procedente o conflito de competência.

Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais MARLI FERREIRA (substituída pelo Juiz Federal Convocado PAULO SARNO), SALETTE NASCIMENTO, MAIRAN MAIA (substituído pelo Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI), NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA (substituído pelo Juiz Federal Convocado CLAUDIO SANTOS), CONSUELO YOSHIDA e LAZARANO NETO (substituído pelo Juiz Federal Convocado NINO TOLDO).

São Paulo, 19 de julho de 2011.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora): Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Dourados/MS em virtude de declinação de competência pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Naviraí/MS.

O presente conflito emerge de ação ordinária ajuizada por Fábio Júnior Martinelli com o fito de suspender a exigência de entrega imediata de veículo automotor anteriormente apreendido pela Polícia Federal, em razão da suposta prática do crime de contrabando e descaminho.

O juízo suscitado da 1ª Vara Federal de Naviraí/MS, ao qual foi originariamente distribuído a ação ordinária, por entender existir conexão entre o feito e o mandado de segurança nº 98.2000902-2, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Dourados/MS, determinou a remessa dos autos a este Juízo, que suscitou o conflito.

Nesta instância originária, o Ministério Público Federal opinou pela procedência do conflito.

É o relatório, dispensada a revisão nos termos regimentais.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora): A conexão é fato jurídico processual que produz o efeito de modificar a competência relativa, para que um único juízo tenha competência para processar e julgar as causas conexas entre si. O escopo da conexão é promover a economia processual e, principalmente, evitar a prolação de sentenças contraditórias quando houver identidade de objeto e de causa de pedir.

No Código de Processo Civil, a conexão está prevista no art. 103, o qual transcrevo a seguir:

> "art. 103 - Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir."

Portanto, é preciso avaliar se há identidade entre o objeto ou a causa de pedir dos dois feitos na hipótese dos autos.

O mandado de segurança nº 98.2000902-2 foi impetrado por Fábio Júnior Martinelli, perante o Juízo Federal da 1ª Vara de Dourados/MS, objetivando a liberação de veículo, conduzido por terceiro, apreendido em razão de transporte de mercadoria contrabandeada/descaminhada. Sustentava o impetrante ser o legítimo proprietário do veículo em questão, bem como não ter envolvimento com o suposto delito.

Sobreveio sentença de concessão da ordem, decisão que veio a ser reformada por este E. Tribunal, com a denegação da ordem ante a ausência de comprovação pelo impetrante de propriedade do veículo, julgando no mérito pela ausência de direito líquido e certo.

Apesar disso, Fábio Júnior Martinelli ajuizou a ação ordinária nº 2006.60.06.000534-9, buscando obstar a apreensão do mesmo veículo, ou seja, repetindo o mesmo pedido contido no "writ" em ação de conhecimento.

O acórdão denegando o mandado de segurança transitou em julgado e, em tendo retornado à justiça de primeiro grau, como se pode observar em consulta ao sítio da Justiça Federal foi proferida decisão judicial para fins de cumprimento do julgado pelo impetrante.

Desta forma, evidencia-se a ofensa à coisa julgada ao se pretender rediscutir em nova ação a liberação de veículo, quando na impetração anterior a Corte concluiu-se pela apreensão, transitando em julgado a matéria.

Evidencia-se, pois, a conexão pois, incumbirá ao mesmo juízo que julgou o Mandado de Segurança, porquanto despachou no feito para fins de cumprimento da sentença mandamental, donde somente a ele incumbe decidir sobre a ofensa à coisa julgada e dar destino à nova ação repetitiva.

Destarte, de se reconhecer a conexão entre o mandado de segurança nº 98.2000902-2 e a ação ordinária nº 2006.60.06.000534-9, ante a identidade entre o objeto e a causa de pedir de ambos os feitos e eventual prejudicialidade da ação ordinária.

Ante o exposto, conheço do presente conflito, julgando-o improcedente, para declarar competente para processar e julgar a ação ordinária nº 2006.60.06.000534-9 o juízo suscitante, Juízo Federal da 1ª Vara de Dourados/MS.

É o voto.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0042710-35.2008.4.03.0000
(2008.03.00.042710-7)

Suscitante: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE JUNDIAÍ - SP
Suscitado: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE VÁRZEA PAULISTA - SP
Parte Autora: AGNELO JESUS DE OLIVEIRA
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Classe do Processo: CC 11221
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/06/2011

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, DO CPC. COMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL PARA O JULGAMENTO DO CONFLITO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. VARA DISTRITAL. FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR. ART. 109, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPLANTAÇÃO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. REDISTRIBUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO EM CURSO. ART. 25 DA LEI Nº 10.259/01.

1 - O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no RE 590.409/RJ, reconheceu a competência do respectivo Tribunal Regional Federal para dirimir o conflito de competência entre Juízo de primeiro grau e Juizado Especial Federal.

2 - Em juízo de retratação, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC, foi reconhecida a competência deste Tribunal Regional Federal para dirimir o conflito suscitado.

3 - Nas causas de natureza previdenciária, o Juízo de Direito originariamente eleito, cuja comarca não seja sede de vara da justiça federal, atua no exercício da jurisdição delegada pelo art. 109, § 3º, da Constituição Federal, o qual lhe confere competência para tanto.

4 - Remanesce a competência do Juízo Estadual para processar e julgar as causas de natureza previdenciária, ainda que de valor inferior a sessenta salários-mínimos, desde que propostas anteriormente à implantação do Juizado Especial Federal Cível no âmbito de sua jurisdição, consoante o disposto no 25 da Lei nº 10.259/01.

5 - Decisão anterior reconsiderada. Conflito de competência procedente. Fixada a competência do Juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, reconsiderar a decisão anteriormente proferida, a fim de reconhecer a competência deste Tribunal Regional Federal para processar e julgar o conflito de competência e, no mérito, julgar procedente o conflito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de maio de 2011.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DE JUNDIAÍ/SP em face do JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DO FORO DISTRITAL DE VÁRZEA PAULISTA/SP, nos autos da ação de natureza previdenciária proposta por Agnelo Jesus de Oliveira contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal.

A ação principal fora inicialmente ajuizada perante o Juízo da 2ª Vara do Foro Distrital de Várzea Paulista/SP, que declinou de sua competência, ressaltando a competência absoluta do Juizado Especial Federal, nos termos do art. 3º, parágrafo 3º, da L. 10.259/2001.

Redistribuídos os autos, o Juizado Especial Federal de Jundiaí/SP suscitou o presente conflito, aduzindo, em síntese, que a ação subjacente fora ajuizada em data anterior ao do provimento que determinou a implantação do Juizado Especial de Jundiaí (Provimento 235 - CJF/3ª R, de 17/06/2004).

Sobreveio a decisão proferida por este Relator (fl. 84), o qual declarou a incompetência desta Corte para dirimir o presente conflito, determinando a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula 348 do STJ.

O Ministério Público Federal interpôs agravo regimental contra a decisão de fl. 84, sustentando a competência deste Tribunal para apreciar a questão em voga.

Às fls. 104/109, foi proferida decisão pela 3ª Seção deste Tribunal, que, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental.

O Ministério Público Federal apresentou recurso extraordinário (fls. 117/120), nos termos do art. 102, III, "a", da Constituição Federal, pugnando pela inaplicabilidade da Súmula 348 do STJ, afim de que seja fixada a competência deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região para dirimir o conflito de competência.

Em decisão proferida, pela Vice-Presidência desta Corte, foi determinado o encaminhamento dos autos a esta Seção julgadora para aplicação do disposto no artigo 543-B, § 3º, do CPC.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 132/133, opinando pela procedência do conflito.

É o relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Passo a reapreciar a controvérsia vertida nestes autos, a teor do previsto no artigo 543-B, § 3º, do CPC:

> "Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

(...)
§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se".

Inicialmente, transcrevo a tese acolhida no v. Acórdão recorrido assim ementado (fls. 104/109):

"AGRAVO REGIMENTAL - DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR (ART. 120 DO CPC) - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JUIZADO ESPECIAL FEDERAL - INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 348 DO C. STJ.
1 - O parágrafo único do art. 120 do CPC amplia aos poderes do relator para além das hipóteses previstas no art. 557, possibilitando que decida monocraticamente os conflitos de competência em conformidade com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, sobre a questão suscitada.
2 - A E. Terceira Seção pacificou o entendimento de que esta Corte não tem competência para processar e julgar os conflitos que envolvam juizados especiais federais, nos termos da Súmula nº 348 do C. STJ.
3 - Decisão agravada que não se reveste de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando regularmente amparada nos precedentes da Seção especializada em matéria previdenciária e de Tribunal Superior, a contento da norma permissiva.
4 - Agravo regimental improvido".

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no RE 590.409/RJ, trouxe entendimento diverso sobre o assunto, reconhecendo a competência do respectivo Tribunal Regional Federal para dirimir o conflito de competência entre Juízo de primeiro grau e Juizado Especial Federal, *in verbis*:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL E JUÍZO FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, PERTENCENTES À MESMA SEÇÃO JUDICIÁRIA. JULGAMENTO AFETO AO RESPECTIVO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. JULGAMENTO PELO STJ. INADMISSIBILIDADE. RE CONHECIDO E PROVIDO.
I. A questão central do presente recurso extraordinário consiste em saber a que órgão jurisdicional cabe dirimir conflitos de competência entre um Juizado Especial e um Juízo de primeiro grau, se ao respectivo Tribunal Regional Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça.
II - A competência STJ para julgar conflitos dessa natureza circunscreve-se àqueles em que estão envolvidos tribunais distintos ou juízes vinculados a tribunais diversos (art. 105, I, *d*, da CF).
III - Os juízes de primeira instância, tal como aqueles que integram os Juizados Especiais estão vinculados ao respectivo Tribunal Regional Federal, ao qual cabe dirimir os conflitos de competência que surjam entre eles.
IV - Recurso extraordinário conhecido e provido".
(Pleno, RE nº 590409/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/08/2009, DJ. 28/10/2009).

Dessa forma, verifica-se que o Acórdão desta Seção está em confronto com a orientação consolidada no Supremo Tribunal Federal, o que permite o juízo de retratação, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC, de forma, que reconhecida a competência deste Tribunal, prossigo no julgamento do conflito suscitado.

A *vexata quaestio* diz respeito à competência para processar e julgar as ações de natureza previdenciária já em trâmite perante a justiça estadual, em comarca desprovida de sede de vara da justiça federal, ajuizadas anteriormente à implantação do juizado especial federal cível no âmbito da respectiva jurisdição.

A Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, em seu art. 3º, § 3º, define a natureza absoluta da competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis, no foro onde estiver instalada a respectiva Vara, para processar e julgar as ações cujo valor não exceda a sessenta salários-mínimos (*caput*).

O art. 25 da mesma Lei dispõe que "Não serão remetidas aos Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data de sua instalação". Busca-se, com isso, dar efetividade ao procedimento especial, regido pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 1º da Lei nº 9.099/95).

É que, nas causas de natureza previdenciária, o Juízo de Direito originariamente eleito, cuja comarca não seja sede de vara da justiça federal, atua no exercício da jurisdição delegada pelo art. 109, § 3º, da Constituição Federal, o qual lhe confere competência para tanto. Com efeito, restando vedada, no âmbito da justiça estadual, a aplicação do procedimento disciplinado pela Lei nº 10.259/01, nos termos do parágrafo único do art. 19, por óbvio, o rito antes adotado nessas demandas segue o Código de Processo Civil, e não a legislação especial.

Tal é a relevância da matéria, que se veda a redistribuição, para os juizados especiais federais, das ações em curso perante o juízo estadual, propostas anteriormente à instalação daqueles; do contrário, os atos judiciais até então praticados seriam anulados, dada a incompatibilidade dos procedimentos empregados, implicando, além de gravame ao jurisdicionado, ofensa os princípios acima destacados.

Note-se, a propósito, que o legislador, atento à finalidade da norma em evidência, deixou de restringir a aplicação do citado art. 25 no âmbito da justiça federal, mesmo porque, se assim o quisesse, disporia expressamente, a exemplo do que fez no art. 19, parágrafo único. À ausência de previsão legal, não cabe ao julgador estabelecer qualquer limite nesse sentido, pelo que se estende a vedação tanto aos juízos federais, como também estaduais, no exercício da competência delegada, indistintamente.

Dessa forma, nos moldes do art. 109, § 3º, da Constituição Federal, remanesce a competência do Juízo Estadual para processar e julgar as causas de natureza previdenciária, ainda que de valor inferior a sessenta salários-mínimos, desde que propostas anteriormente à implantação do Juizado Especial Federal Cível no âmbito de sua jurisdição, prevalecendo, assim, o disposto no 25 da Lei nº 10.259/01 em relação à perpetuação da jurisdição disciplinada no art. 87, 2ª parte, do Código de Processo Civil, por se tratar de norma especial.

Acerca da matéria, confira-se a orientação desta Corte:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - JUIZADO ESPECIAL FEDERAL - JUÍZO DE DIREITO.

1. Tendo sido a ação ajuizada quando ainda não havia sido implantado o Juizado

Especial Federal Cível de Registro e não havendo vara da Justiça Federal em Registro, competente era a Justiça Estadual para apreciar o pedido de concessão de benefício previdenciário, nos termos do § 3º do art. 109 da Constituição Federal, situação em que a justiça estadual é investida de jurisdição federal.
2. Deve-se considerar também que, quando do ajuizamento da ação perante a Justiça Estadual, foi requerida a observância do rito ordinário, procedimento diferente do adotado no âmbito dos Juizados Especiais Federais, principalmente os da 3ª Região, tendo em vista sua informatização, e a remessa dos autos ao Juizado Especial Federal tumultuaria o andamento do processo já iniciado.
3. É importante ainda ressaltar que, com a instalação do Juizado Especial Federal em Registro, o Juízo Estadual não se tornou incompetente para apreciar todas as questões relacionadas com a previdência e assistência social. Primeiro, porque remanesce a competência para apreciar os pedidos cujo valor ultrapassa 60 salários mínimos, nos termos do art. 3º da Lei nº 10.259/2001. E segundo, porque, nos termos do art. 25 do mesmo diploma legal, as demandas ajuizadas anteriormente à instalação do Juizado Especial Federal continuam sendo da competência da Justiça Estadual.
4. Conflito de competência que se julga procedente".
(CC nº 2005.03.00.000305-7, Rel. Des. Fed. Leide Polo, j. 10/08/2005, DJU 09/09/2005, p. 502).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA PROPOSTA PERANTE O JUÍZO ESTADUAL. INSTALAÇÃO DE JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL NA COMARCA. REDISTRIBUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A competência dos Juizados Especiais Federais é restrita às causas ajuizadas a partir de sua instalação e desde que o litígio não envolva valor superior a 60 (sessenta) salários mínimos. Inteligência dos artigos 3º, § 3º, e 25 da Lei nº 10.259/2001.
2. A norma do § 3º do artigo 109 da Constituição Federal não perde seu vigor apenas pela instalação de Juizado Especial Federal, porquanto os contornos de funcionamento e competência dos Juizados encontram fundamento de validade em preceito constitucional específico (art. 98, § 1º), de natureza especial em relação às regras gerais de competência previstas no texto constitucional. Assim, o disposto no § 3º do artigo 109 da Constituição Federal somente é excepcionado, no caso de instalação de Juizados Especiais Federais, no limite do regramento específico que rege tal esfera jurisdicional.
3. A vedação à redistribuição de processos (art. 25 da Lei nº 10.259/2001) guarda coerência com a concepção adotada para os Juizados Especiais Federais, considerando que o procedimento ali adotado, com processo eminentemente virtual, é completamente diverso daquele aplicado na Justiça Comum, cujo processo se desenvolve de forma física, consubstanciado em autos, ou seja, com suporte em papel.
4. As regras de perpetuação da jurisdição e alteração de competência previstas na legislação processual cedem diante da norma especial contida no artigo 25 da Lei nº 10.259/2001. Aplicação do princípio da especialidade.
5. Conflito procedente. Competência do Juízo Suscitado".

(CC nº 2005.03.00.000318-5, Rel. Des. Fed. Galvão Miranda, j. 27/07/2005, DJU 31/08/2005, p. 127).

Na hipótese dos autos, a ação subjacente foi protocolada em 12/09/2002, data anterior ao do provimento que determinou a implantação do Juizado Especial Federal de Jundiaí (Provimento nº 235 - CJF/3ª R, datado de 17/06/2004), portanto, remanesce a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara do Foro Distrital de Várzea Paulista/SP.

Ante o exposto, reconsidero a decisão anteriormente proferida, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, a fim de reconhecer a competência deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região para processar e julgar o conflito de competência e, no mérito, *julgo procedente* o conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara do Foro Distrital de Várzea Paulista/SP.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA 0016993-50.2010.4.03.0000 (2010.03.00.016993-9)

Agravante: ZILDA APARECIDA BARBOSA SANTOS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 189/193
Autora: ZILDA APARECIDA BARBOSA SANTOS
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONARDO SAFI
Classe do Processo: AR 7458
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/08/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO DO TRF DA 3ª REGIÃO. MATÉRIA JULGADA POR ACÓRDÃO DO STJ. INDEFERIMENTO DA INICIAL MANTIDO. RECURSO IMPROVIDO.

- Na petição inicial da ação rescisória de um julgado proferido em um Tribunal e reapreciado em outro, na forma colegiada ou monocrática, *constitui fundamento jurídico essencial do pedido rescisório a indicação do julgado que se pretende rescindir*, devendo o autor dizer claramente qual é o julgado que deseja ver rescindido.
- A ação rescisória deveria ter sido dirigida ao Superior Tribunal de Justiça, pelo fato daquele órgão ter proferido o último julgamento de mérito sobre a matéria que se discute nesta ação. Princípio veiculado no artigo 512 do Código de Processo Civil.
- A declinação de competência em favor do Superior Tribunal de Justiça é inócua neste momento, pois, naquele grau de jurisdição, a ação rescisória não poderá ser julgada, tendo em vista que a petição inicial pediu rescisão de ato deste Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça não pode modificar o pedido de rescisão de acórdão proferido nesta Corte Regional. Precedentes jurisprudenciais.
- Mantido o indeferimento da petição inicial.
- Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de julho de 2011.

Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que indeferiu a petição inicial, com fulcro no artigo 295, inciso I e parágrafo único, inciso III, combinado com o artigo

490, inciso I, todos do Código de Processo Civil, por não ter sido a ação rescisória dirigida contra a decisão proferida pela Quinta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que apreciou meritoriamente o não preenchimento dos requisitos legais para a concessão do benefício previdenciário na ação originária, mas sim contra o v. acórdão desta E. Corte Regional.

Sustenta a parte agravante, em síntese, ser esta E. Corte competente para julgar a ação rescisória, pois a pretensão rescindenda, embora tenha sido objeto de recurso especial, deixou de ser apreciada no mérito pelo C. Superior Tribunal de Justiça que, ao negar-lhe seguimento, não conheceu daquele recurso, mantendo, nessa parte, incólume o decisório que se pretende rescindir, ou seja, o acórdão do E. TRF-3ª Região. A justificar o processamento da rescisória perante esta Corte Regional, aduz que fundamentou sua pretensão, desde o início, no fato do falecido, antes do óbito, encontrar-se doente e impossibilitado de trabalhar, fato que não teria sido conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante verbete de seu próprio julgado: "1. Alegação estranha às razões do recurso especial não pode ser apreciada em sede de agravo regimental, por se tratar de inovação de fundamentos".

É O RELATÓRIO.

À mesa.

Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI (Relator): Esta ação rescisória, nos termos em que foi proposta, visa desconstituir o v. acórdão proferido pela Oitava Turma desta E. Corte que, em ação previdenciária, não conheceu da remessa oficial, deu provimento à apelação autárquica e entendeu prejudicado o recurso adesivo, julgando improcedente o pedido de pensão por morte em face da perda da qualidade de segurado do "de cujus".

Para delimitar os critérios de competência aplicáveis nos autos e, consequentemente, qual o respectivo Órgão julgador, foi determinada a manifestação da parte autora, a fim de esclarecer sobre o pedido de rescisão do julgado, indicando, com clareza, qual o "decisum" que desejava realmente rescindir: o do TRF ou o do STJ (fl. 183).

Às folhas 185/187, a parte autora informou que, por não ter ocorrido exame de mérito no Superior Tribunal de Justiça, "o objeto da presente rescisão é, *data vênia*, o acórdão proferido pela 8ª Turma do Egrégio Tribunal Regional da Terceira Região (processo nº 2006.03.99.043344-4), que no mérito julgou improcedente o pedido de pensão da autora (tópico 4 da vestibular)".

Nesse passo, transcrevo parte da fundamentação da decisão agravada, que analisou e esclareceu corretamente a situação ocorrida no caso destes autos:

> "Inicialmente, transcrevo a decisão desta Corte Regional, apontada como rescindenda, que ficou assim ementada (fl. 71):
> 'PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. REMESSA OFICIAL. ESPOSA. DEPENDÊNCIA PRESUMIDA. QUALIDADE DE SEGURADO DO FALECIDO NÃO DEMONSTRADA.
> - Remessa oficial não conhecida. Aplicação do § 2º, do artigo 475 do Código de Processo Civil (Lei 10.352/01).

- Perde a qualidade de segurado do INSS quem deixa de contribuir para o sistema por mais de 12 (doze) meses, *ex vi* do artigo 15, II, da Lei 8.213/91. Não cabimento da pensão correspondente à dependente.
- O "período de graça" pode ser estendido por até três anos, se comprovado o recolhimento de mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção, ou o desemprego involuntário pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social, o que não ocorre no caso presente, havendo a perda da qualidade de segurado (artigo 15, §§ 1º e 2º, Lei 8.213/91).
- O artigo 102 da Lei 8.213/91 não se aplica à espécie, pois estabelece que a perda da qualidade superveniente à implementação de todos os requisitos à concessão do benefício não obsta sua concessão. *In casu*, a perda da qualidade de segurado ocorreu antes de se aperfeiçoarem os requisitos ao direito à pensão por morte.
- Isenção de condenação da parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios, custas e despesas processuais. Precedentes desta Corte.
- Remessa oficial não conhecida e apelação do INSS provida. Recurso adesivo da parte autora prejudicado.'

Por outro lado, nas razões do recurso especial (fls. 75/89), interposto naqueles autos contra o v. acórdão deste Tribunal, a parte autora se insurgiu em razão de cerceamento na produção de provas, buscando a nulidade do julgado e, no mérito, afirmou preencher todos os requisitos necessários para a obtenção do benefício de pensão por morte, especialmente por não ter havido perda da qualidade de segurado do falecido e por terem sido recolhidas as contribuições previdenciárias necessárias ao deferimento do benefício, imputando ao aresto a violação dos artigos 102, § 2º, da Lei nº 8.213/91 e também à Lei nº 10.666/03, dentre outros.

No caso, o recurso especial (REsp 1.095.574/SP) foi conhecido e julgado monocraticamente, no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça, pela Ministra Laurita Vaz, então relatora (fls. 127/132). Transcrevo parte de sua fundamentação (fl. 167):

'O recurso não merece prosperar.

É certo que, a teor do que preceitua o art. 74 da Lei nº 8.213/91, a pensão por morte será devida ao conjunto de dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não.

Contudo, não obstante a concessão de pensão por morte não dependa de carência, nos termos do art. 26, inciso I, da Lei de Benefícios da Previdência Social, é essencial, que, ao tempo do óbito, o pretenso instituidor do benefício detenha a qualidade de segurado, para que os seus dependentes façam jus à pensão.

Segundo as judiciosas lições de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, "a qualidade de segurado é adquirida pelo exercício laboral em atividade abrangida pela previdência social ou pela inscrição e recolhimento das contribuições no caso de segurado facultativo. Em uma palavra, aquisição da qualidade de segurado equivale à filiação. No momento em que o cidadão se filia à previdência, adquiriu a qualidade de segurado, o que implicará recolhimento de contribuições. [...] Em linha de princípio, então, o segurado manterá essa qualidade enquanto estiver recolhendo as contribuições." (*in Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, Ed. Livraria do Advogado, 2ª Edição, 2002, págs. 74/75).

O Plano de Benefícios da Previdência Social, no seu artigo 15, prevê a possibilidade

do segurado manter esta qualidade independentemente do recolhimento de contribuições, durante um período determinado, denominado na doutrina pátria como "período de graça". Nesse intervalo, estará o segurado protegido, tendo direito à concessão de benefícios e à prestação de serviços da Previdência Social. Dispõe a mencionada norma, *verbis*:

"Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefícios;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos."

No caso em apreço, porém, segundo consta nos autos, o *de cujus* deixou de contribuir com a Previdência Social em setembro de 1999 e o seu falecimento ocorreu em outubro de 2003, isto é, mais de 04 (quatro) anos da última contribuição. Não estava o *de cujus* em gozo de qualquer benefício previdenciário, não se lhe aplicando, pois, a prerrogativa da manutenção da qualidade de segurado sem limite de prazo (inciso I do art. 15 da Lei nº 8.213/91). Resta, portanto, configurada a perda da qualidade de segurado do instituidor do benefício.

Ocorre que, malgrado a ausência do requisito imprescindível à concessão da pensão por morte - qualidade de segurado do *de cujus*, na época de seu falecimento -, cinge-se a presente controvérsia na ressalva inserida no art. 102 da Lei nº 8.213/91 - possibilidade de concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes, em virtude do óbito de seu marido, que ocorrera em 20/10/2003, mesmo após a perda da sua qualidade de segurado.

De início, ressalto que a matéria em debate era alvo de grandes controvérsias no âmbito desta Terceira Seção.

Talvez isso tenha ocorrido pelo fato da redação original do art. 102 da Lei nº 8.213/91 - que estipula, a rigor, que perdendo a qualidade de segurado, a pessoa deixa de ser filiada ao sistema, não mais fazendo jus a qualquer benefício ou serviço da Previdência Social - não ser muito clara, mormente em relação à pensão por morte, acerca da exceção, qual seja, ficam ressalvados dos efeitos da perda

da qualidade de segurado os dependentes do *de cujus* que, antes do óbito, tenha preenchido todas as condições para obter a aposentadoria, que, por ocasião de sua morte, será revertida em pensão.

Confira-se o original texto do artigo supramencionado, *litteris*:

"A perda da qualidade de segurado após o preenchimento de todos os requisitos exigíveis para a concessão de aposentadoria ou pensão não importa em extinção do direito a esses benefícios."

Esta redação foi alterada pela Lei nº 9.528/97, que teve por escopo aclarar a questão e dirimir qualquer dúvida, havendo um aperfeiçoamento técnico da norma, que passou assim a dispor, *in verbis*:

"Art. 102 - A perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.

§ 1º - A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.

§ 2º - Não será concedida pensão por morte aos dependentes do segurado que falecer após a perda desta qualidade, nos termos do art. 15 desta Lei, salvo se preenchidos os requisitos para obtenção da aposentadoria na forma do parágrafo anterior."

Diante desse contexto, para saber se os dependentes do segurado, falecido após a perda desta condição, têm direito ao recebimento da pensão por morte, faz-se necessário aferir se o *de cujus* já havia preenchido, antes da data do óbito, os requisitos necessários para obtenção de aposentadoria.

Assim sendo, conclui-se que o ex-segurado que deixa de contribuir para a Previdência Social somente faz jus à percepção da aposentadoria, como também ao de transmiti-la aos seus dependentes - pensão por morte -, se restar demonstrado que, anteriormente à data do falecimento, preenchera os requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria, nos termos da lei, quais sejam, número mínimo de contribuições mensais exigidas para sua concessão (carência) e tempo de serviço necessário ou idade mínima, conforme o caso.

É importante ressaltar que esta exegese conferida à norma previdenciária deve ser aplicada tanto na redação original do art. 102 da Lei nº 8.213/91, como após a alteração dada pela Lei nº 9.528/97. Isso porque, como os dependentes não possuem direito próprio junto à Previdência Social, estando ligados de forma indissociável ao direito dos respectivos titulares, são estes que devem, primeiramente, preencher os requisitos exigíveis para a concessão de aposentadoria, a fim de poder transmiti-la, oportunamente, em forma de pensão aos seus dependentes.

Confira-se os ensinamentos de Wladimir Novais Martinez a respeito da *quaestio iuris*, *in Curso de Direito Previdenciário*, 2ª Edição, 2003, Ed. LTr, pág. 747, que passo a transcrever:

"O benefício segue a regra do direito adquirido. O segurado falecendo após perder a qualidade de segurado, os dependentes não podem usufruí-la. Mas se o óbito se der após o preenchimento de requisitos legais das aposentadorias, ele se mantém."

Este entendimento já se encontra consolidado no âmbito da Egrégia 3ª Seção, consoante se verifica dos seguintes julgados, *litteris*:

(...)

Verifico que, no caso em testilha, o *de cujus* não preencheu os requisitos necessários para obtenção de qualquer aposentadoria, porquanto na data do óbito ainda não havia completado a idade legal (65 anos para homem) - contava apenas com 55 anos de idade -, e esteve vinculado ao RGPS, como trabalhador urbano, pelo período descontínuo de outubro de 1973 a setembro de 1999, bem como não trabalhou durante 15, 20 ou 25 anos em atividades perigosas, penosas ou insalubres; condições estas que lhe confeririam o direito à aposentadoria por idade, tempo de serviço, ou especial. Até mesmo a aposentadoria por invalidez não tem como ser examinada, por não ter sido sequer alegada nos autos.
Desse modo, não tem a parte autora, dependente do *de cujus*, direito ao benefício de pensão por morte.
Ante o exposto, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, NEGO SEGUIMENTO ao recurso especial.
Publique-se. Intimem-se.'
E essa decisão foi mantida, em sede de julgamento de agravo regimental, através de v. acórdão proferido pela E. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (fls. 143/148), já tendo ocorrido o trânsito em julgado naqueles autos (fl. 150). Transcrevo a referida ementa (fl. 148):
'PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO EM SEDE DE REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. PENSÃO POR MORTE. DE CUJUS. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
1. A alegação estranha às razões do recurso especial não pode ser apreciada em sede de agravo regimental, por se tratar de inovação de fundamentos.
2. É assegurada a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes do de cujos que, ainda que tenha perdido a qualidade de segurado, tenha preenchido os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria, antes da data do falecimento. No caso dos autos, não satisfeita tal exigência, a dependente do falecido não tem direito ao benefício pleiteado.
3. Decisão agravada que se mantém por seus próprios fundamentos.
4. Agravo regimental desprovido.'
Desta forma, percebe-se claramente que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, nas decisões transcritas acima, *tanto ao negar seguimento ao recurso especial, como ao negar provimento ao agravo regimental*, proferiu julgamento de mérito sobre a mesma matéria que se discute nesta ação.
Por isso, deveria ter sido esta rescisória dirigida contra aquela decisão, observando-se o princípio veiculado no artigo 512 do Código de Processo Civil, 'in verbis':
'*O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso*'.
Nesse sentido, anoto haver ensinamento doutrinário de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*in* 'Comentário ao Código de Processo Civil', vol. V, 10ª edição, p. 115 e 396/397) e de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERI (*in* 'Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor', 4ª edição, p. 936)."

Resolvida essa questão, reconhecendo que a decisão de mérito de Tribunal Superior

substituiu o julgado do Tribunal de origem, é imperativo decidir se o pedido rescisório deve ser extinto ou se deve ser encaminhado ao Tribunal que proferiu a última decisão de mérito.

Penso que toda a dificuldade que surge para se resolver essa segunda questão jurídica funda-se na idéia de que, quando o juiz é incompetente de forma absoluta para uma demanda, deve ele encaminhar os autos para o juiz competente. A regra está no parágrafo 2º do artigo 113 do Código de Processo Civil que, evidentemente, também se aplica aos julgadores em Segunda Instância.

Ora, a ação rescisória é uma ação especial, e não uma ação comum de competência originária de um Tribunal. O que desejo assinalar é que, na petição inicial da ação rescisória de um julgado proferido em um Tribunal e reapreciado em outro, na forma colegiada ou monocrática, *constitui fundamento jurídico essencial do pedido rescisório a indicação do julgado que se pretende rescindir*, ou seja: o autor tem que dizer claramente qual é o ato que deseja ver rescindido.

É por isso que os Tribunais Superiores, tanto o STF como o STJ, têm decidido pelo retorno dos autos aos Tribunais de origem, quando estes remetem a ação rescisória direcionada aos Tribunais locais, mesmo tendo aqueles apreciado o mérito. Cito alguns julgados:

> "EMENTA
> 1. Processo Civil. Ação Rescisória. Seu objeto é o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proferido em grau de embargos infringentes.
> 2. Recurso Extraordinário indeferido. Agravo de instrumento da decisão que o inadmitiu, confirmada no Supremo Tribunal Federal em despacho de relator e agravo regimental.
> 3. Tendo o Tribunal de Justiça declinado de sua competência para julgar a ação rescisória, sobem os autos ao Supremo Tribunal Federal.
> 4. É competente o Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido o Recurso Extraordinário ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida (Súmula nº 249).
> 5. O Supremo Tribunal Federal não pode julgar a ação rescisória, porque o seu objeto não é acórdão da corte, mas acórdão proferido nos embargos infringentes em segundo grau da jurisdição.
> 6. Julga-se extinto o processo com fundamento no art. 267, VI do Código de Processo Civil."
> (STF - Pleno, AR 1151/RJ, Relator: Ministro Alfredo Buzaid, DJ 31.08.1984).

> "AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ. PROPOSITURA PERANTE A CORTE *A QUO*. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. O pedido formulado na inicial com vistas a rescindir julgado da Corte a quo não pode ser modificado pelo órgão julgador para se ajustar ao juízo rescisório originário do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual deve o feito, equivocadamente ajuizado perante o TRF da 4ª Região, ser extinto sem julgamento de mérito. Precedentes do STJ e do STF.

2. Agravo regimental a que se nega provimento."
(STJ, AGRAR 2010/RS, Relatora: Ministra Laurita Vaz, 1ª Seção, DJ 02.09.2002).

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ. PROPOSITURA PERANTE TRIBUNAL LOCAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO PEDIDO.
I. Proposta a ação rescisória equivocadamente perante o tribunal local, tratando-se de caso de competência originária do STJ, não se pode remeter os autos a este, para que julgue o pedido como se fosse direcionado para rescindir o seu acórdão.
II. O pedido formulado pelo autor, para a rescisão da decisão do tribunal local, não pode ser modificado pelo órgão julgador, devendo o processo ser extinto sem julgamento do mérito.
Ação rescisória não conhecida."
(STJ, AR 920/SP, Relator: Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJ 25.02.2002).

Conforme se vê, pela conclusão dos julgamentos acima transcritos, aqueles dois Tribunais sequer conhecem da ação rescisória e determinam a remessa dos autos ao tribunal de origem, para que se proceda no Órgão "a quo" a extinção do processo, sem resolução de mérito.

Assim, *não se trata de incompetência absoluta dos Tribunais de origem*, descabendo a invocação ao parágrafo 2º do artigo 113 do Código de Processo Civil, expressa ou implicitamente. Desse modo, *se o pedido de rescisão é dirigido contra acórdão deste Tribunal Regional, extingue-se o processo*, quando o julgado do Tribunal Superior substituiu a decisão de mérito aqui proferida, *ou manda-se processar o pedido de rescisão*, quando o Tribunal Superior não conheceu efetivamente do recurso especial.

Nessa linha de raciocínio, é impossível a declinação de competência e a remessa da ação rescisória ao Tribunal Superior que o órgão julgador entende ser competente, porque a petição inicial pediu rescisão de ato judicial diverso.

O Tribunal Regional ao qual foi dirigida a ação rescisória, competente para a rescisão de seu julgado, deverá, então, avaliar se este foi efetivamente substituído por decisão de Tribunal Superior e, a partir daí, tomar a decisão correta, não para finalidade de remessa ou não dos autos da ação rescisória, mas com a meta de resolver se extingue a ação rescisória ou se manda processá-la.

Se o Tribunal Superior não apreciou o mérito, ao Tribunal de origem só cabe processar a rescisória, desde que presente os demais requisitos legais. Na hipótese inversa, extingue-se a ação rescisória.

Dessa forma, por não ter sido a ação rescisória dirigida contra a decisão proferida pela Quinta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que apreciou a questão do preenchimento dos requisitos legais para a concessão do benefício previdenciário, mas sim contra o v. acórdão desta E. Corte Regional, foi considerada inadmissível esta ação rescisória, em razão de sua inépcia.

Pelo exposto, mantendo a decisão que extinguiu o processo sem resolução do mérito, nego provimento ao agravo.

É COMO VOTO.

Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 0018642-50.2010.4.03.0000 (2010.03.00.018642-1)

Agravante: TRINAR CÂMARA DE ARBITRAGEM S/S LTDA.
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 64/67
Interessada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AI 409901
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/08/2011

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÂMARA ARBITRAL. VALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL PARA LIBERAÇÃO DO SEGURO-DESEMPREGO. INEXISTÊNCIA DE ATO COATOR. ILEGITIMIDADE DA PARTE IMPETRANTE. RECURSO IMPROVIDO.

1. No caso em tela, muito embora seja louvável a pretensão de garantir a eficácia das sentenças arbitrais, busca a parte impetrante garantir a todos que buscarem a via arbitral o direito a liberação das parcelas do seguro-desemprego.

2. Contudo, ante a especialidade da via mandamental, tal direito só poderá ser exercido individualmente quando expressamente negado pela autoridade coatora.

3. Sendo assim, entendo que o presente mandado de segurança não apresenta o ato coator alegado pela parte impetrante, vez que não há caso concreto de negativa de eficácia à sentença arbitral articulado nos autos que importaria em prejuízo a determinado interessado na liberação das parcelas de seguro-desemprego.

4. Além disso, é possível afirmar a ilegitimidade da parte impetrante, pois, pelas mesmas razões acima expendidas, somente o próprio interessado poderá reclamar a existência de direito líquido e certo que lhe garanta amparo pela via estreita do *mandamus*.

5. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto do Desembargador Federal Relator, que fazem parte integrante do presente acórdão.

São Paulo, 26 de julho de 2011.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto em face da decisão monocrática que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela União Federal, para suspender a liminar concedida em mandado de segurança, em razão da ilegitimidade da parte impetrante e da inexistência do ato coator.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que, como se trata de mandado de segurança preventivo, não há que se falar em existência do ato coator como pré-requisito de impetração, bastando a iminência do mesmo. Alega, ainda, que o que se impugna é a norma que manda a autoridade coatora deixar de liberar as parcelas do seguro-desemprego, e não a negativa de liberação em si, sendo, portanto, legítima a Câmara de Arbitragem para figurar como impetrante.

É o relatório.

À mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto em face da decisão monocrática que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela União Federal, para suspender a liminar concedida em mandado de segurança, em razão da ilegitimidade da parte impetrante e da inexistência do ato coator.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que, como se trata de mandado de segurança preventivo, não há que se falar em existência do ato coator como pré-requisito de impetração, bastando a iminência do mesmo. Alega, ainda, que o que se impugna é a norma que manda a autoridade coatora deixar de liberar as parcelas do seguro-desemprego, e não a negativa de liberação em si, sendo, portanto, legítima a Câmara de Arbitragem para figurar como impetrante.

Passo a decidir.

Inicialmente, assevero que se trata de mandado de segurança impetrado pela Câmara de Arbitragem, Mediação & Resoluções de Conflitos Ltda, visando o cumprimento, pela Superintendência Regional do Trabalho, das sentenças arbitrais no pertinente à liberação das parcelas de seguro-desemprego.

Inquestionável a eficácia das sentenças arbitrais. No entanto, o mandado de segurança é ação constitucional que obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Imprescindível, portanto, ante a estatura constitucional do rito, a configuração inequívoca da perpetração do ato coator.

No caso em tela, muito embora seja louvável a pretensão de garantir a eficácia das sentenças arbitrais, busca a parte impetrante garantir a todos que buscarem a via arbitral o direito a liberação das parcelas do seguro-desemprego.

Contudo, ante a especialidade da via mandamental, tal direito só poderá ser exercido individualmente quando expressamente negado pela autoridade coatora.

Sendo assim, entendo que o presente mandado de segurança não apresenta o ato coator alegado pela parte impetrante, vez que não há caso concreto de negativa de eficácia à sentença arbitral articulado nos autos que importaria em prejuízo a determinado interessado na liberação das parcelas de seguro-desemprego.

Desta forma, não configurado o ato coator, impossível a concessão de medida liminar, de rigor a denegação da segurança.

Além disso, é possível afirmar a ilegitimidade da parte impetrante, pois, pelas mesmas razões acima expendidas, somente o próprio interessado poderá reclamar a existência de direito líquido e certo que lhe garanta amparo pela via estreita do *mandamus*.

O Superior Tribunal de Justiça, bem como este Egrégio TRF da 3ª Região, já se manifestaram sobre o tema, conforme arestos a seguir transcritos:

> "PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR TRIBUNAL ARBITRAL. ILEGITIMIDADE ATIVA.
> 1. Cinge-se a questão à legitimidade da ora agravante, em Mandado de Segurança, para que a Caixa Econômica Federal reconheça suas sentenças, com obtenção do imediato levantamento do FGTS dos trabalhadores dispensados sem justa causa e submetidos a procedimento arbitral.
> 2. Sob o argumento de pretender garantir a eficácia de suas sentenças, a agravante busca, em verdade, proteger, por via oblíqua, o direito individual de cada trabalhador que venha a se utilizar da via arbitral.
> 3. Apenas em caso de lei expressa, admite-se que alguém demande sobre direito alheio, conforme preceituado no art. 6º do CPC.
> 4. Cada um dos trabalhadores submetidos ao procedimento arbitral deve pleitear seu direito, sendo parte legítima para ajuizamento da ação, pois titular do direito supostamente violado pela ora agravada.
> 5. A Câmara arbitral carece de legitimidade ativa para impetrar Mandado de Segurança contra ato que recusa a liberação de saldo de conta vinculada do FGTS, reconhecida por sentença arbitral. A legitimidade, portanto, é somente do titular da conta.
> 6. Agravo Regimental não provido."
> (STJ, AgRg no Resp 1059988/SP, 2ª Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, J. 15/09/2009, DJe 24/09/2009)

> "MANDADO DE SEGURANÇA. PROVIMENTO DE CARÁTER NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE.
> I - Pretensão de reconhecimento da validade de sentenças proferidas em juízo arbitral para efeitos de levantamento do FGTS formulada sem a menção de qualquer situação de concreto litígio. Impetração que objetiva provimento de caráter normativo. Impossibilidade.
> Precedentes.
> II - Recurso e remessa oficial providos."
> (TRF - 3ª Região, AMS nº 308443, 5ª Turma, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, j. 27/04/2009, DJF3: 06/10/2009)

Dessa forma, *nego provimento ao presente recurso.*

É como voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0030772-72.2010.4.03.0000
(2010.03.00.030772-8)

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA - TERCEIRA TURMA
Suscitada: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA RAQUEL PERRINI - QUINTA TURMA
Parte Autora: IRATI IMÓVEIS E REPRESENTAÇÕES LTDA.
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO
Classe do Processo: CC 12551
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/06/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE POSICIONAMENTO FIRMADO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. EXECUÇÃO FISCAL. LAUDÊMIO. TAXA DE OCUPAÇÃO. MATÉRIA DE DIREITO PRIVADO. COMPETÊNCIA DA 1ª SEÇÃO DESTE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL.

ACÓRDÃO

- Nas hipóteses em que o Órgão Especial deste Egrégio Tribunal ainda não tenha firmado jurisprudência, inexistindo, portanto, parâmetro para decidir-se de plano o Conflito de Competência, conforme permitido pelo parágrafo único do art. 120, do Código de Processo Civil, deve ser o mesmo processado e julgado pelo colegiado.

- A cobrança de taxa de ocupação referente a laudêmio, mesmo em sede de execução fiscal, caracteriza questão de Direito Privado, pois sua incidência decorre da ocupação de terreno de propriedade da União, consubstanciando encargo de natureza civil, de índole contratual, devida pelo uso de bem público, em razão de um acordo entre a União e o ocupante do imóvel.

- Não se trata também de hipótese de cobrança de preço público, pois a utilização do bem de propriedade da União Federal não se vincula à prestação de serviço público. Não se está a tratar de concessão ou permissão de serviço público, mas da ocupação de uma faixa de terra pertencente à União, por força exclusiva da condição de um particular que, proprietário de um imóvel, tem este situado em espaço de domínio de titulariedade do Estado.

- Portanto, o feito encontra-se dentro da competência da Egrégia 1ª Seção desta Corte Regional, dado configurar, inequivocamente, matéria de Direito Privado, conforme o que dispõe o art. 10, § 1º, inciso III, do Regimento Interno.

- Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (RESp nº 49.567-PE, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 14.12.95 e REsp nº 1.100.543-SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 23.03.10) e deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região (CC 2009.03.00012265-9, Relatora Desembargadora Ramza Tartuce, Órgão Especial, TRF/3, Publicado em 26/2/2010).

- *Conflito de competência julgado procedente*.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, *julgar*

procedente o presente conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de junho de 2011.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO (Relatora): Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Exmo. Sr. Desembargador Federal Carlos Muta, integrante da Terceira Turma, em face da Exma. Sra. Juíza Federal Convocada Raquel Perrini, da Quinta Turma deste Egrégio Tribunal, relativo ao recurso de agravo de instrumento nº 0015794-90.2010.4.03.000/SP.

O agravo de instrumento, supra citado, foi interposto contra decisão que, considerando o artigo 739-A do Código de Processo Civil, negou efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, ajuizada pela Fazenda Nacional, para a cobrança de taxa de ocupação de terreno de marinha.

Distribuídos ao autos inicialmente à Quinta Turma, entendeu a Relatora sorteada, Exma. Sra. Juíza Federal Raquel Perrini, não ser competente para o seu julgamento, ao argumento de que a hipótese em tela configuraria matéria de Direito Público, remetendo-os assim, à Segunda Seção deste Tribunal (fls. 41/42).

Recebido pela Terceira Turma, foram os autos distribuídos à relatoria do Desembargador Federal Carlos Muta, que optou por suscitar o presente conflito negativo de competência em face daquela magistrada (fls. 02/06), ao argumento de tratar-se de matéria relativa a Direito Privado, aduzindo para tanto inúmeros precedentes desta Corte Regional.

Por decisão da Presidência deste Tribunal, fls. 02, foram os autos distribuídos ao Órgão Especial, vindo então à minha Relatoria.

Em sede de liminar, coube-me apenas designar um dos magistrados em conflito para apreciar as medidas urgentes, nos termos dos arts. 119 e 120 do Código de Processo Civil. De sorte que designei para tanto o Desembargador Federal suscitado Luiz Stefanini.

Meu entendimento preliminar foi no sentido de que o feito encontra-se dentro da competência da Egrégia 1ª Seção desta Corte Regional, dado configurar, numa primeira análise, matéria de Direito Privado.

O Ministério Público Federal manifestou-se, fls. 54/58, pela improcedência do conflito negativo de competência para que seja declarada a competência do Exmo. Sr. Desembargador Federal suscitante para processar e julgar o feito.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO (Relatora): Inicialmente, é de se destacar que o Órgão Especial deste Egrégio Tribunal ainda não firmou jurisprudência em casos semelhantes ao presente, inexistindo, portanto, parâmetro para decidir-se de plano este Conflito de Competência, conforme permitido pelo parágrafo único do art. 120, do Código de Processo Civil.

O agravo de instrumento foi extraído de ação de Embargos à Execução, movida pela Fazenda Nacional em face da agravante, Irati Imóveis e Representações Ltda., para cobrança de taxa de ocupação.

O quanto narrado nos autos demonstra, a princípio, que a discussão em tela é de Direito Privado, sua incidência decorre da ocupação de terreno de propriedade da União, consubstanciando encargo de natureza civil, de índole contratual, devida pelo uso de bem público, em razão de um acordo entre a União e o ocupante do imóvel.

Portanto, é de se assinalar que o feito encontra-se dentro da competência da Egrégia 1ª Seção desta Corte Regional, dado configurar, inequivocamente, matéria de Direito Privado.

A relação jurídica a dar suporte à constituição do débito em tela é de direito privado, sua incidência decorre da ocupação de terreno de propriedade da União, consubstanciando encargo de natureza civil, de índole contratual, devida pelo uso de bem público, em razão de um acordo entre a União e o ocupante do imóvel.

Nestes termos, a matéria tem caráter eminentemente civil e administrativo, porquanto constitui remuneração pelo uso de bem pertencente à União Federal, no caso terreno de marinha, sendo fruto do poder negocial do Estado com o particular, em face do qual, por força de disposição constitucional, não se opõe qualquer registro imobiliário de propriedade.

Outrossim, não se trata também de hipótese de cobrança de preço público, pois a utilização do bem de propriedade da União Federal não se vincula à prestação de serviço público.

A taxa de ocupação de bem público federal não se enquadra neste contexto porque não se está a tratar de concessão ou permissão de serviço público, mas da ocupação de uma faixa de terra pertencente à União, por força exclusiva da condição de um particular que, proprietário de um imóvel, tem este situado em espaço de domínio de titulariedade do Estado.

De sorte que, nestas condições, o efeito enquadra-se com rigor na esfera de competência da 1ª Seção desta Colenda Corte, em particular no que dispõe o art. 10, § 1º, inciso III, de seu Regimento Interno:

> "§ 1º. À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos:
> (...)
> III - à matéria de direito privado, dentre outras:
> a) domínio e posse;
> (...)
> d) direitos reais sobre a coisa alheia;"

A propósito, a própria 1ª Seção deste Tribunal, em caso semelhante, em Sessão de 09/12/2010, julgou conflito de competência da relatoria da E. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE:

> "PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA. DIREITOS REAIS SOBRE COISAS ALHEIAS. ENFITEUSE. LAUDÊMIO. 1ª SEÇÃO DO TRF DA 3ª REGIÃO. JUÍZO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA. DIREITOS REAIS SOBRE COISAS ALHEIAS. ENFITEUSE. LAUDÊMIO. JUÍZO CÍVEL.

1. A competência das Seções e das respectivas Turmas do TRF da 3ª Região encontra-se prevista no art. 10 do seu Regimento Interno.
2. A enfiteuse, aforamento ou emprazamento era prevista no Código Civil de 1916, Capítulo II, que se encontrava inserido no Título III, denominado 'Dos direitos reais sobre coisas alheias'. Na enfiteuse, dividia-se o domínio em direto, exercido pelo proprietário ou senhorio, e útil, transmitido ao enfiteuta ou foreiro, o qual se obrigava ao pagamento de uma pensão anual ou foro (CC/16, art. 678) e de laudêmio, quando transferido o domínio útil, por venda ou dação em pagamento, sem o senhorio usar de sua opção (CC/16, art. 686) (STJ, REsp nº 1.128.194, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 02.09.10).
3. O Superior Tribunal de Justiça, ao decidir sobre a competência de suas Seções, entendeu que as ações relativas à enfiteuse relacionam-se ao direito privado, ainda que o Estado seja parte (STJ, REsp nº 49.567, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 14.12.95 e REsp nº 1.100.543, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23.03.10).
4. Os motivos que levaram o Superior Tribunal de Justiça a decidir sobre a competência das causas relativas à enfiteuse são igualmente aplicáveis ao TRF da 3ª Região. Nesta Corte, a competência para processar e julgar ação referente ao direito real sobre coisa alheia é da 1ª Seção, nos termos do art. 10, § 1º, III, *d*, do Regimento Interno, o que inclui as ações em que se discute a enfiteuse ou o laudêmio, conforme decidido no Superior Tribunal de Justiça.
5. Se a demanda objetiva discutir o foro ou laudêmio incidente sobre bem imóvel da União, entende-se que a competência é do Juízo Cível, porque se trata de causa sobre bens imóveis da União, hipótese expressamente excluída da competência do Juizado Especial Federal (art. 3º, § 1º, II, da Lei nº 10.259/01), ou em razão de a taxa de ocupação cobrada constituir preço público, demonstrando sua natureza administrativa, o que configura a exclusão prevista pelo art. 3º, § 1º, III, da Lei nº 10.259/01 (TRF da 5ª Região, CC nº 1.792, Rel. Des. Fed. Frederico Pinto de Azevedo, j. 28.04.10; TRF da 5ª Região, CC nº 1.489, Rel. Des. Fed. Ricardo César Mandarino Barretto, j. 16.01.08 e TRF da 1ª Região, CC nº 0035980-91.2010.4.01.0000, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, j. 18.08.10).
6. Conflito de competência procedente. (Processo 2009.03.00012265-9, Relatora Desembargadora Ramza Tartuce, Órgão Especial, TRF/3, Publicado em 26/2/2010)."

Acrescente-se que o acórdão supra citado pautou-se em julgados do E. Superior Tribunal de Justiça (RESp nº 49.567-PE, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 14.12.95 e REsp nº 1.100.543-SC, rel. Min. Luiz Fux, j. 23.03.10).

Ante o exposto, voto *pela procedência do* presente incidente e declaro a competência do suscitado, Desembargador Federal LUIZ STEFANINI, integrante da 5ª Turma da 1ª Seção deste Tribunal para processar e julgar o agravo de instrumento que ensejou este conflito de competência.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0003686-92.2011.4.03.0000
(2011.03.00.003686-5)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: MARCENARIA GESA E CIA. LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: AI 430637
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/08/2011

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. FGTS. NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO. INFRAÇÃO À LEI. POSSIBILIDADE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR.
1. No caso em tela, a sociedade empresária executada foi autuada em decorrência da ausência de depósito, nas épocas próprias, em conta vinculada, da importância correspondente à remuneração paga ao empregado, optando ou não pelo regime do FGTS.
2. Em se tratando a executada de Sociedade Limitada (MARCENARIA GESA E CIA. LTDA.), para a responsabilização dos sócios pelas dívidas da sociedade, basta a comprovação, entre outras hipóteses, da ocorrência de infração à lei (Decreto nº 3.708, de 10.01.1919, e Lei nº 10.406/2002, art. 1.016).
3. Com efeito, o parágrafo 1º, do artigo 23 da Lei nº 8.036/90, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.197-43, de 24.08.2001, dispõe que constitui infração para efeito da referida lei, não depositar mensalmente o percentual referente ao FGTS.
4. Assim, tratando-se o recolhimento das verbas devidas ao FGTS de obrigação “ex lege” e como a responsabilização dos sócios depende, entre outras hipóteses, da comprovação de infração à lei, devem os sócios ser incluídos no pólo passivo da execução fiscal.
5. Reforça esse entendimento a informação de que houve a dissolução irregular da sociedade empresária executada (certidão de fl. 37). Nesse caso, a jurisprudência do STJ é no sentido de que tal fato enseja a responsabilização do sócio-gerente pelos débitos da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com base no art. 10 do Decreto nº 3.708/19. Precedentes: RESP 200400638570, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, 28/09/2006; RESP 199700496414, BARROS MONTEIRO, STJ - QUARTA TURMA, 17/12/2004.
6. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, dar provimento ao agravo de instrumento para determinar a inclusão do sócio administrador da empresa executada no pólo passivo da demanda, nos termos do voto do DES. FED. LUIZ STEFANINI, acompanhado pelo voto do DES. FED. ANTONIO CEDENHO. Vencido o

Relator que negava provimento ao agravo de instrumento.

São Paulo, 27 de junho de 2011.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator designado para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União contra a decisão de fl. 100, proferida em execução fiscal, que indeferiu pedido de inclusão dos sócios da empresa executada do polo passivo do feito.

A agravante alega, em síntese, que o não recolhimento da contribuição ao FGTS e a dissolução irregular da empresa executada configuram infração à lei, autorizando o redirecionamento da execução em face dos sócios (fls. 2/18).

O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido (fls. 102/103).

À míngua de elementos para o aperfeiçoamento do contraditório, a teor dos arts. 524, III e 525, I, ambos do Código de Processo Civil (STJ, Resp nº 199800385231, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18.06.02), a agravada não foi intimada para resposta.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): *Nulla executio sine titulo*. O título executivo extrajudicial ou judicial, independentemente de processo de conhecimento anterior ou do trânsito em julgado da sentença, é que autoriza o Estado a invadir o patrimônio do sujeito submetido ao seu poder. Por isso, o art. 580 do Código de Processo Civil elenca, dentre os requisitos necessários para realizar qualquer execução, o título executivo:

> "Art. 580. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líqüida e exigível, *consubstanciada em título executivo*." (Grifei)

Veja-se o que escreve Cândido Rangel Dinamarco sobre o assunto:

> "A exigência de título executivo, sem o qual não se admite execução, é conseqüência do reconhecimento de que a esfera jurídica do indivíduo não deve ser invadida, senão quando existir uma situação de tão elevado grau de probabilidade de existência de um preceito jurídico material descumprido, ou de tamanha preponderância de outro interesse sobre o seu, que o risco de um sacrifício injusto seja, para a sociedade, largamente compensado pelos benefícios trazidos na maioria dos casos. A personalidade humana não deve ficar exposta atos arbitrários, com os quais se violem as mais sagradas prerrogativas do ser humano ou se lhe diminua o patrimônio, requisito indispensável ao livre exercício destas na sociedade capitalista (...); e o arbítrio seria inevitável, se a invasão da esfera jurídica não estivesse na dependência de uma razão muito forte, exigida pela lei como requisito necessário - e que é o título executivo.

(...)
Essa é a razão ética pela qual a generalidade dos ordenamentos jurídicos institui e exige o título executivo. Permitir a execução sem este, como fez a lei suíça, constituiria um perigo muito grande, seja no plano político, seja no econômico. Nosso legislador levou-a em conta, como de resto os legisladores da maioria dos países ligados à tradição jurídica romano-germânica, para só permitir a realização da execução forçada quando houver um título executivo: *nulla executio sine titulo*. Não se admite qualquer execução que não fundada em título executivo, nem que dos seus limites extravase, seja para desbordar em agressão a bens diferentes dos referidos no título, seja para ir quantitativamente além (...). O título é que dá a medida da execução, considerando-se sem título a parte de uma execução que exorbite do que o título indica."
(DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução civil*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 457-458, nº 299)

Do caso dos autos. Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo IAPAS contra Marcenaria Gesa e Cia. Ltda. (fl. 22).

A executada foi citada pelo correio (cf. AR juntado aos autos em 20.08.82, fl. 24). O oficial de justiça penhorou bens da executada (fls. 29/31) mas, por ocasião da intimação da designação de leilão, foi certificada a não localização da executada (fl. 37).

Em 07.05.09, a União requereu a inclusão dos sócios da empresa no polo passivo da execução fiscal (fls. 81/87). A MMª. Juíza de primeiro grau indeferiu a inclusão dos sócios Hugo Boscolo, Geraldo Boscolo e Salete Boscolo no polo passivo do feito, sob o fundamento de que não se aplica o Código Tributário Nacional às execuções de valores referentes ao FGTS (fl. 100).

Independentemente da discussão acerca da responsabilidade decorrente da legislação do FGTS e da dissolução irregular da empresa executada, verifica-se nos autos que os nomes dos sócios que a agravante pretende incluir no polo passivo da execução fiscal não constam na Certidão de Dívida Ativa que instrui o feito (fls. 23/24). Ausente pressuposto essencial para que os sócios respondam pela dívida com seus bens, deve ser mantida a decisão que indeferiu a pretensão da recorrente.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI: Em se tratando a executada de Sociedade Limitada (MARCENARIA GESA E CIA. LTDA.), para a responsabilização dos sócios pelas dívidas da sociedade, basta a comprovação, entre outras hipóteses, da ocorrência de infração à lei (Decreto nº 3.708, de 10.01.1919, e Lei nº 10.406/2002, art. 1.016).

Com efeito, o parágrafo 1º, do artigo 23 da Lei nº 8.036/90, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.197-43, de 24.08.2001, dispõe que constitui infração para efeito da referida lei, não depositar mensalmente o percentual referente ao FGTS. Assim, tratando-se o recolhimento das verbas devidas ao FGTS de obrigação "ex lege", e como

a responsabilização dos sócios depende, entre outras hipóteses, da comprovação de infração à lei, entendo que os sócios devem ser incluídos no pólo passivo da execução fiscal.

Reforça esse entendimento a informação de que houve a dissolução irregular da sociedade empresária executada (certidão de fl. 37). Nesse caso, a jurisprudência do STJ é no sentido de que tal fato enseja a responsabilização do sócio-gerente pelos débitos da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com base no art. 10 do Decreto nº 3.708/19. Precedentes: RESP 200400638570, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, 28/09/2006; RESP 199700496414, BARROS MONTEIRO, STJ - QUARTA TURMA, 17/12/2004.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, para determinar a inclusão dos sócios-administradores da empresa executada no polo passivo da demanda.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI

- Sobre a natureza não-tributária do FGTS, veja também os seguintes julgados: EDcl AI 2001.03.00.025304-4/SP, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, publicados na RTRF3R 76/334 e AI 2005.03.00.061508-7/SP, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, publicado na RTRF3R 79/236.

AGRAVO LEGAL EM CONFLITO DE COMPETÊNCIA 0004516-58.2011.4.03.0000 (2011.03.00.004516-7)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JALES - SP
Suscitado: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE FERNANDÓPOLIS - SP
Parte Autora: ROSARIA APARECIDA LOPES GAJARDO HORACIO
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY
Classe do Processo: CC 12728
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/08/2011

EMENTA

AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, CPC) EM AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JULGAMENTO MONOCRÁTICO EM HIPÓTESE DO ART. 120, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRÉVIA INTERVENÇÃO DO *PARQUET* FEDERAL. DESNECESSIDADE. RESPEITO AOS ARTS. 127 DA CF/88, 116, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC E 60, INC. X, DO REGIMENTO INTERNO DESTE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.

- É forte a jurisprudência no sentido de que decisões condizentemente fundamentadas e sem máculas tais como ilegalidade ou abuso de poder não devem ser modificadas. Precedentes.
- Embora haja previsão no CPC sobre intimação do *Parquet* em casos de conflito de competência, o art. 120, parágrafo único, do mesmo diploma autoriza o Relator decidir prontamente a controvérsia, quando existente jurisprudência dominante de Tribunal sobre a questão.
- O escopo é a maior celeridade no julgamento, direito constitucionalmente garantido, *ex vi* do art. 5º, inc. LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/04.
- Ainda segundo o art. 120 do *codex* processual civil, tanto o Ministério Público como os Juízos envolvidos no conflito são intimados do decisório, quando, então, abre-se prazo de cinco dias para eventual recurso.
- Logo, em nenhum momento o Ministério Público Federal vê-se privado da função que lhe é outorgada pela Constituição Federal, de modo que não há qualquer nulidade, nesse sentido, no ato judicial censurado (arts. 127, CF; 116, parágrafo único, CPC, e 60, RITRF3ªR).
- Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de julho de 2011.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora):

Cuida-se de agravo legal do Ministério Público Federal (art. 557, § 1º, CPC) contra decisão monocrática que, com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento a agravo que precedentemente interpôs.

Resenha, em síntese, que o *decisum* em epígrafe, como prolatado, desconforma-se com os arts. 116, parágrafo único, e 246 do diploma processual civil, 60, inc. X, do Regimento Interno deste Tribunal e 127 da Constituição Federal, repisando, assim, os argumentos trazidos por ocasião do antecedente recurso que manejou (fls. 37-48).

Pede (fl. 66):

"(...)
Diante do exposto, o Ministério Público Federal requer seja reconsiderada a v. decisão de fls. 50/52-vº, anulando-se o v. julgado de fls. 28/30, em razão da inconteste violação ao disposto nos artigos 127, da Constituição Federal de 1988, 116, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 60, inciso X, do Regimento Interno deste E. TRF da 3ª Região - SP/MS.
Caso Vossa Excelência entenda não ser a hipótese de reconsideração, roga seja o presente agravo submetido ao julgamento da C. Terceira Seção, para que se pronuncie sobre a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público Federal, na qualidade de fiscal da lei, no incidente de Conflito de Competência."

É o relatório.
Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY (Relatora):

A princípio, é forte a jurisprudência no sentido de que decisões condizentemente fundamentadas e sem máculas tais como ilegalidade ou abuso de poder não devem ser modificadas, *verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. VIA INADEQUADA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO.
1 - Segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do Relator não deve ser alterada se solidamente fundamentada e dela não se vislumbrar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.
(...)
4 - Agravo improvido." (TRF - 3ª Região, 3ª Seção, AgRgMS 235404, proc. 2002.03.00.015855-6, rel. Des. Fed. Santos Neves, v. u., DJU 23/8/2007, p. 939)

"PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.
(...)
VI - Agravo não provido." (TRF - 3ª Região, 3ª Seção, AgRgAR 6420, proc. 2008.03.00.034022-1, rel. Des. Fed. Marianina Galante, v. u., DJF3 21/11/2008)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DOS ARTS. 557 E 275-A, AMBOS DO CPC. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. ART. 3º, § 1º, LEI 10.666/2003. INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA. PEDIDO RESCISÓRIO COM FULCRO NO INCISO V (VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI) DO ART. 485 DO CPC. INOCORRÊNCIA DE LITERAL VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DE LEI. PEDIDO RESCISÓRIO IMPROCEDENTE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.
I - Consoante entendimento consolidado nesta E. Seção, em sede de agravo previsto no art. 557, parágrafo 1º, do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
(...)
VI - Agravo Regimental a que se nega provimento." (TRF - 3ª Região, 3ª Seção, AgRgAR 7613, proc. 2010.03.00.027247-7, rel. Juiz Fed. Conv. Carlos Francisco, v. u., DJF3 CJ1 15/4/2011, p. 30)

Historicamente, tem-se Conflito de Competência suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara em Jales, São Paulo, em virtude do Juízo de Direito da 3ª Vara em Fernandópolis, São Paulo, ter-se declarado incompetente para apreciação e julgamento de ação para aposentadoria por idade a rurícola.

O incidente foi resolvido com fulcro no art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil (fls. 28-30), oficiados, inclusive, os Juízos envolvidos (fls. 32-33).

O Ministério Público Federal interpôs agravo regimental, alegando, em síntese, que o decisório não está de acordo com os arts. 116, parágrafo único, e 246 do Código de Processo Civil, afora o art. 60 do Regimento Interno desta Corte.

Por decisão monocrática, *ex vi* do art. 557, *caput*, do citado *codex* processual civil, neguei seguimento ao indigitado recurso (fl. 50-52).

Insatisfeito, o *Parquet* maneja outro agravo.

Como sua irresignação não apresenta qualquer novidade com relação àquele interposto primeiramente, reproduzo meu pronunciamento, de negativa de seguimento do anterior agravo regimental apresentado:

"Vistos.
1. Cuida-se de Agravo Regimental interposto pelo *Parquet* Federal, com fulcro nos arts. 250 e 251 do Regimento Interno desta Corte, contra pronunciamento judicial monocrático de que:
'(...)

13. Ante os fundamentos acima expostos, e com supedâneo no parágrafo único do art. 120 do Código de Processo Civil, julgo improcedente o presente conflito negativo de competência e declaro competente para processar e julgar a demanda previdenciária em tela o Juízo Suscitante, qual seja, o Juízo Federal da 1ª Vara em Jales, São Paulo.'

2. Em resumo, refere o Ministério Público que a decisão, como proferida, desconforma-se com os arts. 116, parágrafo único, e 246 do compêndio processual civil, a par do art. 60 do Regimento Interno desta Corte, donde sua nulidade (fls. 37-48).

É o relatório.

3. Não assiste razão ao Órgão recorrente.

4. Embora haja previsão no Código de Processo Civil acerca da intimação do *Parquet* em casos de conflito de competência, o art. 120, parágrafo único, do mesmo diploma autoriza o Relator decidir prontamente a controvérsia, quando haja jurisprudência dominante de Tribunal sobre a questão.

5. *O escopo é a maior celeridade no julgamento, direito constitucionalmente garantido, ex vi* do art. 5º, inc. LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional 45, de 8/12/2004, *in litteris*:

'Art. 5º. *Omissis*.

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.'

6. *Para além, ainda segundo o art. 120 do codex* processual civil, tanto o Ministério Público como os Juízos envolvidos no conflito são intimados do decisório, quando, então, abre-se prazo de cinco dias para eventual recurso.

7. *Disso deflui que em nenhum momento o Parquet* se vê privado da função que lhe é outorgada pela Constituição Federal, de modo que não há qualquer nulidade, nesse sentido, no ato judicial ora censurado (arts. 127, CF; 116, parágrafo único, e 246, CPC, e 60, RITRF3ªR).

8. A propósito, os seguintes julgados:

'Decisão

Cuida-se de agravo interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão proferida a fls. 49/51, cujo dispositivo é o seguinte: "Ante o exposto, julgo improcedente o presente conflito de competência, para declarar competente o Juízo Suscitante, com fundamento no art. 120, parágrafo único, do CPC".

Sustenta o agravante, em síntese, a nulidade da decisão, por não ter sido previamente intimado, nos termos dos arts. 116, parágrafo único e 246 do CPC.

É o relatório.

Não procede a insurgência do agravante.

Conquanto o Código de Processo Civil preveja a necessária intimação do Ministério Público nos Conflitos de Competência, certo é que o Relator pode decidir o incidente, de plano, sem a prévia oitiva dos Juízos envolvidos e do *Parquet* Federal. Nessa hipótese, à toda evidência, o órgão ministerial não tem vista dos autos, nos termos do art. 121 do CPC, mas é intimado da decisão proferida, com a possibilidade de interposição do recurso de agravo, previsto no art. 120, parágrafo único, do CPC.

Nesse sentido, destaco:
"AGRAVO REGIMENTAL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JULGAMENTO MONOCRÁTICO NAS HIPÓTESES DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 120 DO CPC - DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.
1. Não obstante o artigo 121 do CPC preveja a manifestação Ministerial durante o processamento do Conflito de Competência, a previsão legal não exige que a manifestação do MPF seja prévia nos casos em que o Relator entenda pela possibilidade de aplicação do citado parágrafo único do art. 120 decidindo de plano.
2. Em tais caso, é evidente que o Relator já possuiu entendimento firmado, que encontra amparo na jurisprudência da própria corte, de modo que as informações do Juízo suscitado e do MPF revelam-se despiciendas para a formação de seu juízo de convicção.
3. A remessa dos autos ao Órgão Ministerial após a prolação da decisão em comento, para que o MPF pudesse exercer sua função constitucional, refuta a tese de nulidade por ofensa ao artigo 127 da CF; 116, parágrafo único do CPC, 246 do CPC e 60, X, do RI do TRF 3ª Região.
4. Agravo Regimental improvido." (TRF - 3ª Região - Primeira Seção - CC 200703000991811CC - Conflito de Competência - 10597 - DJU data: 08/04/2008 página: 229 - rel. Des. Federal Henrique Herkenhoff)
Não se constata assim a nulidade invocada pelo Ministério Público Federal.
De se ressaltar que, no presente caso, o agravante não aponta qualquer incorreção, quanto ao mérito do *decisum*, que evidencie prejuízo pela falta de sua prévia intimação.
Ante o exposto, com fulcro no artigo 557, *caput*, do CPC, nego seguimento ao agravo legal.
P. I.' (TRF - 3ª Região, 8ª T., CC 11610, proc. 2009.03.00.032551-0, rel. Des. Fed. Marianina Galante, monocrática, DJ 3/3/2011)
'PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JULGAMENTO DE PLANO PELO RELATOR, AMPARADO NA REGRA DO ARTIGO 120, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESNECESSIDADE DE OITIVA PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSIÇÃO EM DUPLICIDADE. NÃO CONHECIMENTO DO SEGUNDO RECURSO, À VISTA DA PRECLUSÃO CONSUMATIVA.
1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática que, nos termos do parágrafo único do artigo 120 do Código de Processo Civil, julgou de plano conflito de competência instaurado entre Juízo Federal de Vara Cível e o Juizado Especial Federal da mesma Subseção Judiciária, em demanda de revisão de contrato de financiamento imobiliário celebrado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação.
2. A decisão agravada, servindo-se da regra do artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 9.756/98, deu solução de plano ao conflito de competência, amparada em jurisprudência já firmada pela Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região no sentido de que, em observância à regra do artigo 259, V, do Código de Processo Civil, o valor da causa nas ações em que se pretende a ampla revisão de contratos de financiamento imobiliário deve

ser o próprio valor do negócio celebrado, situação que, no caso concreto, implica no afastamento da competência do Juizado Especial Federal para processar e julgar a demanda.
3. O mencionado artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil autoriza o Relator, no caso de haver jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, a decidir a questão "de plano"', sem a oitiva dos Juízos envolvidos ou mesmo intervenção do *Parquet*.
4. É certo que o artigo 121 do Código de Processo Civil, com o qual se coaduna o artigo 60, X, do Regimento Interno deste Tribunal Regional, prescreve a necessidade de oitiva do Ministério Público após a prestação de informações pelo Juízo suscitado ou o decurso do prazo assinalado pelo Relator, sem a qual o processo não pode ser apresentado em mesa. Não há, porém, qualquer norma no sentido da necessidade de intervenção prévia do Ministério Público quando o Relator do incidente decide de plano a questão. Ao contrário, no caso do parágrafo único do artigo 120 da lei adjetiva, o *Parquet*, assim como os Juízos envolvidos no conflito, são intimados da decisão monocrática já prolatada, abrindo-se-lhes, no entanto, o prazo de cinco dias para a interposição de agravo dirigido ao órgão colegiado competente.
5. Assim, o Ministério Público Federal em momento algum se viu tolhido do exercício de sua função constitucional. Precedentes da Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.
6. O raciocínio do agravante implicaria, por exemplo, na necessidade de oitiva prévia do órgão ministerial no caso de um juiz indeferir a petição inicial de um mandado de segurança, providência que também se revelaria claramente despiciendа. Por fim, anota-se que o Ministério Público em momento algum se insurge quanto ao mérito da solução dada ao conflito de competência.
7. Não conhecido o agravo regimental interposto em duplicidade, à vista da ocorrência de preclusão consumativa. Agravo regimental, por primeiro interposto, não provido.' (TRF - 3ª Região, 1ª Seção, CC 10988, proc. 2008.03.00.021768-0, rel. Juiz Fed. Conv. Márcio Mesquita, v. u., DJF3 10/10/2008)
'AGRAVO REGIMENTAL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JULGAMENTO MONOCRÁTICO NAS HIPÓTESES DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 120 DO CPC - DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.
1. Não obstante o artigo 121 do CPC preveja a manifestação Ministerial durante o processamento do Conflito de Competência, a previsão legal não exige que a manifestação do MPF seja prévia nos casos em que o Relator entenda pela possibilidade de aplicação do citado parágrafo único do art. 120 decidindo de plano.
2. Em tais caso, é evidente que o Relator já possuiu entendimento firmado, que encontra amparo na jurisprudência da própria corte, de modo que as informações do Juízo suscitado e do MPF revelam-se despiciendas para a formação de seu juízo de convicção.
3. A remessa dos autos ao Órgão Ministerial após a prolação da decisão em comento, para que o MPF pudesse exercer sua função constitucional, refuta a tese de nulidade por ofensa ao artigo 127 da CF; 116, parágrafo único do CPC, 246 do CPC e 60, X, do RI do TRF 3ª Região.

4. Agravo Regimental improvido.' (TRF - 3ª Região, 1ª Seção, CC 10597, proc. 2007.03.00.099181-1, rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, v. u., 8/4/2008, p. 229) 'AGRAVO REGIMENTAL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JULGAMENTO MONOCRÁTICO NAS HIPÓTESES DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 120 DO CPC - DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

1. Não obstante o artigo 121 do CPC preveja a manifestação Ministerial durante o processamento do Conflito de Competência, a previsão legal não exige que a manifestação do MPF seja prévia nos casos em que o Relator entenda pela possibilidade de aplicação do citado parágrafo único do art. 120 decidindo de plano.

2. Em tais caso, é evidente que o Relator já possuiu entendimento firmado, que encontra amparo na jurisprudência da própria corte, de modo que as informações do Juízo suscitado e do MPF revelam-se despiciendas para a formação de seu juízo de convicção.

3. A remessa dos autos ao Órgão Ministerial após a prolação da decisão em comento, para que o MPF pudesse exercer sua função constitucional, refuta a tese de nulidade por ofensa ao artigo 127 da CF; 116, parágrafo único do CPC, 246 do CPC e 60, X, do RI do TRF 3ª Região.

4. Agravo Regimental improvido.' (TRF - 3ª Região, 1ª Seção, CC 10418, proc. 2007.03.00.088570-1, rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, DJU 1º/2/2008, p. 1905) 'PROCESSUAL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AGRAVO REGIMENTAL - OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESNECESSIDADE - TEMA SOB JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE - ART. 120 § ÚNICO DO CPC (LEI Nº 9.756/98). 1. O parágrafo único inserido no Art. 120 do CPC pela Lei nº 9.756/98, não confronta com o Art. 116 do CPC, visto tratar-se de hipótese excepcionalizada que autoriza o juiz julgar de plano o incidente, quando o *thema decidendum* estiver sob atividade de jurisprudência dominante do Tribunal.

2. Aperfeiçoada a intervenção do órgão ministerial com a notificação deste sobre o tanto quanto decidido no Conflito de Competência, conforme reconhece o MPF, bem como sua expressa concordância com a solução do Conflito, não remanesce interesse recursal necessário à procedibilidade do recurso regimental.

3. Agravo Regimental não conhecido.' (TRF - 1ª Região, 1ª Seção, AgRgCC 200601000115060, rel. Des. Fed. José Amilcar Machado, v. u., DJ 1º/9/2006, p. 3)

9. *Registro que não consta irresignação do Ministério Público Federal no que concerne à solução propriamente dita do conflito de competência.*

10. Ante o exposto, com base no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao agravo regimental.

11. Intimem-se. Publique-se." (g. n.)

Dadas as razões adrede expendidas, e adotando-as, *in totum*, tenho, *concessa venia*, que não há qualquer vício na decisão objurgada a justificar sua reforma. Sendo assim, mantenho-a.

Ante o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao presente agravo legal.

É o voto.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0012704-40.2011.4.03.0000
(2011.03.00.012704-4)

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA - OITAVA TURMA
Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI - QUINTA TURMA
Parte Autora: SIDNEY BRASILIENSE DE SIQUEIRA (= ou > de 60 anos)
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: CC 12921
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/8/2011

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1ª E 3ª SEÇÕES. REPETIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. COMPETÊNCIA DA 1ª SEÇÃO. PECÚLIO. EXTINÇÃO. AUSÊNCIA DE CAUSA DE PEDIR E PEDIDO RELACIONADOS AO REFERIDO BENEFICIÁRIO.

Pecúlio, direito adquirido garantido ao segurado aposentado que contribuiu até 14/04/94 (Art. 184 do Decreto 3048/99), está posto nos autos subjacentes como elemento integrante da evolução legislativa pertinente à matéria cujo núcleo reside no equacionamento de serem ou não devidas as contribuições previdenciárias pelo aposentado que retorna ao trabalho, face ao princípio constitucional da contrapartida.

Inexistindo defesa do direito adquirido e dos fundamentos jurídicos que rendem ensejo a referido benefício, não se deve atribuir natureza de benefício previdenciário à demanda e, por conseguinte, inseri-la dentre a competência da 3ª Seção deste Tribunal.

A repetição das contribuições previdenciárias vertidas é matéria tributária inserida na competência da 1ª Seção, nos termos do Art. 10, § 1º, II, do Regimento Interno desta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito de competência para declarar a competência do suscitado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de agosto de 2011.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de conflito de competência entre 1ª e 3ª Seções desta Corte, em que figuram como suscitante o Eminente Desembargador Federal Newton de Lucca e suscitado o Eminente Desembargador Federal Luiz Stefanini, nos autos em que se pleiteia a restituição de contribuições previdenciárias em face do INSS.

O recurso de apelação foi distribuído ao E. Desembargador suscitado, que declinou da competência para uma das Turmas da 3ª Seção, ao fundamento de tratarem-se os autos de concessão de pecúlio.

Redistribuídos à 8ª Turma, o E. Desembargador Federal Newton de Lucca suscitou o presente conflito de competência, ao entendimento de que o "debate aqui instalado reside na obrigatoriedade ou não de efetuar o pagamento de contribuições previdenciárias, bem como na restituição de valores, em tese, indevidamente recolhidos. Não há requerimento de benefício previdenciário, não havendo se falar, igualmente, na hipótese em que a matéria tributária é antecedente lógico de pleito de concessão de benefício."

Designei o suscitado para, em caráter provisório, resolver as medidas urgentes (fl. 77).

O Ministério Público Federal manifesta-se pela competência da 1ª Seção.

É o relatório.

Em mesa.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Traz a inicial que o autor obteve o benefício de aposentadoria por tempo de serviço em 02/10/91 e, durante o período de 02/06/02 a 02/01/06, em que trabalhou para a empresa Mercadinho Piratininga Ltda., recolheu contribuições previdenciárias ao INSS. O fundamento para o pedido de restituição dos valores recolhidos consiste em que a Lei 9032/95 restabeleceu a obrigação de contribuição ao aposentado que retornasse ao trabalho, revogando a isenção prevista na Lei 8870/94, sem, no entanto, prever o retorno do pecúlio, extinto em 1993, o que infringe a regra constitucional da contrapartida.

É cediço que o direito adquirido ao pecúlio restou garantido ao segurado aposentado que contribuiu até 14/04/94 (Art. 184 do Decreto 3048/99).

Não obstante se reporte o autor ao pecúlio, não há pedido expresso de concessão desse benefício, tampouco é este causa de pedir da ação. A razão de fazer-se referência ao pecúlio diz com a tese defendida pelo autor, segundo a qual houve uma omissão do legislador ao revogar a isenção anteriormente concedida sem concomitantemente restabelecer o pecúlio extinto em razão da isenção. Não pretende, portanto, o autor o reconhecimento do pecúlio, porque tal levaria a extinção da ação por impossibilidade jurídica do pedido; pretende o autor o reconhecimento da isenção ou a declaração da inconstitucionalidade da norma inserta no Art. 12, § 4º, da Lei 8212/91, com redação dada pelo Art. 2º da Lei 9032/95. O pecúlio está posto aqui como elemento integrante da evolução legislativa pertinente à matéria cujo núcleo reside no equacionamento de serem ou não devidas as contribuições previdenciárias pelo aposentado que retorna ao trabalho, face ao princípio constitucional da contrapartida.

A competência desta Corte divide-se conforme a natureza da matéria controvertida, devendo tal ser extraída da causa de pedir e do pedido da ação.

De outro lado, cabe ao magistrado dizer o direito de acordo com os fatos, e não julgá-los segundo as denominações ou enquadramentos jurídicos adotados pelas partes.

Nesse passo, ainda que se relacionasse ao pedido de restituição dos valores recolhidos a título de contribuição previdenciária causa de pedir (fatos jurídicos) pertinente ao pecúlio, inexistindo defesa do direito adquirido e dos fundamentos jurídicos que rendem

ensejo a referido benefício, não se deve atribuir natureza de benefício previdenciário à demanda e, por conseguinte, inseri-la dentre a competência da 3ª Seção deste Tribunal.

A repetição das contribuições previdenciárias vertidas é matéria tributária inserida na competência da 1ª Seção, nos termos do Art. 10, § 1º, II, do Regimento Interno desta Corte.

Ante o exposto, conheço do conflito para declarar a competência do suscitado.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

- Tratando de conflito de competência para julgamento de ações que versam sobre a repetição de contribuição previdenciária, veja também a decisão proferida no CC 0010412-19.2010.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca, publicada na RTRF3R 103/86.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0012705-25.2011.4.03.0000
(2011.03.00.012705-6)

Suscitante: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI - DÉCIMA TURMA
Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR - TERCEIRA TURMA
Parte Autora: FLORISVALDO MATIAS DA SILVA
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Classe do Processo: CC 12922
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/08/2011

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DANOS MORAIS EM RAZÃO DA DEMORA DO INSS NA IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CARÁTER INDENIZATÓRIO DO PLEITO FORMULADO. NATUREZA ADMINISTRATIVA DA DEMANDA. COMPETÊNCIA DA 3ª TURMA (2ª SEÇÃO).

- Carece às turmas especializadas em matéria previdenciária, que compõem a 3ª Seção desta Corte, competência para apreciar demanda em que se busca exclusivamente reparação a título de danos morais por atraso injustificado na implantação de benefício judicialmente concedido, cediço que a responsabilidade do INSS, enquanto integrante da Administração Pública Federal Indireta, decorre do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição da República, apresentando-se, como objeto de exame, para a configuração do ilícito, a comprovação da omissão administrativa, o dano porventura causado ao beneficiário e o respectivo nexo de causalidade, requisitos que não se misturam com aqueles comumente tomados em consideração a existência de direito à proteção previdenciária do Estado, a saber, o preenchimento da qualidade de segurado, o cumprimento de período de carência e a ocorrência da contingência social prevista em lei.

- Caso que não guarda identidade com as situações envolvendo pretensões cumulativas, em que a jurisprudência evoluiu à compreensão de que “o pedido de indenização por danos morais é decorrente do pedido principal, e a ele está diretamente relacionado” (STJ, 3ª Seção, CC 111.447/SP, rel. Ministro Celso Limongi, desembargador convocado do TJ/SP, v. u., j. em 23.06.2010, DJ de 02.08.2010), aceitando-se, a partir disso, majoritariamente, que “as Varas especializadas em matéria previdenciária também são competentes para o conhecimento de causas previdenciárias nas quais haja pedido cumulativo de indenização por danos morais” (8ª Turma, AI 2009.03.00.025929-0, rel. Desembargador Federal Newton de Lucca, DJF3 de 31.03.2011).

- Neste, a *causa petendi* não tem natureza previdenciária, mas sim administrativa, pretendendo-se, pura e simplesmente, a responsabilização do INSS por suposto ato ilícito consubstanciado na demora do pagamento da aposentadoria alcançada em juízo, inexistindo, portanto, discussão alguma sobre obtenção e/ou manutenção de benefício previdenciário, nem ao menos aludindo a pretensões correlatas os fatos postos na inicial, não tendo o condão de transmudar a competência o simples fato de a demanda envolver autarquia previdenciária, tampouco a circunstância relacionada à qualidade de aposentado do jurisdicionado.

- Prevalência da competência da 3ª Turma, integrante da 2ª Seção, competente para apreciar os processos "relativos ao direito público", nos exatos termos da norma contida no artigo 10, § 2º, do Regimento Interno, devendo os autos serem remetidos definitivamente ao Desembargador Federal Nery Júnior.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito de competência e, por maioria, julgá-lo procedente, para declarar competente a 2ª Seção, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais Alda Basto, Carlos Muta, Marisa Santos (convocada para compor *quórum*), Johonsom di Salvo (convocado para compor *quórum*), Nelton dos Santos (convocado para compor *quórum*), Luiz Stefanini (convocado para compor *quórum*), Vesna Kolmar (convocada para compor *quórum*), Baptista Pereira, Ramza Tartuce, Peixoto Junior, Fábio Prieto e Cecília Marcondes, vencido o Desembargador Federal André Nabarrete, que entendia competente a 1ª Seção.

São Paulo, 13 de julho de 2011.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora):

Vistos.

Conflito negativo de competência, suscitado entre os Desembargadores Federais Diva Malerbi (10ª Turma, integrante da 3ª Seção) e Nery Júnior (3ª Turma, 2ª Seção), nos autos de apelação interposta contra sentença que concluiu pela prescrição da pretensão deduzida em demanda de rito ordinário objetivando a condenação do INSS ao pagamento de indenização por danos morais sofridos pela parte autora ante a inércia na implantação de benefício previdenciário judicialmente concedido.

Distribuído o recurso à 3ª Turma, verificou-se o declínio da competência em favor da 3ª Seção, sob os seguintes fundamentos (fls. 102/103):

"Entendo que a competência para o julgamento do feito é da 3ª Seção deste Tribunal, visto que a mesma já julgou casos de danos morais e materiais decorrentes da não concessão de benefício previdenciário, conforme se verifica das decisões abaixo transcrita:

'PREVIDENCIÁRIO. EMPREGADA DOMÉSTICA. APOSENTADORIA POR IDADE. INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO. DANO MORAL. BENEFÍCIO POSTERIORMENTE CONCEDIDO. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A parte autora pleiteia indenização por dano material e moral pelo indeferimento administrativo, em 1996, de requerimento de aposentadoria por idade a empregada doméstica, posteriormente concedido na via administrativa, com base na mesma situação fática, no ano de 2002. 2. O INSS alega cumprimento da norma legal quando do indeferimento do pedido formulado em 1996, decorrendo o posterior deferimento, em 2002, de alteração normativa. 3. A interpretação da norma aplicável ao caso

concreto, pelo INSS, não se mostra eivada de vício que justifique a indenização pleiteada. 4. De outra parte, assiste razão à parte autora ao requerer a concessão do benefício desde a data do primeiro requerimento administrativo, uma vez que a jurisprudência pátria reconhece ao segurado empregado doméstico o direito de não ser penalizado pelo recolhimento em atraso. 5. A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias desse segurado é do empregador, cabendo ao INSS fiscalizar e exigir o cumprimento de tal obrigação 6. Remessa oficial parcialmente provida. 7. Apelações da parte autora e do INSS improvidas.'
(APELAÇÃO CÍVEL - 1062972 Processo: nº 2003.61.02.013839-0 - UF: SP - Órgão Julgador: - TURMA SUPLEMENTAR DA TERCEIRA SEÇÃO - Data do Julgamento: 23/09/2008 - Fonte: DJF3 - DATA: 22/10/2008 - Relator: JUIZ CONVOCADO FERNANDO GONÇALVES)
'PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO DE CRÉDITOS ATRASADOS APÓS A CITAÇÃO DA AUTARQUIA. RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO SOFRIDO. CUSTAS PROCESSUAIS.
1. Pretende o Autor o pagamento de créditos atrasados e a indenização por danos morais, sob a alegação de que a demora da autarquia fere o princípio da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana. 2. Está devidamente comprovado nos autos que o INSS efetuou o pagamento das diferenças após a citação, caracterizando o reconhecimento jurídico do pedido. Foram utilizados os índices devidos de correção monetária, não havendo saldo remanescente a receber. 3. Embora o artigo 37, § 6º da Constituição Federal estabeleça a responsabilidade objetiva dos entes públicos, no caso da indenização dos danos morais, não basta alegar violação aos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, sendo necessário demonstrar, no caso concreto, os prejuízos ocorridos com a falta do pagamento do benefício. 4. Não são devidas custas processuais, por ser o autor beneficiário da Justiça Gratuita e o INSS isento do pagamento, nos termos do artigo 4º, I, da Lei nº 9.289/96, do artigo 24-A da Lei nº 9.028/95, com a redação dada pelo artigo 3º da MP 2.180-35/01 e do artigo 8º, § 1º da Lei nº 8.620/92. 5. Remessa oficial e Apelação do autor parcialmente providas.'
(AC - 2006.03.99.017472-4 - SP - Relatora JUÍZA CONVOCADA GISELLE FRANÇA - Órgão Julgador DÉCIMA TURMA - Data do Julgamento: 30/01/2007 - DJU DATA: 28/02/2007 - PÁGINA: 435)
Assim, redistribuam-se os autos tendo em vista tratar-se de matéria de competência de uma das Turmas que integram a Terceira Seção, conforme artigo 10, § 3º, do Regimento Interno desta Corte.
São Paulo, 13 de abril de 2010.
NERY JÚNIOR
Desembargador Federal Relator"

Redistribuição automática para a 10ª Turma, relatora sorteada a ora suscitante, que assim se manifestou (fls. 108/109):

"Alegou o autor, ora apelante, na inicial, haver sofrido danos morais em virtude de morosidade imotivada do INSS na implantação da sua aposentadoria.

Pleiteou, com base nos arts. 186 e 944 da Lei nº 10.406/2002 (Novo Código Civil), indenização por danos morais decorrente da demora administrativa injustificada do INSS no pagamento das prestações do benefício que lhe foi concedido.
Não se inclui na demanda a concessão ou revisão de benefício previdenciário, nem tampouco qualquer discussão a respeito da presença dos seus requisitos.
Portanto, a matéria versada nos autos refoge à competência da 3ª Seção, pois não se refere a questão previdenciária ou assistencial, mas sim exclusivamente a discussão sobre direito a indenização por danos morais decorrentes de responsabilidade civil do INSS, órgão pertencente à administração pública indireta da União, em razão do que deve ser analisada pelas Turmas da 2ª Seção, à qual cabe a apreciação das demandas relativas a direito público.
Trago à colação, a propósito, casos análogos ao presente, julgados na 2ª Seção deste Tribunal, *in verbis*:
'DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. NEGLIGÊNCIA DO INSS. CONCESSÃO DE BENEFICIO. INDEFERIMENTO. DANO POR PRIVAÇÃO NO GOZO DO BENEFÍCIO. SOFRIMENTO MORAL. IMPROCEDÊNCIA.
1. Caso em que o autor pleiteia indenização por "negligência" do INSS, uma vez que com base em perícia, que não estaria a retratar a realidade, indeferiu benefício previdenciário, o qual somente foi implantado 71 meses depois, em virtude de decisão judicial, que reconheceu incapacidade laboral e o direito, portanto, à prestação negada indevidamente pela autarquia. A condenação reivindicada envolve dano material, calculado com base no valor do benefício vigente ao tempo da liquidação multiplicado por 71, sem prejuízo do seu direito a receber os atrasados em decorrência da condenação na ação previdenciária, além de dano moral, considerando o sofrimento havido com o atraso, à base de 100 vezes o valor do benefício vigente ao tempo da liquidação.
2. Todavia, não existe direito a indenizar em tal situação, pois a forma específica de reparação de danos, por erro na apreciação de pedidos de tal ordem, ocorre com a determinação para o pagamento retroativo do benefício, em relação à data em que a decisão judicial considerou devida a concessão, acrescido de correção monetária, juros de mora e encargo sucumbencial.
3. O erro na avaliação administrativa de pedidos de concessão, de que tenha resultado dano consistente na falta de percepção dos valores a tempo e modo, resolve-se pela forma e alcance de condenação inerente às ações previdenciárias e não através de ação de indenização autônoma, fundada em responsabilidade civil do Estado, porque esta exige um dano particular vinculado à conduta, comissiva ou omissiva, do Poder Público, cuja reparação não tenha se efetivado ou sido possível efetivar-se no âmbito da ação própria para a revisão da conduta administrativa impugnada, no caso a ação previdenciária.
4. Na espécie, embora o autor pretenda atribuir ao presente pedido de condenação a qualidade de "indenização", diferindo do resultante da condenação previdenciária que, segundo alegado, teria natureza "alimentar", evidente que o fato discutido é exatamente o mesmo, qual seja, a falta de concessão e pagamento do benefício ao tempo do requerimento administrativo, por responsabilidade do INSS ("negligência"), sendo igualmente idêntico o dano narrado, em ambos os casos, consistente na privação do benefício no período a que teria direito.

5. Não houve descrição de qualquer dano específico e concreto, além da genérica privação geradora do direito ao pagamento do valor dos atrasados do benefício previdenciário, nos termos da condenação imposta na ação respectiva. O que se pretende, portanto, é cumular, com base no mesmo fato e pelo mesmo dano, duas condenações, uma a título previdenciário, e outra título de responsabilidade civil do Estado, o que se revela improcedente, até porque acarretaria enriquecimento indevido do autor, que não pode beneficiar-se com a percepção de valores, por duplo fundamento, quando a causa fática e jurídica é a mesma.
6. Apelação desprovida, sentença de improcedência confirmada.'
(TRF - 3ª Região, AC nº 2001.61.20.007698-4/SP, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, DE 26/10/2010).
'AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS POR ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELO INSS. SUPRESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA.
1. Estabelece o art. 109, da Constituição Federal que aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes, ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. (...) § 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara de juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.
2. No caso vertente, o agravante ajuizou ação de indenização por ato ilícito em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o pagamento de dano material, que estaria caracterizado pela arbitrária supressão do auxílio doença pelo agravado sem a realização de exames médicos, bem como indenização por danos morais.
3. A questão trazida pelo agravante não se trata de pedido de concessão de benefício acidentário ou previdenciário. Busca-se junto ao INSS, indenização por danos materiais e morais em razão ato administrativo praticado pelo órgão, consubstanciado em suposta arbitrária supressão do auxílio doença, sem a realização de exames médicos, aplicando-se, pois, ao presente caso o art. 109, inc. I, da Constituição Federal, sendo competente para julgar a demanda a Justiça Federal.
4. Precedentes da 1ª seção do E. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional.
5. Agravo de instrumento improvido.'
(TRF - 3ª Região, AG nº 2007.03.00.082684-8/SP, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, DJ 18/03/2008).
Pelo exposto, configurando-se divergência a respeito da competência para o presente feito entre Relatores de Turmas integrantes de Seções diversas deste Tribunal, suscito *conflito negativo de competência* perante o E. Órgão Especial, nos termos do art. 11, inc. II, parágrafo único, 'i', do Regimento Interno da Corte.
Oficie-se à Presidência do Órgão Especial, encaminhando cópia desta decisão e das principais peças dos autos, com vistas à instrução do incidente e sua distribuição.

São Paulo, 27 de abril de 2011.
DIVA MALERBI
Desembargadora Federal Relatora"

Designado o juízo suscitado para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (fl. 110), sobreveio manifestação do Ministério Público Federal "pela procedência do conflito negativo de Competência, com a restituição dos autos à E. 3ª Turma" (fls. 122/124).

É *o relatório.*

Em mesa para julgamento.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Conflito de competência entre Relatores de Seções diversas, cuja competência para processamento e julgamento é deste Colegiado, a teor do disposto no artigo 11, parágrafo único, letra "i", do Regimento Interno da Corte.

Origina-se, o dissídio provocado nos autos da Apelação Cível nº 1484023 (reg. nº 0005562-29.2009.4.03.6119), da controvérsia sobre qual matéria versa o pleito aviado pelo segurado Florisvaldo Matias da Silva, vale dizer, se o pedido de condenação do INSS por ato ilícito, consistente no atraso injustificado na implantação de aposentadoria concedida mediante determinação judicial, encontra-se inserido na competência da 2ª Seção, consoante aventado pela Desembargadora Federal Diva Malerbi, por envolver, a "ação de indenização civil por danos morais" (fl. 06), tema de direito público; ou se a demanda é de natureza previdenciária, a determinar, assim entendido, para julgamento do recurso pendente, o encaminhamento do feito à 3ª Seção desta Corte, "visto que a mesma já julgou casos de danos morais e materiais decorrentes da não concessão de benefício previdenciário", como instado pelo Desembargador Federal Nery Júnior.

Integrantes da 3ª Seção (artigo 10, § 3º, do Regimento Interno), às turmas previdenciárias, criadas por força da Resolução nº 128, de 19 de maio de 2003, editada pela E. Presidência deste Tribunal, "com competência para processar e julgar feitos relativos à Previdência e Assistência Social", cumpre a apreciação somente de causas de índole exclusivamente previdenciária, a significar pedido de concessão e revisão de benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

O pedido de indenização por danos morais, embora formulado contra o INSS, longe de ostentar natureza previdenciária, expressa tão-somente a pretensão do segurado concernente à responsabilização do ente público por ato administrativo cuja ilicitude, como informam os fundamentos que dão sustentação à demanda de fundo, advém "da demora injustificada no pagamento das parcelas do benefício concedido judicialmente" (fl. 08).

Cediço que a responsabilidade da autarquia previdenciária, enquanto integrante da Administração Pública Federal Indireta, por eventuais danos decorrentes do atraso na implantação de aposentadoria, decorre do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição da República, apresentam-se, como objeto de exame, para a configuração do ilícito, a comprovação da omissão administrativa, o dano porventura causado ao beneficiário e o respectivo nexo de causalidade, requisitos que não se misturam, à toda evidência, com aqueles

comumente tomados em consideração a existência de direito à proteção previdenciária do Estado, a saber, o preenchimento da qualidade de segurado, o cumprimento de período de carência e a ocorrência da contingência social prevista em lei.

Em outras palavras, "o benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto ambos têm origem distintas. O primeiro assegurado pela Previdência; e a segunda, pelo direito comum. Caracterizada a responsabilidade administrativa do Estado, com fulcro no art. 37, par. 6º, da Constituição Federal, surge o dever de indenizar a parte lesada de acordo com as normas do direito privado, podendo, conforme o caso a indenização compreender danos morais e, ou materiais" (STJ, 1ª Turma, REsp 922.951/RS, rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 10.2.2010).

A competência das Seções e das respectivas Turmas que as compõem é fixada em função da matéria e da natureza da relação litigiosa. Mais prudente, de fato, que a 2ª Seção deste Tribunal responsabilize-se pelos feitos em situações como esta, em que se discute a imputação, a pessoa jurídica de direito público, de dano supostamente causado em razão de ato ilícito, tema de cunho eminentemente administrativo, centrado, insista-se, na "verificação do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência" (Yussef Said Cahali, *Responsabilidade civil do Estado*. 2ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 40), tal como ocorre, à guisa de exemplo, em se tratando de pedido de indenização por acidente de trânsito em que envolvida viatura do INSS.

A tanto, a 3ª Seção não foi criada. Sua competência, seu conjunto de atribuições jurisdicionais, há que abarcar os processos relativos à Previdência e Assistência Social, sobretudo os que pleiteiem a concessão de benefícios previdenciários.

Mesmo quando eventualmente atreladas as questões, em demandas dessa natureza, como nas hipóteses em que apresentado, juntamente com o pedido principal de concessão ou revisão, outro conexo de indenização por danos morais, tenho insistido, no âmbito dos órgãos fracionários, pela prevalência do comando expressamente disposto no Código de Processo Civil - "Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação: (...) II - *que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo*" -, a resultar que a competência das varas federais especializadas em demandas previdenciárias não alcança ação de indenização por ato ilícito proposta por segurado da previdência social contra o INSS, de forma que inacumuláveis pedido de benefício previdenciário e indenização por danos morais.

Por isso que, se a indenização por ato ilícito da autarquia, ainda que decorrente da negativa do benefício pela entidade autárquica, apesar de se tratar de matéria de competência exclusiva da Justiça Federal, não pode ser apreciada por vara especializada em ações que versem sobre matéria previdenciária, com maior razão se põe a infirmação da competência recursal das turmas da 3ª Seção quando o que se pretende é obter somente reparação por danos materiais ou morais oriundos do retardo administrativo na implantação de aposentadoria obtida na via judicial.

Embora não se desconheça, com relação às situações envolvendo pretensões cumulativas, que a jurisprudência tenha evoluído para a compreensão de que "o pedido de indenização por danos morais é decorrente do pedido principal, e a ele está diretamente relacionado" (STJ, 3ª Seção, CC 111.447/SP, rel. Ministro Celso Limongi, desembargador convocado do TJ/SP, v. u., j. em 23.06.2010, DJ de 02.08.2010), aceitando-se, a partir

disso, que "as Varas especializadas em matéria previdenciária também são competentes para o conhecimento de causas previdenciárias nas quais haja pedido cumulativo de indenização por danos morais" (8ª Turma, AI 2009.03.00.025929-0, rel. Desembargador Federal Newton de Lucca, DJF3 de 31.03.2011), e até mesmo que "ao juiz estadual investido na competência federal delegada compete conhecer de questões relativas à matéria previdenciária, sendo certo que o pedido de indenização constitui questão secundaria e indissociável da pretensão principal" (3ª Seção, CC 2010.03.00.024164-0, rel. Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, red. p/ acórdão Juíza Federal Convocada Mônica Nobre, DJF3 de 29.03.2011), por outro lado, há diversas decisões no âmbito do Superior Tribunal de Justiça envolvendo, semelhantemente à hipótese dos presentes autos, exclusivamente a responsabilidade civil do INSS, ainda que à vista de equívocos perpetrados na implantação ou manutenção de benefícios acidentários, possuindo, de todo modo, o desfecho encaminhado, idêntico propósito, a saber, a observância, na questão competencial, apenas do critério *ratione personae* da Justiça Federal, a teor do disposto no artigo 109, inciso I, primeira parte, da Constituição Federal, ignorando-se critério outro para delimitação da competência, especialmente a concorrente da Justiça Estadual, nos moldes do § 3º do aludido dispositivo constitucional.

Confira-se, a propósito, valendo os destaques:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 109.193 - SP (2009/0228805-1)
RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES
AUTOR: GERALDO LUIS DOS ANTOS
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
SUSCITANTE: JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DE CAMPINAS - SP
SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPINAS - SJ/SP
DECISÃO
Vistos, etc.
Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DE CAMPINAS - SP em relação ao JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPINAS - SP, nos domínios de ação proposta contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, pela qual se busca a restituição de valores indevidamente descontados do benefício de auxílio-acidente.
De acordo com o Juízo Suscitado: 'Ao estabelecer a competência (absoluta) da Justiça Federal, a Constituição da República de 1988 excetuou, no artigo 109, inciso I, as causas de acidente de trabalho. Dessa forma, este Juízo não é competente para apreciar e julgar o presente caso, ainda que se trate de devolução dos valores descontados do benefício.' (fl. 36).
Do ponto de vista do Juízo Suscitante, contudo: '*Não se discute, na hipótese, a concessão ou revisão de benefício previdenciário do autor decorrente de acidente do trabalho; o objeto do litígio é indenização, material e moral, em razão de suposta conduta ilícita do réu, que consistiu em efetuar descontos mensais, do benefício previdenciário do autor, de valores referentes a um empréstimo, o qual é negado na inicial. O autor atribuiu conduta negligente ao réu, dizendo que era seu dever impedir os descontos havidos em seu benefício previdenciário, já que supostamente o empréstimo seria proibido. Assim, sendo o réu, em ação indenizatória por ato ilícito, o INSS, é a Justiça Federal a competente para analisar e julgar o feito.*' (fls. 58/59).

Parecer do Ministério Público Federal pela declaração de competência do JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPINAS - SP para o julgamento da causa.
É o relatório.
Segundo se infere dos autos, o pedido formulado na demanda diz respeito à condenação da autarquia previdenciária para devolver ao autor quantias indevidamente descontadas do benefício de auxílio-acidente, assim como ao pagamento de danos morais.
O art. 109, inc. I, da Constituição Federal determina competir aos Juízes Federais decidir 'as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.'
Essa, precisamente, a hipótese dos autos, na medida em que *não se discute a concessão do benefício de auxílio-acidente, ou mesmo o seu restabelecimento, mas possível reparação, material e moral, pela autarquia federal, em decorrência de descontos indevidos realizados no benefício do autor*.
A propósito, com bem pontuou o Ministério Público Federal, em seu parecer:
No caso dos autos, todavia, verifica-se que *o autor não requer o restabelecimento do pagamento integral do benefício, visto que o INSS já se absteve em efetuá-los (fl. 21). Pretende, isto sim, a condenação da Autarquia Federal, a fim de que lhe devolva as quantias indevidamente descontadas, assim como o pagamento de reparação por danos morais, matéria de competência da Justiça Federal*. (fls. 69/70)
Ante o exposto, com base no art. 120, parágrafo único, do CPC, CONHEÇO do presente conflito e DECLARO competente o JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPINAS - SP, o suscitado, para processar e julgar a demanda.
Publique-se. Intimem-se.
Brasília (DF), 13 de abril de 2011.
MINISTRO OG FERNANDES
Relator"

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 54.773 - SP (2005/0150525-0)
RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON
AUTOR: ANAILDE PAIXÃO DE OLIVEIRA
ADVOGADO: RICARDO A M SALGADO JUNIOR
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
SUSCITANTE: JUÍZO DE DIREITO DA 13ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA DE ACIDENTES DO TRABALHO DE SÃO PAULO - SP
SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMENTA
PROCESSO CIVIL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELO INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL - INSS.
1. *Tratando-se de ação de reparação por dano moral que tem como fundamento ato administrativo, supostamente indevido, praticado pelo INSS, é competente para*

o seu processamento e julgamento a Justiça Federal Comum, por não se tratar na hipótese de demanda relativa a benefício previdenciário ou dano material ou moral decorrente de acidente de trabalho.
2. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Federal Comum da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.
ACÓRDÃO
Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça 'A Seção, por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente a Justiça Federal Comum da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, nos termos do voto da Srª Ministra Relatora.' Os Srs. Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins e José Delgado votaram com a Sra. Ministra Relatora.
Brasília-DF, 08 de fevereiro de 2006 (Data do Julgamento)
MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora"

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 27.597 - SP (1999/0088346-2)
RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO
AUTOR: VILMA FATIMA DIOTTI CRANTSCHANINOV
ADVOGADO: ANTONIO CARLOS CORREIA DE ARAUJO
RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
SUSCITANTE: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE ACIDENTES DO TRABALHO DE SANTOS - SP
SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTOS - SJ/SP
EMENTA
CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA O INSS. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
1. Conflito negativo de competência entre o Juízo de Direito da 2ª Vara de Acidentes do Trabalho de Santos - SP - e o Juízo Federal da 1ª Vara de Santos - SJ/SP, nos autos de 'ação de reparação e compensação de danos material e moral', por se considerar a autora lesada pelo INSS que teria, por incúria de seus agentes, demorado 10 anos, 3 meses e 16 dias para reconhecer sua doença ocupacional.
2. Não há pleito de concessão de benefício acidentário, porquanto foi o mesmo concedido administrativamente. *Busca-se, junto ao INSS, indenização por danos materiais e morais, em face do tempo decorrido entre a formulação do pedido administrativo e seu deferimento.*
3. *Versando a lide sobre responsabilidade de entidade autárquica federal (INSS) no trato com o segurado, aplica-se a norma do art. 109, I, da Constituição Federal, de modo que o seu processo e julgamento cabem à Justiça Federal.*
4. Conflito conhecido para se declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara de Santos - SJ/SP, o suscitado.
ACÓRDÃO
Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por

unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal da 1ª Vara de Santos - SJ/SP, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, Castro Filho e Milton Luiz Pereira votaram com o Sr. Ministro Relator.
Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Garcia Vieira e Francisco Peçanha Martins.
Brasília (DF), 18 de junho de 2001 (Data do Julgamento).
Ministro Humberto Gomes de Barros
Presidente
Ministro José Delgado
Relator"

Tal orientação tem sido seguida indistintamente nesta Corte Regional, *ipsis verbis*:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS POR ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELO INSS. SUPRESSÃO DE AUXÍLIO DOENÇA.
1. Estabelece o art. 109, da Constituição Federal que aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. (...) § 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara de juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pelo justiça estadual.
2. No caso vertente, o agravante ajuizou ação de indenização por ato ilícito em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o pagamento de dano material, que estaria caracterizado pela arbitrária supressão do auxílio doença pelo agravado sem a realização de exames médicos, bem como indenização por danos morais.
3. A questão trazida pelo agravante não se trata de pedido de concessão de benefício acidentário ou previdenciário. Busca-se junto ao INSS, indenização por danos materiais e morais em razão ato administrativo praticado pelo órgão, consubstanciado em suposta arbitrária supressão do auxílio doença, sem a realização de exames médicos, aplicando-se, pois, ao presente caso o art. 109, inc. I, da Constituição Federal, sendo competente para julgar a demanda a Justiça Federal.
4. Precedentes da 1ª seção do E. Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional. 5. Agravo de instrumento improvido."
(6ª Turma, Agravo de Instrumento 2007.03.00.082684-8, rel. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, j. em 28.2.2008)

"PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. *AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS POR ATO ADMINISTRATIVO. DEMANDA AFORADA*

POR SEGURADO DA PREVIDÊNCIA EM FACE DO INSS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
1. Compete à Justiça Federal processar e julgar demanda indenizatória ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS por segurado que, alegando má-fé dos peritos médicos da autarquia, pede indenização por danos materiais e morais decorrentes do indevido indeferimento de seu pedido de aposentadoria.
2. *Hipótese que não se amolda à previsão do § 3º do art. 109 da Constituição Federal*. Precedentes da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional.
3. Sentença nula. Apelação prejudicada."
(2ª Turma, Apelação Cível 95.03.010267-7, rel. Desembargador Federal Nelton dos Santos, j. em 13.3.2007)

Igualmente, colhe-se da jurisprudência do TRF da 1ª Região:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEMORA NO PAGAMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO JÁ CONCEDIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. EMBARGOS REJEITADOS.
1. A ação indenizatória por danos morais ajuizada contra o INSS tem como causa de pedir a responsabilidade da autarquia Ré pela demora no pagamento da diferença do benefício de aposentadoria por invalidez que fazia jus a Autora, conforme já reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.
2. *Não se discute a concessão de benefício decorrente do acidente de trabalho anteriormente ocorrido, mas, sim, a responsabilidade do INSS por ato ilícito, concernente na demora no pagamento do aludido benefício, razão por que não há dúvida de que é competente a Justiça Federal para processar e julgar o feito. Precedentes do STJ.*
3. Embargos de declaração do INSS rejeitados."
(5ª Turma, Embargos de Declaração na Apelação Cível 2004.33.00.012391-1, rel. Juiz Convocado Pedro Francisco da Silva, e-DJF1 de 29.1.2010)

Também *in casu*, dúvida não resta de que a *causa petendi* não tem natureza previdenciária, mas sim administrativa, pretendendo-se, pura e simplesmente, ver o Instituto Nacional do Seguro Social responsabilizado por suposto ato ilícito consubstanciado na demora da implantação da aposentadoria alcançada em juízo, inexistindo, portanto, discussão alguma sobre obtenção e/ou manutenção de benefício previdenciário, nem ao menos aludindo a pretensões correlatas os fatos postos na inicial, não tendo o condão de transmudar a competência o simples fato de a demanda envolver autarquia previdenciária, tampouco a circunstância relacionada à qualidade de aposentado do jurisdicionado.

Ademais, entender de modo diverso representaria a criação de temerário precedente, que teria como conseqüência entulhar ainda mais de processos as já sobrecarregadas turmas previdenciárias, cujas atribuições primordiais não se coadunam com a referida pretensão.

De igual modo, colhe-se da manifestação ofertada pelo Ministério Público Federal (fl. 124):

"Como bem esclarece a MM. Desembargadora suscitante deste conflito de competência, 'não se inclui na demanda a concessão ou revisão de benefício previdenciário, nem tampouco qualquer discussão a respeito da presença dos seus requisitos' (fl. 108) para o seu julgamento em grau de recurso perante uma das Turmas que compõe a 3ª Seção.
E, apenas para afastar qualquer dúvida disso, os julgados citados pelo MM. Desembargador suscitado tratam da questão do dano moral como consequência da questão do benefício previdenciário debatida na mesma ação, visto que o julgamento desta questão possibilita o julgamento do possível dano por uma das Turmas da 3ª Seção, apenas nessa situação.
Portanto, o MM. Desembargador suscitado possui a competência para julgar o recurso interposto na Ação de Indenização, pois essa ação se fundamenta no direito administrativo, de natureza pública, ao buscar unicamente a condenação da autarquia federal por ato administrativo que ocasionou dano moral ao autor."

A Turma Suplementar da 3ª Seção, em caso bastante parecido ao aqui enfrentado, pronunciou-se nos termos da ementa seguinte:

"*PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM FACE DO INSS. RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIA AFETA À EGRÉGIA SEGUNDA SEÇÃO DESTE TRIBUNAL.*
1. Não se discute nestes autos a concessão ou revisão de benefício previdenciário, mas apenas o cabimento de eventual indenização por danos morais em face do INSS, por falha na prestação de serviço público.
2. Nesse contexto, a matéria sob análise não se inclui na competência desta Terceira Seção.
3. Competência declinada."
(Apelação Cível 2002.61.20.002476-9, rel. Juiz Convocado Fernando Gonçalves, j. em 18.12.2007)

Nessa linha, ainda, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a questão foi objeto de exame, como se observa dos arestos abaixo transcritos:

"PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA. SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE. *RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE INDEFERIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA DE NATUREZA ADMINISTRATIVA.*
1. *A competência das Turmas especializadas em matéria previdenciária se refere à matéria previdenciária stricto sensu*. Se o tema proposto na lide desborda dessa matéria - como é o caso dos autos -, a competência será das Turmas de Direito Administrativo.
2. A matéria em apreço reveste-se de caráter administrativo, uma vez que a pretensão é referente à indenização por danos morais em razão da atuação da Administração Pública, o que afasta a existência de qualquer lide de matéria previdenciária."
(Apelação Cível nº 2007.71.20.000199-0/RS, 6ª Turma, rel. Desembargador Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, Diário Eletrônico de 6.5.2010)

"QUESTÃO DE ORDEM. *PEDIDO DE PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA DE CUNHO ADMINISTRATIVO.*
Tem natureza administrativa, e não previdenciária, o pedido de pagamento de indenização por danos morais, em virtude de terem sido descontados, da renda mensal do benefício, a título de pensão alimentícia, valores maiores que aqueles determinados pela autoridade judiciária competente.
Redistribuição do feito a uma das Turmas com competência em matéria administrativa."
(Questão de Ordem na Apelação Cível nº 2004.71.08.012568-0/RS, 6ª Turma, rel. Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz, Diário Eletrônico de 16.5.2007)

Convém não ignorar que feitos assemelhados distribuídos aos órgãos fracionários desta Corte têm sido igualmente decididos pelas turmas que compõem a 2ª Seção, competente para apreciar os processos "relativos ao direito público", nos exatos termos da norma contida no artigo 10, § 2º, do Regimento Interno, mencionando-se, à título de ilustração, além dos precedentes referidos pela ilustre suscitante, os julgados assim resumidos:

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO INSS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DA DEMORA NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. OCORRÊNCIA.
I - O prazo prescricional de ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública é de cinco anos, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32.
II - Apelação improvida."
(Apelação Cível 0008278-03.2006.4.03.6000/MS, 6ª Turma, rel. Desembargadora Federal Regina Costa, acompanhada do Desembargador Federal Mairan Maia e do Juiz Convocado Ricardo China, Diário Eletrônico de 24.6.2011)

"RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. INSS. DEMORA NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. INOCORRÊNCIA. ART. 515, § 3º, CPC. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO. ATRASO DENTRO DA RAZOABILIDADE. INÉRCIA NÃO CONFIGURADA. DESCONHECIMENTO DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. IRRELEVÂNCIA. DESÍDIA PROCESSUAL.
I - O prazo prescricional de ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública é de cinco anos, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição de 'todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza'.
II - A responsabilidade da Administração Pública por atos omissivos é subjetiva, sendo imprescindível a comprovação do não funcionamento, mau funcionamento ou do funcionamento a destempo do serviço.
III - O pequeno atraso na implantação do benefício não é apto a ensejar a reparação por danos morais, porquanto condizente com o princípio da razoabilidade, sendo que eventual prejuízo causado à parte poderá ser reparado mediante a execução da multa diária por descumprimento cominada na aludida sentença.
IV - É dever da parte interessada acompanhar o andamento do processo, não lhe

socorrendo a alegação de que não teria tomado conhecimento da implantação do benefício previdenciário.
V - Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, ficando suspensa sua execução enquanto persistirem os motivos ensejadores do deferimento do benefício da justiça gratuita, nos termos dos arts. 3º, V, e 12, ambos da Lei nº 1.060/50.
VI - Apelação parcialmente provida, para afastar a ocorrência da prescrição trienal e, no mérito, nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgar improcedente o pedido."
(Apelação Cível 0009572-19.2009.4.03.6119/SP, 6ª Turma, rel. Desembargadora Federal Regina Costa, acompanhada do Desembargador Federal Mairan Maia e do Juiz Convocado Ricardo China, Diário Eletrônico de 2.6.2011)

"DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INSS. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DEMORA INJUSTIFICADA NA REALIZAÇÃO DA REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ARTIGO 144 DA LEI 8.213/91. PAGAMENTO PARCIAL DAS DIFERENÇAS ATRASADAS. EFEITOS FINANCEIROS RETROATIVOS A 01.06.1992. DETERMINAÇÃO LEGAL. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. DIREITO AO PAGAMENTO INTEGRAL. RESSARCIMENTO DOS PREJUÍZOS CAUSADOS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA DE APELAÇÃO DA AUTORA. PROIBIÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*. CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE O EVENTO DANOSO. JUROS DE MORA. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.
1. Como sabido, a prescrição pressupõe um direito não exercido dentro de certo lapso temporal, tendo como conseqüência a extinção da ação, com resolução do mérito, tratando-se, pois, de legítima exceção de direito material.
2. Com relação à Fazenda Pública, o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, no seu artigo 1º, dispõe que as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra as Fazendas federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originaram.
3. A inteligência da referida norma conduz à conclusão de que a partir do momento em que ocorre o fato gerador dos alegados danos, nasce o direito da parte autora de ajuizar ação para reaver o prejuízo sofrido, dentro do prazo de cinco anos. É o chamado princípio da actio nata, significando que o prazo de prescrição inicia-se a partir do momento em que o direito de ação possa ser exercido.
4. No caso dos autos, a autora propôs ação de indenização por danos materiais postulando quantia correspondente ao valor das parcelas não pagas à época própria, em razão do INSS na implantação da revisão de seu benefício, nos termos do artigo 144 da Lei nº 8.213/91, bem como o pagamento de indenização a título de danos morais daí decorrentes.
5. O INSS emitiu, em 12.06.1992, discriminativo dos salários de contribuição para fins de revisão do benefício da autora, porém, o fez com relação ao auxílio-doença recebido pelo de cujus e cessado em razão do óbito e não do benefício de pensão por morte que a beneficiária passou a receber. Posteriormente, foi elaborada

planilha apontando o cálculo para revisão do benefício da autora, inclusive com a emissão de formulário próprio, em 24.02.1993, porém, o benefício da autora, de pensão por morte, nº 81346778-0, constava em relatório de inconsistência da autarquia com a observação de se tratar de 'benefício inexistente no cadastro' e, por isso, foi interrompida a revisão.

6. De fato, pelo que consta dos autos, a revisão do benefício somente foi retomada após a intervenção do advogado constituído pela autora e passou a ser analisado pelos servidores da ré em 27.03.2001, corroborando, assim, que o processo de revisão do benefício da autora se prolongou durante anos e embora haja menção de revisão em 28.03.1996 e 08.05.1996, o fato é que não se concluiu nenhuma revisão nestas datas, conquanto não foram colacionados documentos que remontem às mesmas e comprovem a efetiva implantação e pagamento de todas as parcelas em atraso.

7. Na verdade, a revisão do benefício foi concluída somente em 27.06.2001, ocasião em que o INSS apurou as diferenças devidas no período de 28.03.1996 a 30.06.2001, gerando crédito que somente foi liberado para pagamento em 14.05.2002, momento em que a autora constatou o não recebimento das parcelas em atraso desde a competência junho de 1992 a abril de 1996, como determinado em lei.

8. Nesse contexto, o fato relevante para determinar o início da contagem do prazo prescricional é a data de conclusão efetiva da revisão do benefício previdenciário, com implantação e pagamento de parte das diferenças devidas, e isso ocorreu somente em 14.05.2002, pois, neste momento, concluiu a segurada que não haviam sido pagos todos os valores devidos, nascendo aí o direito de ação para reclamar o pagamento ou a reparação do prejuízo que lhe foi imposto com o não pagamento com efeitos financeiros desde junho de 1992.

9. Assim sendo, é de rigor concluir que não ocorreu a prescrição do direito de ação, conquanto o termo *a quo* da prescrição somente ocorreu em 14.05.2002, tendo sido a ação ajuizada em 11.12.2003, portanto, dentro do prazo de cinco anos.

10. Quanto ao mérito da causa, anoto, de início, que, à luz do nosso ordenamento jurídico, a tese da responsabilidade estatal sempre se impôs, cabendo verificar se, no caso dos autos, nasceu para a autarquia ré o dever de indenizar, em face de conduta sua, lesiva à esfera jurídica da parte autora, seja porque a revisão de seu benefício foi tardia, seja porque o fez de forma incompleta ou deficiente.

11. Os documentos acostados aos autos indicam que o processo de revisão do benefício de pensão da autora teve início nos idos de 1992 e somente foi concluído em 2001, quando se apurou os valores em atraso oriundos da revisão efetivada, conforme relatório emitido em 27.06.2001, no qual constam as diferenças calculadas mês a mês, no período de março de 1996 a junho de 2001, resultando num crédito em favor da autora com pagamento das diferenças devidas no período de 28.03.1996 a 30.06.2001.

12. Ora, o processo de revisão do benefício de titularidade da autora demandou tempo além do aceitável para a sua conclusão e, não bastasse, concluída a revisão, foi efetuado o pagamento de apenas parte das diferenças devidas, relativa ao período de março de 1996 a junho de 2001, ou seja, a autora deixou de receber, em vida, as diferenças que lhes eram devidas em razão dessa revisão porque o

processo se arrastou por aproximadamente dez anos, o que não se mostra razoável, mesmo levando-se em conta as razões da autarquia apelante acerca da falta de material humano e condições técnicas suficientes para dar cabo à tarefa de revisão de milhares de benefícios previdenciários em todo o país.

13. Não se pode olvidar que se trata de crédito originário de natureza alimentar e, no presente caso, a autora recebia o benefício de pensão em razão da morte de seu marido, ocorrida em 12.05.1989, acrescida das respectivas cotas-parte dos três filhos, todos menores à época do óbito do pai, sendo certas as dificuldades que enfrentou para prover o sustento da família, que poderiam sim ser minimizadas se o benefício revisado fosse pago no tempo devido. Certo, ainda, que a autora suportou privações por conta do benefício não ter sido revisto pelo INSS nos termos impostos por lei e, com certeza, se determinou o legislador a revisão, caberia ao Executivo cumprir a determinação legal de forma pelo menos satisfatória e assim não fazendo causou prejuízo à apelada, merecendo esta ser ressarcida.

14. Frise-se, ademais, que além de a autora ter recebido as diferenças devidas somente em maio de 2002, o pagamento não foi efetuado na sua integralidade, ou seja, não se aplicaram os efeitos financeiros da revisão desde junho de 1992, como determina o artigo 144 da Lei nº 8.213/91, embora o próprio INSS esteja ciente desse crédito como indicado às fls. 90 e 101, inclusive constante das planilhas às fls. 149/150 a previsão de crédito desde 08.04.1989, porém, com situação de 'cancelado'.

15. Assim sendo, restou demonstrado que a autora tem direito de ser indenizada, a título de danos materiais, pela demora na conclusão da revisão de seu benefício e, ainda, quando revisto não o fez na integralidade, já que não foram pagas as diferenças desde 01.06.1992 como prevê o artigo 144 da Lei nº 8.213/91.

16. Portanto, a indenização devida à autora, a título de danos materiais, deve corresponder às diferenças decorrentes da revisão do benefício do período não pago pelo INSS, ou seja, de 01.06.1992 a 27.03.1996, de modo a ressarci-la pela falta do pagamento e pela demasiada demora da autarquia em concluir a revisão de benefício não implementada em tempo razoável e nem de forma efetiva e suficiente.

17. No tocante aos danos morais, a sentença julgou improcedente o pedido por entender ser indevido o ressarcimento a esse título, e, considerando que os autos foram submetidos a esta Egrégia Corte em razão da remessa oficial e de recurso de apelação da autarquia ré, não tendo sido interposto recurso pela parte autora, não há como examinar a questão nesta sede, pois, agir noutro sentido, implicaria a conduta em *reformatio in pejus*.

18. Ademais, incide na hipótese a Súmula nº 45, do Superior Tribunal de Justiça, que enuncia o seguinte: 'No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública'.

19. No que se refere ao termo inicial da correção monetária, insta apenas anotar o entendimento pacificado na jurisprudência de que no caso de eventual condenação no pagamento de indenização por danos materiais, tanto a correção monetária quanto os juros moratórios, são devidos a partir do evento danoso, que, convém deixar expressamente consignado, no caso dos autos, se refere a 01.06.1992, data em que a lei prevê os efeitos retroativos decorrentes da revisão do benefício da autora.

20. No entanto, no tocante ao percentual de juros de mora, razão parcial assiste à autarquia apelante a ensejar reforma da sentença nesse ponto, devendo incidir juros

de 0,5% (meio por cento) ao mês desde 01.06.1992, nos termos dos artigos 1.062, 1.063 e 1.064, do Código Civil de 1916, então vigente, e a partir de 11.01.2003, com base no artigo 406, do novo Código Civil, mediante aplicação da Taxa Selic, afastada a cumulação com qualquer outro índice de correção monetária, questão já pacificada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RESP nº 220.387, rel. Min. João Otávio de Noronha; RESP nº 671.774, rel. Min. Castro Meira; RESP nº 210.821, rel. Min. Garcia Vieira; RESP nº 189.188, rel. Min. José Delgado; RESP nº 194.140, rel. Min. Milton Luiz Pereira).
21. Sentença reformada em parte, acrescida dos fundamentos ora acrescidos.
22. Apelação e remessa oficial a que se dá parcial provimento."
(Apelação/Reexame Necessário 0007782-07.2003.4.03.6120/SP, 3ª Turma, rel. Juiz Convocado Valdeci dos Santos, acompanhado dos Desembargadores Federais Márcio Moraes e Cecília Marcondes, Diário Eletrônico de 14.1.2011)

"RESPONSABILIDADE CIVIL. INSS. ERRO NO INDEFERIMENTO DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. PROPORCIONALIDADE. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. I - Rejeitada a preliminar arguida pelo INSS em suas razões de apelação, uma vez que a Procuradoria de Assistência Judiciária, à época da propositura da presente ação, tinha legitimidade ativa para representar judicialmente os legalmente necessitados, nos termos do art. 28, I, da Lei Complementar nº 478/86, legitimidade que perdurou até a implementação efetiva da Defensoria Pública. II - A responsabilidade civil do INSS reveste-se de caráter objetivo, nos termos do referido art. 37, § 6º, da Constituição Federal. III - A hipótese dos autos não trata de mero atraso no processo de implementação do benefício previdenciário, o qual, via de regra, não dá ensejo à responsabilidade civil do INSS, mas da ocorrência de erro na análise dos pressupostos necessários à concessão do benefício previdenciário, sendo que a própria autarquia reconheceu a existência da conduta que causou inegável prejuízo à Autora. IV - O dano moral é decorrência lógica da ocorrência do fato, visto que o cancelamento do benefício e a ausência dos pagamentos devidos à Autora, fizeram com que a mesma experimentasse dor, amargura e sensação de impotência, principalmente em relação ao vexame e à privação dos recursos necessários ao cuidado de sua saúde. V - No tocante ao *quantum* devido a título de indenização por danos morais, a sentença deve ser reformada, porquanto o valor de R$ 100.000, 00 (cem mil reais), fixado pelo MM. Juízo *a quo*, não está em sintonia com a jurisprudência sobre a matéria. VI - *Quantum* indenizatório reduzido para o valor de 100 salários-mínimos, o qual entendo compatível com a gravidade dos fatos, afastada, outrossim, a aplicação da atualização monetária pelo IPC, como estabelecida na sentença. VII - Remessa oficial e apelação parcialmente providas."
(Apelação Cível 0001894-54.2002.4.03.6100/SP, 6ª Turma, rel. Desembargadora Federal Regina Costa, acompanhada dos Desembargadores Federais Mairan Maia e Consuelo Yoshida, Diário Eletrônico de 8.2.2010)

Derradeiro material de pesquisa que se fez chegar às minhas mãos dá conta da existência, no âmbito deste Órgão Especial, de conflito negativo de competência decidido monocraticamente pelo Desembargador Federal Baptista Pereira, a teor do disposto no artigo 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, solucionando-se a questão nos mesmos termos aqui propostos, *in verbis*:

"PROC. 2011.03.00.001222-8 CC 12681
D. J. 25/2/2011
CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 0001222-95.2011.4.03.0000/SP
2011.03.00.001222-8/SP
RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
PARTE AUTORA: JOÃO VICENTE DE SOUZA
ADVOGADO: DECIO FRATIN
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
ADVOGADO: DELFINO MORETTI FILHO
: HERMES ARRAIS ALENCAR
SUSCITANTE: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DIANA BRUNSTEIN NONA TURMA
SUSCITADO: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR TERCEIRA TURMA
Nº ORIG.: 98.00.00142-7 3 Vr MAUÁ/SP
DECISÃO
Trata-se de *conflito de competência suscitado nos autos da ação de indenização por danos morais, ajuizada em face do INSS*, o qual, segundo o autor, deixou de protocolizar seu pedido de aposentadoria por tempo de serviço, sob a exigência de apresentação da relação de salário do empregador.
A sentença foi de improcedência do pedido, razão pela qual apelou o autor.
O recurso foi distribuído ao eminente Desembargador Federal Nery Júnior, que determinou a redistribuição a uma das Turmas integrantes da 3ª Seção.
A eminente Juíza Federal convocada Diana Brunstein suscitou o presente conflito, fundamentando que 'o caso em tela não se enquadra na matéria de competência da 3ª Seção, uma vez que o pedido formulado foi exclusivamente de reparação de danos morais'.
Foi designado o Exmo. Desembargador Federal suscitado para resolver as medidas urgentes.
Autos conclusos em 04/02/11.
É o relatório. Decido.
É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a competência se firma pela natureza da ação, esta definida unicamente pelo pedido e causa de pedir, abstraída, portanto, qualquer análise de mérito acerca da demanda.
Destarte, *a ilegalidade aqui apontada reside no comportamento do agente administrativo, ato que nada diz com a questão previdenciária, mas sim com a eficiência, organização, gestão e operacionalização exercida pela ré na administração dos pagamentos pelos quais é responsável.*
É, em outros dizeres, a alegada falha no serviço que deve ser apreciada pelo julgador e, nesse sentido, tratando-se de pedido de indenização por danos morais lastreado na responsabilidade civil do Estado, não se reveste a matéria de cunho previdenciário.

Acresça-se que o art. 37, § 6º, da Carta Magna adotou a responsabilidade objetiva do Estado, positivando a teoria do risco administrativo, para a qual a culpa não necessita ser demonstrada, bastando o dano, a conduta e o nexo causal.

Vale ressaltar, *mutatis mutandis, precedente do egrégio STJ, de relatoria do eminente Ministro José Delgado (CC 27.597/SP, DJ 20/08/01), em que bem se definiu a linha divisória entre a lide que versa sobre concessão de benefício e, cumulativamente, indenização por danos morais e materiais, à qual se permite o processamento e julgamento perante a vara especializada, por se constituir, este último, pedido subsidiário ao primeiro (vis atractiva), e a lide atinente à responsabilidade do INSS pelo tempo decorrido entre a formulação do pedido administrativo e seu deferimento, de natureza administrativa*.

Logo, não se tratando de pleito subsidiário ao de benefício previdenciário, nem de causa conexa ou a este relacionado, refoge da competência da Seção especializada o julgamento da demanda (o único ponto de contato com a matéria previdenciária cinge-se ao fato de não ter sido protocolizado seu requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de serviço. Poderia, no entanto, ser outro benefício, pouco importando sua natureza para a determinação da matéria controvertida. Se, ao responder o porquê da demora na concessão do benefício, tem-se por resposta, não a ausência do direito do autor, mas o suposto mau funcionamento do Órgão administrativo, não há questão previdenciária a ser dirimida).

A propósito, confiram-se alguns precedentes:

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PARTE AUTORA OBJETIVA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CUMULADO COM DANOS MATERIAIS E MORAIS ATRAVÉS DE AÇÃO AJUIZADA PERANTE VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO QUE NÃO AFASTA A COMPETÊNCIA DESSA JUSTIÇA FEDERAL ESPECIALIZADA. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO. I - O Provimento nº 186, de 28/10/1999, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, determinou a implantação das Varas Previdenciárias em S. Paulo e estabeleceu que aquelas Varas Federais teriam competência exclusiva para processar e julgar os feitos que versassem sobre benefícios previdenciários. II - O pedido de indenização é subsidiário ao pleito principal, e na hipótese de improcedência de tal pedido, nem se cogitará de dano moral (STJ, Conflito de competência nº 47.223/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 18/02/2005). III - Disso decorre que o Juízo Federal Especializado é competente para apreciar e julgar ambos os pedidos. Precedentes jurisprudenciais. IV - Agravo Legal a que se nega provimento.' (Classe: AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 382936; Processo: 2009.03.00.030026-4; UF: SP; Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA; Data do Julgamento: 18/01/2010; Fonte: DJF3 CJ1 DATA: 10/03/2010 PÁGINA: 578; Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO).

'CONFLITO DE COMPETÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO ADMINISTRATIVO - INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA PREVIDENCIÁRIA PARA PROCESSÁ-LO E JULGÁ-LO - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE - COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL CÍVEL SUSCITADO DECLARADA. 1. Nos termos do Provimento nº 186 de 28 de outubro de 1999, a competência das Varas Previdenciárias se limita aos feitos que

versem sobre benefícios previdenciários, não sendo este o caso do mandado de segurança, cujo objeto é a revisão de ato essencialmente administrativo praticado pelo Superintendente do INSS, que impediu advogado de protocolizar mais de um pedido de benefício, determinando a observância de prévio agendamento, para atendimento com hora marcada. 2. Conflito negativo de competência julgado procedente. competência do Juízo Federal Suscitado da 22ª Vara Cível de São Paulo declarada.' (Classe: CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 10222; Processo: 2007.03.00.034848-3; UF: SP; Órgão Julgador: ÓRGÃO ESPECIAL; Data do Julgamento: 27/02/2008; Fonte: DJU; DATA: 26/03/2008 PÁGINA: 130; Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE).

'PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE TURMAS INTEGRANTES DE SEÇÕES DIVERSAS DO TRIBUNAL - COMPETÊNCIA DA CORTE ESPECIAL. 1. Na presente hipótese, ainda que o pedido não se restrinja ao pagamento de danos morais por ente da administração pública, o que consabidamente é matéria atinente aos órgãos da 2ª Seção desta Corte, entendo que falece competência a esta Turma para julgamento da questão. Isso porque o correto enquadramento do segurado nos cadastros da autarquia não configura matéria de direito previdenciário, porquanto não diz respeito a disputa sobre os benefícios do RGPS. 2. Vez que inicialmente os autos foram distribuídos à 3ª Turma, que compõe a 2ª Seção desta Corte, e que o Relator original declinou da competência para uma das Turmas integrantes da 3ª Seção, tem-se que se configura no presente caso conflito de competência entre Turmas de Seções diferentes deste Tribunal, a ser solvido pela Corte Especial, conforme dispõe o Regime Interno (art. 4º, § 1º, VI)'. (TRF4, AC 2007.72.05.003676-3, Turma Suplementar, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, D. E. 24/11/2008).

Ante o exposto, com fulcro no art. 120, parágrafo único, do CPC, julgo procedente o presente conflito para declarar a competência do suscitado.

Dê-se ciência.

Decorrido o prazo legal, arquive-se, observadas as formalidades legais.

São Paulo, 10 de fevereiro de 2011.

BAPTISTA PEREIRA

Desembargador Federal"

Dito isso tudo, porque a demanda subjacente não versa sobre concessão ou revisão de benefício previdenciário, cobrando-se do INSS apenas o pagamento de indenização por danos morais em razão de atraso na implantação de aposentadoria judicialmente concedida, a exigir, portanto, à verificação da responsabilidade pelo ocorrido, o exame de pressupostos distintos daqueles tomados em consideração nos feitos costumeiramente distribuídos às turmas da 3ª Seção, conheço deste conflito para julgá-lo procedente e declarar a competência da Egrégia 3ª Turma, integrante da 2ª Seção, para processar e julgar a apelação cível em questão, devendo os autos serem remetidos definitivamente ao eminente Desembargador Federal Nery Júnior.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

DIREITO
PROCESSUAL PENAL

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
0003339-72.2009.4.03.6000
(2009.60.00.003339-1)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA
Recorridos: MANUEL ROBERTO MORAIS DO NASCIMENTO E OSVALDO RICARDO BARROS AFONSO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: IUJ 71
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/06/2011

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. VENDA, EXPOSIÇÃO À VENDA E MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO, DE MERCADORIAS ESTRANGEIRAS FALSIFICADAS. DENÚNCIA POR INFRAÇÃO AO ARTIGO 334, § 1º, ALÍNEA "C", DO CÓDIGO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA, AO FUNDAMENTO DE QUE AS CONDUTAS CONFIGURAM A INFRAÇÃO PENAL PREVISTA NO ARTIGO 190 DA LEI Nº 9.279/1996. DECISÕES CONFLITANTES NO ÂMBITO DO TRIBUNAL. REMESSA DO FEITO À SEÇÃO.

1. As Turmas podem remeter os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes quando convier pronunciamento desta, em razão da relevância da questão e para prevenir divergência entre as Turmas da mesma Seção.

2. Convém submeter-se à Seção a questão concernente ao correto enquadramento das condutas de vender, expor à venda e manter em depósito mercadoria estrangeira falsificada, situando-as no artigo 334, § 1º, alínea "c", do Código Penal ou no artigo 190 da Lei nº 9.279/1996.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, com fundamento no artigo 14, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal, propor a remessa do presente feito à C. 1ª Seção, para julgamento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de junho de 2011.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal, em face da r. decisão que rejeitou denúncia oferecida contra Manoel Roberto Moraes do Nascimento e Osvaldo Ricardo Barros Afonso.

A exordial acusatória imputou ao primeiro denunciado a prática das condutas de vender, expor à venda e manter em depósito, no exercício de atividade comercial, mercadoria que introduziu clandestinamente no País e importou fraudulentamente; e ao segundo

denunciado, a prática das condutas de vender e expor à venda, no exercício de atividade comercial, mercadoria que sabia ser produto de introdução clandestina no País ou de importação fraudulenta por parte de outrem.

Assim, o *parquet* considerou que ambos os denunciados infringiram o disposto no artigo 334, § 1º, alínea "c", do Código Penal.

O MM. Juiz *a quo*, todavia, com base em precedente da E. 1ª Turma desta Corte Regional, rejeitou a denúncia, ao fundamento de que, cuidando-se de importação de mercadorias contrafeitas, "a conduta do agente não se enquadra no art. 334, do Código Penal, mas na norma mais específica, isto é, no art. 190, da Lei nº 9.279/96, que visa proteger as marcas comerciais" (f. 56-57) e cuja ação penal é privada.

Inconformado, o d. Procurador da República subscritor da denúncia interpôs o recurso de f. 62 e seguintes, sustentando que se trata de hipótese de concurso formal de crimes, porquanto "verificada a lesão a dois bens jurídicos distintos, quais sejam a propriedade industrial e a segurança do Estado e do mercado legal de bens" (f. 67).

Indo adiante, o órgão ministerial defendeu a inaplicabilidade, ao caso, do princípio da insignificância, haja vista que se trata de contrabando e não de descaminho e, também, porque a apreensão refere-se a 314 (trezentos e quatorze) pares de tênis.

Em arremate, o recorrente postula que, caso seja mantida a rejeição da denúncia com base no princípio da bagatela, "a decisão indique expressamente quais os tributos que deveriam ser recolhidos e que tornariam lícito o ingresso das mercadorias falsificadas em território brasileiro para comercialização" (f. 72-73).

Os recorridos apresentaram contrarrazões por meio da Defensoria Pública da União, pugnando pela manutenção da decisão de rejeição da denúncia.

Mantida a decisão pelo juízo singular, os autos vieram a este Tribunal.

Nesta instância, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do e. Procurador Regional da República Marcelo Moscogliato, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Discute-se, neste recurso, sobre o correto enquadramento penal das condutas descritas na denúncia e referidas no relatório *supra*.

O MM. Juiz *a quo* entende que as condutas amoldam-se, em tese, à previsão do artigo 190 da Lei nº 9.279/1996, *verbis*:

> "Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:
> I - produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou
> II - produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.
> Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa."

Já o recorrente sustenta que as condutas ajustam-se também ao artigo 334, § 1º, alínea "c", do Código Penal, em concurso formal:

"Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.
§ 1º Incorre na mesma pena quem:
.....
c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;
....."

A questão já foi trazida à apreciação desta Corte em mais de uma ocasião.

Com efeito, no julgamento do *habeas corpus* nº 23274, esta 2ª Turma entendeu configurar-se o crime tipificado no artigo 334 do Código Penal. Veja-se:

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CAPTULAÇÃO INCORRETA DO CRIME PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTIGO 334, DO CP. ARTIGO 190, I, DA LEI 9.279/96. COMPETÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. I - O impetrante requer o trancamento da ação penal, alegando que a capitulação jurídica dada pelo Órgão Ministerial à conduta perpetrada pelos ora pacientes é incorreta, tratando-se de crime contra as marcas, previsto no artigo 190, I, da Lei 9.279/96, e não de contrabando. Por conseguinte, a competência para o processamento do feito seria da Justiça Estadual, e não da Federal. II - A alegação de incorreta classificação jurídica do crime por parte do Órgão Ministerial não se constitui em motivo plausível para o trancamento da ação penal. III - Conforme se extrai dos autos, os produtos falsificados são de origem chinesa. IV - Todas as evidências apontam para a procedência estrangeira dos produtos apreendidos, senão vejamos: os pacientes foram surpreendidos em posse da mercadoria contrafeita no estacionamento do aeroporto de Guarulhos; Wong declarou ter viajado à China em companhia de Catarina tendo de lá trazido relógios falsificados para vender no Brasil; houve apreensão dos passaportes dos pacientes. V - Assim, estaria caracterizada a internacionalidade, fazendo incidir, em tese, o crime de contrabando, o que indica, *prima facie*, a competência da Justiça Federal para o processamento do feito, afastando-se, pois, a alegação de competência estadual quanto ao delito tipificado no artigo 190, da Lei 9.279/96. VI - Ordem denegada."
(TRF3, Segunda Turma, HC 200503001010021, rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 18/09/2007, DJU 5/10/2007, p. 1458)

Posteriormente, a C. 1ª Turma decidiu no mesmo sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO. MERCADORIAS ESTRANGEIRAS. BOLSAS FALSIFICADAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO. CONCURSO DE PESSOAS. DOSIMETRIA DA PENA. 1. Parte da matéria alegada na Tribuna pelo advogado do acusado não conhecida. Alegação

dissociada do contexto do recurso. 2. A representação fiscal, acompanhada do auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal, demonstram a importação de mercadorias proibidas, haja vista a falsificação apurada por laudo e informações emanadas da proprietária da marca Louis Vuitton, empresa francesa fabricante de malas, bolsas e acessórios de couro. Por violarem a Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), as mercadorias falsificadas são consideradas proibidas para fins de importação. Logo, o ingresso dessas mercadorias proibidas no país configura a prática do delito de contrabando, previsto no artigo 334 do Código Penal. 3. Autoria também comprovada. Os documentos postais (remessas postais EA266216864CN e EA266216847CN) têm como destinatários das mercadorias os réus Sun Xiao Yong e Zhang Huayin, e indicam o mesmo endereço para entrega das mercadorias. O conjunto probatório e as circunstâncias como foram internadas as mercadorias proibidas em território nacional (coincidência da chegada das remessas postais, mesmo endereço de remessa e de destino, réus sócios de empresa de importação) pontuam o liame subjetivo existente entre os réus para a prática do crime. 3. Dolo também comprovado nos autos. Na condição de comerciantes, afeitos com o comércio de importação, tinham os réus condições de saber sobre o vultoso valor das bolsas da marca Louis Vuitton, mundialmente conhecidas. Logo, o fato de pagarem preço 'vantajoso' em famosas bolsas francesas, perante mercado chinês, evidencia que os réus tinham efetivo conhecimento quanto à origem espúria das mercadorias. 4. Mantida a pena privativa de liberdade nos termos da r. sentença. 4. Apelação improvida." (TRF3, Primeira Turma, ACR 200261810006283, rel. Juiz Fed. Conv. Paulo Sarno, j. 07/10/2008, DJU 20/10/2008)

Mais recentemente, todavia, a C. 1ª Turma pronunciou-se em sentido diverso:

"PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS CONTRAFEITAS DE ORIGEM ESTRANGEIRA. BOLSAS E CARTEIRAS DA MARCA 'LOUIS VUITTON'. CRIME DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO OU CRIME CONTRA O REGISTRO DE MARCA. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. 1. Apelação interposta pela Acusação contra sentença que absolveu o réu da imputada prática do crime do artigo 334, § 1º, alínea 'c', do Código Penal. 2. O réu é acusado de comercializar mercadoria de procedência estrangeira sem prova de importação regular. Contudo, a mercadoria em questão é contrafeita. O conflito aparente entre as normas entre o artigo 334, § 1º, 'c' do Código Penal e o artigo 190 da Lei nº 9.279/96 resolve-se pela aplicação do princípio da especialidade. 3. Se mercadoria contrafeita é espécie do gênero mercadoria proibida, então a conduta de importar mercadoria contrafeita deve ser enquadrada na norma mais específica, qual seja, o artigo 199 da Lei nº 9.279/96, e não no artigo 334 do Código Penal. 4. Não é possível concluir-se que essa mesma conduta tipifica ambos os crimes, ao fundamento de que os bens jurídicos tutelados são distintos. O tipo penal do artigo 334 do Código Penal visa tutelar a política estatal de comércio exterior, pois através da proibição de importação de determinada mercadoria, ou da tributação sobre a sua importação, o Estado pode estimular ou proteger determinado setor da indústria nacional. Já o crime do artigo 190 da Lei nº 9.279/96 visa proteger o

interesse do detentor da marca comercial, tanto que é crime que somente se procede mediante queixa. 5. Assim, o crime do artigo 334 visa proteger o interesse público do Estado na regularidade do estabelecimento de suas políticas de comércio exterior, enquanto que o tipo do artigo 190 da Lei nº 9.279/96 visa proteger o interesse privado do titular da marca comercial. 6. Não há interesse do Estado na proteção da regularidade do comércio exterior, no caso de mercadorias contrafeitas. Essas tem sua importação proibida, não em razão da política estatal de comércio exterior, mas pelo fato de serem contrafeitas. Tanto que é proibida a comercialização de qualquer mercadoria contrafeita, seja ela importada ou nacional. 7. Apelação improvida." (TRF3, Primeira Turma, ACR 200461810054432, rel. Juiz Fed. Conv. Márcio Mesquita, j. 28/04/2009, DJU 14/05/2009, p. 303)

Diante desse quadro, é importante que sobre a questão pronuncie-se a E. 1ª Seção desta Corte, órgão que congrega as três Turmas dotadas de competência criminal.

De fato, cabe à 1ª Seção o papel de uniformizar a jurisprudência em matéria penal, sendo de todo inconveniente que haja decisões conflitantes acerca de questões eminentemente jurídicas.

Ante o exposto e com fundamento no artigo 14, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal, proponho a remessa do presente feito à C. 1ª Seção, para julgamento.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL
0006017-81.2010.4.03.6111
(2010.61.11.006017-4)

Agravante: JUSTIÇA PÚBLICA
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 199
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS
Classe do Processo: AgExPe 341
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/08/2011

EMENTA

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO PENAL. SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS (CR, ART. 15, III). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

1. A suspensão dos direitos políticos constitui efeito genérico da sentença penal condenatória transitada em julgado (CR, art. 15, III), sem embargo da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

2. Agravo em execução penal provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de agosto de 2011.

Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS (Relatora): Trata-se de agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão de fl. 199, que indeferiu o pedido de expedição de ofício ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região para dar cumprimento ao disposto no art. 15, III, da Constituição da República, no sentido de suspender os direitos políticos do réu em virtude do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Alega-se, em síntese, o quanto segue:

a) xxxxxxxxx foi condenado a 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e a 60 (sessenta) dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime do art. 317, *caput*, e § 1º, do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos, sendo expedida guia de recolhimento para execução da pena em 12.11.09;

b) o Juízo Federal de Ribeirão Preto declinou da competência para executar a pena em favor do Juízo Federal de Marília, local em que o executado passou a residir, o qual indeferiu o pleito ministerial de fl. 189v. para a expedição de ofício ao Tribunal Regional Eleitoral, de modo a dar cumprimento ao art. 15, III, da Constituição da República;

c) a decisão impugnada deve ser revista, dado que a suspensão de direitos políticos é efeito extrapenal genérico e automático da sentença penal condenatória, não dependendo de declaração expressa na sentença para a sua aplicação, conforme a doutrina e jurisprudência mencionadas;

d) em caso semelhante, Ação Penal nº 2006.61.11.004981-3, o mesmo Juiz prolator da decisão recorrida decidiu de forma diversa, determinando que se comunicasse ao Tribunal Regional Eleitoral para os fins do art. 15, III, da Constituição da República (fls. 225/229).

Contrarrazões às fls. 271/275.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 279/281).

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS (Relatora): Consta que xxxxxxxxx foi condenado nos autos da Ação Penal nº 2004.61.02.010444-9 a 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e ao pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, pela prática do crime do art. 317, *caput*, e § 1º, do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e interdição temporária de direitos (fls. 32/64).

O réu apelou da sentença, cujo recurso foi desprovido por esta Turma, à unanimidade (fls. 136/137), tendo a sentença transitado em julgado em 14.05.09 (fl. 152).

Iniciada a execução da sentença, feito nº 2009.61.02.013127-0, o Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Ribeirão Preto declinou da competência para o Juízo da 1ª Vara Federal de Marília (fl. 179), que indeferiu o pleito ministerial de expedição de ofício a esta Corte para dar cumprimento ao disposto no art. 15, III, da Constituição da República (fls. 189v. e 191), que tem a seguinte redação:

> "Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
> (...)
> III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;"

Suspensão dos direitos políticos. Condenação criminal. Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. A suspensão dos direitos políticos constitui efeito genérico da sentença penal condenatória transitada em julgado (CR, art. 15, III), sem embargo da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos:

> "CONSTITUCIONAL. DIREITOS POLÍTICOS. SUSPENSÃO EM DECORRÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. ART. 15, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSEQUENCIA QUE INDEPENDE DA NATUREZA DA SANÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.
> I - A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não

impede a suspensão dos direitos políticos.
II - No julgamento do RE 179.502/SP, Rel. Min. Moreira Alves, firmou-se entendimento no sentido de que não é o recolhimento do condenado à prisão que justifica a suspensão de seus direitos políticos, mas o juízo de reprovabilidade expresso na condenação.
III - Agravo regimental improvido."
(STF, RE nº 577012 AgR-MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 09.11.10)

"PENAL. PROCESSO PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. ARTIGOS 304 C. C. 297, AMBOS DO CP. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS. DOLO COMPROVADO. ALEGAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS NÃO COMPROVADA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. POSSIBILIDADE. ARTIGO 15, III, DA CF. MEDIDA QUE SOMENTE DEVE SER EFETIVADA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
(...)
5. A suspensão dos direitos políticos é efeito da sentença condenatória transitada em julgado, nos termos do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, ainda que a pena privativa de liberdade seja substituída por pena restritiva de direitos. A determinação, na sentença, de expedição de ofício à Justiça Eleitoral é medida que se impõe, mas que somente será efetivada após o trânsito em julgado da condenação.
6. Apelação parcialmente provida."
(TRF da 3ª Região, ACr nº 2003.61.19.004686-9, Rel. Des. Fed. Antônio Cedenho, j. 25.04.11)

Do caso dos autos. Assiste razão ao Ministério Público Federal.

Conforme se constata da jurisprudência supramencionada, a suspensão dos direitos políticos do réu decorre tão somente de condenação penal transitada em julgado, conforme ocorre no presente caso, sendo até mesmo desnecessária a expressa declaração pelo juiz sentenciante. Trata-se, portanto, de efeito genérico da condenação e não específico.

Não se olvida a atribuição de repercussão geral à matéria no Recurso Extraordinário nº 601182-MG pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. Todavia, tratando-se o comando do art. 15, III, da Constituição da República de norma constitucional de aplicação imediata, é de rigor seu cumprimento até o julgamento do recurso.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO* ao agravo em execução penal.

É o voto.

Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS - Relatora

"HABEAS CORPUS"
0010341-80.2011.4.03.0000
(2011.03.00.010341-6)

Impetrante: JUREMA LEITE ARMOA
Paciente: GUSTAVO DURAN BAUTISTA (réu preso)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Corréus: ISABEL MEJIAS ROSALES, KRISHNA KOEMAR KHOENKHOEN E OUTROS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: HC 45408
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/07/2011

EMENTA

PENAL - PROCESSUAL PENAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - CRIME DE FINANCIAMENTO DO TRÁFICO - CARÁTER DE PERMANÊNCIA - *SOCIETAS SCELERIS* - DELITOS COMETIDOS NO BRASIL - COMPETÊNCIA - ATOS COMETIDOS NO LUGAR DA INFRAÇÃO - ROTA QUE PASSA PELO TERRITÓRIO NACIONAL - APLICAÇÃO DA LEI BRASILEIRA - TEORIA MISTA DA UBIQUIDADE - PREVENÇÃO - PROCEDIMENTO DE QUEBRA DE SIGILO - LITISPENDÊNCIA - NÃO OCORRÊNCIA - DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A denúncia imputa ao Paciente a prática dos delitos previstos nos arts. 35 e 36. c. c. art. 40, I, todos da Lei nº 11.343/06.

2. O crime de associação previsto no art 35, consistente em reunião de duas ou mais pessoas para o fim da prática delitiva constante dos arts. 33, *caput* e § 1º e art. 34 é crime permanente, caracterizado pela atuação da *societas sceleris* na consecução do tráfico, razão pela qual impende seja esclarecida pela autoridade do local onde aconteceu o fato ou *parte* do fato a possível atividade ilegal perpetrada pelos seus membros.

3. Da mesma forma ocorre em relação ao crime descrito no art. 36, referente ao financiamento do tráfico que envolve vários atos preparatórios do comércio ilegal, tais como aporte de dinheiro, entrega de bens, depósitos em contas-correntes, etc, os quais envolvem elasticidade de tempo e, por vezes, pluralidade de locais.

4. As informações da autoridade impetrada dão conta de que os membros da organização criminosa realizavam reuniões, habitualmente em quartos de hotéis em São Paulo, onde residia o Paciente e outros componentes do grupo e onde situavam os hangares com aviões para o transporte da droga.

5. A investigação concentrou-se nesta Capital, a despeito da organização criminosa utilizar-se de empresas situadas em vários países.

6. Aqui no Brasil foi dado cumprimento a mandados de prisão temporária e de busca e apreensão expedidos inclusive em face do Paciente, porém não cumprido em razão da prisão ocorrida no Uruguai.

7. Afastada a alegação da ocorrência de litispendência, vez que os elementos que identificam a demanda, impedindo outra pela litispendência são o pedido, as partes, a causa de pedir, sendo esta, no processo penal, a narração do fato criminoso. Os fatos aqui apurados, pelos quais o Paciente está sendo denunciado, são distintos daqueles objeto do processo em curso no Uruguai.

8. Inexiste litispendência entre processos que tramitam em países diferentes, pois

cada país tem suas próprias leis, editadas para serem aplicadas no espaço onde ele é soberano, ou seja, o processamento e julgamento devem ser efetivados no país em que o delito foi cometido. Sendo assim, a soberania impede que as leis de um Estado possam ser aplicadas em outro. Tal regra encontra-se consubstanciada nos princípios da territorialidade da eficácia da lei penal no espaço (art. 5º CP).

9. O Código de Processo Penal adota a teoria mista, e, por essa razão, não há como afastar-se, de pronto, a aplicação da lei brasileira para o caso em tela, diante do narrado nos autos, eis que existiram também atos de financiamento do tráfico, delito autônomo do próprio tráfico que ocorreram por força da rota do crime encetada pela associação criminosa.

10. O art. 71 do Código de Processo Penal aponta para o crime permanente ou continuado a aplicação da regra de prevenção para firmar a competência quando a infração é praticada em dois ou mais lugares, a firmar a competência no MM. Juízo da 1ª Vara Criminal de São Paulo, já que ali tramitou o procedimento de quebra de sigilo ligado ao deslinde do crime.

11. O art. 8º do Código Penal prevê que a pena cumprida no estrangeiro atenua ou é computada na mesma pena imposta no Brasil, motivo pelo qual, se houver reconhecimento de que o Paciente respondeu pelos *mesmos* crimes no Brasil e Uruguai, a regra afastará dupla apenação.

12. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de junho de 2011.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Gustavo Duran Bautista contra ato da 1ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP, objetivando o reconhecimento da incompetência daquele Juízo para processar e julgar o feito criminal nº 0013182-71.2007.4.03.6181 e anulação de todo o procedimento penal instaurado, declinando como competente a Justiça Federal de Juazeiro/Bahia, ou seja reconhecida a competência do lugar da infração pela prevenção da Justiça Uruguaia, em feito que apura suposta prática dos crimes previstos nos arts. 35, 36 e 40, inc. I, da Lei nº 11.343/06.

Não houve pedido de medida liminar.

Solicitei informações da autoridade apontada como coatora, as quais vieram aos autos.

Parecer do Ministério Público Federal, opina pela denegação da ordem.

É o relatório.

Trago o feito em mesa.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

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

Extraio da denúncia oferecida contra treze réus, dentre eles, o Paciente, que os acusados associaram-se de maneira permanente para o fim de praticar o crime de tráfico internacional de entorpecentes, sendo que o Paciente financiava e custeava a aquisição, depósito, transporte e exportação de cocaína e toda a estrutura necessária para a realização de tráfico pela associação criminosa.

O deslinde do crime resultou da denominada "Operação São Francisco" deflagrada pela Polícia Federal dando início à investigação de poderosa organização criminosa, formada principalmente por estrangeiros, partindo de interceptação telefônica e telemática, amparadas judicialmente com intensa cooperação internacional via DEA - *Drug Enfornement Administration* e de buscas e apreensões em diversos endereços no país, desvendando-se organização de narcotraficantes que têm o território nacional como base para a coordenação do tráfico internacional de drogas que compreende a aquisição de cocaína na Colômbia, o transporte e o depósito em países intermediários como Paraguai e Bolívia, a internação no Brasil, Argentina ou no Uruguai para, finalmente, depois de simulada em caixas de frutas, objeto de exportações legais, cruzar o atlântico com destino a Holanda, país onde estão sediadas duas empresas do grupo, responsáveis pela importação legal das frutas.

O ponto de partida da investigação concentrou-se nos fatos ocorridos em outubro de 2001, na *Fazenda Mariad*, situada no Município de Juazeiro, na Bahia, quando policiais ingressaram na propriedade rural e apreenderam 108 gs. de cocaína, 225 caixas de papelão modificadas, 2 balanças digitais, 2 prensas com capacidade de 30 toneladas, 2 seladoras térmicas e 1 a vácuo, armas e munições nacionais e importadas, entre outros materiais, tendo sido o Paciente, efetivo proprietário da Fazenda, dentre outros, preso em flagrante.

Tais fatos resultaram no processamento do feito na Bahia e culminaram com a absolvição do Paciente, tendo, contudo, resultado demonstrada a existência do grupo envolvido no esquema de tráfico de drogas.

Outros eventos, como o fato de terem sido encontrados 556 gs. de cocaína na cidade de Trier, na Alemanha foram descobertos em embalagem da empresa Natal Frutas, empresa controlada por Gustavo.

A partir de então a autoridade policial representou pelo afastamento do sigilo das comunicações dos terminais telefônicos utilizados pelos investigados, o que foi deferido pelo Juízo.

As investigações resultaram na apreensão de 495 quilos de cocaína em solo uruguaio, no dia 18/8/2007 e prisão do Paciente.

Aqui no Brasil foi dado cumprimento a mandados de prisão temporária e de busca e apreensão expedidos inclusive em face do Paciente, porém não foi cumprido em face da prisão ocorrida no Uruguai.

As informações da autoridade impetrada dão conta de que os membros da organização realizavam reuniões, habitualmente em quartos de hotéis em São Paulo, onde residia Gustavo e outros componentes do grupo.

Por essa razão, a investigação concentrou-se nesta Capital, a despeito da organização criminosa utilizar-se de empresas situadas em vários países.

Após as defesas prévias, o Juízo recebeu a denúncia e afastou as alegações de

incompetência e litispendência aduzidas pela defesa do Paciente ao seguinte fundamento:

> "Afasto a alegação de incompetência deste Juízo, tendo em vista que os atos aqui apurados, a despeito da investigação ter sido iniciada em razão de fato ocorrido em Juazeiro/BA (prisão de Gustavo e outros em 2001) desenrolaram-se nesta Capital. Confira-se trecho do relatório final apresentado pela autoridade policial:
> '(..) Sabe-se que o território nacional já foi utilizado pela organização criminosa, na rota do tráfico, principalmente as fazendas da empresa Mariad em Juazeiro, e da Natal Frutas em Mossoró/RN (...). É comprovado, entretanto, que no território nacional, principalmente na cidade de São Paulo, a quadrilha se organizava. Gustavo Duran Bautista mantinha a direção das empresas estruturadas para a prática do tráfico, e também para dar aparência de legalidade aos negócios. Dirigia a associação criminosa nesta capital. Os aviões utilizados no transporte da droga permaneciam guardados em um hangar da quadrilha em São Paulo. Reuniões entre os membros eram feitas aqui;
> Fica, também, afastada a alegação da ocorrência de litispendência, vez que os elementos que identificam a demanda, impedindo outra pela litispendência são o pedido, as partes, a causa de pedir, sendo esta, no processo penal, a narração do fato criminoso. Os fatos aqui apurados, pelos quais Gustavo está sendo denunciado, são distintos daqueles objeto do processo em curso no Uruguai.
> Ademais, inexiste litispendência entre processos que tramitam em países diferentes, pois cada país tem suas próprias leis, editadas para serem aplicadas no espaço onde ele é soberano, ou seja, o processamento e julgamento devem ser efetivados no país em que o delito foi cometido. Sendo assim, a soberania impede que as leis de um Estado possam ser aplicadas em outro. Tal regra encontra-se consubstanciada nos princípios da territorialidade da eficácia da lei penal no espaço (art. 5º CP)'."

Ingressou o impetrante com o presente *habeas corpus*, aduzindo que o Juízo de Salto (Uruguai) é o único competente para processamento de julgamento do feito, alegando que o MM. Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de São Paulo/SP é incompetente, eis que as investigações foram iniciadas em Juazeiro/BA.

Feitas essas considerações, tenho que a ordem deve ser denegada.

A denúncia imputa ao Paciente a prática dos delitos previstos nos arts. 35 e 36. c. c. art. 40, I, todos da Lei nº 11.343/06.

O crime de associação previsto no art. 35, consistente em reunião de duas ou mais pessoas para o fim da prática delitiva constante dos arts. 33, *caput* e § 1º e art. 34 é crime permanente, caracterizado pela atuação da *societas sceleris* na consecução do tráfico, razão pela qual impende seja esclarecida pela autoridade do local onde aconteceu o fato ou *parte* do fato a possível atividade ilegal perpetrada pelos seus membros.

Da mesma forma ocorre em relação ao crime descrito no art. 36, referente ao financiamento do tráfico que envolve vários atos preparatórios do comércio ilegal, tais como aporte de dinheiro, entrega de bens, depósitos em contas- correntes, etc, os quais envolvem elasticidade de tempo e, por vezes, pluralidade de locais.

Conforme bem assinala o Parecer ministerial, segundo os elementos constantes dos autos, os delitos foram supostamente praticados no Brasil, parte deles, na cidade de São Paulo, onde a quadrilha se organizou e mantinha a estrutura da direção financeira do tráfico

para dar aparência de legalidade aos negócios, sendo de mister a aplicação da lei penal brasileira, conforme disciplina a teoria da ubiquidade disposta nos arts. 5º e 6º do Código Penal.

Veja-se.

> "Art. 5º. Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.
> § 1º. Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.
> § 2º. É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em porto ou mar territorial do Brasil."

Segundo preleciona Guilherme de Souza Nucci, a aplicação das leis brasileiras aos delitos cometidos dentro do território nacional constitui o princípio de territorialidade, como regra geral que advém do conceito de soberania de cada Estado para decidir e aplicar as leis pertinentes aos acontecimentos dentro de seu território (*in* "Código Penal Comentado", 9ª edição, fls. 96, ed. RT).

De seu turno, dispõe o art. 6º:

> "Art. 6º. Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado."

O Código adota, pois, a teoria mista, e, por essa razão, não há como afastar-se, de pronto, a aplicação da lei brasileira para o caso em tela, diante do narrado nos autos, eis que, repiso, existiram também atos de financiamento do tráfico, delito autônomo do próprio tráfico que ocorreram por força da rota do crime encetada pela associação criminosa, tendo despontado no decorrer das apurações o fato de que a suposta organização mantinha aviões em hangares nessa cidade de São Paulo e nela se estruturava para os atos.

Ainda, cumpre consignar que o art. 71 do Código de Processo Penal aponta para o crime permanente ou continuado a aplicação da regra de prevenção para firmar a competência quando a infração é praticada em dois ou mais lugares, a firmar a competência no MM. Juízo da 1ª Vara Criminal de São Paulo, já que ali tramitou o procedimento de quebra de sigilo ligado ao deslinde do crime, considerando-se mais, que na ação que tramitou em Juazeiro/BA se referiu a outros fatos e culminou com a absolvição do Paciente.

Por fim, o art. 8º do Código Penal prevê que a pena cumprida no estrangeiro atenua ou é computada na mesma pena imposta no Brasil, motivo pelo qual, se houver reconhecimento de que o Paciente respondeu pelos *mesmos* crimes no Brasil e Uruguai, a regra afastará dupla apenação.

Ante tais fundamentos, DENEGO A ORDEM.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

"HABEAS CORPUS"
0011460-76.2011.4.03.0000
(2011.03.00.011460-8)

Impetrantes: ANTONIO CELSO GALDINO FRAGA E OUTROS
Paciente: JOSÉ BOCAMINO
Impetrados: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP E JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS
Classe do Processo: HC 45498
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/07/2011

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. NÃO OFERECIMENTO DE PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Sem embargo da manifestação ulterior da acusação quanto à suspensão condicional do processo, por força do parcial provimento dos embargos de declaração interpostos pelo paciente, não se pode olvidar que o pedido condenatório restou definitivamente julgado, sendo o paciente condenado pelo crime do art. 317, *caput*, do Código Penal a 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão. Não há menção no acórdão dos referidos embargos quanto à suspensão do julgamento ou previsão de ser o feito novamente julgado no caso de manifestação desfavorável da acusação quanto à suspensão condicional do processo.

2. Foi dado cumprimento à determinação desta Corte, não havendo, por outro lado, previsão legal para que a defesa se manifeste acerca do não oferecimento da proposta de suspensão, cuja prerrogativa é do Ministério Público Federal.

3. Ordem de *habeas corpus* denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de julho de 2011.

Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de José Bocamino, com pedido liminar, para as seguintes finalidades:

a) determinar o trancamento da Execução Criminal nº 0001916-91.2011.4.03.6102, instaurada perante o MM. Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto;

b) anular a decisão do MM. Juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de

Ribeirão Preto, proferida à fl. 2.038 da Apelação Criminal nº 0006971-67.2004.4.03.6102;

c) determinar que seja dada vista ao paciente para que se manifeste sobre a cota ministerial proferida à fl. 2.038 dos autos da aludida apelação criminal;

d) determinar ao MM. Juízo da 4ª Vara Federal de Ribeirão Preto que, após cumprir efetivamente a diligência determinada no acórdão prolatado em 16.10.10, proceda à remessa dos autos da apelação criminal a esta Turma para que seja retomado o julgado do recurso, que ora está suspenso;

e) declarar sem efeito a certidão encartada à fl. 2.030 dos autos da Apelação Criminal nº 0006971-67.2004.4.03.6102, uma vez que não houve o trânsito em julgado do acórdão, mas a suspensão do julgamento (fls. 31/32).

Alega-se, em síntese, o seguinte:

a) em julgamento realizado em 15.03.10, a Colenda 5ª Turma desta Corte reformou parcialmente sentença condenatória proferida contra o paciente para desclassificar a conduta que lhe foi imputada para o crime do art. 317, *caput*, do Código Penal, afastando assim a causa de aumento de pena prevista no § 1º desse dispositivo e redimensionando a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, considerando a pena *in abstrato* vigente à época dos fatos, que era de 1 (um) a 8 (oito) anos e reclusão;

b) em 16.06.10, a Colenda 5ª Turma deu parcial provimento aos embargos de declaração opostos pelo paciente, determinando a remessa dos autos ao Juízo de origem a fim de que o Ministério Público Federal pudesse se manifestar sobre eventual proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95 e da Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça;

c) finalmente, em sessão realizada em 25.10.10, esta Turma negou provimento aos embargos de declaração opostos pelo paciente, nos quais objetivava que o acórdão explicitasse as providências a ser tomadas pelo Juízo de origem em relação à questão do oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo;

d) em 02.05.11, em diligência perante o MM. Juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto, o impetrante tomou conhecimento de decisão proferida por esse Juízo, à fl. 2.038 dos autos da apelação criminal em questão, na qual determinou a expedição de guia de recolhimento, para distribuição à Vara de Execuções Criminais, com vistas à execução das penas supostamente cominadas ao paciente, a qual foi registrada nos autos da Execução Criminal nº 0001916-91.2011.4.03.6102, por determinação do MM. Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto;

e) trata-se de equívoco em que incorreu o MM. Juízo da 4ª Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto, provavelmente em razão de ter acreditado que ocorreu o trânsito em julgado do acórdão proferido na Apelação Criminal nº 0006971-67.2004.4.03.6102, pois se observa que à fl. 2.030 foi inadvertidamente lavrada certidão atestando o trânsito em julgado do acórdão em 27.01.11;

f) constata-se que, ao receber os autos remetidos por esta Corte, o MM. Juízo da 4ª Vara Federal de Ribeirão Preto determinou sua remessa à Procuradoria da República;

g) porém, ao após a manifestação do *Parquet* Federal pelo não oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo, o MM. Juízo, em vez de dar vista ao paciente para manifestar-se sobre a cota ministerial, determinou a expedição da guia de recolhimento, possivelmente impulsionado pela certidão de trânsito em julgado equivocadamente lavrada;

h) inobstante inexistir previsão legal regulamentando o procedimento a ser adotado

para cumprimento da Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que as Cortes Superiores têm se pautado por duas vias;

i) o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado pela nulidade da sentença ou do acórdão condenatório após a desclassificação do crime, devendo, em caso de recusa do Ministério Público Federal quanto ao oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo, ser proferida nova condenação;

j) o Superior Tribunal de Justiça e as Cortes Regionais Federais e Estaduais têm considerado, por sua vez, que, após a desclassificação ou procedência parcial da denúncia, não há ausência de condenação, mas sobrestamento do julgamento, em razão de sua conversão em diligência, devendo ser retomado, após os trâmites concernentes à suspensão condicional do processo, seja para homologar tal suspensão seja para prosseguir no julgamento;

k) como esta Turma não adotou o posicionamento do Supremo Tribunal Federal para anular o acórdão, deve invalidar a certidão de trânsito em julgado erroneamente lavrada nos autos e determinar seu retorno para prosseguir no julgamento da apelação;

l) o paciente tem o direito de se manifestar sobre a cota ministerial a fim de pleitear ao Juízo a aplicação da Súmula nº 696 do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual deve ser a ele determinado que dê vista ao paciente para tal manifestação, antes mesmo de eventual retorno dos autos a esta Corte para dar seguimento ao julgamento da apelação (fls. 5/32).

A liminar foi indeferida às fls. 284/285.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 292/293.

A Procuradoria Regional da República manifestou-se pela denegação da ordem às fls. 295/297.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS (Relatora):

Alega-se no presente *habeas corpus* o quanto segue:

a) em julgamento realizado em 15.03.10, a 5ª Turma desta Corte reformou parcialmente sentença condenatória proferida contra o paciente para desclassificar a conduta que lhe foi imputada para o crime do art. 317, *caput*, do Código Penal, afastando assim a causa de aumento de pena prevista no § 1º desse dispositivo e redimensionando a pena para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, considerando a pena *in abstrato* vigente à época dos fatos, que era de 1 (um) a 8 (oito) anos e reclusão;

b) em 16.06.10, a 5ª Turma deu parcial provimento aos embargos de declaração opostos pelo paciente, determinando a remessa dos autos ao Juízo de origem a fim de que o Ministério Público Federal pudesse se manifestar sobre eventual proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95 e da Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça;

c) em 02.05.11, em diligência perante o MM. Juízo da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto, o impetrante tomou conhecimento de decisão proferida por esse Juízo, à fl. 2.038 dos autos da apelação criminal em questão (cópia à fl. 36), na qual determinou a expedição de guia de recolhimento, para distribuição à Vara de Execuções

Criminais, com vistas à execução das penas supostamente cominadas ao paciente, a qual foi registrada nos autos da Execução Criminal nº 0001916-91.2011.4.03.6102, por determinação do MM. Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto;

d) Trata-se de equívoco em que incorreu o MM. Juízo da 4ª Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto, provavelmente em razão de ter acreditado que ocorreu o trânsito em julgado do acórdão proferido na Apelação Criminal nº 0006971-67.2004.4.03.6102, pois se observa que à fl. 2.030 (fl. 48) foi inadvertidamente lavrada certidão atestando o trânsito em julgado do acórdão em 27.01.11;

e) ao receber os autos remetidos por esta Corte, o MM. Juízo da 4ª Vara Federal de Ribeirão Preto determinou sua remessa à Procuradoria da República, porém, ao após a manifestação do *Parquet* Federal pelo não oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo, em vez de dar vista ao paciente para manifestar-se sobre a cota ministerial, determinou a expedição da guia de recolhimento;

f) as Cortes Superiores têm se pautado por duas vias para dar cumprimento ao disposto na Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça:

g) o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado pela nulidade da sentença ou do acórdão condenatório após a desclassificação do crime, devendo, em caso de recusa do Ministério Público Federal quanto ao oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo, ser proferida nova condenação;

h) o Superior Tribunal de Justiça e as Cortes Regionais Federais e Estaduais têm considerado, por sua vez, que, após a desclassificação ou procedência parcial da denúncia, não há ausência de condenação, mas sobrestamento do julgamento, em razão de sua conversão em diligência, devendo ser retomado, após os trâmites concernentes à suspensão condicional do processo, seja para homologar tal suspensão seja para prosseguir no julgamento.

i) como esta Turma não adotou o posicionamento do Supremo Tribunal Federal para anular o acórdão, deve invalidar a certidão de trânsito em julgado erroneamente lavrada nos autos e determinar seu retorno para prosseguir no julgamento da apelação. Ademais, o paciente tem o direito de se manifestar sobre a cota ministerial a fim de pleitear ao Juízo a aplicação da Súmula nº 696 do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual deve ser a ele determinado que dê vista ao paciente para tal manifestação, antes mesmo de eventual retorno dos autos a esta Corte para dar seguimento ao julgamento da apelação.

Não prosperam os pleitos da parte.

Transcrevo a decisão proferida por esta Turma que, ao dar parcial provimento aos embargos de declaração interpostos pelo paciente, determinou a remessa dos autos ao Ministério Público Federal para formulação de eventual proposta de suspensão condicional do processo:

> "*Procedência parcial da denúncia. Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça. Suspensão condicional do processo. Possibilidade*. Dispõe a Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça que 'é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva'. Caso a desclassificação e a procedência parcial dêem-se em segundo grau, restando imputação por crime cuja pena mínima em abstrato seja igual ou inferior a 1 (um) ano, os autos devem ser baixados ao Juízo de origem a fim de oportunizar a manifestação do Ministério Público Federal sobre a possibilidade de concessão do *sursis* processual:

'PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 10 *CAPUT* DA LEI Nº 9.347/97. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SENTENÇA. DESCLASSIFICAÇÃO. CONCURSO MATERIAL. ABSOLVIÇÃO DE UM DOS CRIMES. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DA PROPOSTA QUANTO AO CRIME REMANESCENTE. IMPOSIÇÃO DE CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE.
I - Tanto o Pretório Excelso como esta Corte, já firmaram orientação no sentido de que é viável a suspensão condicional do processo no caso de desclassificação do delito operada em sede de sentença condenatória (Precedentes).
II - O mesmo fenômeno se observa quando, neste ato processual, é o réu absolvido por um dos crimes e, quanto ao remanescente, verifica-se, pela pena em abstrato, a possibilidade do oferecimento da proposta do aludido benefício pelo Ministério Público (Súmula 337 desta Corte).
III - Não obstante, não se revela possível que, ao mesmo tempo, se possibilite ao Ministério Público o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo e, ainda assim, já seja o acusado condenado pelo mesmo crime que poderá ser objeto da suspensão.
IV - Essa inversão evidentemente desnatura o instituto previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, pois implica uma aceitação compulsória pelo acusado, acaso oferecida a proposta, uma vez que, no caso, a sua recusa ensejaria, em muitos casos, a imediata execução da pena já indevidamente imposta.
V - Além disso, por não viger o princípio da identidade física do juiz no processo penal brasileiro, a indevida antecipação do julgamento do mérito da *quaestio* no momento em que ainda possível a suspensão do processo, conduz à uma possível subtração de apreciação da causa por juiz diverso que, no caso de proferir sentença, analisando as provas produzidas pode, diversamente, concluir, *v. g.*, pela absolvição do réu. Recurso especial provido.'
(STJ, REsp nº 884408, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, j. 13.12.07)
'Suspensão do processo em caso de desclassificação (possibilidade).
1. Ainda que a desclassificação da infração se verifique na superior instância, há de haver oportunidade para que se invoque, por exemplo, o instituto da suspensão do processo (Lei nº 9.099/95, art. 89).
2. Precedentes da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal.
3. Recurso especial do qual se conheceu pelo dissídio, porém ao qual se negou provimento.'
(STJ, REsp nº 679526, Rel. Min. Nilson Naves, unânime, j. 18.04.05)
'PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. EXTRAÇÃO DE AREIA SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. ARTIGO 55, LEI 9.605/98 E ARTIGO 2º, LEI 8.176/91. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 55, DA LEI 9.605/98, EM RELAÇÃO AOS APELANTES. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. ARTIGO 2º, LEI 8.176/91. CONVERTIDO O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. DETERMINADO O RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM. SÚMULA 337, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
1 - Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito previsto no artigo 55, da Lei nº 9.605/98 (art. 109, VI, CP).
2 - Convertido o julgamento em diligência, e determinado o retorno dos autos à

instância de origem para que seja dada a oportunidade da suspensão condicional do processo quanto ao delito previsto no artigo 2º, da Lei nº 8.176/91, nos termos da Súmula nº 337, do Superior Tribunal de Justiça. 3 - Apelações parcialmente providas.' (TRF da 3ª Região, ACR nº 200360000036900, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, unânime, j. 23.04.08)

'DIREITO PENAL E PROCESSUAL. ART. 89 DA LEI 9.099/95. SUSPENSÃO DO PROCESSO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME CAPITULADO NA DENÚNCIA OU PROCEDÊNCIA PARCIAL. PRESCRIÇÃO DE UM DOS DELITOS EM SEDE DE APELO. REMESSA AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PARA MANIFESTAÇÃO DO MP. ADMISSIBILIDADE.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte e Tribunais Superiores, mostra-se cabível a remessa dos autos à instância de origem para proposta de suspensão condicional do processo quando acontece a desclassificação do crime descrito na denúncia, ou absolvição quanto a um dos delitos imputados em concurso, permanecendo infração cuja pena mínima se encontra dentro do limite previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95 (um ano).

2. Admissibilidade da medida despenalizante, igualmente, quando a desclassificação ou absolvição ocorre em sede de apelo, eis que reconhecida somente no Tribunal a ausência do óbice imposto pelo *Parquet* no que pertine ao requisito objetivo do *quantum* da pena.

3. Da mesma forma, tendo em conta a ocorrência da prescrição retroativa, declarando-se extinta a punibilidade do agente em relação a um dos delitos inscritos na exordial, e remanescendo única imputação cuja pena mínima cominada é de 01 (um) ano de detenção, impõe-se a baixa dos autos ao Juízo de primeiro grau para oportunizar a manifestação do Ministério Público sobre a possibilidade de concessão do *sursis* processual.'

(TRF da 4ª Região, ACR nº 200172040040913, Rel. Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro, por maioria, j. 18.05.06)

Do caso dos autos. José Bocamino e Tomas Yung Joon Kim sustentam que o acórdão é omisso, pois não oportunizou a remessa dos autos ao Ministério Público Federal para elaboração de eventual proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, a que fariam jus os acusados por haver sido mantida sua condenação, respectivamente, apenas pelos delitos de corrupção passiva e corrupção ativa simples, cujas penas *in abstracto* à época dos fatos era de 1 (um) a 8 (oito) anos de reclusão.

Instada a se manifestar sobre o pleito dos acusados, a Procuradoria Regional da República o fez nos seguintes termos:

Ambos os embargantes sustentaram que o v. acórdão teria se omitido em aplicar o disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/1995 após o reconhecimento da aplicação, pelo DD. Juízo de primeiro grau, da *novatio legis in peius*, com a aplicação da redação original do art. 317 do Código Penal, com pena mínima *in abstracto* de 1 (um) ano de reclusão.

Com razão os embargantes.

Estabelece o enunciado nº 337 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: 'É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.'

Com efeito, apesar de a jurisprudência pátria não ser clara a respeito da remessa dos autos ao Ministério Público Federal em primeiro grau de jurisdição na hipótese de a desclassificação da conduta ser procedida apenas por ocasião do julgamento da apelação criminal, entendemos que merece ser considerado o efeito substitutivo do v. acórdão recorrido para que seja determinada a remessa para que o *Parquet* Federal em primeira instância, querendo, proponha a suspensão condicional do processo perante o DD. Juízo Federal *a quo*, nos termos do disposto no art. 383, § 1º, do Código de Processo Penal e do supramencionado enunciado.
(...)
Assim, de rigor a acolhida dos embargos para que, quando da remessa destes autos ao Juízo *a quo*, seja aberta vista ao Ministério Público Federal para que, entendendo cabível, proponha ao DD. Juízo singular a suspensão condicional do processo. (fls. 1.962/1.963)
Assiste razão aos acusados.
Constata-se a omissão apontada, não apenas em relação aos acusados José Bocamino e Tomas Kim, mas também quanto a Wilson Perpétuo.
Tendo em vista que no acórdão impugnado restou extinta a punibilidade dos réus Tomas Kim e Wilson Perpétuo em relação ao delito do art. 302 do Código Penal e que foram desclassificados os delitos de corrupção ativa e passiva qualificada para os delitos de corrupção ativa e passiva simples, conforme trecho acima transcrito, observa-se que, das imputações previstas na exordial acusatória, remanesceu quanto a Tomas Kim apenas a imputação do delito do art. 333, *caput*, do Código Penal e, quanto a Wilson Perpétuo e José Bocamino, apenas a imputação do delito do art. 317, *caput*, do Código Penal, crimes a que se impunha, à época dos fatos (03.06.03, fl. 3), a pena mínima *in abstrato* de 1 (um) ano de reclusão, o que enseja a possibilidade de aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95. Assim, devem ser baixados os autos ao Juízo de origem com vistas a oportunizar ao Ministério Público Federal eventual elaboração de proposta de concessão do *sursis* processual, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, nos termos da Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça.
Ante o exposto, voto para as seguintes finalidades:
(...)
b) *DAR PARCIAL PROVIMENTO* aos embargos de declaração opostos por José Bocamino e por Tomas Kim para aclarar o acórdão nos termos supramencionados e para determinar a remessa dos autos ao Juízo de origem, a fim de que se manifeste o Ministério Público Federal sobre a possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95 e da Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça."

Baixados os autos, o Ministério Público Federal manifestou-se contrariamente à concessão do benefício da suspensão condicional do processo ao paciente, ao fundamento de que José Bocamino possuía diversas condenações deflagradas pela Operação Lince, não tendo sido preenchidos os requisitos do art. 89 da Lei nº 9.099/95 (fls. 41/45).

Após a manifestação ministerial, o Juízo da 4ª Vara Federal de Ribeirão Preto, considerando ainda a certidão de trânsito em julgado relativo aos embargos de declaração, determinou a expedição de guia de recolhimento (fl. 36), que instruiu a Execução Penal

nº 0001916.2011.403.6102 referente à condenação do paciente na Apelação Criminal nº 0006971-67.2004.4.03.6102 (fl. 38).

Sem embargo da manifestação ulterior da acusação quanto à suspensão condicional do processo, por força do parcial provimento dos embargos de declaração interpostos pelo paciente, não se pode olvidar que o pedido condenatório restou definitivamente julgado, sendo o paciente condenado pelo crime do art. 317, *caput*, do Código Penal a 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão. Não há menção no acórdão dos referidos embargos quanto à suspensão do julgamento ou previsão de ser o feito novamente julgado no caso de manifestação desfavorável da acusação quanto à suspensão condicional do processo.

Verifica-se, assim, que foi dado cumprimento à determinação desta Corte, não havendo, por outro lado, previsão legal para que a defesa se manifeste acerca do não oferecimento da proposta de suspensão, cuja prerrogativa é do Ministério Público Federal. Não há, portanto, constrangimento a sanar. Dada a pertinência, transcrevo o seguinte julgado nesse sentido, constante do parecer ministerial:

> "*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL. ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. RECUSA DE OFERTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONCESSÃO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DO ART. 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO. INTIMAÇÃO DA PARTE PARA CONTRA-RAZOAR. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.
> 1. A concessão da suspensão condicional do processo está condicionada ao preenchimento pelo acusado dos requisitos dos arts. 89 da Lei nº 9.099/95, e 77 do Código Penal. Restando motivada a negativa de oferecimento da benesse pelo Ministério Público, em razão do não-preenchimento do requisito objetivo, não se verifica o alegado constrangimento ilegal.
> 2. Na esteira da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, a proposta de suspensão condicional do processo é prerrogativa do Ministério Público, sendo vedado ao magistrado oferecê-la de ofício.
> 3. Não há constrangimento ilegal pelo fato de não ter sido intimado o Paciente para o oferecimento de contra-razões, nos autos da Reclamação proposta pelo órgão ministerial, na medida em que não existe qualquer previsão legal nesse sentido.
> 4. Ordem denegada."
> (STJ, HC nº 61091-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 18.12.07)

Não há, por fim, que se falar em equívoco quanto à certidão de fl. 48, tendo em vista que, de fato, ocorreu o trânsito em julgado do acórdão que julgou os embargos de declaração interpostos pela defesa, na medida em que as partes dele não recorreram.

Ante o exposto, *DENEGO* a ordem de *habeas corpus*.

Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS - Relatora

- Sobre a suspensão condicional do processo ser prerrogativa exclusiva do Ministério Público, veja também o seguinte julgado: ACr 1999.61.02.015038-3/SP, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, publicada na RTRF3R 67/365.

DIREITO TRIBUTÁRIO

APELAÇÃO CÍVEL
0516312-29.1995.4.03.6182
(97.03.083548-1)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelada: PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ - SP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RUBENS CALIXTO
Classe do Processo: AC 400169
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/7/2011

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ÁREA OCUPADA POR FAVELA. OCUPAÇÃO EXISTENTE HÁ DÉCADAS. OMISSÃO DO MUNICÍPIO EM ESTABELECER NORMAS E AÇÕES PARA URBANIZAÇÃO DA ÁREA. IMPOSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA PROPRIEDADE OU POSSE PELO TITULAR DO DOMÍNIO. DESCABIMENTO DA COBRANÇA DO IPTU. OFENSA AO PRINCÍPIO DE QUE NINGUÉM DEVE SE BENEFICIAR DA PRÓPRIA TORPEZA.

Embargos da Caixa Econômica Federal contra execução fiscal de IPTU referente ao ano de 1993, cobrado pelo Município de Santo André (SP).

Fato incontroverso que a área tributada está ocupada por favela, ao que parece, desde a década de 1940.

Impossibilidade do exercício da propriedade ou posse do imóvel pela embargante.

Município que se omite em cumprir as diretrizes constitucionais de política urbana, visto que é da sua responsabilidade o estabelecimento de normas e ações sobre desenvolvimento urbanístico, conforme as diretrizes fixadas em plano diretor (art. 182 e §§ da CF/88).

Exigir o IPTU da embargante, quando esta, por culpa da própria embargada, não pode exercer minimamente a propriedade ou a posse (art. 32 do CTN) do imóvel transcrito em seu nome, constituiu ofensa ao princípio geral de ninguém deve se beneficiar da sua própria torpeza.

Provimento ao apelo para declarar nula a CDA e julgar extinta a execução fiscal, condenando o embargado ao pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor atualizado do débito.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 13 de abril de 2011.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator):

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 30/32 que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal e condenou a embargante ao pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor atualizado do débito (CR$ 591.831,47 em maio de 1994).

Em seu apelo (fls. 34/39), diz a Caixa Econômica Federal que o valor atribuído ao imóvel para a cobrança do IPTU pela apelada está em desacordo com o art. 33 do CTN e não reflete a realidade da favela denominada Vila Sacadura Cabral, na cidade de Santo André. Diz que recebeu o imóvel em dação de pagamento e que não consegue engendrar um programa de financiamento e regularização da ocupação da área em face da inércia da Prefeitura Municipal de Santo André em tomar medidas para a demarcação das ruas e lotes. Em face disso, por se tratar de lotes ocupados por favela, entende que não é plausível que lhe seja cobrado o IPTU incidente sobre os lotes, pois não pode exercer plenamente a propriedade e a posse do imóvel.

Contra-razões às fls. 41/48.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator):

Os presentes embargos da Caixa Econômica Federal voltam-se contra execução fiscal de IPTU referente ao ano de 1993, cobrado pelo Município de Santo André (SP).

É fato incontroverso que a área tributada está ocupada por favela, ao que parece, desde a década de 1940, tomando-se em conta as informações trazidas CEF em sua petição inicial, sendo que muitos dos lotes teriam sido regularizados e transmitidos aos seus ocupantes, enquanto outros ainda dependeriam de providências de urbanização, como demarcação dos lotes e das ruas.

Depreende-se, portanto, que a embargante está impossibilitada de exercer a propriedade e a posse do imóvel em questão, uma vez que isso dependeria de medidas judiciais de desocupação que trariam grandes transtornos sociais.

Por outro lado, é evidente que o citado município se omite em cumprir as diretrizes constitucionais de política urbana, visto que é da sua responsabilidade o estabelecimento de normas e ações sobre desenvolvimento urbanístico, conforme as diretrizes fixadas em plano diretor (art. 182 e §§ da CF/88).

Exigir o IPTU da embargante, quando esta, por culpa da própria embargada, não pode exercer minimamente a propriedade ou a posse (art. 32 do CTN) do imóvel transcrito em seu nome, constituiu ofensa ao princípio geral de ninguém deve se beneficiar da sua própria torpeza.

Ante o exposto, voto por provimento ao apelo para declarar nula a CDA e julgar extinta a execução fiscal, condenando o embargado ao pagamento de honorários advocatícios de 10% do valor atualizado do débito.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

- Sobre a exigência do IPTU em área ocupada por favela, veja também os seguintes julgados: AC 95.03.079342-4/SP, Relator Juiz Federal Erik Gramstrup, publicada na RTRF3R 38/188; AC 97.03.083550-3/SP, Relator Desembargador Federal Nery Júnior, publicada na RTRF3R 65/200 e AC 95.03.004634-3/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, publicada na RTRF3R 70/52.

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR
0016226-66.1997.4.03.0000
(97.03.016226-6)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Requerente: BANCO ITAÚ S/A
Requerida: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 14ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: MC 667
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/07/2011

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR DE DEPÓSITO. LEI Nº 10.637/2002. ANISTIA FISCAL. RENÚNCIA. AÇÃO PRINCIPAL. REQUISITO LEGAL. LEVANTAMENTO PARCIAL DOS DEPÓSITOS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO CUMPRIDOS EM SUA TOTALIDADE.

O art. 182 do CTN prevê a concessão de anistia condicionada ao preenchimento de determinadas condições, cujo favor fiscal será efetivado por despacho específico da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos fixados na lei. Essa decisão não gera direito adquirido e será revogada sempre que se apure que as condições e os requisitos não restaram atendidos.

A Lei nº 10.637/2002 facultou ao contribuinte a regularização de seus débitos, mediante o respectivo pagamento, em parcela única, a ser feito até o último dia útil de janeiro de 2003, com a incidência de juros pela TJLP e dispensa da multa, observados os seguintes requisitos: a) comprovação da desistência da ação, com renúncia ao direito sobre a qual ela se funda; b) inexistência de débitos vencidos de maio a dezembro de 2002, ou, alternativamente, quitação integral deles até o último dia útil de janeiro de 2003.

Não tendo renunciado ao direito postulado na ação principal, a requerente não faz jus ao benefício do artigo 13 da Lei nº 10.637/2002 e, em decorrência ao levantamento de eventual excedente, após os descontos legais.

Agravo Regimental provido para determinar a conversão em renda da União da integralidade dos valores depositados judicialmente.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de junho de 2011.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de Agravo Regimental interposto da r. decisão monocrática que, em sede de Medida Cautelar incidental, homologou a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, autorizando a conversão do valor depositado em renda da União Federal, bem assim o levantamento do saldo remanescente, tendo em vista a espontaneidade do depósito.

Volta-se a União Federal contra o levantamento de eventual excedente, posto que a requerente, conquanto tenha optado pelo benefício fiscal previsto na Lei nº 10.637/2002, não desistiu da ação principal, exigência prevista no artigo 13, § 1º desse diploma normativo.

Às fls. 73, mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Cuida-se de medida cautelar incidental à Apelação em Mandado de Segurança de nº 93.03.050953-6, julgada parcialmente procedente, para o fim de declarar a constitucionalidade do FINSOCIAL, tão somente à alíquota de 0,5%.

Postulou a requerente a concessão de medida liminar para autorizar o depósito judicial da quantia excutida, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Citada, a União Federal apresentou contestação, pugnando a conversão imediata do depósito efetuado nos autos, sem prejuízo da permanência da carta de fiança dada em garantia nos autos principais.

Às fls. 39/40, a requerente atravessa petição nos autos manifestando expressamente sua renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, para fins de adesão ao programa de anistia fiscal instituído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002, com o qual concorda a União Federal, à exceção do pedido de conversão em renda e levantamento do excedente, os quais dependem de cálculos por parte da Delegacia da Receita Federal.

Homologada a renúncia e determinada a conversão em renda dos valores depositados, assim como o levantamento do excedente, pugna a União Federal pelo indeferimento desse levantamento, uma vez que a requerente não desistiu do feito principal.

Tenho que assiste razão à União Federal.

De início, lembre-se que a renúncia postulada constitui ato unilateral, e ocorre quando o autor da ação abre mão do direito material que invocou quando deduziu sua pretensão, podendo ser manifestada em grau de recurso, desde que ainda não tenha havido o trânsito em julgado.

Logo, considerando a natureza disponível do direito controvertido e a existência de poderes especiais para a prática do ato pelo patrono da parte autora nada obsta a homologação do pedido de renúncia feito pela requerente.

A questão que remanesce controvertida é unicamente quanto ao direito ao levantamento do excedente, considerando o fato de que a requerente não formulara pedido de renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, nos autos do Mandado de Segurança subjacente.

O pedido de renúncia ao direito é deduzido com base na Lei nº 10.637/2002, dispondo os artigos 13 e 14 o seguinte:

"Art. 13. Poderão ser pagos até o último dia útil de janeiro de 2003, em parcela única, os débitos a que se refere o art. 11 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, vinculados ou não a qualquer ação judicial, relativos a fatos geradores ocorridos até 30 de abril de 2002.
§ 1º Para os efeitos deste artigo, a pessoa jurídica deverá comprovar a desistência expressa e irrevogável de todas as ações judiciais que tenham por objeto os tributos a serem pagos e renunciar a qualquer alegação de direito sobre a qual se fundam as referidas ações.
(...)"

"Art. 14. Os débitos de que trata o art. 13, relativos a fatos geradores vinculados a ações judiciais propostas pelo sujeito passivo contra exigência de imposto ou contribuição instituído após 1º de janeiro de 1999 ou contra majoração, após aquela data, de tributo ou contribuição anteriormente instituído, poderão ser pagos em parcela única até o último dia útil de janeiro de 2003 com a dispensa de multas moratória e punitivas.
§ 1º Para efeito deste artigo, o contribuinte ou o responsável deverá comprovar a desistência expressa e irrevogável de todas as ações judiciais que tenham por objeto os tributos a serem pagos na forma do *caput*, e renunciar a qualquer alegação de direito sobre as quais se fundam as referidas ações.
§ 2º O benefício de que trata este artigo somente poderá ser usufruído caso o contribuinte ou o responsável pague integralmente, no mesmo prazo estabelecido no *caput*, os débitos nele referidos, relativos a fatos geradores ocorridos de maio de 2002 até o mês anterior ao do pagamento.
§ 3º Na hipótese deste artigo, os juros de mora devidos serão determinados pela variação mensal da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP)."

Em suma, facultou-se ao contribuinte a regularização de seus débitos, mediante o respectivo pagamento, em parcela única, a ser feito até o último dia útil de janeiro de 2003, com a incidência de juros pela TJLP e dispensa da multa, observados os seguintes requisitos:

a) comprovação da desistência da ação, com renúncia ao direito sobre a qual ela se funda;

b) inexistência de débitos vencidos de maio a dezembro de 2002, ou, alternativamente, quitação integral deles até o último dia útil de janeiro de 2003.

O art. 66 da Lei 10.637/2002 atribuiu à Receita Federal e à PGFN a expedição de normas complementares para viabilizar a aplicação do benefício instituído. Foi editada, então a Portaria Conjunta SRF/PGFN 7/2003, a qual assim dispôs:

"Art. 3º Nos casos de débitos vinculados a ação judicial, para usufruto do benefício de que trata o art. 2º, o sujeito passivo deverá:
I - efetuar, no prazo estabelecido no art. 2º, o pagamento integral do débito;
II - protocolizar, até 28 de fevereiro de 2003, requerimento administrativo dirigido ao titular da unidade da SRF ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), com jurisdição sobre seu domicílio fiscal, conforme o caso, que decidirá sobre o pedido, de acordo com o modelo constante do Anexo I, instruído com:

a) prova do respectivo pagamento;
b) declaração de desistência expressa e irrevogável das ações judiciais relativas aos tributos e às contribuições, cujos débitos serão pagos, e de renúncia a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam as referidas ações.
§ 1º Admitir-se-á desistência parcial, desde que o débito correspondente possa ser distinguido daquele que se vincular à ação remanescente.
§ 2º A declaração de que trata a alínea b do inciso II, de acordo com o modelo constante do Anexo II, deverá ser acompanhada da 2ª via da correspondente petição de desistência, devidamente protocolizada no juízo ou tribunal em que a ação estiver em andamento.
§ 3º O sujeito passivo deverá entregar à unidade da SRF ou da PGFN, conforme o caso, cópia das decisões homologatórias das referidas desistências, no prazo de trinta dias da data de sua publicação.
Art. 4º O pagamento dos débitos a que se refere o art. 2º poderá ser efetuado em dinheiro ou mediante conversão em renda da União do depósito em dinheiro.
§ 1º No caso de conversão de depósito em renda da União, o registro da petição no juízo ou tribunal onde a correspondente ação judicial estiver em andamento configura a opção pelo pagamento na forma do art. 2º.
§ 2º Para fins de gozo do benefício, o pedido de conversão em renda ao juiz do feito onde exista o depósito equivale ao pagamento.
§ 3º O registro da petição a que se refere o § 1º será comprovado por meio de certificado do protocolo da repartição competente para o seu recebimento, que instruirá o requerimento de que trata o art. 3º, em substituição ao comprovante de pagamento.
§ 4º No caso do § 2º, a baixa do débito envolvido pressupõe a efetiva conversão em renda da União dos valores depositados.
§ 5º Na hipótese em que o montante do depósito for superior ao débito, a parcela convertida em renda da União será limitada ao valor devido, podendo o sujeito passivo solicitar o levantamento da parcela excedente.
§ 6º Quando o débito for totalmente pago em dinheiro e existir depósito, o sujeito passivo poderá solicitar o levantamento do respectivo valor integral.
§ 7º O disposto neste artigo não implicará restituição de quantias pagas, nem compensação de dívidas.
§ 8º As execuções judiciais para cobrança de créditos da Fazenda Nacional não se suspendem, nem se interrompem, em virtude do disposto neste artigo.
(...)"

Logo, considerando a legislação tributária, seriam as seguintes as providências atribuídas à requerente:

a) protocolizar em juízo, até o último dia útil de janeiro de 2003, a petição de desistência da ação, com renúncia sobre o direito em relação ao qual ela se funda;

b) requerer, até a mesma data, a conversão do depósito em renda da União (esse requerimento seria equiparado ao pagamento, condicionado evidentemente à respectiva efetivação);

c) pleitear administrativamente o benefício, até 28.2.2003, na unidade local da SRF ou da PGFN, devidamente instruído com prova do pagamento (ou, no caso, com o pedido

de conversão em renda) e do protocolo tempestivo da petição judicial;

d) apresentar, até 30 dias contados da publicação, cópia da decisão que homologou a desistência das ações.

O art. 182 do CTN prevê a concessão de anistia condicionada ao preenchimento de determinadas condições. O referido benefício será efetivado por despacho específico da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos fixados na lei. Essa decisão não gera direito adquirido e será revogada sempre que se apure que as condições e os requisitos, na verdade, não estavam atendidos.

Como acima mencionado o gozo do referido benefício fiscal está condicionado à prática de determinados atos de responsabilidade do contribuinte como é o caso da renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, tendo a parte autora, contudo, formulado pedido de renúncia tão somente nesta Medida Cautelar, não o fazendo no Mandado de Segurança subjacente, razão pela qual não foram atendidas todas as condições para fruição do benefício fiscal instituído pela Lei nº 10.637/2002.

Deveras, esse benefício da quitação de tributos com redução dos encargos moratórios foi instituído em caráter condicional, ou seja, o contribuinte interessado em usufruir desse favor fiscal deve cumprir todos os requisitos legais.

Do demonstrativo acostado às fls. 71 dos autos, caso o contribuinte atenda a todas as condições para usufruir do benefício estabelecido na Lei nº 10.637/2002, o valor ser convertido em renda da União corresponde a 96,493% do total depositado e, à evidência, caberia à requerente o levantamento do excedente.

Ocorre que, não tendo renunciado ao direito postulado na ação principal, a requerente não faz jus ao benefício do artigo 13 da Lei nº 10.637/2002.

Nesse sentido, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO.OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ARTIGO 111, I DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. BENEFÍCIO INSTITUÍDO PELA LEI 10.637/2002 EM CARÁTER CONDICIONAL. DIFERENÇAS RELATIVAS À APLICAÇÃO DAS TAXAS DE JUROS SELIC E TJLP. LEVANTAMENTO PARCIAL DOS DEPÓSITOS JUDICIAIS. NÃO-CUMPRIMENTO DA TOTALIDADE DOS REQUISITOS. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
> 2. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.
> 3. A Lei 10.637/2002 instituiu benefício consistente na dispensa da multa e na redução da taxa de juros aplicados sobre determinados tributos, condicionado: a) ao pagamento até o último dia útil de janeiro de 2003; b) à comprovação da desistência das ações, com renúncia ao direito sobre o qual elas se fundam; e c) à regularização, sem descontos, dos tributos vencidos entre maio e dezembro de 2002. Sem prejuízo, atribuiu aos órgãos da Administração Tributária a edição de ato normativo para viabilizar a efetivação do favor fiscal concedido.
> 4. O Tribunal de origem considerou que a falta de apresentação, na esfera administrativa, da prova de cumprimento dos requisitos e do próprio requerimento para

concessão do benefício constitui irregularidade forma incapaz de excluir o direito material de quitar o tributo com os descontos legais. Não examinou, contudo, se foram preenchido todos os requisitos da Lei 10.637/2002.

5. Não foi analisada a comprovação da exigência relativa à regularidade dos débitos vencidos entre maio e dezembro de 2002.

6. Um exemplo demonstra o equívoco da Corte local: o contribuinte, de modo unilateral, divide determinado débito tributário por 30 e passa a pagar mensalmente a fração de 1/30 - um trinta avos - da dívida. Será impossível se opor ao ajuizamento da Execução Fiscal sob o argumento de que a lei prevê a possibilidade de parcelamento porquanto, sem requerer e obter administrativamente a concessão desse benefício pela autoridade fiscal, não se configurará a hipótese do art. 151, VI, do CTN, mas, sim, a mera antecipação de recolhimento sem o efeito jurídico de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

7. A Portaria Conjunta SRF/PGFN 7/2003 estabeleceu obrigação acessória, determinando que o benefício deveria ser requerido administrativamente, na unidade da repartição fiscal competente, até o dia 28.2.2003, instruído com a prova dos requisitos estabelecidos em lei. Em outras palavras, o ato infralegal foi editado de modo a preservar o interesse da arrecadação e da fiscalização, viabilizando o controle do efetivo cumprimento dos requisitos previstos na Lei 10.637/2002.

8. A inobservância da legislação tributária afasta o direito de gozo do benefício fiscal, sobretudo quando impede que o Fisco proceda à verificação de atendimento das condições e requisitos legalmente estabelecidos.

9. Recurso Especial parcialmente provido."

(REsp nº 1.017.742/SC - Rel. Min. HERMAN BENJAMIN - Dje: 31.08.2009)

Ante o exposto, dou provimento ao Agravo Regimental para determinar a conversão em renda da União da integralidade dos valores depositados judicialmente.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0008480-44.2001.4.03.6100
(2001.61.00.008480-8)

Apelante: S/A INDÚSTRIAS VOTORANTIM
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA
Classe do Processo: AC 1165494
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/07/2011

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. IPI. FRETE. SERVIÇO PRESTADO POR EMPRESA INTERDEPENDENTE. VALOR COBRADO EXCEDENTE À 20%. ART. 63, § 1º, IV, DO RIPI/82. INCIDÊNCIA.
1. Sendo o crédito tributário constituído pelo auto de infração, objeto de impugnação e recurso administrativo, é evidente a suspensão da sua exigibilidade, nos exatos termos do artigo 151 do CTN. Precedentes do STF e STJ.
2. Existindo o serviço de frete executados por firma com que tenha relação de interdependência, a despesa não poderá exceder os níveis normais de preços em vigor, no mercado local, para serviços semelhantes, constantes de tabelas divulgadas pelos órgãos sindicais de transporte, em suas publicações periódicas, sendo-lhe aplicáveis somente as disposições deste inciso III do artigo 63, § 1º, do RIPI.
3. Reconhecido o excesso na cobrança do valor do frete, incide o IPI sobre o valor excedente de 20% do valor médio, nos termos do inciso IV do § 1º do artigo 63 do RIPI/82.
4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de junho de 2011.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): Trata-se de apelação interposta de r. sentença que julgou improcedente ação que objetivava a anulação de decisão proferida em processo administrativo que julgou procedente a autuação, determinando o pagamento de IPI incidente sobre o valor do frete.

Apela a parte autora sustentando, em síntese, que ocorre prescrição intercorrente da cobrança do crédito tributário, tendo em vista que entre a autuação e a conclusão do procedimento administrativo, decorreu mais de cinco anos. Quanto a matéria de fundo,

argumenta que o valor do frete do transporte do produto entre estabelecimentos da parte autora situadas em municípios distintos é cobrado pela empresa transportadora diretamente do estabelecimento destinatário e debitada ao adquirente do produto.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): Primeiramente, não há que se falar em prescrição intercorrente, como muito salientado pelo MM. Juiz sentenciante, pois sendo o crédito tributário constituído pelo auto de infração, lavrado em 12/06/1992, objeto de impugnação e recurso administrativo, é evidente a suspensão da sua exigibilidade, nos exatos termos do artigo 151 do CTN. Veja-se:

> "I. P. I. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. CTN, ARTS. 173, PARÁGRAFO ÚNICO, 174 E 151, III. A TEOR DO ART. 151, III, DO CTN, AS RECLAMAÇÕES E OS RECURSOS, NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO, SÃO FORMAS DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, PRESSUPONDO, ASSIM, LANÇAMENTO JÁ EFETUADO. COM A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO CONSUMA-SE O LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (CTN, ART. 142). A DECADÊNCIA SÓ E ADMISSÍVEL NO PERÍODO ANTERIOR A ESSA LAVRATURA. DEPOIS, ENTRE A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO E A DECISÃO DO RECURSO ADMINISTRATIVO DE QUE SE TENHA VALIDO O CONTRIBUINTE, NÃO MAIS CORRE PRAZO PARA DECADÊNCIA E AINDA NÃO INICIOU A FLUÊNCIA DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO, EM FACE DO DISPOSTO NO ART. 151, III, DO CTN. DECORRIDO O PRAZO PARA O RECURSO ADMINISTRATIVO, SEM QUE HAJA OCORRIDO SUA INTERPOSIÇÃO, OU DECIDIDO O RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELO CONTRIBUINTE, DÁ-SE A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, A QUE ALUDE O ART. 174 DO CTN, COMEÇANDO A FLUIR O PRAZO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DO FISCO, DA DATA DA CIÊNCIA DA DECISÃO DEFINITIVA AO CONTRIBUINTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO PELO FUNDAMENTO DA LETRA 'D', DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL, MAS DESPROVIDO." (RE 93749, NÉRI DA SILVEIRA, STF)

> "TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO (TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO PENDENTE DE JULGAMENTO). SÚMULA 153, DO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS. ARTIGOS 142, 173 e 174, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07 DO STJ.
> 1. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, *verbis*: 'Art. 174. 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 - pela citação pessoal feita ao devedor; I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) II - pelo protesto judicial; III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.'

2. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional de cinco anos para o Fisco cobrar judicialmente o crédito tributário.

3. Deveras, assim como ocorre com a decadência do direito de constituir o crédito tributário, a prescrição do direito de cobrança judicial pelo Fisco encontra-se disciplinada em cinco regras jurídicas gerais e abstratas, a saber: (a) regra da prescrição do direito do Fisco nas hipóteses em que a constituição do crédito se dá mediante ato de formalização praticado pelo contribuinte (tributos sujeitos a lançamento por homologação); (b) regra da prescrição do direito do Fisco com constituição do crédito pelo contribuinte e com suspensão da exigibilidade; (c) regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento tributário *ex officio*; (d) regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento e com suspensão da exigibilidade; e (e) regra de reinício do prazo de prescrição do direito do Fisco decorrente de causas interruptivas do prazo prescricional (*In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário*, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 224/252).

4. Consoante cediço, as aludidas regras prescricionais revelam prazo qüinqüenal com 'dies a quo' diversos.

5. Nos casos em que o Fisco constitui o crédito tributário, mediante lançamento, inexistindo quaisquer causas de suspensão da exigibilidade ou de interrupção da prescrição, o prazo prescricional conta-se da data em que o contribuinte for regularmente notificado do lançamento tributário (artigos 145 e 174, ambos do CTN).

6. Entrementes, sobrevindo causa de suspensão de exigibilidade antes do vencimento do prazo para pagamento do crédito tributário, formalizado pelo contribuinte (em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação) ou lançado pelo Fisco, não tendo sido reiniciado o prazo *ex vi* do parágrafo único, do artigo 174, do CTN, o *dies a quo* da regra da prescrição desloca-se para a data do desaparecimento jurídico do obstáculo à exigibilidade.

7. No caso *sub judice*, o auto de infração foi lavrado em 23.05.1986, referente a fatos geradores ocorridos nos anos de 1983, 1984 e 1985. Com a lavratura do auto, concretizou-se o lançamento do crédito tributário, conforme art. 142, do Código Tributário Nacional, não se consumando a decadência tributária, porquanto a autuação do contribuinte foi efetivada antes do término do prazo de cinco anos.

8. *In casu*, a decisão administrativa final é de 24.04.1993, data a partir da qual desapareceu o obstáculo jurídico à exigibilidade do crédito tributário, iniciando-se, portanto, a contagem do prazo prescricional, previsto no art. 174 do CTN.

9. Sob esse ângulo, não se implementou a prescrição, ante o ajuizamento da execução fiscal pela Fazenda Pública de São Paulo em 17.07.1995. Não há, destarte, que se aventar da decadência ou prescrição do crédito tributário.

10. A aferição de eventuais erros na autuação levada a efeito pelo agente fiscal impõe o reexame do conjunto fático exposto nos autos, o que é defeso ao Superior

Tribunal de Justiça, face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ, porquanto não pode atuar como Tribunal de Apelação reiterada ou Terceira Instância revisora.
11. A revisão de critério de eqüidade adotado pela Corte de origem para fixação de honorários advocatícios encontra óbice na Súmula nº 7 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal: 'Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário' (Súmula nº 389/STF).
12. Recurso especial desprovido." (RESP 200802775588, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 23/06/2010)

Quanto ao mérito propriamente dito, cinge-se a controvérsia, incidência ou não do IPI sobre o excedente do valor do frete.

O § 1º, do artigo 63, do RIPI/82, tem a seguinte redação:

"Art. 63. Salvo disposição especial deste Regulamento, constitui o valor tributável:
I - dos produtos de procedência estrangeira:
(..)
b. o preço da operação, na saída de estabelecimento do importador;
II - dos produtos nacionais, o preço da operação de que decorrer o fato gerador.
§ 1º. No preço da operação referido nos incisos I, alínea *b*, e II, serão incluídas as despesas acessórias debitadas ao comprador ou destinatário, salvo as de transporte e seguro, quando escrituradas separadamente, por espécie, na Nota Fiscal, atendidas ainda as seguintes normas:
(...)
III. se a cobrança das despesas for feita pela aplicação de percentuais ou valores fixos para unidade ou determinada quantidade de produtos, bem como se os serviços de frete e carreto foram executados pelo próprio contribuinte ou por firma com que tenha relação de interdependência, não poderão tais despesas exceder os níveis normais de preços em vigor, no mercado local, para serviços semelhantes, constantes de tabelas divulgadas pelos órgãos sindicais de transporte, em suas publicações periódicas;
IV. ocorrendo a primeira das hipóteses figuradas no inciso anterior, apurar-se-á, anualmente, a soma das despesas cobradas nas Notas Fiscais emitidas e a soma paga a terceiros pelo estabelecimento; se aquela for superior a esta, cobrar-se-á o imposto sobre a respectiva diferença, desde que a diferença exceda a 20% (vinte por cento) da segunda soma;"

O IPI objeto da autuação decorreu do valor da diferença entre o frete cobrado pela parte autora e aquele que pagou a terceiros ser superior a 20%.

No relatório da ação fiscal constante dos autos (fls. 801/806), verifica-se que destacou o seguinte:

"Observe-se que o valor cobrado na nota fiscal nº 174.029, a título de frete, corresponde a 356% do frete efetivamente cobrado do adquirente do cimento".

Neste ponto, observo que o percentual excedente pago a título de frete se inclui no preço do produto. Paga-se, pois, o IPI sobre este valor.

Da análise dos autos, não há dúvidas de que a parte efetivamente cobrava os valores referentes ao frete, e os destacava nas notas fiscais, conforme a previsão do § 1º acima transcrito. O transporte era efetuado por uma empresa interdependente (Empresa de Transportes CPT Ltda.).

Veja-se que o Fisco pretende cobrar o tributo considerando os valores recebidos pela parte autora, através de empresa interdependente que extrapolavam o percentual de 20% previstos no artigo 63, § 1º, IV, do Dec. 87.981/82 (RIPI/82).

Assim, diante do constatado no relatório fiscal, a atuação foi regular, considerando-se que se extrapolou o percentual de 20% antes referido.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

É como voto.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA
0028513-50.2004.4.03.6100
(2004.61.00.028513-0)

Apelante: ITAUTEC LOCAÇÃO E COM/ DE EQUIPAMENTOS S/A GRUPO ITAUTEC
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RICARDO CHINA
Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: AMS 287552
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/07/2011

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO-CIDE - PROGRAMA DE ESTÍMULO À INTERAÇÃO UNIVERSIDADE-EMPRESA PARA APOIO À INOVAÇÃO - "ROYALTIES" - REMESSA DE VALORES A COLIGADA NO EXTERIOR - REMUNERAÇÃO DE LICENÇA POR USO DE OBRA INTELECTUAL (PROGRAMA DE COMPUTADOR - "SOFTWARE") - ASSISTÊNCIA TÉCNICA - LEIS NºS 10.168/2000 e 10.332/2001 - LEI COMPLEMENTAR - REFERIBILIDADE.

1. A instituição da CIDE prescinde de Lei Complementar. Inteligência dos arts. 149 e 146, *caput* e inciso III, da Constituição Federal.

2. A exação tem natureza de intervenção do Estado no domínio econômico, que por sua própria natureza incide, igualmente, no desenvolvimento social.

3. A atividade desenvolvida pela contribuinte, objeto do contrato firmado com a empresa estrangeira, configura a hipótese de incidência tributária. Com efeito, a Lei nº 10.168/2000, com a redação que lhe deu a Lei nº 10.332/2001, não se refere exclusivamente ao pagamento de "royalties", mas também à simples prestação de assistência técnica, conforme decidido em reiterados julgados. O fato gerador da exação nasce não com a assinatura do contrato, mas no momento do pagamento a residente ou domiciliado no exterior. Outrossim, ainda que se configurem remuneração de licença por uso de obra intelectual, os valores remetidos pela contribuinte à sua coligada no exterior, ainda assim, estará sujeita ao recolhimento da exação, tendo em vista que, conforme emerge do seu contrato social (cláusula 2ª - fl. 39) e também do contrato de distribuição firmado com a empresa coligada (cláusula 9, item 9.1 - fl. 68), presta assistência técnica aos adquirentes do produto, o que configura hipótese de incidência do tributo, tal como previsto na legislação de regência. Precedentes: *Processo AG 200203000430542 - AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 164954 - Relatora: Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA - Sigla do órgão: TRF3 - Órgão julgador - SEXTA TURMA - Fonte: DJU DATA: 06/05/2005, p. 366 e; Decisão na Apelação Cível sob nº 0025981-74.2002.4.6100/SP (2002.61.00.025981-9/SP), publicada no D. J. de 01/04/2011 - Rel. a Des. Fed. MARLI FERREIRA.*

4. No que respeita à referibilidade, equivoca-se a recorrente quando alega não se beneficiar da intervenção estatal no setor econômico em que opera e, mesmo que não se beneficiasse diretamente, ainda assim, estaria sujeita ao recolhimento da exação. Precedentes: REsp nº 1.121.302, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES - STJ - DJE Data: 03/05/2010; AC 200571000321293 - AC - Apelação cível, Rel: Des. Fed. VÂNIA HACK DE ALMEIDA - TRF4 - D. E. 10/09/2008.

5. A Lei nº 10.168/2000, com a redação dada pela Lei nº 10.332/2001, em estrita obediência aos ditames constitucionais do art. 149, dispõe sobre as finalidades e a destinação dos recursos da CIDE, e define o fato gerador da contribuição.
6. A contribuição de intervenção no domínio econômico não tem a natureza jurídica de imposto, não se aplicando, portanto, o disposto no art. 154, I, da CF/88.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 12 de maio de 2011.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator designado para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA (Relator): Trata-se de mandado de segurança objetivando afastar a incidência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, instituída pela Lei nº 10.168/00, incidente sobre as remessas de valores ao exterior em pagamento de licença de comercialização dos *softwares* adquiridos de fornecedores estrangeiros.

A sentença prolatada às fls. 114/119 denegou a segurança, ao fundamento de não haver qualquer inconstitucionalidade na Lei 10.168/2000, alterada pela Lei n° 10.332/2001.

Inconformada, a impetrante interpôs recurso de apelação, pleiteando a reversão do julgamento, sob o argumento de que a aquisição de *softwares* para instalação em microcomputadores fabricados pela impetrante para comercialização não implicam em qualquer forma de uso de tais programas ou em transferência de tecnologia.

Contrarrazões da União Federal.

Os autos vieram a este Tribunal e foram remetidos à Procuradoria Regional da República, que opinou pela confirmação da sentença.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA (Relator): Conforme relatado, discute-se nos presentes autos a incidência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, instituída pela Lei nº 10.168/00 e regulamentada pela Lei nº 10.332/01, incidente sobre as remessas de valores ao exterior em pagamento de licença de comercialização dos *softwares* adquiridos de fornecedores estrangeiros.

A Lei nº 10.168/00, cumprindo o escopo constitucional inserto no artigo 149, instituiu contribuição de intervenção no domínio econômico destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, *verbis*:

"Art. 1º. Fica instituído o Programa de Estímulo à Interação Universidade - Empresa

para o Apoio à Inovação, cujo objetivo principal é estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo.
Art. 2º. Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.
§ 1º - Consideram-se, para fins desta Lei, contratos de transferência de tecnologia os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica.
§ 2º - A contribuição incidirá sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações indicadas no *caput* deste artigo.
§ 3º - A alíquota da contribuição será de dez por cento".

Por sua vez, a Lei nº 10.332, de 19/12/2001, alterou os §§ 2º e 3º do art. 2º da Lei nº 10.168/00, nos seguintes termos:

"§ 2º. A partir de 1º de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o *caput* deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem *royalties*, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior.
§ 3º. A contribuição incidirá sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações indicadas no *caput* e no § 2º deste artigo."

A questão posta nos autos refere-se a sujeição passiva, na relação jurídico-tributária, de empresa que adquire programas de computador (*softwares*) para serem instalados em microcomputadores destinados à comercialização.

Nesse sentir, a norma do art. 2º da Lei nº 10.168/00, com a redação da Lei nº 10.332/01, cuida de estabelecer, num primeiro plano, para fins de incidência do tributo, como sujeito passivo, frise-se, a pessoa jurídica detentora de licença de uso.

No caso dos autos, a impetrante, ao efetuar remessa de capital ao exterior, a título de pagamento de licença de comercialização dos *softwares* adquiridos de fornecedores estrangeiros, integra relação jurídica de direito autoral, haja vista que o pagamento decorrente de uso de programa de computador - *software* - deve ser entendido como adimplemento de direito autoral e, portanto, amparado pela legislação aplicável ao direito do autor, não se confundindo com pagamentos decorrentes de *royalties*, porquanto o inciso V do artigo 10 da Lei nº 9.279/96 excluiu o *software* do patenteamento e do regime jurídico da propriedade intelectual. Fê-lo também o artigo 2º da Lei nº 9.609/98 (Lei de Informática) ao estabelecer que o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é aquele conferido pela legislação de direitos autorais vigentes no País.

Destarte, entendo que não pode ser cobrada a exação sobre as remessas ao exterior para pagamento da aquisição de *software*, por não implicar em pagamento de *royalties* ou em transferência de tecnologia.

Por outro lado, o artigo 22 da Lei nº 4.506/94, que classifica como *royalties*, para fins de incidência do Imposto sobre a Renda, os rendimentos de qualquer espécie decorrentes do uso, fruição, exploração de direitos, tais como exploração de direitos autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criador do bem ou obra, não tem o condão de complementar ou suprir norma material tributária, que deve definir todos os elementos do tributo: hipótese de incidência, sujeito passivo, sujeito ativo, fato gerador, base de cálculo e alíquota. Sequer de interpretá-la de forma extensiva, o que não se admite por ofensa à segurança jurídica. A interpretação da norma material tributária deve ser, sempre, estrita.

Pela lei, a aquisição e a detenção de licença de uso se referem especificamente ao conhecimento tecnológico, ou seja, quando se adquire um *software* acabado, fechado, não há essa transferência de conhecimento tecnológico, mas apenas a aquisição de um produto final, uma mercadoria.

Aliás, a Lei nº 11.452, de 27 de fevereiro de 2007, acrescentou o § 1º-A ao artigo 2º da Lei nº 10.168/00, ressalvando, expressamente, da incidência da contribuição a mera licença de uso ou comercialização de programas de computador que não envolvam transferência de tecnologia.

Sobre a questão, convém trazermos à colação o seguinte precedente jurisprudencial desta Corte, *in verbis*:

> "DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE. TECNOLOGIA. LEI Nº 10.168/2000. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. INEXIGIBILIDADE SOBRE LICENÇA DE USO OU COMERCIALIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR SEM TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA E CORRESPONDENTE ASSISTÊNCIA TÉCNICA. EXIGIBILIDADE SOBRE CESSÃO DE DIREITOS DECORRENTES DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. 1. Não há inconstitucionalidade formal na Lei nº 10.168, de 29.12.2000, que instituiu a CIDE-Tecnologia, por carência de lei complementar. Precedentes da Turma, da Corte e do Supremo Tribunal Federal. 2. Sem perder de vista o princípio da legalidade e tipicidade tributárias, é de ver que pela Lei (art. 2º, *caput*) a aquisição e a detenção de licença de uso se referem especificamente ao conhecimento tecnológico, ou seja, o *know how*, restando de difícil caracterização como tal *software* fechado. 3. O Decreto nº 4.195, de 11.4.2002, que regulamenta a contribuição, deixa claro que a expressão 'que impliquem transferência de tecnologia' (*caput* do art. 2º da Lei), além de contratos outros mantidos com residentes ou domiciliados no exterior, é extensiva à 'licença de uso' e à 'aquisição'. 4. Transferência de tecnologia implica em abertura dos chamados 'códigos fonte' e demais dados técnicos necessários para sua completa absorção, segundo a Lei do *Software* (Lei nº 9.609, de 19.2.98, art. 11). 5. Resta atualmente ressalvada expressamente a mera licença de uso ou comercialização de programas de computador que não envolvam transferência de tecnologia (Lei nº 11.452, de 27.2.2007, art. 20). A despeito de ter estabelecido o termo inicial de sua validade (1º de janeiro de 2006), trata-se de verdadeira norma

interpretativa, nos termos do art. 106, inc. I, do CTN. 6. A assistência técnica está vinculada ao fornecimento de um produto ou a um contrato principal, donde seguir a sorte daquele. 7. Além de simples distribuição de programas, identifica-se no contrato a possibilidade de cessão de direitos sobre produtos e propriedade intelectual, o que se revela tratar de medida excepcional, à parte do objeto principal do contrato, que é a licença para comercialização. Quando aplicada a cláusula, há incidência da contribuição. 8. Apelação da impetrante parcialmente provida." (AMS 2005.61.00.028245-4, 3ª Turma, Rel. J. Conv. Claudio Santos, DJF3 15/12/2009)

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação da impetrante, para conceder a segurança. É como voto.
Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA - Relator

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA: Solicitei vista no caso vertente para melhor exame da controvérsia no que concerne à exigibilidade da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, instituída pela Lei nº 10.168/2000, incidente sobre as remessas de valores ao exterior a título de pagamento de licença de comercialização dos *softwares* adquiridos de fornecedores estrangeiros.

As contribuições de intervenção no domínio econômico encontram previsão no art. 149 e §§ da Carta Constitucional, cabendo exclusivamente à União instituí-las, como forma de sua atuação na área econômica.

Tal espécie tributária dispensa lei complementar para sua instituição.

Essa questão é bem delineada por Marco Aurélio Greco, que assim escreve:

"Não vejo na Constituição Federal exigência de as contribuições de intervenção no domínio econômico serem criadas por lei complementar. A remissão que o artigo 149 faz ao artigo 146, III refere-se à disciplina prevista no CTN, mas não à indispensabilidade de prévia lei complementar para instituí-la." (*Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 28).

No mesmo sentido também já se posicionou o E. Supremo Tribunal Federal:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C. F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º. I. - As contribuições do art. 149, C. F. - contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas - posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C. F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C. F., decorrente de 'outras fontes', é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C. F., art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua

hipótese de incidência, a base imponível e contribuintes: C. F., art. 146, III, *a*. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684. II. - A contribuição do SEBRAE - Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 - é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C. F. III. - Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003. IV. - R.E. conhecido, mas improvido."
(Pleno, RE nº 396266/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 26/11/2003, DJ 27/02/2004, p. 22)

No mais, as contribuições interventivas qualificam-se essencialmente pela finalidade da atividade estatal desenvolvida, assim como pela destinação conferida às receitas advindas em face de sua exigibilidade.

E a intervenção no domínio econômico poderá revestir-se sob a forma de fiscalização, incentivo ou planejamento da economia, nos termos do art. 174 da Lei Maior.

De outra parte, é imprescindível a vinculação do produto arrecadado à finalidade que ensejou a criação da contribuição em tela.

Tais requisitos norteiam e se agregam à natureza tributária da contribuição interventiva e se traduzem como fundamentos de validade da própria exação.

Partindo-se dessas premissas, a Lei nº 10.168, de 29/12/2000, instituiu contribuição de intervenção no domínio econômico, cuja finalidade precípua é estimular o desenvolvimento científico e tecnólogico brasileiro.

Esse objetivo se coaduna com as políticas da ordem econômica e financeira e os objetivos fundamentais da República, consagrados na Magna Carta, de sorte que o apoio ao desenvolvimento tecnológico, através de programas de fomento à capacitação tecnológica e à pesquisa científica, se traduz em medida tendente a minimizar as desigualdades sociais e regionais existentes, incrementar a cadeia produtiva e garantir melhores condições de trabalho.

Entretanto, as contribuições de intervenção no domínio econômico não exigem vinculação direta entre o contribuinte e a aplicação dos recursos arrecadados.

O E. Supremo Tribunal Federal já se pronunciou especificamente acerca do tema, conforme o seguinte precedente:

"Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Lei nº 10.168, de 2000. Contribuição social de intervenção no domínio econômico. Inexigência de lei complementar e de vinculação direta entre o contribuinte e o benefício. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."
(Segunda Turma, RE 451915 AgR/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/10/2006, DJ 01/12/2006, p. 93)

No caso, a referida contribuição é destinada ao Fundo Nacional de Desenvolvimento

Científico e Tecnológico - FNDCT, a teor do que dispõe o art. 4º da Lei nº 10.168/2000:

> "Art. 4º A contribuição de que trata o art. 2º será recolhida ao Tesouro Nacional e destinada ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, criado pelo Decreto-Lei nº 719, de 31 de julho de 1969, e restabelecido pela Lei nº 8.172, de 18 de janeiro de 1991."

O Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, criado pelo Decreto-lei nº 719/69, muito embora não tenha sido ratificado pelo Congresso Nacional, conforme art. 36 do ADCT, foi restabelecido pela Lei nº 8.172/91.

Tal fato não implica violação ao preceito que consta do art. 165, § 9º, II, da CF, o qual exige a edição de lei complementar para estabelecer as *condições para a instituição e funcionamento de fundos,* e não especificamente para a criação de fundos.

Nesse sentido já decidiu a E. Sexta Turma desta Corte, conforme excerto do r. voto proferido pelo E. Des. Fed. Lazarano Neto, nos autos do AG 2004.03.00.022486-0:

> "Relativamente à alegação da agravante quanto a inexistência em nosso ordenamento jurídico do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico (FNDCT), haja vista que, inobstante ter sido o mesmo criado pelo Decreto-lei nº 719/69, não foi citado fundo ratificado pelo Congresso Nacional no prazo de 2 (dois) anos, conforme disposto no artigo 36 do ADCT; esclareça-se que a Lei nº 8.172/91 restabeleceu mencionado fundo, sendo certo que em seu artigo 2º encerrou comando determinando a produção de seus efeitos a partir da data de 05 de outubro de 1990, não sendo aplicável, assim, o disposto no artigo 36 da ADCT.
> A título de argumentação, partindo da premissa da aplicação do artigo 36 do ADCT ao caso versado neste agravo temos que 'a ratificação do FNDCT deu-se através do artigo 2º, da Lei nº 8.172/91, que começou a produzir efeitos 02 (dois) anos após a promulgação da CF de 1988'.
> Por outro lado, não se há cogitar na aplicação do artigo 165, § 9º, da Constituição Federal a hipótese dos autos no sentido da exigência de lei complementar criando o FNDCT, pois citado dispositivo constitucional não reserva à lei complementar a criação de fundos, mas apenas a fixação das condições para a sua instituição e funcionamento (Precedentes deste Tribunal, Agravo de Instrumento nº 215639, processo nº 2004.03.00.048195-9/SP, Terceira Turma, por v. u; data da decisão: 02/02/2005; DJU: 23/02/2005, Relator Desembargador Federal Carlos Muta)."

As hipóteses de incidência da referida contribuição encontram previsão na Lei nº 10.168/2000, alterada pela Lei nº 10.332/2001, conforme disposto em seu art. 2º e §§ 1º e 2º, nesses termos*:*

> "Art. 2º Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.
> § 1º Consideram-se, para fins desta Lei, contratos de transferência de tecnologia

os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica.

§ 2º A partir de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o *caput* deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem *royalties*, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior."

No caso, a impetrante pretende a suspensão da exigibilidade da CIDE, instituída pela Lei nº 10.168/2000, incidente sobre as remessas de valores ao exterior a título de pagamento de licença de comercialização dos *softwares* adquiridos de fornecedores estrangeiros.

Tal hipótese se amolda à situação descrita na citada lei, quando se refere à *pessoa jurídica detentora de licença de uso*, para fins de incidência da contribuição interventiva em questão. A aquisição de programas de computador de fornecedores estrangeiros para serem instalados em equipamentos de informática se perfaz pela licença de uso de tecnologia.

É certo que o programa de computador (*software)*, na medida em que foi equiparado à obra intelectual, encontra-se tutelado pela legislação do direito autoral (Lei nº 9610/98, art. 7º, XII).

Contudo, referida proteção em nada prejudica a incidência da CIDE. As remessas de valores ao exterior, em decorrência do pagamento pela licença de uso de *software*, ensejam a cobrança/exigência de referida contribuição.

De outra parte, é irrelevante, pois, para a incidência da referida contribuição, que os contratos que tenham por objeto licença de uso e comercialização dos programas de *softwares* provenientes do exterior, estejam atrelados à transferência de tecnologia.

Tal conclusão advém da interpretação da norma legal que expressamente prevê as hipóteses de incidência da contribuição, a qual é devida pela pessoa jurídica detentora de mera licença de uso do recurso tecnológico; pessoa jurídica adquirente de conhecimentos tecnológicos; pessoa jurídica signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia; pessoas jurídicas signatárias de contrato que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa.

Além disso, é de se lembrar a própria finalidade perseguida com a instituição da contribuição em tela, qual seja, o apoio ao desenvolvimento tecnológico nacional, constituindo-se, de um lado, através de fonte de incentivo e, de outro, como desestímulo à aquisição da tecnologia estrangeira, seja na forma de conhecimento, seja na forma de produto final e acabado, no caso, o programa de computador.

A propósito das disposições legais transcritas, comenta Hugo de Brito Machado Segundo:

"A finalidade interventiva, com todo respeito às opiniões em contrário, no caso nos parece válida e adequada ao disposto no art. 170 da Constituição Federal. Como preconizamos no item 2.2 deste estudo, tanto a contribuição deve intervir diretamente, na condição de um tributo extrafiscal, como também o produto de sua arrecadação deve ser aplicado na consecução da finalidade que a caracteriza. É o

que ocorre no caso. Há a incidência do tributo sobre 'importações' de tecnologia (*royalties*), de forma nitidamente extrafiscal, como forma de proteger o mercado interno, a balança comercial e inclusive eventuais burlas às leis que regulam a remessa de lucros ao exterior. E, para completar a finalidade interventiva, o produto de sua arrecadação é utilizado para incentivar a tecnologia nacional, e assim desestimular a ocorrência do fato que ensejou a intervenção." (*Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins*. Coordenador Marco Aurélio Greco, São Paulo: Dialética, 2001, p. 127/128).

Outrora, a E. Sexta Turma desta Corte já se pronunciou acerca da matéria, conforme o seguinte julgado em que fui Relatora:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA PRELIMINAR NÃO SUBMETIDA AO CRIVO DO JUÍZO DE ORIGEM. INADMISSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO NESTA ESFERA RECURSAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO DESTINADA A FINANCIAR O PROGRAMA DE ESTÍMULO À INTERAÇÃO UNIVERSIDADE-EMPRESA PARA O APOIO À INOVAÇÃO. LEI Nº 10.168/2000. ALTERAÇÕES. CONSTITUCIONALIDADE. PRESCINDIBILIDADE DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA SUA CRIAÇÃO. FINALIDADE E VINCULAÇÃO DO PRODUTO ARRECADADO. VALIDADE. LICENÇA DE USO DE SOFTWARE. REMESSA DE *ROYALTIES* AO EXTERIOR. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA EM SENTIDO ESTRITO. DESNECESSIDADE.

1. Não é admissível o exame pelo Tribunal de matéria preliminar não analisada pelo r. Juízo *a quo*, por implicar em supressão de instância.

2. A instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico prescinde da edição de lei complementar, qualificando-se essencialmente pela finalidade da atividade estatal desenvolvida, assim como pela destinação conferida às receitas advindas pela sua exigibilidade.

3. A contribuição interventiva criada pela Lei nº 10.168/2000, alterada pela Lei nº 10.332/2001, cuja finalidade precípua é estimular o desenvolvimento científico e tecnológico brasileiro, encontra-se em consonância com os ditames da Carta Constitucional.

4. A concessão de licença de uso de software obtida por pessoa jurídica através de contrato celebrado com empresa estrangeira, com a conseqüente remessa de valores ao exterior, a título de *royalties*, configura hipótese de incidência da citada contribuição (Lei nº 10.168/2000, art. 2º, *caput* e § 2º, acrescentado pela Lei nº 10.332/2001).

5. O programa de computador (software), na medida em que foi equiparado à obra intelectual, é tutelado pela legislação de direito autoral (Lei nº 9610/98, art. 7º, XII), sem prejuízo da incidência da CIDE, quando da remessa dos *royalties* ao exterior, em decorrência do pagamento pela licença de uso do *software*.

6. Legitimidade da incidência da contribuição, independentemente de estar comprovada a existência ou não de transferência de tecnologia, em sentido estrito, mesmo porque as hipóteses descritas na lei abarcam situações em que ela é presumida.

7. Agravo de instrumento provido."

(TRF3, Sexta Turma, AG 2002.03.00.043054-2, j. 04/02/2004, DJ 06/05/2005, p. 366)

Por fim, é de se observar que a Lei nº 11.452, de 27/02/2007, alterou o art. 2º, da Lei nº 10.168/2000, de forma que lhe acrescentou o § 1º-A, dispondo que, a partir de janeiro/2006, a referida contribuição não incidiria sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programas de computador, exceto quando envolverem a transferência da respectiva tecnologia. Eis o teor:

> "Art. 20. O art. 2º da Lei nº 10.168, de 29 de dezembro de 2000, alterado pela Lei nº 10.332, de 19 de dezembro de 2001, passa a vigorar acrescido do seguinte § 1º-A:
> 'Art. 2º .....
> § 1º-A. A contribuição de que trata este artigo não incide sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, salvo quando envolverem a transferência da correspondente tecnologia.
> ..... ' (NR)
> Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos em relação ao disposto no art. 20 a partir de 1º de janeiro de 2006."

Vê-se que a norma em questão não tratou de elucidar o conteúdo e sentido do dispositivo a que se refere (art. 2º, *caput*, da Lei nº 10.168/2000), houve evidente modificação com a previsão da não incidência da CIDE sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programas de computador, a partir de janeiro/2006, quando não envolverem a transferência da respectiva tecnologia. Não se trata, pois, de norma de caráter interpretativo, a teor do que prevê o art. 106, I, do CTN.

A propósito, vale citar os seguintes precedentes jurisprudenciais:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. CIDE. LEIS 10.168/00, 10.332/01 E 11.452/07. ART. 149, CF. INEXIGIBILIDADE DE LEI COMPLEMENTAR E DE REFERIBILIDADE ENTRE O CONTRIBUINTE DA EXAÇÃO E O BENEFÍCIO. LICENÇA DE USO OU DE DIREITOS DE COMERCIALIZAÇÃO OU DISTRIBUIÇÃO DE PROGRAMA DE COMPUTADOR (ART. 2º, § 1º-A, Lei 10.168/00). DIREITO À COMPENSAÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. A PELAÇÃO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.
> I - A Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE, instituída pela Lei nº 10.168/00 e alterada pela Lei nº 10.332/01, volta-se a estimular o desenvolvimento científico e tecnológico nacional, incidindo sobre os recursos de 'royalties' ao exterior decorrentes de uso, fruição ou exploração de direitos relativos à transferência de tecnologia .
> II - Contribuição interventiva instituída em observância ao disposto no art. 149 da Constituição Federal, inexigível lei complementar na espécie.
> III - Assentou, mais, o Excelso Pretório prescindível a referibilidade entre o contribuinte da exação e o benefício (STF, RE - AgR nº 451915/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/10/06, p. DJ 01/12/06)
> IV - Hipótese prevista no § 1º-A, art. 2º da Lei 10.168/00, acrescentado pelo art. 20 da Lei nº 11.452/07. Direito à compensação do indébito. Precedentes (TRF - 3ª

Região, AC nº 2003.61.00.018357-1, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 24/05/06, p. DJU 07/06/06; TRF - 3ª Região, AMS nº 2004.03.00.064425-3, Rel. Juíza Federal Convocada Mônica Nobre, j. 13/03/08, p. DJF3 24/06/08; TRF - 4ª Região, AC nº 2005.71.00.032129-3, Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida, j. 19/08/08, p. D. E. 10/09/08)

V - Apelo a que se dá parcial provimento."

(TRF3, Quarta Turma, AMS 2003.61.00.030475-1, Rel. Des. Fed. Salette Nascimento, j. 10/03/2011, DJF3 CJ1 31/03/2011, p. 971)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO AO DOMÍNIO ECONÔMICO CIDE - *ROYALTIES* - LEI FEDERAL Nº 10.168/00 - EXPLORAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS - CONSTITUCIONALIDADE.

1. A contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) incidente sobre 'royalties' pagos ao exterior é constitucional (STF, 2ª Turma, RE-AgR 451915/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01/12/2006).

2. Por definição legal, a exploração de direitos autorais é equiparada a 'royalties' (artigo 22, *d*, da Lei Federal nº 4506/64).

3. Antes da modificação da Lei 11452/2007, o *software* era equiparado à obra intelectual, sob a égide, pois, da lei de proteção aos direitos autorais (Lei 9610/98, artigo 7º, XII), que presumia, pois, a transferência de tecnologia no caso de concessão de licença de uso de software através de contrato celebrado com empresa estrangeira.

4. Apelações e remessa oficial parcialmente providas."

(TRF3, Judiciário em Dia - Turma D, AMS 2002.61.00.026993-0, Rel. Juiz Fed. Convocado Leonel Ferreira, j. 10/12/2010, DJF3 CJ1 17/01/2011, p. 1007)

Em face de todo o exposto, pedindo vênia ao Eminente Relator, *nego provimento à apelação*.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA: As contribuições sociais de intervenção no domínio econômico têm previsão no artigo 149, da Constituição Federal, que atribui competência exclusiva à União para sua instituição, caracterizando-se, outrossim, pela vinculação de sua receita à finalidade a que se destina.

A Constituição não exige lei complementar para a instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico, pois quando o entendeu necessário, o Constituinte expressamente a previu.

Nesse sentido, o ensinamento de Roque Antonio Carrazza:

"Pois bem, em seu art. 149, a Constituição não apontou a regra-matriz destas 'contribuições'; antes, contentou-se em indicar as 'finalidades' que devem atingir; a saber: a) a intervenção no domínio econômico; b) o interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas; e

> c) o custeio da seguridade social. Notamos, pois, que as 'contribuições' ora em exame não foram qualificadas, em nível constitucional, por suas regras-matrizes, mas, sim, por suas finalidades. Parece-nos sustentável que haverá este tipo de tributo sempre que implementada uma de suas finalidades constitucionais. (...) Noutro dizer, a 'regra matriz constitucional' destas 'contribuições' agrega, de modo indissociável a idéia de 'destinação'. Queremos com tal assertiva sublinhar que, por imperativo da Lei Maior, os ingressos advindos da arrecadação destes tributos devem necessariamente ser destinados à viabilização ou ao custeio de uma determinada atividade de competência federal". ("Curso de Direito Constitucional Tributário", Malheiros Editores, 11ª ed., p. 362/363).

Outrossim, a discussão acerca da necessidade de sua instituição por lei complementar, também, é dirimida pelo referido autor de forma esclarecedora, *verbis*:

> "Se tiverem hipótese de incidência de algum imposto da chamada 'competência residual' da União (art. 154, I, da CF), as 'contribuições de intervenção no domínio econômico' deverão ser instituídas por lei complementar, não poderão ter hipótese de incidência ou base de cálculo iguais às de qualquer dos impostos elencados nos arts. 153, 155 e 156 da CF e precisarão observar a regra da não-cumulatividade. Se tiverem hipótese de incidência de algum imposto da chamada 'competência explícita' da União (art. 153 da CF) - o que também é perfeitamente possível - deverão ser criadas por meio de lei ordinária, e, é claro, não precisarão obedecer à mesma regra da não-cumulatividade." (*Op. cit.* p. 368).

Destarte, por possuir como hipótese de incidência tributos de competência privativa da União, não se exige lei complementar para sua instituição.

Na mesma direção, a jurisprudência ora colacionada:

> "TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DO IAA, INSTITUÍDA PELO DL 308/67, COM A ALTERAÇÃO DO DL Nº 1.712/79. ALEGADA OFENSA AO ART. 154, I, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.
> - Dispositivo inaplicável às contribuições de intervenção no domínio econômico, previstas no art. 149 da mesma Carta.
> - Recurso não conhecido." (STF, 1ª Turma, RE 182120/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24/04/1998, v. u., DJ 04/09/98, p. 015).

> "TRIBUTÁRIO - AFRMM - LEI COMPLEMENTAR - DESNECESSIDADE - ISENÇÃO - TRATADO INTERNACIONAL.
> - O AFRMM, como contribuição social de intervenção no domínio econômico, não é imposto, prescindindo, para sua instituição, de lei complementar.
> - Inexiste tratado internacional isentando o bacalhau do AFRMM.
> - Recurso provido." (STJ, 1ª Turma, RESP 196151/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 09/03/1999, v. u., DJ 03/05/1999, p. 0107).

A Lei nº 10.168/2000, em estrita obediência aos ditames constitucionais do artigo 149, dispôs sobre as finalidades e a destinação dos recursos da CIDE, e definiu o fato gerador da contribuição, *verbis:*

"Art. 1º Fica instituído o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, cujo objetivo principal é estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo.
Art. 2º Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.
§ 1º Consideram-se, para fins desta Lei, contratos de transferência de tecnologia os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica.
§ 2º A partir de 1º de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o 'caput' deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem 'royalties', a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior.
§ 3º A contribuição incidirá sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações indicadas no *caput* e no § 2º deste artigo".

Por seu turno, a Lei nº 10.332/2001, em seu art. 6º, ao alterar o art. 2º, da Lei nº 10.168/2000, assim dispôs:

"Art. 6º - O art. 2º da Lei nº 10.168, de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:
'Art. 2º - .....
§ 2º - A partir de 1º de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o *caput* deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem *royalties*, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior.
§ 3º - A contribuição incidirá sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações indicadas no *caput* e no § 2º deste artigo.'"

Já nos termos do artigo 10 do Decreto nº 4.195, de 11 de abril de 2002, regulamentador das Lei nºs 10.168/2000 e 10.332/2001:

"*Art. 10. A contribuição de que trata o* art. 2º da Lei nº 10.168, de 2000, incidirá sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de *royalties* ou remuneração,

previstos nos respectivos contratos, que tenham por objeto:
I - fornecimento de tecnologia;
II - prestação de assistência técnica:
a) serviços de assistência técnica;
b) serviços técnicos especializados;
III - serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes;
IV - cessão e licença de uso de marcas; e
V - cessão e licença de exploração de patentes."

Por sua vez, o artigo 20 da Lei nº 11.452, de 27 de fevereiro de 2007, assim disciplinou a matéria:

"Art. 20. O art. 2º da Lei nº 10.168, de 29 de dezembro de 2000, alterado pela Lei nº 10.332, de 19 de setembro de 2001, passa a vigorar acrescido do seguinte § 1º-A:
'Art. 2º: .....
§ 1º-A. A contribuição de que trata este artigo não incide sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, *salvo quando envolverem a transferência da correspondente tecnologia.[...]'*" (grifei)

Portanto, nos termos da legislação em vigor à época da impetração a contribuição à CIDE seria devida pela pessoa jurídica:

- que detivesse licença de uso (com ou sem transferência de correspondente tecnologia), ou fosse adquirente *de conhecimentos tecnológicos*;

- que fosse signatária de contratos firmados com residentes ou domiciliados no exterior, os quais tivessem por objeto transferência de tecnologia, *ou* serviços técnicos ou serviços de assistência administrativa e semelhantes;

- que pagasse, creditasse, entregasse, empregasse ou remetesse *royalties*, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior.

Antes de adentrar o cerne da questão, mister examinar se a atividade desenvolvida pela contribuinte, por força de contrato assinado com a sua coligada no exterior, se subsome à hipótese descrita na lei.

Em sua obra "Hipótese de Incidência Tributária" (5ª ed., 2ª tiragem, Malheiros Editores, São Paulo/SP, 1993), o mestre Geraldo Ataliba conceitua *fato imponível* como sendo "o fato concreto, localizado no tempo e no espaço, acontecido efetivamente no universo fenomênico, que - por corresponder rigorosamente à descrição prévia, hipoteticamente formulada pela h. i. legal - dá nascimento à obrigação tributária", acrescentando que, "cada fato imponível determina o nascimento de uma obrigação tributária". (fl. 61).

De outra parte, hipótese de incidência, para o e. tributarista, "é a descrição hipotética e abstrata de um fato. É parte da norma tributária. É o meio pelo qual o legislador institui um tributo. Está criado um tributo, desde que a lei descreva sua h. i., a ela associando o mandamento 'pague'." (fl. 59)

A seu turno, subsunção, na definição do renomado doutrinador, "é o fenômeno de um fato configurar rigorosamente a previsão hipotética da lei. Diz-se que um fato se subsome à hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dele

faz a lei. É fato imponível um fato concreto, acontecido no universo fenomênico, que configura a descrição hipotética contida na lei. É a realização da previsão legal". (fl. 63)

Por derradeiro, quanto ao *nascimento da obrigação tributária*, à fl. 62, ensina:

> "O vínculo obrigacional que corresponde ao conceito de tributo nasce, por força da lei, da ocorrência do fato imponível. A configuração do fato (aspecto material), sua conexão com alguém (aspecto pessoal), sua localização (aspecto espacial) e sua consumação num momento fático determinado (aspecto temporal), reunidos unilateralmente determinam inexoravelmente o efeito jurídico desejado pela lei: criação de uma obrigação jurídica concreta, a cargo de pessoa determinada, num momento preciso".

In casu, da leitura do "Contrato de Distribuição", por cópia às fls. 63/77, verifica-se ter sido a contribuinte nomeada por sua coligada Veritas EUA distribuidora dos seus produtos no Brasil, qualificado "Território", e, nessa qualidade, na forma da cláusula *2* (fl. 64), autorizada a:

> "a) comercializar e a distribuir os Produtos no Território;
> b) celebrar Contratos de Clientes com clientes dos Produtos do Território; e
> c) celebrar Contratos de Revendedores para nomear sub-distribuidores, revendedores, representantes e outros revendedores para os Produtos no Território".

Assim, nos termos da avença, sujeitou-se ao cumprimento das obrigações pactuadas, não se caracterizando como consumidora final daqueles produtos.

Em decorrência do pacto firmado, assumiu, entre outras, a obrigação de comercializar e distribuir os produtos no Brasil e, em decorrência desta, sujeitou-se também ao cumprimento de obrigações acessórias, consubstanciadas no oferecimento de "suporte técnico-administrativo" aos adquirentes do produto. Após comercializá-lo ou distribui-lo, a contribuinte não "cerra as portas" para o comprador, "deixando-o à própria sorte". Com efeito, dispõe muito claramente a cláusula *9*, item *9.1* do contrato (fl. 68) que, munida do "código-fonte executável" do "software", fornecido pela Veritas EUA, "caso quaisquer produtos não estejam em conformidade com a garantia aplicável àquele produto, *a Veritas Ltda. (a contribuinte) realizará todos os reparos e/ou serviços de substituição necessários sob tal garantia. Após finalização de qualquer trabalho executado nos termos da garantia, a Veritas Ltda. fornecerá à Veritas EUA notificação escrita sobre a mesma, juntamente com prova satisfatória à Veritas EUA de que tal trabalho executado nos termos da garantia foi completado de forma satisfatória*". (destaquei)

Tais "reparos e/ou serviços de substituição necessários", configuram, fora de dúvida, a prestação de assistência técnica e administrativa por parte da apelante.

Robustece essa assertiva o objeto social da contribuinte, o qual engloba "a compra, venda, importação, exportação, desenvolvimento, modificação, licenciamento e distribuição de software e de quaisquer programas ou sistemas para computadores, bem como a prestação de serviços de consultoria, manutenção, treinamento e outros serviços relacionados com os softwares que a Sociedade comercializa" (cláusula 2ª - fl. 39).

A *simples prestação de assistência técnica e administrativa* e a *transferência de tecnologia*, tal como definidas pelo art. 2º, da Lei nº 10.168/00, com a redação dada pela

Lei nº 10.332/01, e de acordo com o entendimento jurisprudencial majoritário, ambas integrando ou decorrentes das atividades desenvolvidas pela contribuinte, subsomem-se ao texto legal.

Dos ensinamentos colhidos ao insigne Doutrinador tem-se, no presente caso, presentes os elementos a justificar a exigência da exação em tela.

Nos termos do contrato em exame, encontra-se demonstrado que a impetrante se mostra detentora de licença de uso do *software*, contemplando, ainda, prestação de assistência técnica e, ainda, incumbindo-lhe remessa mensal à empresa coligada signatária do contrato.

Como já exposto, para fins de incidência da CIDE, são considerados contratos de transferência de tecnologia os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica. (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 10.168/2000).

No contrato em discussão é possível aferir os seguintes elementos a justificar a exigência do recolhimento da exação, quais sejam:

a) hipótese de incidência: a simples prestação de assistência técnica e administrativa aos adquirentes do produto e a transferência de tecnologia, conforme já acentuado;

b) base de cálculo: o montante dos valores remetidos ao exterior.

c) fato imponível: as remessas mensais efetuadas pela contribuinte à sua coligada sediada no exterior, de acordo com a cláusula 4 do contrato (fl. 65) e;

d) sujeito passivo da obrigação tributária: a contribuinte.

A alegação de que a licença de uso em questão não contempla a transferência de tecnologia, há de se destacar não ser suficiente a afastar a exigência da CIDE, porquanto, à época dos fatos, não se tratava de imposição legal referida característica, do que se depreende dos termos do artigo 20 da Lei nº 11.452, de 27 de fevereiro de 2007. Somente a partir da vigência da referida exação, passou a ser indispensável à configuração da exigência a transferência de tecnologia. Destarte, anteriormente, a licença de uso, nos moldes contemplados na presente hipótese, seria suficiente a respaldar sua exigência.

Vê-se, portanto, do que foi aduzido, estar a contribuinte sujeita ao recolhimento do tributo.

O inconformismo da apelante não se situa, entretanto, apenas nestes contornos.

Na inicial e em suas razões de apelar, conforme relatado, entende a contribuinte não estar sujeita ao recolhimento da exação, aduzindo ser a exigência inconstitucional, porque desprovida da finalidade apontada pelo art. 149, da CF/88 e que não se beneficia do resultado dessa intervenção do Estado na economia (referibilidade). A exação, a seu ver, também estaria eivada de vício, porque não foi instituída por Lei Complementar. E, na linha das inconstitucionalidades que aponta, acrescenta deter a exação a mesma natureza jurídica do imposto, porque não tem contraprestação e beneficia a sociedade como um todo, entretanto, do imposto se distanciaria porque tem destinação específica, daí classificá-lo como “imposto inconstitucional”.

Ainda, na esteira do seu inconformismo, argumenta que o pagamento da exação somente incidiria quando do pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa de valores a residente ou domiciliado no exterior a título de remuneração decorrente de contrato de licença de uso de conhecimentos tecnológicos ou transferência de tecnologia ao licenciado. Citando a Lei nº 9.279/96, sobre a propriedade intelectual, defende não ser aquele, mas este, o seu caso. Os valores remetidos não seriam a título de “royalties”, mas de

remuneração em decorrência do contrato celebrado, cujo objeto é a licença de uso de programa de computador ou licença de direitos de comercialização de programa de computador ("software"). Para a contribuinte, os programas de computador não são considerados propriedade industrial e sim obra intelectual, amparada pela legislação do direito autoral e bem assim pela Lei nº 9.609/98 (sobre *royalties*). Destarte, os valores que remete mensalmente à "Veritas EUA", caracterizariam remuneração pela exploração de direitos autorais que detém. Outrossim, entende afrontado o princípio da irretroatividade, alegando atingir a exação fatos pretéritos, como, no seu caso, em que muito embora o contrato tenha sido firmado em 10/02/2000, a remuneração, segundo estatui a lei, deverá ser paga a partir de 01/01/2001.

Também nestes aspectos, não assiste razão à contribuinte. Vejamos:

1) *Referibilidade* - Nas contribuições sociais, previstas no art. 195, I, da Constituição vigente, com a redação que lhe deu a EC 20/98, imprescindível haja correlação lógica entre o sujeito receptor e o sujeito passivo da obrigação tributária, em que aquele é o orçamento da seguridade social e este o empregador e os demais sujeitos passivos, erigidos pela lei a essa condição.

Também é assim com relação as contribuições de intervenção no domínio econômico. Suporta a tributação quem atua no setor do mercado que necessita de intervenção estatal, exercendo atividade econômica que se refere diretamente ao sujeito receptor da exação, o qual empregará o produto da arrecadação para fazer frente à intervenção no segmento econômico do qual faz parte o sujeito passivo.

Destarte, equivoca-se a recorrente quando alega não se beneficiar da intervenção estatal no setor econômico em que opera e, mesmo que não se beneficiasse diretamente, ainda assim, estaria sujeita ao recolhimento da exação. Segundo decidiu o C. Superior Tribunal Justiça, no REsp nº 1121302, de Relatoria do e. Min. BENEDITO GONÇALVES, cuja ementa mais adiante será transcrita, o produto da arrecadação beneficiará toda a sociedade. E, ao abordar a questão da referibilidade, assentou que "a empresa que se utiliza de assistência internacional (manutenção de equipamento), cuja tecnologia é inexistente no Brasil, deve suportar o ônus de contribuir para o desenvolvimento do relacionado setor nacional. E ela está ligada também ao seguimento econômico beneficiado, pois poderá, no futuro, aproveitar-se de tal intervenção do Estado (tecnologia nacional mais barata, em tese)". Outrossim, prosseguiu o e. julgador: "Embora enfatizando a necessidade de referibilidade objetiva da contribuição à intervenção pretendida, o Excelso Tribunal entendeu que, quanto à referibilidade subjetiva do tributo ao contribuinte, tais modalidades 'não exigem vinculação direta do contribuinte ou a possibilidade de auferir benefícios com a aplicação dos recursos arrecadados'. Em conclusão, prescindível a referibilidade direta em relação ao sujeito passivo da exação, porquanto a CIDE caracteriza-se, fundamentalmente, pelo seu aspecto finalístico, qual seja a intervenção do estado no domínio econômico, de modo a viabilizar os preceitos insculpidos no Título VII da CF (arts. 170 e segs.)".

Do que foi aduzido, extrai-se que a contribuição de intervenção no domínio econômico só poderá ser exigida daqueles que, efetivamente, vierem a se beneficiar com as atividades propiciadas com o produto da sua arrecadação. A contribuição em tela tem por escopo atender ao Programa de Estímulo à interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação.

2) *Lei Complementar* - Conforme já aduzido, não há necessidade de lei complementar para a instituição da CIDE. Além dos julgados reproduzidos, tal entendimento foi

corroborado no julgamento pelo Pleno do E. Supremo Tribunal Federal do RE 396266/SC, de relatoria do e. Min. CARLOS VELLOSO e também no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça do REsp nº 1.121.302-RS, referido no item *1*, supra, encontrando-se a matéria pacificada.

3) *Contribuição e imposto* - A exação não detém a mesma natureza jurídica do imposto, como, equivocamente, pressupõe a recorrente, sujeito passivo da obrigação tributária. Conforme já asseverado, o produto arrecadado com a cobrança da CIDE - Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico beneficia o setor econômico sob intervenção estatal, permitindo, por exemplo, o barateamento de custos da tecnologia nacional e irradiando-se, também, para toda a sociedade. A exação foi legalmente instituída e, certamente, não se enquadra na classificação de "imposto inconstitucional" atribuída pela contribuinte.

4) *Pagamento de "Royalties" e "remuneração pela exploração de direitos autorais"* - A Lei nº 10.168/2000, com a redação que lhe deu a Lei nº 10.332/2001, não se refere exclusivamente ao pagamento de "royalties", mas também à simples prestação de assistência técnica pelo sujeito passivo da exação, conforme decidido em reiterados julgados. O fato gerador da exação nasce não com a assinatura do contrato, mas no momento do pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa de valores a residente ou domiciliado no exterior. Ademais, conforme bem acentua o i. representante do *Parquet* Federal, em seu bem lançado parecer de fl. 282, "sem dúvida, a aquisição, no exterior, do código-objeto executável de *software* (cf. item 2.3 do contrato a fls. 64) caracteriza a ocorrência da situação descrita em lei como necessária ao nascimento da obrigação tributária principal da exação", descabendo a alegação da apelante de que os valores remetidos à empresa "Veritas EUA", sediada no exterior, configuram remuneração pela "exploração de direitos autorais".

5) *Princípio da irretroatividade* - Há que se observar ser vedado à União Federal (Fazenda Nacional) a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, ou no mesmo exercício em que haja sido publicada a norma. As disposições contidas na Lei nº 10.168/2000 aplicam-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2001, conforme determina o seu art. 8º De fato, a data da celebração do contrato de fornecimento de tecnologia ou de prestação de assistência técnica e adminisrtrativa não se confunde com o momento de ocorrência do fato imponível, a saber: o pagamento mensal dos "royalties" efetuados, como contratualmente estabelecido. Portanto, improcede a assertiva de não se aplicar a Lei nº 10.168/2000 aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, porquanto o momento da ocorrência do fato imponível dá-se com o pagamento, o crédito, a entrega, ou a remessa dos *royalties* efetuados pelo contribuinte, nos termos do artigo 2º, § 3º, da Lei nº 10.168/2000, com a redação dada pela Lei nº 10.332/2001, e não na data da assinatura do contrato.

Destarte, não há qualquer ilegalidade na sua exigência de pessoas jurídicas signatárias de contratos que impliquem transferência de conhecimentos tecnológicos, ou seja, de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica e administrativa, porquanto são consideradas presumidamente beneficiárias do desenvolvimento tecnológico objeto do Programa.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial manifestado pelo Tribunal Pleno da Corte Suprema e pelo Superior Tribunal de Justiça, acima referidos e também pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Confira-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C. F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º.

I - As contribuições do art. 149, C. F. - contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas - posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C. F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C. F., decorrente de 'outras fontes', é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C. F., art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base imponível e contribuintes: C. F., art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684.

II - A contribuição do SEBRAE - Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 - é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D. L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C. F.

III - Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003.

IV - R. E. conhecido, mas improvido". (RE 396266/SC - SANTA CATARINA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator: Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 26/11/2003 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 27/02/2004 - p. 00022 - EMENT VOL-02141-07 - p. 01422).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO INSTITUÍDA PELA LEI 10.168/2000 (COM REDAÇÃO ACRESCIDA PELA LEI 10.332/2001). VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NÃO OCORRÊNCIA. APRECIAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. REFERIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO COMO CONDIÇÃO DE SUA LEGITIMIDADE. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Hipótese em que se discute a exigibilidade da contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE) instituída pela Lei 10.168/00, acrescida pela Lei 10.332/01.

2. Constatado que a Corte regional empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC. No caso concreto, as questões levantadas nos aclaratórios da contribuinte, quais sejam, o local da prestação dos serviços de assistência técnica e a falta de referibilidade, porquanto o Estado do Rio Grande do Sul não seria o beneficiário da exação, conforme explicitado a seguir, são desinfluentes à solução do litígio.

3. Dispõe o art. 2º, § 2º, da Lei 10.168/2000: 'A partir de 1º de janeiro de 2002,

a contribuição de que trata o *caput* deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem *royalties*, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior' (Redação da pela Lei nº 10.332, de 19.12.2001).

4. Verifica-se desse texto normativo que a contribuição não exige que a prestação de serviços técnicos seja realizada no estrangeiro, mas, apenas, que o prestador de tais serviços seja residente ou domiciliado no exterior. A expressão 'no exterior', contida no citado parágrafo, refere-se a 'residentes ou domiciliados' e não a 'serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados'.

5. Admitida pelo Tribunal de origem a legitimidade da instituição da CIDE como instrumento hábil à redução das desigualdades regionais, não há porque se exigir da Corte *a quo* comentários sobre a aplicação dessa exação, supostamente em menor quinhão, especificamente no Estado do Rio Grande do Sul.

6. Não é possível conhecer das alegações relativas à inconstitucionalidade da exação, sustentada pelos fundamentos de que: (a) a instituição da contribuição em comento exige lei complementar (art. 146, III, da CF) e (b) a exação, em verdade, seria um imposto disfarçado com vinculação da receita (art. 167, IV, da CF), na medida em que não cabe ao STJ, em sede de recurso especial, analisar eventual contrariedade a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes específicos quanto à contribuição em comento: REsp 1.120.553/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/2/2010; AgRg no REsp 755.116/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 18/2/2009.

7. A Primeira Seção, ao apreciar a exigibilidade da contribuição para o INCRA, firmou orientação no sentido de que 'as contribuições especiais atípicas (de intervenção no domínio econômico) são constitucionalmente destinadas a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo, o qual não necessariamente é beneficiado com a atuação estatal e nem a ela dá causa (referibilidade). Esse traço característico que as distingue das contribuições de interesse de categorias profissionais e de categorias econômicas' (EREsp 724.789/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 28/5/2007).

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido". (RESP 200900196928 - RESP - RECURSO ESPECIAL - 1121302 - Relator: Min. BENEDITO GONÇALVES - Sigla do órgão: STJ - Órgão julgador: PRIMEIRA TURMA - Fonte: Data da Decisão: 20/04/2010 - DJE Data: 03/05/2010).

"TRIBUTÁRIO. CIDE. *ROYALTIES*. EXPLORAÇÃO DE PATENTES E DE USO DE MARCAS. CRÉDITO. ART. 4º DA MP Nº 2.159-70. SURGIMENTO COM O EFETIVO PAGAMENTO DO TRIBUTO.

1. O cerne da controvérsia consiste em definir se o crédito estabelecido na MP nº 2159-70, incidente sobre a Cide instituída pela Lei nº 10.168/2000, tem origem a partir do surgimento do dever de pagar essa contribuição ou apenas quando há o seu efetivo pagamento.

2. A Cide da Lei nº 10.168/00 tem nítido intuito de fomentar o desenvolvimento tecnológico nacional por meio da intervenção em determinado setor da economia, a partir da tributação da remessa de divisas ao exterior, propiciando o fortalecimento do mercado interno de produção e consumo dos referidos serviços, bens e tecnologia.
3. Não obstante, o legislador entendeu por bem reduzir temporariamente o montante da carga tributária devida, por meio da instituição de um crédito incidente sobre a referida Cide (art. 4º da MP nº 2.159-70).
4. A referida sistemática ameniza os efeitos da tributação, reduzindo o ônus da carga tributária temporariamente, por meio da técnica do creditamento. Não se almejou com isso criar incentivo, pela criação de créditos desvinculados do efetivo pagamento do tributo, mas apenas amenizar o ônus por período determinado.
5. Daí conclui-se que o crédito surge apenas com o efetivo recolhimento da exação paga no mês, aproveitando-se nos períodos subsequentes.
6. Recurso especial não provido". (RESP 201000534632 - RESP - RECURSO ESPECIAL - 1186160 - Relator: Min. MAURO CAMPBELL MARQUES - Sigla do órgão: STJ - Órgão julgador: Segunda Turma - Fonte: Data da Decisão: 26/08/2010 - DJE Data: 30/09/2010).

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE - DESTINADA A FINANCIAR O PROGRAMA DE ESTÍMULO À INTERAÇÃO UNIVERSIDADE-EMPRESA PARA APOIO À INOVAÇÃO. ASSISTÊNCIA TÉCNICA INTERNACIONAL. LEI Nº 10.168/2000. DESNECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. NATUREZA DA CONTRIBUIÇÃO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. OBSERVÂNCIA. REFERIBILIDADE.
1. É desnecessária a edição de lei complementar para a instituição de contribuições de intervenção no domínio econômico, porquanto sua previsão já está contida no art. 149 da Constituição Federal/88. Precedente do STF.
2. A CIDE é um tributo destinado a viabilizar a intervenção estatal na economia para organizar e desenvolver setor essencial, que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição de liberdade de iniciativa. A hipótese de incidência da contribuição é, portanto, uma atuação estatal indiretamente referida ao contribuinte, diferenciada dos impostos, que não possuem qualquer conexão com uma atividade estatal, ainda que indireta.
3. Não há prejuízo ao princípio da isonomia, a decorrer da eleição dos contribuintes da CIDE. A intervenção no domínio econômico, com vistas ao desenvolvimento de determinada atividade ou a coibi-la, interessa não apenas a um grupo determinado, mas a toda sociedade. Os princípios regedores da ordem econômica, que indicam as possibilidades de intervenção do Estado na promoção do desenvolvimento e na redução das desigualdades, uma vez tornados efetivos, beneficiam indiretamente a toda a coletividade.
4. A CIDE estabelecida pela Lei nº 10.168/00, modificada pela Lei nº 10.332/01, reveste-se de duas destinações que lhe dão sentido: uma, negativa, na medida em que desestimula a contratação com o exterior, dado o custo maior, fomentando, no revés, a recorrência às tecnologias pátrias; outra, positiva, granjeando verbas para aplicação nos centros de pesquisa e desenvolvimento brasileiros.

5. O Sistema Constitucional Tributário permite a criação de contribuições sociais de intervenção no domínio econômico. O critério material da hipótese de incidência dessa exação descreve uma atuação, mediata ou imediata, do Estado em relação ao sujeito passivo da obrigação tributária. Pelo contrário, assim como ocorre com os impostos, o pressuposto material de incidência dessas exações é um fato que exprime uma grandeza econômica relativa ao sujeito passivo da obrigação tributária. A bem da verdade, a diferença entre ambas as espécies tributárias (impostos e contribuições) reside exatamente no que poderíamos chamar de referibilidade. Nas contribuições parafiscais, deve existir uma correlação lógica entre o sujeito receptor e o sujeito passivo da obrigação tributária. A finalidade em vista da qual é instituída a contribuição parafiscal deve se referir, mediata ou imediatamente, a uma especial característica do sujeito passivo.
6. Existe uma radicação constitucional do requisito da referibilidade: se o art. 149 da Carta Magna autoriza uma contribuição, diversa do imposto e da taxa, é para cumprir a finalidade específica do desenho constitucional.
7. Quem procura um tributo vinculável a determinada aplicação, tem a taxa, e as contribuições; mas estas têm propósitos determinados, dos quais a intervenção no domínio econômico é modalidade. Arrecadação sem intervenção, é imposto, e assim, sem mandato constitucional. Onerar uma atividade sem pertinência à intervenção é, em princípio, exercer dupla irregularidade: arrecadar imposto fora da hipótese constitucional, e tentar vincular imposto.
8. A necessidade de criar estímulos fiscais ao desenvolvimento tecnológico próprio se faz sentir em toda parte. Não discrepa desse entendimento a política vigente, não só no Brasil, como nos países desenvolvidos de economia de mercado. Assim, a prática de intervenção no domínio econômico para incentivo tecnológico é extensa e quase que universal. Verifica-se, nesses termos, a necessidade e razoabilidade da intervenção.
9. O caminho seguido pela Lei nº 10.168/2000 não foi o de incentivo fiscal (como no caso do Dec.-Lei nº 2.433 e da Lei nº 8.661), mas de intervenção através de oneração da importação de tecnologia e pagamento de direitos de propriedade intelectual, destinando-se o valor arrecadado para a pesquisa e desenvolvimento tecnológicos. A União interfere no fluxo de pagamentos relativos à importação ou uso de direitos de titulares estrangeiros, para gerar fundos tidos por capazes, exatamente, de criar uma alternativa nacional em matéria de tecnologia e de direitos de propriedade intelectual. Não há um puro financiamento de atividades através da CIDE. Ao onerar a importação e, simultaneamente e pelo mesmo instrumento, favorecer a substituição de importações, tem-se uso autêntico de mecanismo interventivo, que não precisa se resumir à mera arrecadação.
10. Como 'não se interpreta a Constituição em tiras', o seu art. 170 deve ser lido em conjugação com o restante dos dispositivos constitucionais. Daí que o Estado está autorizado a intervir na economia almejando dar concretude aos preceitos escritos no aludido artigo, e quando se prevê que possa fazê-lo utilizando a política tributária, nos moldes do art. 149, não se quer limitar a atuação estatal à alocação direta e canalizada de recursos para tais metas. Isto é, o Estado pode interferir na economia, de forma a promover os princípios da ordem econômica, mas esta intervenção pode ser instrumentalizada por vias outras, tais como a descrita pela

Lei nº 10.168/00. Ademais, dentre os objetivos da ordem econômica vertidos no art. 170, está a redução das desigualdades regionais e sociais (inc. VII). A Lei nº 10.168/00 não desvia dessa aspiração, consoante se colhe do seu art. 6º.
11. A parte autora é proprietária de um avião, marca PT-WZC, modelo C90A, para cuja manutenção possui contrato com empresa canadense, através do qual realiza pagamentos mensais a esta, calculado com base no número de horas de vôo de cada turbina. Estando presente a referibilidade objetiva e também por a lei não se referir exclusivamente ao pagamento de *royalties*, mas também à simples 'prestação de assistência técnica', não há inconstitucionalidade neste enquadramento. Precedente deste Turma.
12. Em decisão no RE 396266/SC (Rel. Min. Carlos Velloso, 26.11.2003), o Supremo pronunciou-se pela primeira vez sobre a questão da referibilidade subjetiva como condição para a validade das CIDE. Embora enfatizando a necessidade de referibilidade objetiva da contribuição à intervenção pretendida, o Excelso Tribunal entendeu que, quanto à referibilidade subjetiva do tributo ao contribuinte, tais modalidades 'não exigem vinculação direta do contribuinte ou a possibilidade de auferir benefícios com a aplicação dos recursos arrecadados'. Em conclusão, prescindível a referibilidade direta em relação ao sujeito passivo da exação, porquanto a CIDE caracteriza-se, fundamentalmente, pelo seu aspecto finalístico, qual seja a intervenção do estado no domínio econômico, de modo a viabilizar os preceitos insculpidos no Título VII da CF (arts. 170 e segs.).
13. No caso dos autos, existe a referibilidade subjetiva indireta, explicada da seguinte forma: a empresa que se utiliza de assistência internacional (manutenção de equipamento), cuja tecnologia é inexistente no Brasil, deve suportar o ônus de contribuir para o desenvolvimento do relacionado setor nacional. E ela esta ligada também ao seguimento econômico beneficiado, pois poderá, no futuro, aproveitar-se de tal intervenção do Estado (tecnologia nacional mais barata, em tese).
14. Sentença reformada". (AC 200571000321293 - AC - APELAÇÃO CIVEL - Relatora: Des. Fed. VÂNIA HACK DE ALMEIDA - Sigla do órgão: TRF4 - Órgão julgador: Segunda Turma - Fonte: Data da Decisão: 19/08/2008 - D. E. 10/09/2008).

Alega a contribuinte configurar-se obra intelectual o programa de computador ("software") por ela adquirido de sua coligada no exterior, matéria disciplinada pelas Leis nºs 9.609 e 9.610, ambas do ano de 1998 e não "royalties" a que se refere a Lei nº 10.168/00, razão pela qual não se sujeitaria ao recolhimento da exação. Assevera haver aquisição de conhecimentos tecnológicos ou de transferência de tecnologia, tão-somente, no caso de contrato de licença de uso de conhecimentos tecnológicos, porquanto nesta espécie contratual há a revelação do código-fonte ao licenciado pelo licenciante, não se aplicando referido entendimento à licença de direitos de comercialização a que se refere o caso presente.

Aduz não se caracterizarem como "royalties" os valores remetidos mensalmente à VERITAS EUA, "mas sim uma remuneração devida pela Agravante pela exploração de direitos autorais da VERITAS EUA". (fl. 16)

Sustenta que, "por expressa previsão legal, os programas de computador são consideradas obras intelectuais e, assim, protegidas pela legislação de direito autoral, de sorte que os rendimentos decorrentes da exploração de programa de computador não podem se

caracterizados como 'royalties', (...) e, por decorrência, não ensejam a incidência da CIDE" (*sic* - fls. 17 e 18)

O entendimento jurisprudencial neste Tribunal é no sentido de que, ainda que se configurem remuneração de licença por uso de obra intelectual, os valores remetidos pela contribuinte à sua coligada no exterior, ainda assim, estará sujeita ao recolhimento, justamente por prestar assistência técnica e administrativa aos adquirentes do produto comercializado, uma das hipóteses de incidência da exação, conforme previsto na legislação de regência. A Sexta Turma desta e. Corte Regional, ao analisar a matéria, por maioria, manifestou o seguinte entendimento:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA PRELIMINAR NÃO SUBMETIDA AO CRIVO DO JUÍZO DE ORIGEM. INADMISSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO NESTA ESFERA RECURSAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO DESTINADA A FINANCIAR O PROGRAMA DE ESTÍMULO À INTERAÇÃO UNIVERSIDADE-EMPRESA PARA O APOIO À INOVAÇÃO. LEI Nº 10.168/2000. ALTERAÇÕES. CONSTITUCIONALIDADE. PRESCINDIBILIDADE DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA SUA CRIAÇÃO. FINALIDADE E VINCULAÇÃO DO PRODUTO ARRECADADO. VALIDADE. LICENÇA DE USO DE *SOFTWARE*. REMESSA DE *ROYALTIES* AO EXTERIOR. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA EM SENTIDO ESTRITO. DESNECESSIDADE.
> 1. Não é admissível o exame pelo Tribunal de matéria preliminar não analisada pelo r. Juízo *a quo*, por implicar em supressão de instância.
> 2. A instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico prescinde da edição de lei complementar, qualificando-se essencialmente pela finalidade da atividade estatal desenvolvida, assim como pela destinação conferida às receitas advindas pela sua exigibilidade.
> 3. A contribuição interventiva criada pela Lei nº 10.168/2000, alterada pela Lei nº 10.332/2001, cuja finalidade precípua é estimular o desenvolvimento científico e tecnológico brasileiro, encontra-se em consonância com os ditames da Carta Constitucional.
> 4. A concessão de licença de uso de *software* obtida por pessoa jurídica através de contrato celebrado com empresa estrangeira, com a conseqüente remessa de valores ao exterior, a título de *royalties*, configura hipótese de incidência da citada contribuição (Lei nº 10.168/2000, art. 2º, *caput* e § 2º, acrescentado pela Lei nº 10.332/2001).
> 5. O programa de computador (*software*), na medida em que foi equiparado à obra intelectual, é tutelado pela legislação de direito autoral (Lei nº 9610/98, art. 7º, XII), sem prejuízo da incidência da CIDE, quando da remessa dos *royalties* ao exterior, em decorrência do pagamento pela licença de uso do *software*.
> 6. Legitimidade da incidência da contribuição, independentemente de estar comprovada a existência ou não de transferência de tecnologia, em sentido estrito, mesmo porque as hipóteses descritas na lei abarcam situações em que ela é presumida.
> 7. Agravo de instrumento provido". (Processo AG 200203000430542 - AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 164954 - Relatora: Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA - Sigla

do órgão: TRF3 - Órgão julgador - SEXTA TURMA - Fonte: DJU DATA: 06/05/2005, p. 366).

Outrossim, nesta Corte, a matéria tem sido decidida inclusive pela via monocrática, conforme pode-se aferir da recentíssima decisão exarada pela e. Des. Fed. MARLI FERREIRA, na apelação cível sob nº 0025981-74.2002.4.6100/SP (2002.61.00.025981-9/SP), publicada no D. J. de 01/04/2011:

"DECISÃO
Cuida-se de recurso de apelação contra sentença que denegou o mandado de segurança impetrado pela recorrente, objetivando afastar a exigência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico-CIDE incidente sobre contratos referentes ao uso de imagem e de Taxa técnica e de Serviço dos demais contratos firmados pela Apelante, pelos quais ocorreu a remessa de *royalties* a Johnson & Johnson Internacional, bem como a Warner Bros. Consumer Products.
A sentença denegou a ordem reconhecendo a constitucionalidade da Lei nº 10.168/00.
Apela a impetrante aduzindo a inobservância da lei 10.168/00 do principio da irretroatividade; da necessidade de instituição da exação por lei complementar pedindo a reforma da r. sentença.
Contrarrazões da União Federal à fls. 402, defendendo a natureza parafiscal da CIDE bem assim a desnecessidade de instituição por lei complementar.
O Ministério Público Federal opina pelo improvimento do recurso.
DECIDO
O recurso comporta julgamento nos termos do art. 557, 'caput' do CPC, pois as alegações deduzidas pela recorrente encontram-se em confronto com a jurisprudência dominante do C. Supremo Tribunal Federal, bem assim com a jurisprudência deste Tribunal, assentado nas mesmas razões pelas quais a r. sentença denegou a ordem.
Com efeito, não há qualquer inconstitucionalidade na instituição da CIDE através de lei ordinária. Disse-o em reiteradas decisões monocráticas o C. STF, 'in verbis': 'RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE - DESNECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA SUA CRIAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.
Relatório
1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea *a*, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:
"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE. LEIS NºS 10.168/2000 E 10.332/2001. DESNECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR PARA SUA CRIAÇÃO. NATUREZA DA CONTRIBUIÇÃO. 1. É desnecessária a instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico por lei complementar. A remissão do art. 149 da CF/88 ao art. 146, inciso III, diz respeito ao conteúdo, não à forma legislativa válida para a instituição das contribuições de intervenção no domínio econômico, ou seja, podem ser criadas por lei ordinária, observadas as prescrições da lei complementar

de normas gerais. A lei complementar somente é imprescindível quando se tratar de impostos discriminados, não se aplicando, portanto, às contribuições. 2. Incabível o argumento de que a CIDE seja imposto, e não contribuição de intervenção no domínio econômico. A hipótese de incidência da contribuição é uma atuação estatal indiretamente referida ao contribuinte, diferenciada dos impostos que não possuem qualquer conexão com uma atividade estatal, ainda que indireta. Tem como sujeito passivo o contribuinte que explore atividade econômica que possa ser objeto de regulação pela União, justamente para, em observância às disposições do artigo 170 da CF/88, garantir que o mercado será mantido em conformidade com os princípios da livre iniciativa, concorrência e propriedade privada. 3. Não merece prosperar a alegação de que o FNDCT careceria de normatividade. A uma, porque a ausência da ratificação ao DL 719/69, estipulada no art. 36 do ADCT, não impediria a atuação do legislador ordinário, sendo certo que foi editada a Lei nº 8.172/91, a qual, em seu artigo 2º, dispôs que a lei entraria em vigor na data da publicação, mas produziria os efeitos a partir de 1990. A duas, a Constituição Federal não exige que a criação de um fundo ocorra por lei complementar (TRF - 3ª Região, 3ª Turma, AG 215.639/SP, rel. Carlos Mota, DJU 23.02.05, p. 204). 4. Apelo conhecido e desprovido" (fls. 256-257).

2. A Recorrente alega que o Tribunal *a quo* teria contrariado os arts. 146, inc. III, 149, 167, inc. IV, 170, 174, 207, 212, 213, 214 e 218 da Constituição da República e 36 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Argumenta que "é contribuinte da CIDE por força do disposto na Lei nº 10.168/2000, com redação alterada pela da Lei nº 10.332/2001, incidente sobre valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos à residentes ou domiciliados no exterior, pela tomada de serviços de assistência técnica e semelhantes com e sem transferência de tecnologia" (fl. 290). Sustenta que "a exação aqui chamada CIDE seria verdadeiro imposto (como, de fato, é) sua cobrança seria inconstitucional, ainda que superasse o óbice do art. 167, IV, da CF/88, uma vez que somente poderia ter sido legitimidade instituída pela técnica de competência residual da União Federal, que exige lei complementar para a instituição de novos impostos, conforme disposto no artigo 154, I, da Constituição Federal" (296). Assevera que, "ao entender pela desnecessidade de Lei Complementar para instituição da CIDE sob exame, o v. acórdão recorrido acabou por contrariar os artigos 149 e 146, III, ambos da CF" (fl. 302). Analisados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

3. Razão jurídica não assiste à Recorrente.

4. O Tribunal *a quo* asseverou que "a Constituição da República, por ausência normativa a respeito, não exige lei complementar para a instituição da exação em comento, vale dizer, não há previsão constitucional para que a criação de contribuição social de intervenção no domínio econômico se dê somente por lei complementar. Diverso fosse, teria o legislador constituinte expressamente exigido lei complementar para sua instituição" (fl. 249).

No julgamento do Recurso Extraordinário 396.266, Relator o Ministro Carlos Velloso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que as Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico podem ser criadas por lei ordinária, nos seguintes termos:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO

DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C. F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º. I. - As contribuições do art. 149, C. F. - contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas - posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C. F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C. F., decorrente de 'outras fontes', é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C. F., art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base imponível e contribuintes: C. F., art. 146, III, *a*. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684. II. - A contribuição do SEBRAE - Lei nº 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis nºs 8.154/90 e 10.668/2003 - é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D. L. nº 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C. F. III. - Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis nºs 8.154/90 e 10.668/2003. IV. - R. E. conhecido, mas improvido" (DJ 7.5.2004).

No mesmo sentido:

"Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Lei nº 10.168, de 2000. Contribuição social de intervenção no domínio econômico. Inexigência de lei complementar e de vinculação direta entre o contribuinte e o benefício. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE 451.915-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 1º.12.2006).

E ainda: RE 389.016-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 13.8.2004; RE 389.020-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 10.12.2004; e RE 367.973, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 10.6.2005.

5. Dessa orientação jurisprudencial não divergiu o acórdão recorrido.

6. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se.

(RE 564901/RJ, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJE de 09.12.2009).'

Não se há de invocar inconstitucionalidade na exação, pois a Lei nº 10.168/00, na redação que lhe emprestou a Lei nº 10.332/01, foi expressa ao exigir a contribuição das pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, remeterem *royalties*, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior.

Conclui-se pois que o fato gerador da exação não é em absoluto o fechamento do contrato, mas sim a data do pagamento, creditamento, entrega ou remessa de

royalties, que deverá ocorrer à partir de 1º de janeiro de 2002, caso dos autos, como o comprovam os documentos trazidos com a inicial.
A matéria é pacífica neste Tribunal, como se verifica dos seguintes julgados: AC nº 2003.61.00.018357-1, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, DJU 07/06/06; AG 2002.03.00.043054-2, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida; AMS nº 2003.61.00.030475-1, Rel. Des. Fed. Salette Nascimento; AC 0028494-44.2004.4.03.6100, Rel. Des. Fed. Fabio Prieto, dentre outros.
Isto posto com fundamento no art. 557 'caput' do CPC nego provimento ao recurso.
São Paulo, 14 de março de 2011.
MARLI FERREIRA
Desembargadora Federal".

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.
Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator designado para o acórdão

- Versando sobre contribuições de intervenção no domínio econômico - CIDE e *royalties* (Lei nº 10.168/2000), veja também o artigo doutrinário "Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico - uma Visão Genérica e Preliminar", de autoria do Juiz Federal Marcelo Guerra Martins, publicado na RTRF3R 72/13.

APELAÇÃO CÍVEL
0008507-05.2007.4.03.6104
(2007.61.04.008507-3)

Apelante: UBC IMP. E EXP. LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SANTORO FACCHINI
Classe do Processo: AC 1455524
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/08/2011

EMENTA

AÇÃO ANULATÓRIA - ADUANEIRO - MERCADORIA IMPORTADA - VALOR DA TRANSAÇÃO - ACORDO GATT - DECRETO Nº 4.543/2002 - SUBFATURAMENTO - DECLARAÇÃO FALSA - APURAÇÃO DO PREÇO INTERNACIONAL - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - PROVA PERICIAL - DIREITOS INDISPONÍVEIS - REVELIA - AFASTADA - PROVAS - INSUFICIENTES - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.
1. O Acordo de Valoração Aduaneira do GATT, em seu artigo 1º, estabelece que o valor aduaneiro de mercadoria importada é o valor da transação, isto é, o preço efetivamente pago na sua aquisição.
2. Não transparece que a fiscalização tenha se afastado, em princípio, das regras enumeradas no Acordo em tela, e no Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 4.543/2002, artigo 84).
3. Não demonstrada a origem dos recursos utilizados na operação de importação.
4. As informações constantes nos processos administrativos 103414.006028/2005-93, 10314.006024/2005-13 e 10314.006026/2005-02 não demonstram a regularidade da importação encetada.
5. Não produzido nos autos provas suficientes para demonstrar que não ocorreu o subfaturamento.
6. A declaração ideologicamente falsa do valor da mercadoria tipifica a aplicação das disposições do artigo 618 do Decreto nº 4.543/2002.
7. Em atendimento às disposições do Acordo-GATT e o artigo 84 do Decreto nº 4.543/2002, não se exclui a apuração do preço internacional, mediante *método substitutivo* ao valor da transação, observado o princípio da razoabilidade.
8. A prova pericial poderia, eventualmente, conduzir à redução ou revisão do montante apurado administrativamente.
9. A Fazenda Nacional defende direitos indisponíveis, não incidindo os efeitos da revelia do artigo 319 do CPC, em face do que dispõe o artigo 320, II do mesmo *codex*
ı10. Não existem, nos autos, provas suficientes para afastar a presunção de legi timidade das decisões administrativas hostilizadas, não se evidenciando as ilegalidades alvitradas pelo apelante.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar

provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de julho de 2011.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo autor, contra sentença que julgou improcedente pedido de anulação do processo administrativo 11128.006984/2005-35 (AITAGF 0817800/26745/2005), e o lançamento fiscal a ele vinculado.

Nas razões do recurso, em apertada síntese, sustenta-se que o "auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal" em apreço está baseado em premissas falsas, não havendo falar em subfaturamento. Aduz que o valor pago pela mercadoria é aquele constante da fatura comercial, conforme estabelece o Acordo Geral sobre Tarifas de Comércio - GATT-1994, que foi aprovado pelo Decreto Legislativo 30/1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355/1994. No mesmo sentido, a Instrução Normativa 327/2003, estabelece, em seu artigo 2º, que o valor aduaneiro, base de cálculo do Imposto de Importação, é o valor da mercadoria, conforme definido nas disposições do GATT, razão pela qual a impetrante não poderia atribuir nenhum outro valor aos bens importados. Afirma que a apelada, ao "descaracterizar" a fatura, "criou" forma própria de valorização aduaneira, "passando a individualizar e valorar os componentes bases (matéria-prima)" dos produtos importados pela impetrante, desatendendo às previsões legais constantes do próprio GATT, que estabelecem os métodos de valoração, em ordem sucessiva, quais sejam, "preço pago ou a pagar pelas mercadorias"; "mercadorias idênticas ou similares"; "valor de venda no país importador ou valor computado", e, por fim, "método residual".

Afirma que as conclusões da autoridade aduaneira são contraditórias, atribuindo ás mercadorias valores muito superiores aos que informados nos próprios sistemas da Receita Federal, e que as cópias dos processos administrativos juntados demonstram que os valores das mercadorias importadas pelo apelante são compatíveis com os de mercadorias idênticas ou análogas, desembaraçadas no Brasil.

Aduz que existe ordenamento vigente a ser aplicado (o acordo de valoração aduaneira), que deve ser utilizado para uniformizar os procedimentos da Receita Federal, incidindo, dentre outras disposições, o artigo 98 do CTN e o Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 4.543/2002, artigo 84). Resulta, assim, que o ato administrativo é nulo, pois desrespeitou as regras internacionais vigentes.

Subsidiariamente, afirma que não poderia ser aplicada pena de perdimento da mercadoria, não podendo prosperar a alegação de que a fatura "consularizada" seja acoimada de falsa, por mera presunção da autoridade, sem a apresentação de provas. Cita julgados em abono de seus teses, e pretende prequestionar as normas de legislação constitucional e infraconstitucional, explicitadas no apelo.

Requer a total reforma da sentença, com a acolhimento dos pedidos iniciais.

Regularmente processado o recurso e com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

Nesta Corte, juntado pedido de tutela antecipada, pelo apelante, "a fim de determinar que a Receita Federal suspenda a inscrição em Dívida Ativa de qualquer valor em

nome da impetrante, tendo em vista que ainda se discute judicialmente a validade e regularidade do auto de infração que deu causa à apreensão de suas mercadorias".

Processo inicialmente distribuído à Desembargadora Federal Marli Ferreira, foram os autos redistribuídos para o Desembargador Federal Mairan Maia, em face da prevenção reconhecida com o Mandado de Segurança 0001439-38.2006.4.03.6104, anteriormente distribuídos em 16 de julho de 2.007, e que ora se encontram em apenso, conforme decisão de fl.1010 e v. destes autos.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI (Relator): As razões do recurso, fundamentalmente, reiteram que o "auto de infração e termo de apreensão e guarda fiscal" basearam-se em premissas falsas, para concluir, erroneamente, que a importação amparada pela Fatura Comercial 05-007 e pelo Conhecimento de Transporte NYKS79139259 foi realizada com subfaturamento. Aduz que o valor pago pela mercadoria é aquele constante da fatura comercial, conforme estabelece o Acordo Geral sobre Tarifas de Comércio - GATT-1994, que foi aprovado pelo Decreto Legislativo 30/1994, e promulgado pelo Decreto nº 1.355/1994. No mesmo sentido, a Instrução Normativa 327/2003, estabelece, em seu artigo 2º, que o valor aduaneiro, base de cálculo do Imposto de Importação, é o valor da mercadoria, conforme definido nas disposições do GATT, razão pela qual não se poderia atribuir nenhum outro valor aos bens importados. Afirma que a autoridade administrativa, ao "descaracterizar" a fatura, "criou" forma própria de valorização aduaneira, passando a individualizar e valorar os componentes bases (matéria-prima) dos produtos importados, desatendendo às previsões legais constantes do próprio GATT, que estabelecem os métodos de valoração, em ordem sucessiva, quais sejam, "preço pago ou a pagar pelas mercadorias"; "mercadorias idênticas ou similares"; "valor de venda no país importador ou valor computado", e, por fim, "método residual".

No mesmo passo, relata que as conclusões da autoridade aduaneira são contraditórias, terminando por atribuir às mercadorias, valores muito superiores aos que informados nos próprios sistemas da Receita Federal, e que as cópias dos processos administrativos juntados demonstram que os referidos valores das mercadorias importadas são compatíveis com os de mercadorias idênticas ou análogas, desembaraçadas no Brasil.

Aduz que existe ordenamento vigente a ser aplicado (o acordo de valoração aduaneira), que deve ser utilizado para uniformizar os procedimentos da Receita Federal, incidindo, dentre outras disposições, o artigo 98 do CTN e o Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 4.543/2002, artigo 84).

Resta assente, nos autos, que a Acordo de Valoração Aduaneira do GATT, em seu artigo 1º, estabelece que o valor aduaneiro de mercadoria importada é o valor da transação, isto é, o preço efetivamente pago na sua aquisição. Mostra-se também evidente que tal valor (representado na fatura comercial) não tem valor absoluto, reservando-se à fiscalização aduaneira os mecanismos de revisão, estipulados no artigo 8º, do supracitado Acordo, com o escopo colimado de evitar o subfaturamento.

Não transparece que a fiscalização tenha se afastado, em princípio, das regras enumeradas no Acordo em tela, e no Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 4.543/2002, artigo 84), pois consta que "servindo-se das informações constantes nos sistemas SISCOMEX e

LINCE-FISCO, os preços aplicados na operação em testilha representavam de 20% a 30% daqueles normalmente praticados em transações semelhantes" (as mercadorias importadas - "zippers" de nylon, foram trazidos por US$ 0,24/kg, os "zippers" metálicos, a US$ 0,26/kg e os cursores metálicos a US$ 0,11/kg, enquanto as pesquisas apontavam valores médios bem superiores, quais sejam, respectivamente US$ 0,86/kg, US$ 0,77/kg e US$ 0,48/kg".

Assim, relata-se, por exemplo, no processo administrativo (fls. 326 e seguintes) que a inconsistência acima citada foi apurada em pesquisa junto aos dados dos supracitados sistemas SICOMEX e LINCE-FISCO, que, ao que consta, foram anexados ao referido processo administrativo às fls. 154/180. Não se denota, nestes autos, que o apelante tenha, especificamente, contestado tais informações. Esse critério estaria em conformidade com as disposições do Decreto nº 4.543/2002 e do Acordo - GATT, verificando-se, no entanto, que foi dada oportunidade ao ora apelante para que, na esfera administrativa, trouxesse os documentos e esclarecimentos necessários para determinar a higidez da importação realizada. De tais documentos e informações, extraiu a autoridade indícios comprometedores, como a incoerente declaração de domicílio dos sócios proprietários do apelante, e que esta seria, de fato, filial da sociedade exportadora, "Beauty Bond Limited", aduzindo-se que "... apesar desses esclarecimentos que identificam um relacionamento estreito entre exportador e importador, pesquisa das importações empreendidas pela empresa 'UBC Importação e Exportação Ltda' no biênio 2004-2005, constantes dos bancos de dados do SISCOMEX/LINCE-FISCO (fls. 181/187), mostrou que todas as Declarações de Importação registradas, sem exceção, contém informação de inexistência de vínculo entre ambos, o que, evidentemente, não está correto. Portanto, pairam dúvidas sobre os motivos que levaram a esta omissão..." (fl. 328).

Importante também anotar que não se demonstrou a origem dos recursos utilizados na operação de importação, trazendo-se informações que não diziam respeito ao caso (mencionam-se as folhas 100/116 do processo administrativo).

No mais, não se pode extrair que as informações constantes nos outros processos administrativos que se juntam - 103414.006028/2005-93, 10314.006024/2005-13 e 10314.006026/2005-02 - demonstrem a regularidade da importação encetada. O apelante não demonstra, especificamente, as informações que desautorizariam as conclusões da fiscalização, denotando-se no primeiro deles que o próprio importador requereu autorização para alterar a declaração de importação e também recolher multa e tributos decorrentes. Quanto aos demais, também consta a lavratura de auto de infração, devido à inconsistências nas faturas comerciais. Eventual discrepância entre os valores referidos poderia ser tido como indício em favor do apelante, firmando-se, no entanto, que o procedimento normalmente adotado, de valoração aduaneira não foi aplicado neste caso, como esclarece a apelada, às fls. 980 e seguintes: "... no que concerne à alegação da autora de que a mesma teve, em outras oportunidades, mercadorias de sua propriedade submetidas á valoração aduaneira pela inspetoria da Receita Federal em São Paulo, pretendo se valer dos valores constantes nas 'telas LICEFISC', extraídas de outros PÁS, insta informar que a IN/SRF 327/2002 estabelece normas e procedimentos para a declaração e controle do valor aduaneiro de mercadoria importada, tendo em vista o Acordo sobre a implementação do artigo VII do GATT/2004, *in verbis*: Art. 38. O disposto nesta norma não se aplica aos casos em que se verifique elemento indiciário de fraude, sonegação ou conluio, envolvendo o valor aduaneiro declarado, hipótese em que serão adotados, pela autoridade aduaneira da unidade da SRF que identificar o fato, os procedimentos especiais de controle

aduaneiro previstos na legislação específica. Repise-se que a valoração aduaneira não se aplica ao caso em tela. O tipo de procedimento adotado pela Alfândega/STS foi muito mais extenso e detalhado que aquele realizado pela IRF/SPO, a qual se restringiu à valoração aduaneira, porque, provavelmente não houve, naquele caso, elementos indiciários de fraude, sonegação ou conluio, envolvendo o valor aduaneiro declarado, que pudesse afastar a aplicação da IN/SRF 327/2003 e conduzisse à aplicação dos procedimentos especiais de controle aduaneiro ..."

Logo, somente a produção de prova pericial poderia, eventualmente, desautorizar as conclusões do auto de infração, conforme ficará evidenciado, ainda, no decorrer da fundamentação.

Constata-se que o apelante não produziu nos autos provas suficientes para demonstrar que não ocorreu o subfaturamento. Não foi afastada, sequer, a primeira constatação da fiscalização - que "servindo-se das informações constantes nos sistemas SISCOMEX e LINCE-FISCO, os preços aplicados na operação em testilha representavam de 20% a 30% daqueles normalmente praticados em transações semelhantes" (as mercadorias importadas - "zippers" de nylon, foram trazidos por US$ 0,24/kg, os "zippers" metálicos, a US$ 0,26/kg e os cursores metálicos a US$ 0,11/kg, enquanto as pesquisas apontavam valores médios bem superiores, quais sejam, respectivamente US$ 0,86/kg, US$ 0,77/kg e US$ 0,48/kg. Tal fato, *per se*, já justifica a tipificação do subfaturamento. Essa constatação inicial, no entanto, não excluiu a prerrogativa da autoridade em buscar subsídios para a exata quantificação do valor das mercadorias.

Restariam os argumentos suplementares ou subsidiários do apelante, no sentido de que não há previsão legal para a elaboração do laudo que perquiriu do custo de aquisição das matérias-primas utilizadas na fabricação das mercadorias importadas e que não caberia a imposição de pena de perdimento, porque incabível considerar-se mera presunção, para acoimar de falsa a fatura comercial.

Mostra-se possível, no entanto, a aplicação da pena de perdimento. Sem embargo do entendimento em sentido diverso, a declaração ideologicamente falsa do valor da mercadoria tipifica a aplicação das disposições do artigo 618 do Decreto nº 4.543/2002. Nesse sentido, precedentes desta Corte, *in verbis*:

> "AMS 200761040098195AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 312980
> JUÍZA ELIANA MARCELO
> DJF3 CJ1 DATA: 16/08/2010 PÁGINA: 248
> ADMINISTRATIVO. IMPORTAÇÃO IRREGULAR. DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO. SUBFATURAMENTO. PENA DE PERDIMENTO. CABIMENTO. O perdimento de mercadorias é uma das sanções administrativas e é desencadeada por irregularidades detectadas por ocasião da importação e respectivo desembaraço aduaneiro, em razão do controle das entradas de bens no país que a Administração faz por meio de seus agentes. Sua aplicação, ao tempo da importação, já era prevista pelo Decreto-Lei nº 1.455/76 e Decreto nº 91.030/85, legislação que já passou pelo crivo do Tribunal Federal de Recursos que, manifestando-se sobre o tema, admitiu a constitucionalidade do perdimento, com suporte na eficácia dos novos preceitos constitucionais de 1988, relativos à garantia dos direitos individuais,

dentre os quais se encontra o direito de propriedade. Não se trata de confisco de bens, considerando que a mercadoria, nessa condição, pende de nacionalização, portanto, sobre ela o importador não tem justo título. O regulamento em questão revela-se como norma protetiva dos interesses da Administração Pública e prestigia a probidade dos atos de importação, considerando que as atividades de comércio exterior envolvem os interesses de toda uma coletividade, investindo-se a Fazenda Pública desse munus, em procedimento regular, para a imposição da penalidade pertinente. Os atos de controle aduaneiro têm como objetivo o interesse nacional e se destinam a fiscalizar, restringindo ou limitando, a *importação* ou a exportação de determinados bens, estando o Fisco autorizado a impor as sanções trazidas pelos normativos. Saliente-se que, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a regra vem se mantendo, tendo sido admitido o perdimento de bens, nos procedimentos instaurados no âmbito aduaneiro, pelo Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002. Restou patente que a impetrante tentou internar no país, mercadorias que não correspondiam ao real valor dos bens, com nítida redução da base de cálculo dos tributos devidos, não havendo qualquer ilegalidade na imposição da sanção de perdimento, quando garantido, em procedimento administrativo, o direito à defesa e os recursos pertinentes, não logrando provar a impetrante que as mercadorias encontravam-se em conformidade com as regras previamente traçadas pela legislação, presumindo-se a fraude e o dano ao erário pelos documentos apresentados. A autoridade fiscal apurou 'os preços médios FOB de apenas 1,19US$/Kg e de 1,57 US$/Kg declarados (...) [e] que os produtos despachados pela DI nº 07/0584308-9 e pela DTA nº 07/0243024-2 têm a somatória das parcelas referentes ao preço de suas matérias-primas constitutivas maior que seus próprios preços como produtos acabados'. A impetrante não trouxe, com a inicial, elementos que indicassem serem os preços indicados nas faturas apresentadas compatíveis com os praticados no mercado externo e interno, para se aferir a legalidade de seu procedimento em face da atuação feita pelo Fisco. Limitou-se a trazer o acordo comercial firmado com a exportadora (fls. 27/28), cujos termos não poderão ser oponíveis ao Fisco sem que outras provas lhe dêem credibilidade. Precedentes. Recurso a que se nega provimento."

"AMS 200961190007921AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 321369
JUÍZA CECILIA MARCONDES
DJF3 CJ1 DATA: 18/02/2011 PÁGINA: 643
MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. SUBFATURAMENTO. FISCALIZAÇÃO. PENA DE PERDIMENTO. LEGALIDADE. 1. A autoridade aduaneira, durante a verificação física das mercadorias submetidas a despacho aduaneiro, encontrou, nos volumes da carga, uma outra fatura comercial (Commerce Invoice PNP-E/H#865295), emitida pela empresa Selectron Technology Co. - China e endereçada à empresa Alcatel Business Systems - France (empresa exportadora das mercadorias importadas pela ora apelante), sendo que parte das mercadorias relacionadas nesta fatura correspondia aos itens constantes das faturas que acompanharam a declaração de importação. 2. Mediante o confronto da fatura emitida pela Selectron Technology Co. - China com a fatura emitida pela

Alcatel Business Systems - France à ora apelante, verificou-se que os valores constantes da primeira eram superiores aos valores declarados. 3. Não há argumento lógico que possa sustentar o fato de a empresa exportadora (Alcatel Business Systems - France) ter comprado mercadoria da China a determinado preço e, posteriormente, vendido esta mesma mercadoria para a apelante a preços menores, razão pela qual concluiu a autoridade aduaneira ter havido a apresentação de documento contendo informações falsas. 4. Intimada a fornecer documentos que pudessem contribuir com a fiscalização, a apelante apresentou a lista de preços dos produtos a ela vendidos pela Alcatel Business Systems - France, restando comprovado que o valor declarado pela apelante para o produto *analog interfaces* SLI16-I foi inferior em U$ 99,66, por unidade, ao preço constante da referida lista. 5. Restou também apurada, ainda tomando-se por base a referida lista e confrontando-se os preços dela constantes com aqueles que foram declarados, uma diferença total de U$ 22.573,16, o que gerou uma sonegação estimada de R$ 23.930,95 (fls. 83/84). 6. Havendo a correta subsunção do fato descrito no auto de infração à norma do artigo 618, VI do *Decreto* nº 4.543/02, e somando-se a este fato o regular desenvolvimento da ação de fiscalização, não há que se falar em qualquer ilegalidade na aplicação da pena de perdimento, perfeitamente cabível no caso sob análise. 7. Apelação a que se nega provimento."

Também não se pode afastar a apuração do real valor das mercadorias através do laudo expedido por técnico especializado. Dispõe o artigo 84 do Decreto nº 4.543/2002:

"artigo 84. No caso de fraude, sonegação ou conluio, em que não seja possível a apuração do preço efetivamente praticado na importação, a base de cálculo dos tributos ou contribuições e demais direitos incidentes será determinada mediante arbitramento do preço da mercadoria, em conformidade com um dos seguintes critérios, observada a ordem seqüencial:
I - preço de exportação para o País, de mercadoria idêntica ou similar;
II - preço no mercado internacional, apurado:
a) em cotação de bolsa de mercadoria ou em publicação especializada;
b) mediante método substitutivo ao valor da transação observado o princípio da razoabilidade;
c) mediante laudo expedido por entidade ou técnico especializado".

Portanto, em atendimento ás disposições do Acordo-GATT e ao supracitado normativo legal, não se exclui a apuração do preço internacional, mediante *método substitutivo* ao valor da transação, observado o princípio da razoabilidade. Como se verifica do processo administrativo, as informações trazidas pelo apelante, após a constatação, em princípio, do subfaturamento, foram imprecisas e insuficientes. No sentir da autoridade administrativa, em face desses fatos, mostrou-se necessária a utilização de método substitutivo para a apuração do valor real das mercadorias, incluindo-se, nesse mister, a perquirição do custo das matérias-primas utilizadas na fabricação das referidas mercadorias importadas.

É certo que, considerados os termos do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, poderia o apelante produzir, nestes autos, provas que infirmassem as conclusões

administrativas, em especial, o que se clama, nas razões de apelo, de incoerência entre o valor apurado no laudo e a estimativa inicial do subfaturamento, em cotejo com as informações dos sistemas SICOMEX e LINCE-FISCO.

Logo, prova pericial poderia, eventualmente, conduzir à redução ou revisão do montante apurado administrativamente. Ocorre que o apelante concordou com o julgamento antecipado da lide, fiando-se, ao que consta à fl. 901, no fato de que a Fazenda Nacional não apresentou contestação, razão que conduziria à incidência do artigo 330, II do CPC.

Há de se assentar, no entanto, que a Fazenda Nacional defende direitos indisponíveis, não incidindo os efeitos da revelia do artigo 319 do CPC, em face do que dispõe o artigo 320, II do mesmo *codex*.

Assim, não existem, nos autos, provas suficientes para afastar a presunção de legitimidade das decisões administrativas hostilizadas, não se evidenciando as ilegalidades alvitradas pelo apelante.

Tais fundamentos, em conjunto, mostram-se suficientes para escorar a sentença monocrática, razão pela qual há de se desprover o apelo.

Em face do exposto, voto pelo desprovimento da apelação.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0022738-45.2009.4.03.0000
(2009.03.00.022738-0)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravados: JRC SERVIÇOS EMPRESARIAIS E COML/ LTDA. E OUTROS
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DO SAF DE SÃO CAETANO DO SUL - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AI 376947
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/08/2011

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - ARTIGO 185-A DO CTN - COMUNICAÇÃO DO DECRETO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DO EXECUTADO AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS, PARA QUE CONCRETIZEM A MEDIDA - INCUMBÊNCIA DO JUIZO EXECUTIVO (LITERALIDADE DA LEI) - AGRAVO PROVIDO.

1. A literalidade da redação do artigo 185-A é expressa em impor ao Judiciário o encargo de, tendo decretar a indisponibilidade de bens e direitos do devedor, comunicar essa decisão aos órgãos e entidades que promovem a registros de transferências de bens a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial, ao depois encaminhando ao juízo a relação dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

2. O texto legal torna o Judiciário "despachante" dos interesses próprios de uma das partes - o exeqüente - concedendo mais um privilégio à Fazenda Pública, dentre tantos outros que, num regime republicano, são de difícil explicação. Contudo, *legem habemus*.

3. Decisão indeferitória reformada (precedentes do tribunal), em agravo de instrumento que é provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 09 de agosto de 2011.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União Federal em face da decisão de fl. 137 (fl. 132 dos autos de origem) mantida quando dos embargos de declaração que, em sede de execução fiscal, deferiu a indisponibilidade de bens dos executados na forma do artigo 185-A do Código Tributário Nacional mas incumbiu a exequente de diligenciar perante os órgãos públicos com cópia da decisão para seu cumprimento.

Requer a agravante a reforma da decisão agravada para que seja determinado ao Juízo *a quo* efetivar a comunicação da decisão agravada aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, aduzindo, em síntese, que a decisão não atribuiu efetividade ao cumprimento do determinado pelo artigo 185-A do Código Tributário Nacional.

Informações prestadas pelo juízo de origem às fls. 146/148.

Não houve pedido expresso da providência albergada no art. 527, III, do Código de Processo Civil.

Sem intimação para contraminuta, em razão da ausência de advogado constituído nos autos.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator): Dispõe o artigo 185-A do Código Tributário Nacional, incluído pela Lei Complementar nº 118/2005 (destaquei):

> "Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, *comunicando a decisão*, preferencialmente por meio eletrônico, 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, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial."

Assim, a literalidade da redação do artigo 185-A é expressa em impor ao Judiciário o encargo de, tendo decretar a indisponibilidade de bens e direitos do devedor, comunicar essa decisão aos órgãos e entidades que promovem a registros de transferências de bens a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial, ao depois encaminhando ao juízo a relação dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

Diante disso, a decisão que defere a indisponibilidade de bens dos executados na forma do artigo 185-A do Código Tributário Nacional, mas incumbe a Fazenda Pública exequente de diligenciar perante os órgãos públicos com cópia da decisão para o devido cumprimento, não cumpre a exigência legal e deve ser reformada.

Nesse sentido são os seguintes precedentes desta Corte:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. COMUNIÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS E DIREITOS DOS DEVEDORES AOS ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS PELA TRANSFERÊNCIA DE BENS. ATO A SER EFETIVADO PELO R. JUÍZO *A QUO*. POSSIBILIDADE.
> 1. Dispõe o art. 185, do CTN que na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem

encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, 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, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.
2. No caso *sub judice*, trata-se de execução fiscal ajuizada em face de pessoa jurídica que não foi localizada no endereço de sua sede quando da citação; redirecionado o feito para os sócios, sendo o co-executado Luís Carlos Anderson de Mendonça citado por edital; foi deferida a utilização do sistema Bacenjud para rastreamento e bloqueio de valores eventualmente existentes em contas corrente dos devedores, providência que restou negativa; nesse passo, a ora agravante pugnou pela decretação de indisponibilidade de bens e direitos, o que foi acolhido pelo d. magistrado de origem, que asseverou que deve a exequente requerer as providências cabíveis nos órgãos competentes para fins de efetivação da indisponibilidade ora decretada, indicando ao Juízo a efetiva existência de bens pertencentes ao executado.
3. Ora, a comunicação da indisponibilidade dos bens do devedor aos órgãos responsáveis pela transferência de patrimônio, a ser efetivada pelo Juízo encontra-se expressamente previsto no art. 185-A, do CTN, e, sua ausência não atende à finalidade do disposto em mencionado artigo, pois não atribui efetividade à medida tampouco dá publicidade ao ato.
4. Agravo de instrumento provido."
(AI 201003000256149, JUÍZA CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, 11/03/2011)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DO EXECUTADO. ARTIGO 185-A DO CTN. COMUNICAÇÃO DA DECISÃO AOS ÓRGÃOS COMPETENTES.
I - Comunicação da indisponibilidade de bens e direitos decretada pelo juízo da execução que deve ser encaminhada aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens e autoridades com atribuições de supervisão dos mercados bancário e de capitais, não ficando à critério da exequente a escolha dos órgãos a serem comunicados, competindo ao magistrado rejeitar providências inúteis ou em desconformidade com o escopo da norma legal. Exegese do art. 185-A do CTN.
II - Hipótese dos autos em que a exequente, ao arrolar os órgãos pertinentes, inseriu no texto providências de natureza diversa da de comunicação, postulando providências de requisição de documentos.
III - Requerimento e decisão que não observam integralmente o disposto no art. 185-A do CTN.
IV - Agravo de instrumento parcialmente provido."
(AI 201003000213527, JUIZ PEIXOTO JUNIOR, TRF3 - SEGUNDA TURMA, 10/03/2011)

"EXECUÇÃO FISCAL - INDISPONIBILIDADE DE BENS E DIREITOS - CTN, ARTIGO 185-A - APLICAÇÃO.

1. É ineficaz, em relação a possibilidade do devedor possuir ou vir a possuir outros bens, a decisão que determina a indisponibilidade de bens e direitos, mas nega a comunicação aos órgãos e entidades de registro de propriedade e transferência de bens e direitos.
2. Agravo de instrumento provido."
(AI 201003000089270, JUIZ FÁBIO PRIETO, TRF3 - QUARTA TURMA, 23/11/2010)

"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - DECISÃO QUE DECRETOU A INDISPONIBILIDADE DE BENS E DIREITOS DOS EXECUTADOS, MAS SEM COMUNICAÇÃO AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES QUE PROMOVEM O REGISTRO DE TRANSFERÊNCIA DE BENS - AGRAVO PROVIDO.
1. Nos termos do art. 185-A do CTN, decretada a indisponibilidade de bens e direitos dos executados, compete ao juiz comunicar a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registro de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais.
2. E, cumprida a ordem judicial pelos referidos órgãos e entidades, no âmbito de suas atribuições, deverão comunicar ao Juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido, cabendo ao Juiz determinar, se for o caso, o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem o valor total exigível.
3. Não é suficiente, portanto, a requisição de informações sobre a existência de bens e direitos em nome dos executados, para dar cumprimento ao decreto de indisponibilidade, mas é necessário que a decisão seja comunicada pelo Juízo aos órgãos e entidades que promovem registro de transferência de bens. Tal comunicação, nos termos da lei, cabe ao juiz, e deverá ser realizada por meio eletrônico, preferencialmente, o que não impede que seja feita por outros meios.
4. Ainda que se faculte, à exeqüente, apresentar, aos órgãos e entidades que promovem registro de transferência de bens, cópia da decisão que decreta a indisponibilidade de bens e direitos, tal não exime o Juízo do seu dever de lhes comunicar a referida decisão.
5. Agravo provido."
(AI 200903000271744, JUÍZA RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, 13/04/2010)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ARTIGO 185-A DO CTN. COMUNICAÇÃO. INCUMBÊNCIA DO JUÍZO.
Compete ao Juízo 'a quo' a decretação da indisponibilidade dos bens, assim como a própria comunicação eletrônica da medida aos órgãos competentes, nos termos do artigo 185-A do Código Tributário Nacional. Não cumpre a exigência legal a decisão que defere a medida, mas atribui à exeqüente o ônus de providenciar a comprovação do deferimento e a sua comunicação aos órgãos de registro de bens e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais. A

preferência legal pelo meio eletrônico almeja não apenas a celeridade do procedimento, como ainda conferir segurança ao sistema, provando a autenticidade da decretação, sem delongas, sendo inerente a tal finalidade que a comunicação seja oficial e diretamente provida pelo próprio Juízo, que deferiu a ordem de indisponibilidade patrimonial. Precedentes."
(AI 200903000199309, JUIZ CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, 15/12/2009)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS E DIREITOS DO EXECUTADO. ART. 185-A DO CTN. COMUNICAÇÃO AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES QUE PROMOVEM REGISTROS DE TRANSFERÊNCIA DE BENS. PROVIDÊNCIA DO JUÍZO. ARTS. 141, I E II, E 193 DO CPC.
1. Salvo nos casos de solicitação da própria parte e assentimento judicial, não cabe transferir a ela atribuições que são do Juízo, mais propriamente dos auxiliares judiciais.
2. Os auxiliares do Juízo são *longa manus* do próprio Poder Judiciário, de forma que viola o princípio do juiz natural a delegação ao particular das atribuições que deveriam ser por ele cumpridas. Art. 141, incisos I e II, do Código de Processo Civil.
3. A comunicação de indisponibilidade aos órgãos e entidades que promovem registros e transferência de bens é atribuição do Poder Judiciário e por ele deve ser exercida, no prazo que as condições materiais o permitirem, conforme a inteligência do art. 193 do Código de Processo Civil.
4. Precedente do STJ.
5. Agravo de instrumento provido."
(AI 200903000093726, JUIZ MÁRCIO MORAES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, 17/11/2009)

Na verdade, o texto legal torna o Judiciário "despachante" dos interesses próprios de uma das partes - o exeqüente - concedendo mais um privilégio à Fazenda Pública, dentre tantos outros que, num regime republicano, são de difícil explicação. Contudo, *legem habemus*.

Pelo exposto, *dou provimento ao agravo de instrumento.*

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

- Sobre as providências previstas no artigo 185-A do CTN, quanto ao bloqueio de bens dos executados, veja também o artigo doutrinário "O impacto, nos executivos ficais, das inovações trazidas à disciplina tributária pela Lei Complementar 118 e pela nova Lei de Falências" de autoria da Juíza Federal Helena Delgado Ramos Fialho Moreira, publicado na RTRF3R 80/119 e o seguinte julgado: AI 2006.03.00.124091-2/SP, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, publicado na RTRF3R 86/88.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0012862-65.2010.4.03.6100
(2010.61.00.012862-0)

Apelantes: OSESP COML/ E ADMINISTRADORA LTDA., UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) E OUTRO
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 15ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AMS 329248
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/08/2011

DECISÃO

Mandado de segurança impetrado em *08/06/2010* objetivando suspender a exigibilidade das contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas pagas nos *quinze (15) primeiros dias de afastamento* da atividade laboral, antes da concessão do *auxílio doença* bem como sobre as verbas pagas a título de *salário maternidade, aviso prévio indenizado, sobre férias, adicional de 1/3 de férias e férias não gozadas e indenizadas*, aduzindo, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre as referidas verbas uma vez que não houve contraprestação do serviço por parte do empregado, não possuindo aquelas verbas natureza salarial. Requer a *compensação* dos valores indevidamente recolhidos nos últimos dez anos, com tributos vincendos. Atribuiu à causa o valor de R$ 35.000,00.

A r. sentença de fls. 165/178 concedeu *parcialmente* a segurança para afastar o recolhimento das contribuições previdenciárias sobre o *aviso prévio indenizado, adicional de 1/3 de férias, férias não gozadas e indenizadas e auxílio doença*, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos dez anos que antecederam a impetração, com futuros recolhimentos das contribuições sociais a seu cargo, inclusive os demais tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, após o trânsito em julgado, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional, atualizados pela utilização da taxa SELIC. Sentença submetida ao reexame necessário.

Apelou a impetrante requerendo a reforma parcial da r. sentença para afastar a incidência das contribuições previdenciárias sobre as verbas pagas a título de *salário maternidade e férias*. Requer a *compensação* dos valores indevidamente recolhidos nos últimos dez anos (fls. 650/674). Recurso respondido.

Apelou também a União Federal (Fazenda Nacional) aduzindo preliminarmente, não caber mandado de segurança como via substitutiva de ação de repetição de indébito, bem como a contagem do prazo quinquenal para consumação da prescrição do direito à restituição ou compensação do tributo pago indevidamente e, no mérito, requer a reforma da sentença em razão da natureza salarial das verbas incidentes sobre o *aviso prévio indenizado, adicional de 1/3 de férias, férias não gozadas e indenizadas e auxílio doença* (fls. 222/244). Recurso respondido.

Aberta vista ao Ministério Público Federal houve parecer pelo não provimento da apelação da impetrante e parcial provimento ao recurso interposto pela União Federal (Fazenda Nacional), para reconhecer a incidência das contribuições previdenciárias sobre o aviso prévio indenizado, abono constitucional de 1/3 férias e afastamento durante os primeiros 15 dias do auxílio doença (fls. 270/290).

É o relatório.

Decido.

Reporta-se o presente mandado de segurança à declaração de inexigibilidade de contribuições à seguridade social incidentes sobre as verbas pagas pelo empregador ao empregado nos *quinze primeiros dias de afastamento da atividade laboral, antes da concessão do auxílio doença*, sobre *salário maternidade, aviso prévio indenizado, férias, adicional de 1/3 de férias e férias não gozadas e indenizadas*, com pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Assim, a controvérsia noticiada diz respeito à exigibilidade de contribuições sociais incidentes sobre parcelas que a impetrante entende não configurariam contraprestação pelo trabalho, mas sim indenização.

A Constituição não faz referência apenas à folha de salários, mas também aos demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física (art. 195, I, "a").

A contribuição da empresa será calculada, nos termos do art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, à razão de vinte por cento (20%) "sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestam serviços, destinadas a restituir o trabalho, qualquer que seja sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador".

Efetivamente, a previsão legal é de que a contribuição social a cargo da empresa incide "*sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título*", aqui abrangidas outras remunerações que não salário.

O entendimento favorável às empresas solidificou-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça; na medida em que se trata da corte constitucionalmente apta a interpretar o direito federal, parece-me desarrazoado dissentir da sua jurisprudência pacífica sob pena de eternizar demandas.

Assim, resguardando meu pensamento próprio, em favor da impetração invoco os seguintes arestos:

> "TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SALÁRIO-MATERNIDADE - BENEFÍCIO SUBSTITUTIVO DA REMUNERAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 28, § 2º, DA LEI 8.212/91 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE E HORAS EXTRAS - PARCELAS REMUNERATÓRIAS - ENUNCIADO 60 DO TST - AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE - CARÁTER INDENIZATÓRIO - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL.
> 1. ...
> 2. O salário-maternidade é benefício substitutivo da remuneração da segurada e é devido em razão da relação laboral, razão pela qual sobre tais verbas incide contribuição previdenciária, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei 8.212/91.
> 3. Os adicionais noturnos, de periculosidade, de insalubridade e referente à prestação de horas-extras, quando pagos com habitualidade, incorporam-se ao salário e sofrem a incidência de contribuição previdenciária.
> 4. O STJ, após o julgamento da Pet 7.296/DF, realinhou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço

constitucional de férias. Precedentes.
5. *Não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias de auxílio-doença pagos pelo empregador, nem sobre as verbas devidas a título de auxílio-acidente, que se revestem de natureza indenizatória. Precedentes.*
6. Recurso especial provido em parte."
(RESP 200901342774, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 22/09/2010)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MERA INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.
1. ...
2. *Está assentado na jurisprudência desta Corte que os valores pagos a título de auxílio-doença e de auxílio-acidente, nos primeiros quinze dias de afastamento, não têm natureza remuneratória e sim indenizatória, não sendo considerados contraprestação pelo serviço realizado pelo segurado. Não se enquadram, portanto, na hipótese de incidência prevista para a contribuição previdenciária. Precedentes.*
3. Não há negativa de vigência aos artigos 60, § 3º, da Lei nº 8.213/91, 22, inc. I, e 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91, tampouco a violação à cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República, mas apenas a interpretação dos referidos dispositivos legais. Não era pressuposto de tal conclusão a declaração de inconstitucionalidade de lei federal.
4. ..."
(ADRESP 200801478527, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 28/06/2010)

O mesmo entendimento pode ser aplicado em relação a outras parcelas pagas pelo empregador a que atualmente as cortes superiores não vêm emprestando a natureza de remuneração do trabalho.

Confira-se o entendimento das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal:

RE-AgR 389903/DF - DISTRITO FEDERAL AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 21/02/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma
"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE HORAS EXTRAS E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. Somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo regimental a que se nega provimento".

RE-AgR 545317/DF - DISTRITO FEDERAL AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 19/02/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

"EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Prequestionamento. Ocorrência. 3. Servidores públicos federais. Incidência de contribuição previdenciária. Férias e horas extras. Verbas indenizatórias. Impossibilidade. 4. Agravo regimental a que se nega provimento."

O mesmo ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como segue:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDORES PÚBLICOS. HORAS EXTRAS E ADICIONAL DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA. ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GRATIFICAÇÃO NATALINA. INCIDÊNCIA. SÚMULAS 207 e 688/STF. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE PRECEITO FEDERAL. SÚMULA 282/STF.
1. Não se vislumbra a ocorrência de nenhum dos vícios elencados no art. 535 do CPC no conteúdo do acórdão recorrido, pelo que se afasta a preliminar de sua nulidade.
2. Nenhuma dúvida remanesce quanto à incidência da contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina (13º salário) em virtude de sua natureza salarial. Súmulas 207 e 688/STF.
3. Inúmeros julgados oriundos das Primeira e Segunda Turmas deste STJ assentam-se na linha de que o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração de férias e o pagamento de horas extraordinárias, direitos assegurados pela Constituição aos empregados e aos servidores públicos, além dos adicionais de caráter permanente (Lei 8.112/91, arts. 41 e 49), integram o conceito de remuneração, sujeitando-se à contribuição previdenciária. Precedentes: Resp 805.072/PE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 15/02/2007; REsp 512848/RS, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 28.09.2006; RMS 19.687/DF, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 23.11.2006; REsp 676.294/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ 13.11.2006. E as decisões monocráticas: Resp 971.020/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 1º/7/2008; RMS 18.870/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 23/06/2008.
4. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal vem externando o posicionamento pelo afastamento da contribuição previdenciária sobre o adicional de férias e horas extras sob o fundamento de que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor devem sofrer a sua incidência. Precedentes: AgRgRE 545.317-1/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/03/2008; AgRgRE 389.903/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 05/05/2006. E as decisões monocráticas: AI 715.335/MG, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 13/06/2008; RE 429.917/TO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 29/05/2007. Do STJ: Resp 786.988/DF, Rel. Min. Castro Meira, DJ 06/04/2006; Resp 489.279/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 11/04/2005; Resp 615.618/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 27/03/2006.
5. Nesse contexto, e com vistas no entendimento externado pelo colendo STF, o inconformismo deve ter êxito para se declarar a não-incidência da contribuição previdenciária sobre o adicional de férias e horas extraordinárias, mantida a exação sobre a gratificação natalina.
6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido."

(REsp nº 764.586/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 24/09/2008).

De outro lado, inafastável o caráter remuneratório do salário maternidade, como soa sem discrepância a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual nesse particular aceitamos, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SALÁRIO - MATERNIDADE - BENEFÍCIO SUBSTITUTIVO DA REMUNERAÇÃO - POSSIBILIDADE - ART. 28, § 2º, DA LEI 8.212/91 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE E HORAS EXTRAS - PARCELAS REMUNERATÓRIAS - ENUNCIADO 60 DO TST - AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE - CARÁTER INDENIZATÓRIO - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL.
1. Inexiste violação aos arts. 458, 459 e 535 do CPC se o acórdão recorrido apresenta estrutura adequada e encontra-se devidamente fundamentado, na forma da legislação processual, abordando a matéria objeto da irresignação.
2. O salário - maternidade é benefício substitutivo da remuneração da segurada e é devido em razão da relação laboral, razão pela qual sobre tais verbas incide contribuição previdenciária, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei 8.212/91.
3. Os adicionais noturnos, de periculosidade, de insalubridade e referente à prestação de horas-extras, quando pagos com habitualidade, incorporam-se ao salário e sofrem a incidência de contribuição previdenciária.
4. O STJ, após o julgamento da Pet 7.296/DF, realinhou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Precedentes.
5. Não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias de auxílio-doença pagos pelo empregador, nem sobre as verbas devidas a título de auxílio-acidente, que se revestem de natureza indenizatória. Precedentes.
6. Recurso especial provido em parte. (RESP 200901342774, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, 22/09/2010)

Já o *aviso prévio* é a comunicação de prazo por uma das partes que pretende rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho por prazo indeterminado. Sua previsão legal encontra-se no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação é a seguinte:

"Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:
I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)
II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. (Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951)
§ 1º - A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito

aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.
§ 2º - A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.
..."

No caso de rescisão do contrato de trabalho, sem justa causa, por iniciativa do empregador, surgem duas modalidades de aviso prévio: poderá o empregador optar pela concessão do aviso prévio trabalhado ou indenizado, sendo esta segunda hipótese muito frequente nos dias atuais.

O Decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social) em seu art. 214, § 9º, inciso V, alínea "f", determinava a não incidência do INSS sobre o "aviso prévio indenizado", mas a situação mudou com a revogação do dispositivo pelo Decreto nº 6.727 de 12.1.2009 de modo que a partir dessa data os trabalhadores e empresas estão obrigados ao pagamento de contribuição sobre o respectivo montante.

Sucede que o pagamento dessa verba não corresponde a qualquer prestação laboral, pelo contrário, é paga justamente para que o obreiro não cumpra o aviso prévio normal, ou seja, o empregador não deseja a presença do empregado no recinto de trabalho.

Assim, o fato de o período de aviso ser computado no tempo de serviço para todos os efeitos legais, de acordo com o que estabelece o artigo 487 da CLT, não torna o valor da indenização a ele referente passível de incidência de contribuições previdenciárias, já que essa parcela paga em virtude de demissão não se ajusta ao conceito de "salário-de-contribuição", feita pelo inciso I do artigo 28 da Lei 8.212/91, que abrange somente os rendimentos pagos como contraprestação pelo trabalho e, "in casu", trabalho é o que não há.

Ora, se a Constituição somente permite que o custeio da Seguridade Social tenha como uma das bases a tributação (contribuição) sobre as remunerações serviços realizados, não há espaço para um decreto ultrapassar os rigores da lei que estabelece as tais bases de cálculo a fim de fazer incidir a tributação sobre um valor pago ao empregado justamente para que ele "não trabalhe", correspondente a dispensa aos 30 dias de trabalho sob o regime do "aviso prévio".

Em casos análogos este Tribunal já externou o seguinte entendimento:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO E GRATIFICAÇÃO NATALINA CORRESPONDENTE. ART. 487, § 1º DA CLT. VERBA INDENIZATÓRIA.
1. O aviso prévio é a notificação que uma das partes do contrato de trabalho faz à parte contrária, comunicando-lhe a intenção de rescindir o vínculo laboral, em data certa e determinada, observado o prazo determinado em lei.
2. O período em que o empregado trabalha após ter dado ou recebido o aviso prévio é computado como tempo de serviço para efeitos de aposentadoria e remunerado de forma habitual, por meio de salário, sobre o qual deve incidir, portanto, a contribuição previdenciária.
3. Todavia, rescindido o contrato pelo empregador antes de findo o prazo do aviso, o trabalhador faz jus ao pagamento do valor relativo ao salário correspondente

ao período, *ex vi* do § 1º do art. 467 da CLT, hipótese em que a importância recebida tem natureza indenizatória, já que paga a título de indenização, e não de contraprestação de serviços.
4. As verbas indenizatórias visam a recompor o patrimônio do empregado dispensado sem justa causa e, por serem desprovidas do caráter de habitualidade, não compõem parcela do salário, razão pela qual não se sujeitam à incidência da contribuição.
5. Não incidindo a contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, afastada está, por conseguinte, sua incidência sobre a projeção do aviso na gratificação natalina.
6. Agravo de instrumento ao qual se nega provimento. Agravo regimental prejudicado."
(AI 200903000201067, Desembargadora Federal VESNA KOLMAR, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, 02/09/2010)

"PROCESSO CIVIL - AGRAVO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC - DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO ART. 557, 'CAPUT', DO CPC - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.
1. Para a utilização do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, deve-se enfrentar, especificamente, a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve-se demonstrar que aquele recurso não é manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência deste Tribunal ou das Cortes Superiores.
2. Decisão que, nos termos do art. 557, 'caput', do CPC, negou seguimento ao recurso, em conformidade com o entendimento pacificado por esta Egrégia Corte Regional, no sentido de que não pode incidir a contribuição social previdenciária sobre pagamentos efetuados a título de aviso prévio indenizado (TRF3, AMS nº 2005.61.19.003353-7/SP, 5ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, DJF3 CJ1 26/08/2009, pág. 220; AC nº 2000.61.15.001755-9/SP, 2ª Turma, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, DJF3 19/06/2008; AC nº 2001.03.99.007489-6/SP, 1ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Vesna Kolmar, DJF3 13/06/2008).
3. Recentemente, o Egrégio STJ firmou entendimento no sentido de que não incide a contribuição social previdenciária sobre valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial (REsp nº 1198964/PR, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 04/10/2010).
4. Considerando que a parte agravante não conseguiu afastar os fundamentos da decisão agravada, esta deve ser mantida.
5. Recurso improvido."
(AI 201003000357914, Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, 10/03/2011)

E neste sentido também se encontra consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (destaquei):

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NÃO INCIDÊNCIA, POR SE TRATAR DE VERBA QUE NÃO SE DESTINA

A RETRIBUIR TRABALHO, MAS A INDENIZAR. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO."
(REsp 1221665/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 23/02/2011)

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.
1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
2. A Segunda Turma do STJ consolidou o entendimento de que o valor pago ao trabalhador a título de aviso prévio indenizado, por não se destinar a retribuir o trabalho e possuir cunho indenizatório, não está sujeito à incidência da contribuição previdenciária sobre a folha de salários.
3. Recurso Especial não provido."
(REsp 1218797/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 04/02/2011)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INSUFICIÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. ART. 22, I, DA LEI 8.212/91. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ABONO DE NATUREZA INDENIZATÓRIA NÃO INTEGRA BASE DE CÁLCULO.
1. Não se revela insuficiente a prestação jurisdicional se o Tribunal a quo examina as questões relevantes ao deslinde da controvérsia de modo integral e sólido.
2. 'A indenização decorrente da falta de aviso prévio visa reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução da jornada a que fazia jus (arts. 487 e segs. da CLT). Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, por não se tratar de verba salarial' (REsp 1.198.964/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 04.10.10).
3. Recurso especial não provido."
(REsp 1213133/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 01/12/2010)

Assim, *o caso é de não incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado*, não obstante a revogação da alínea "f" do inciso V do § 9º do artigo 214 do Regulamento da Previdência Social pelo Decreto nº 6.727/2009.

Com efeito, é consabido que o Regulamento da Previdência tem apenas o condão de explicitar o quanto disposto na Lei 8.212/91 não podendo servir indiretamente de norma impositiva tributária, tampouco se prestando a alterar a natureza jurídica de verba paga ao empregado.

Enfim, reforçando a tese de que o Poder Executivo embaralha-se nas confusões que cria com sua sanha arrecadatória, está o fato de que não incide Imposto de Renda de Pessoa Física sobre o chamado "aviso prévio indenizado", na forma do inc. XX do artigo 39 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000/1999).

Da mesma forma, a indenização de *férias não gozadas* constitui inegável verba de natureza indenizatória, não se caracterizando como rendimento do trabalho, uma vez que inexiste prestação laboral vinculada à verba paga pela empresa ao empregado, razão pela qual não pode integrar a base de cálculo do referido artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, bem como o respectivo adicional constitucional.

Inclusive, dispõe a Lei nº 8.212/91, em seu artigo 28, § 9º, "d", com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, que não integram o salário-de-contribuição para os fins da referida lei "as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional".

O pagamento de férias é evidentemente verba atrelada ao contrato de trabalho e por isso mesmo seu caráter remuneratório é intocável, tratando-se de capítulo da contraprestação laboral que provoca o encargo tributário do empregador.

Em conclusão, a impetrante deve ser desonerada de contribuir sobre os valores pagos aos seus empregados a título dos *quinze primeiros dias de afastamento por auxílio doença, sobre o adicional de um terço (1/3) das férias, férias não gozadas e indenizadas e sobre o aviso prévio indenizado*.

Reconhecida a intributabilidade tem o empregador direito a recuperar, por meio de compensação, aquilo que foi pago a maior, sob a fiscalização e posterior homologação da autoridade fazendária competente.

Em relação ao prazo qüinqüenal de prescrição das ações em que se pretende a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de exações sujeitas a lançamento por homologação anoto que a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar recurso especial representativo de controvérsia nos termos do artigo 543-C do CPC determinou o seu termo inicial. Confira-se:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.
> 1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva.
> 2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.
> 3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão 'observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional', constante do artigo 4º, segunda

parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

4. Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada: 'Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da AFFOLTER (*Das intertemporale Recht*, vol. 22, *System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts*, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de VESCOVI (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, *in Giurisprudenza italiana*, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo - "os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente" (*Traité de droit constitutionnel*, 3ª ed., vol. 2º, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio PAULO DE LACERDA concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inserida no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei. Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração. (...) ... SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: "trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade" (*System des heutigen romischen Rechts*, vol. 8º, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., *supra*, a nota 55 ao nº 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como GABBA (*Teoria delta retroattività delle leggi*, 3ª ed., vol. 1º, 1891, pág. 29), que invoca *MAILHER DE CHASSAT* (Traité *de la rétroactivité des lois*, vol. 1º, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (*Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariæ, di Aubry e Rau*, vol. 1º e único, 1900, pág. 675) e DEGNI (*L'interpretazione della legge*, 2ª ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzido novidade, ou modificando

dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (*loc. cit.*) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: "Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa." Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: "Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito" (*Traité de droit constitutionne*l, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274-275).' (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, *in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, Vol. I, 3ª ed., págs. 294 a 296).

5. *Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: 'Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.').*

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o *dies a quo* do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. *In casu*, insurge-se o recorrente contra a prescrição qüinqüenal determinada pelo Tribunal *a quo*, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instância ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, *razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.*

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."
(RESP 200702600019, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, 18/12/2009)

No presente caso observo que há contribuições recolhidas em período anterior e posterior à vigência da Lei Complementar nº 118/2005.

Em relação aos pagamentos efetuados após a vigência da Lei Complementar nº 118/2005 *(9.6.2005)* observo que não ocorreu a prescrição na medida em que o mandado de segurança foi impetrado em *08.06.2010*.

Já no que tange aos recolhimentos efetuados antes da vigência da mencionada lei complementar há que se aplicar a vetusta tese dos "5+5" anos, pelo que, também não se operou a prescrição do aproveitamento do quanto pago indevidamente desde *08.06.2000*.

Entendo, ainda que, no caso em tela, o afastamento da incidência retroativa do art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 não resulta em inaplicabilidade do artigo 97 da Constituição Federal na medida em que está sendo adotada jurisprudência da Corte Especial do STJ que ao julgar *AI no EREsp 644.736/PE* declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, já que in casu não se está declarando inconstitucionalidade de lei e sim aplicando jurisprudência pacífica de Corte Superior.

Justamente por isso - porque está se reportando a jurisprudência pacífica do STJ arredando o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 - é que não há também afronta a Súmula Vinculante nº 10, cujo texto é o seguinte:

> "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

Os valores serão exclusivamente corrigidos pela taxa SELIC sem acumulação com qualquer outro índice, restando indevida a incidência de qualquer suposto expurgo inflacionário, porquanto isso não aconteceu durante o período de pagamento ora recuperado. Indevida a incidência de juros de mora quando o pedido é de compensação, além do que a incidência única é a da SELIC.

Impõe-se ressaltar que existindo norma especial que emprega a SELIC para a atualização dos débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública, pelo critério da isonomia haverá de ser a SELIC utilizada na via inversa.

Anoto que não há que se cogitar das *limitações percentuais* preconizadas na antiga redação do artigo 89 da Lei nº 8.212/91, posto que já foram *revogadas* pela legislação ulterior.

A compensação só será possível após o trânsito em julgado (artigo 170/A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar n° 104 de 10/01/2001, anterior ao ajuizamento do mandado de segurança) porque a discussão sobre as contribuições permanece. Confira-se:

> "TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. DEMANDA AJUIZADA APÓS A SUA VIGÊNCIA. RECURSO REPETITIVO JULGADO.
> 1. O artigo 170-A do CTN, que dispõe 'É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial', é aplicável às ações ajuizada

após a sua vigência, isto é, a partir de 10.1.2001, quando entrou em vigor a LC nº 104/2001, o que se verifica no caso dos autos.
2. Entendimento ratificado pela Primeira Seção deste Tribunal, ao julgar o REsp 1.137.738/SP, mediante a sistemática prevista no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos).
3. Recurso especial provido."
(REsp 1195014/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010)

No tocante ao mais, entende-se que o *exercício* da compensação é regido pela lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda (STJ, RESP nº 989.379/SP, 2ª Turma, j. 5/5/2009) em que o direito vem a ser reconhecido. Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO - CRÉDITOS DO CONTRIBUINTE E CRÉDITOS DO FISCO - DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA - AVERIGUAÇÃO - LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS A SEREM COMPENSADAS - QUESTÃO JULGADA SEGUNDO O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (CPC, ART. 543-C).
1. *Para se levar a efeito a compensação entre créditos do contribuinte e créditos do Fisco, é indispensável a averiguação da data da propositura da demanda e a respectiva legislação tributária vigente à época do pedido de compensação.*
2. *Tal procedimento permitirá concluir se tal compensação deve envolver exações da mesma espécie ou de natureza jurídica diferente.*
3.....
Agravo regimental improvido."
(AgRg no REsp 1028381/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 20/09/2010)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. COMPENSAÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. DATA DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (RESP 1.137.738/SP). AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DA LEI 8.383/91. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO COM OUTRAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE.
1.....
2.....
3. *A Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do Código de Processo Civil), 'consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG' (REsp 1.137.738/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010).*

4. No caso dos autos, a ação foi ajuizada no ano de 1994, ou seja, sob a égide da Lei 8.383/91, cuja redação permitia a compensação, apenas, com tributos de mesma espécie.
5. Agravo regimental não provido."
(AgRg nos EREsp 546.128/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 18/03/2010)

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.
1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).
2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).
3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada 'Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições', determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, *caput*), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.
4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: 'Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração'.
5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.
6. *A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.*
7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, *tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações*, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos

compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.
8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: 'Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.'
9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser *considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente*, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).
10. *In casu*, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.
11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, *sponte propria*, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.
12.....
13....
14.....
15....
16....
17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."
(*REsp 1137738/SP*, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

No caso dos autos o encontro de contas poderá se dar com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal (artigo 74, Lei nº 9.430/96, com redação da Lei nº 10.630/2002), ainda mais que com o advento da Lei nº 11.457 de 16/03/2007, arts. 2º e 3º, a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais e das contribuições devidas a "terceiros" passaram a ser encargos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (super-Receita), passando a constituir dívida ativa da União (artigo 16).

Deve-se ter em conta que a existência de legislação que é contemporânea da data de ajuizamento da ação, permitindo a ampla compensação, a qual é robustecida pelo fato de que atualmente toda a tributação federal está a cargo de órgão único (Secretaria da

Receita Federal do Brasil) que na mídia se vangloriou com o adjetivo "super", a demonstrar elevada auto-estima, quase onipresença e onipotência em matéria arrecadatória e fiscalizatória, não tem o menor cabimento a pretensão de infirmar os categóricos termos da legislação vigente, ao argumento de que no âmbito interno da Administração existem "dificuldades" operacionais no tocante aos caixas da União Federal (Tesouro Nacional) e da autarquia previdenciária (INSS) destinatária dos recursos. Se o Poder Público tem "problemas" em instrumentalizar a compensação entre tributos no seu âmbito interno, isso não é problema do contribuinte.

Por fim, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento no sentido da possibilidade do mandado de segurança veicular pedido de compensação de tributos, o qual encontra-se cristalizado no enunciado contido na Súmula 213, cujo teor transcrevo a seguir:

> "O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária."

Com efeito, como a matéria posta a deslinde já se encontra assentada em julgados oriundos de nossos tribunais superiores, entendo ser aplicável a norma contida no art. 557, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, *rejeito a matéria preliminar e, no mérito, nego seguimento às apelações e à remessa oficial*, o que faço com fulcro no que dispõe o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Decorrido o prazo legal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 03 de agosto de 2011.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

- Sobre a não-incidência de contribuição previdenciária sobre verbas de natureza indenizatória, veja também os seguintes julgados: AMS 2005.61.00.017474-8/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicada na RTRF3R 89/456 e AI 0021064-95.2010.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal José Lunardelli, publicado na RTRF3R 104/154.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0019774-45.2010.4.03.0000
(2010.03.00.019774-1)

Agravante: ANTONIO RUETTE AGROINDUSTRIAL LTDA.
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO JOSÉ RIO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AI 410913
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/07/2011

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PIS/COFINS - COMPENSAÇÃO - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - DESCABIMENTO - ART. 74, LEI Nº 10.637/2002 - ARTIGOS 2º E 26, LEI Nº 11.457/2007 - MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE - ART. 151, CTN - RECURSO IMPROVIDO.
1. Ainda que os tributos federais e as contribuições previdenciárias sejam geridos pela mesma autoridade administrativa, nos termos da Lei nº 11.457/07, a sistemática do procedimento de compensação, entretanto, são distintos.
2. A própria legislação apontada pela recorrente respalda as ressalvas no procedimento compensatório de tributos federais e contribuições previdenciárias.
3. O art. 74 da Lei nº 10.637/2002, que alterou a Lei nº 9.430/96, prevê a possibilidade de compensação entre quaisquer tributos administrados pela Receita Federal, entretanto, a Lei nº 11.457/2007 (norma legal que tratou da unificação dos órgãos arrecadatórios), nos artigos 2º e 26, parágrafo único, limita essa previsão, excetuando as contribuições em comento da possibilidade de compensação.
4. Prevê o art. 34 da IN nº 900/2008 que o sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrativo pelo RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrado pela RFB, ressalvadas as contribuições previdenciárias, cujo procedimento está previsto nos art. 44 a 48, e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.
5. Por sua vez, o art. 44 acima mencionado prevê que o sujeito passivo que apurar crédito relativo às contribuições previdenciárias previstas nas alíneas “a” a “d” do inciso I do parágrafo único do art. 1º, passível de restituição ou de reembolso, poderá utilizá-lo na compensação de contribuições previdenciárias correspondestes a períodos subseqüente.
6. Não se tratando de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido de contribuição previdenciária a ser compensada, imprópria a compensação conforme requerida, justificando, portanto, o cabimento da manifestação de inconformidade.
7. Não se verifica hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, CTN.
8. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a

Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de junho de 2011.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu pedido de medida liminar, em sede de mandado de segurança impetrado com o escopo de obstar a cobrança dos valores consignados nos processos administrativos nº 10850.000111/2010-49; 10850.000112/2010-93; 10850.000114/2010-82 e 10850.000115/2010-27, bem como a suspensão dos respectivos créditos tributários.

O MM Juízo de origem não vislumbrou o *fumus boni iuris* necessário para a concessão da liminar, porquanto entendeu que o ato do impetrado assentou-se, também, no fato de que a compensação requerida não se enquadrar nas hipóteses previstas.

Alega a agravante, empresa do ramo sucroalcooleiro, que, por conseqüência das exportações que realiza, acaba gerando créditos fiscais de PIS/COFINS decorrentes da aquisição de insumos e materiais secundários, pois é optante do Lucro Real, estando sujeita ao regime de não cumulatividade. Como as receitas de exportação são imunes, gera saldo credor, que pode ser compensado com as próprias contribuições ou com os demais tributos e contribuições federais administradas pela Receita Federal.

Aduz que realizou a compensação desse saldo credor (PIS/COFINS) com contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários, que foi considerada pela autoridade competente como “não declarada”.

Afirma que realizou a compensação nos moldes da IN 900/08 e, portanto, tem o direito à ampla defesa e ao contraditório com apresentação de “manifestação de inconformidade”, com suspensão da cobrança do apurado nos processos administrativos mencionados.

Ressalta o disposto no art. 74, Lei nº 9.430/96 e art. 34, IN 900/08. Argumenta que, a despeito das regras impostas nos artigos 44 a 48, da mesma instrução normativa, os créditos federais podem ser compensados com débitos previdenciários, sendo vedado somente a compensação de créditos previdenciários, eventualmente apurados, com os federais.

Indeferiu-se a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

A agravada apresentou contraminuta, requerendo o improvimento do recurso.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do agravo.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Ainda que os tributos federais e as contribuições previdenciárias sejam geridos pela mesma autoridade administrativa, nos termos da Lei nº 11.457/07, a sistemática do procedimento de compensação, entretanto, são distintos.

A própria legislação apontada pela recorrente respalda as ressalvas no procedimento compensatório de tributos federais e contribuições previdenciárias.

Com efeito, o art. 74 da Lei nº 10.637/2002, que alterou a Lei nº 9.430/96, prevê a possibilidade de compensação entre quaisquer tributos administrados pela Receita Federal, entretanto, a Lei nº 11.457/2007 (norma legal que tratou da unificação dos órgãos arrecadatórios), nos artigos 2º e 26, parágrafo único, limita essa previsão, excetuando as contribuições em comento da possibilidade de compensação.

Ainda, prevê o art. 34 da IN nº 900/2008:

> "Art. 34. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrativo pelo RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrado pela RFB, ressalvadas as contribuições previdenciárias, cujo procedimento está previsto nos art. 44 a 48, e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos."

Por sua vez, o art. 44 acima mencionado prevê:

> "Art. 44. O sujeito passivo que apurar crédito relativo às contribuições previdenciárias previstas nas alíneas 'a' a 'd' do inciso I do parágrafo único do art. 1º, passível de restituição ou de reembolso, poderá utilizá-lo na compensação de contribuições previdenciárias correspondestes a períodos subseqüente."

Destarte, não se tratando de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido de contribuição previdenciária a ser compensada, imprópria a compensação conforme requerida, não justificando, portanto, o cabimento da manifestação de inconformidade.

Assim, não se verifica hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, CTN.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 0032998-50.2010.4.03.0000 (2010.03.00.032998-0)

Agravantes: HUBRÁS PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA., MARCIO TIDEMANN DUARTE E MARCOS TIDEMANN DUARTE
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravados: HUBRÁS PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA., MARCIO TIDEMANN DUARTE E MARCOS TIDEMANN DUARTE
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: AI 422472
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/07/2011

EMENTA

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - PRAZO DO ARTIGO 1.032, CC - INAPLICABILIDADE - GRUPO ECONÔMICO - CONFUSÃO PATRIMONIAL - TRANSFERÊNCIA DE ATIVOS FINANCEIROS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

1. Não é aplicável o prazo do artigo 1.032, CC, no que se refere à responsabilização dos sócios, uma vez que se objetiva a satisfação de créditos tributários, impondo-se, portanto, a aplicação das regras constantes do Código Tributário Nacional.

2. A formação de grupo econômico não se presume. Dessa feita, não logrando a exequente comprovar a existência de confusão patrimonial, fraudes, abuso de direito ou má-fé com prejuízo a credores, fica afastada a responsabilidade solidária entre as empresas e/ou pessoas naturais.

3. Mesmo quando configurada a existência de grupo econômico, a exequente deve comprovar a existência de um dos requisitos *supra* para ensejar a responsabilidade solidária, visto que o simples fato da constituição de grupo econômico não é suficiente para dar ensejo à solidariedade no pagamento de tributo devido por apenas uma das empresas.

4. Existência de fortes indícios de formação de grupo econômico, com evidente confusão patrimonial e transferência fraudulenta de ativos financeiros. Possibilidade de inclusão.

5. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 21 de julho de 2011.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de recursos de agravo legal manejados em face de decisão que deu provimento ao agravo de instrumento sob o fundamento de manifesta procedência, conforme jurisprudência dominante.

Em autos de execução fiscal, o MM. Juízo *supra* indeferiu o pedido de redirecionamento do feito em face dos corresponsáveis tributários integrantes de mesmo grupo econômico, sob o fundamento de que a questão demanda instrução probatória.

Contra essa decisão, interpôs-se agravo de instrumento, em que a recorrente sustentou, em síntese, que restaram comprovadas nos autos diversas situações em que as pessoas jurídicas e naturais apontadas teriam agido com fraude em grupo econômico de fato, acarretando dilapidação patrimonial, alienação simulada, sucessão empresarial de fato, confusão patrimonial, vínculos de administração, geográfico e quanto ao objeto social. Aduziu que a manutenção da r. decisão agravada poderia acarretar lesão grave e de difícil reparação ao interesse da União. Pleiteou antecipação dos efeitos da tutela recursal.

O provimento antecipatório foi deferido, às fls. 1.248/1.250.

Intimadas, as partes agravadas apresentaram contraminuta.

Foi dado provimento ao agravo de instrumento, sob o fundamento de que, diante da argumentação e dos elementos documentais apresentados pela Fazenda Nacional, há fortes indícios de formação de grupo econômico entre a pessoa jurídica executada (Hubrás Produtos de Petróleo Ltda.) e outras várias empresas (sendo as principais Petroprime Representação Comercial de Combustíveis Ltda., Companhia de Empreendimentos São Paulo S. A. e Petroinvestment S. A.), com evidente confusão patrimonial entre elas e transferência fraudulenta de ativos financeiros. Além desse aspecto, há comprovação nos autos de que não foi encontrado patrimônio da executada para garantia da dívida tributária, não tendo ela também oferecido qualquer bem à penhora, justificando-se, portanto, a inclusão das pessoas naturais e jurídicas listadas às fls. 438 do presente recurso.

Interpostos embargos de declaração, referidos recursos foram rejeitados, conforme decisão de fls. 1.638/1.638v.

Foram apresentados recursos de agravo legal, em que foram apresentadas as seguintes alegações: (a) decadência e prescrição do crédito em cobro; (b) aplicação do prazo do artigo 1.032, CC; (c) ilegitimidade passiva dos agravantes; (d) inexistência de grupo econômico; (e) não configuração de dissolução irregular.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Conforme relatado, trata-se de recursos de agravo legal manejado em face de decisão que deu provimento ao agravo de instrumento sob o fundamento de manifesta procedência, conforme jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Não há de ser acolhida a pretensão dos agravantes.

De início, constato que as alegações de decadência e de prescrição do crédito em cobro não foram analisadas pelo Juízo *a quo*, com o que deixo de apreciá-las, sob pena de ocasionar supressão de instância jurisdicional.

Observo, ainda, não ser aplicável o prazo do artigo 1.032, CC, no que se refere à responsabilização dos sócios, uma vez que a execução objetiva a satisfação de créditos tributários, impondo-se, portanto, a aplicação das regras constantes do Código Tributário Nacional.

Assim já decidiu esta Egrégia Corte:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO CTN. PRECEDENTES DO STJ.
> 1. Cabível a interposição do agravo por instrumento, nos termos da Lei nº 11.187/05, considerando tratar-se de decisão proferida em execução fiscal.
> 2. Nos termos do § 5º, do artigo 219, do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 11.280/06, a prescrição, enquanto matéria de ordem pública, deve ser decretada de ofício pelo Juízo, em qualquer fase do processo, com aplicação imediata aos feitos em curso, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Prescrição dos créditos tributários vencidos anteriormente a data de 12/11/1.999, tendo em vista que a ação de execução foi distribuída em 12/11/2.004 (artigo 174, 'caput', do CTN).
> 3. Legitimidade de parte. Prescrição Intercorrente. Pelos documentos que instruem os autos, constata-se que a sociedade foi dissolvida irregularmente, o que acarretou a inclusão do agravante no pólo passivo da execução fiscal, antes de decorrido o prazo prescricional de 05 anos, que trata o CTN. Fatos geradores ocorridos nos anos de 1.999 e 2.000, época em que o recorrente exercia a gerência da sociedade executada. Artigo 123 do CTN.
> *4. O artigo 1.032 do Código Civil Brasileiro, mencionado pelo agravante, que trata das obrigações sociais depois de cedidas as quotas dos sócios ou da sua retirada da sociedade, não se confunde com a prescrição para cobrança do crédito tributário, disciplinada exaustivamente no Código Tributário Nacional.*
> 5. O Direito Tributário é ramo do Direito Público e segundo orientação do STJ: '*Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil' (Ag Rg no Ag 957840/SP, 2ª Turma, DJe: 25/03/2008, Relatora Ministra ELIANA CALMON*).
> 6. Agravo de instrumento a que se nega provimento e, de ofício, reconhece a prescrição de parte dos créditos tributários."
> (TRF 3ª Região, Sexta Turma, AI 363.512, Rel. Desembargador Federal Lazarano Neto, j. 25.06.2009, DJF3 27.07.2009).

Quanto às demais alegações, saliento que, ao dar provimento ao recurso interposto, tive a oportunidade de expressar mencionado entendimento no sentido de reformar a decisão agravada, nos seguintes termos:

> "Oportuno salientar que a formação de grupo econômico não se presume. Dessa feita, não logrando a exequente comprovar a existência de confusão patrimonial, fraudes, abuso de direito ou má-fé com prejuízo a credores, fica afastada a responsabilidade solidária entre as empresas e/ou pessoas naturais.
> Ademais, mesmo que quando configurada a existência de grupo econômico, a

exequente deve ainda comprovar a existência de um dos requisitos *supra* para ensejar a responsabilidade solidária, visto que o simples fato da constituição de grupo econômico não é suficiente para dar ensejo à solidariedade no pagamento de tributo devido por apenas uma das empresas.

Nesse sentido é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. EXISTÊNCIA DE CONGLOMERADO FINANCEIRO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 124, I, DO CTN. NÃO-OCORRÊNCIA. SOLIDARIEDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA. EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. INEXISTÊNCIA. DESPROVIMENTO.

1. A comprovação de que o BANCO e a ARRENDADORA MERCANTIL constituem partes de uma única organização econômica está atrelada aos aspectos fático-probatórios da causa, cujo reexame é inviável em sede de recurso especial, tendo em vista a circunstância obstativa decorrente do disposto na Súmula 7/STJ.

2. "*Na responsabilidade solidária de que cuida o art. 124, I, do CTN, não basta o fato de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, o que por si só, não tem o condão de provocar a solidariedade no pagamento de tributo devido por uma das empresas" (HARADA, Kiyoshi. "Responsabilidade tributária solidária por interesse comum na situação que constitua o fato gerador").*

3. Agravo regimental desprovido.'

(STJ - Primeira Turma, AGA 1055860, processo 200801191121, Rel. Min. Denise Arruda, j. 17/02/09, v. u., publicado no DJE de 26/03/2009).

'PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. A solidariedade passiva ocorre quando, numa relação jurídico-tributária composta de duas ou mais pessoas caracterizadas como contribuintes, cada uma delas está obrigada pelo pagamento integral da dívida. *Ad exemplum*, no caso de duas ou mais pessoas serem proprietárias de um mesmo imóvel urbano, haveria uma pluralidade de contribuintes solidários quanto ao adimplemento do IPTU, uma vez que a situação de fato - a co-propriedade - é-lhes comum.

2. A Lei Complementar 116/03, definindo o sujeito passivo da regra-matriz de incidência tributária do ISS, assim dispõe: "Art. 5º. Contribuinte é o prestador do serviço."

[...]

6. Deveras, o instituto da solidariedade vem previsto no art. 124 do CTN, *verbis*: "Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas por lei."

7. Conquanto a expressão "interesse comum" - encarte um conceito indeterminado, é mister proceder-se a uma interpretação sistemática das normas tributárias, de modo a alcançar a *ratio essendi* do referido dispositivo legal. Nesse diapasão, tem-se que o interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal implica que as pessoas solidariamente obrigadas sejam sujeitos da

relação jurídica que deu azo à ocorrência do fato imponível. Isto porque feriria a lógica jurídico-tributária a integração, no pólo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação.

8. Segundo doutrina abalizada, *in verbis*: "... o interesse comum dos participantes no acontecimento factual não representa um dado satisfatório para a definição do vínculo da solidariedade. Em nenhuma dessas circunstâncias cogitou o legislador desse elo que aproxima os participantes do fato, o que ratifica a precariedade do método preconizado pelo inc. I do art 124 do Código. Vale sim, para situações em que não haja bilateralidade no seio do fato tributado, como, por exemplo, na incidência do IPTU, em que duas ou mais pessoas são proprietárias do mesmo imóvel. Tratando-se, porém, de ocorrências em que o fato se consubstancie pela presença de pessoas em posições contrapostas, com objetivos antagônicos, a solidariedade vai instalar-se entre sujeitos que estiveram no mesmo pólo da relação, se e somente se for esse o lado escolhido pela lei para receber o impacto jurídico da exação. É o que se dá no imposto de transmissão de imóveis, quando dois ou mais são os compradores; no ICMS, sempre que dois ou mais forem os comerciantes vendedores; no ISS, toda vez que dois ou mais sujeitos prestarem um único serviço ao mesmo tomador." (Paulo de Barros Carvalho, *in Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, 8ª ed., 1996, p. 220)

9. Destarte, a situação que evidencia a solidariedade, quanto ao ISS, é a existência de duas ou mais pessoas na condição de prestadoras de apenas um único serviço para o mesmo tomador, integrando, desse modo, o pólo passivo da relação. Forçoso concluir, portanto, que o interesse qualificado pela lei não há de ser o interesse econômico no resultado ou no proveito da situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, mas o interesse jurídico, vinculado à atuação comum ou conjunta da situação que constitui o fato imponível.

10. "Para se caracterizar responsabilidade solidária em matéria tributária entre duas empresas pertencentes ao mesmo conglomerado financeiro, é imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico." (REsp 834044/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 15/12/2008).

11. *In casu*, verifica-se que o Banco Safra S/A não integra o pólo passivo da execução, tão-somente pela presunção de solidariedade decorrente do fato de pertencer ao mesmo grupo econômico da empresa Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil. Há que se considerar, necessariamente, que são pessoas jurídicas distintas e que referido banco não ostenta a condição de contribuinte, uma vez que a prestação de serviço decorrente de operações de *leasing* deu-se entre o tomador e a empresa arrendadora.

12. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

13. Recurso especial parcialmente provido, para excluir do pólo passivo da execução o Banco Safra S/A.' - g. m.

(STJ - Primeira Turma, REsp 884845, processo 200602065654, Rel. Des. Fed. Luiz Fux, j. 05/02/09, v. u., publicado no DJE de 18/02/09).

Todavia, ao negar seguimento ao recurso de agravo de instrumento nº 2010.03.00.016875-3/SP, tirado do mesmo feito originário, manifestei-me no seguinte sentido:

'Diante da argumentação e dos elementos documentais apresentados pela Fazenda Nacional, verifico que há fortes indícios de formação de grupo econômico entre a pessoa jurídica executada (Hubrás Produtos de Petróleo Ltda.) e outras várias empresas (sendo as principais Petroprime Representação Comercial de Combustíveis Ltda., Companhia de Empreendimentos São Paulo S. A. e Petroinvestment S. A.), com evidente confusão patrimonial entre elas e transferência fraudulenta de ativos financeiros. Além desse aspecto, há comprovação nos autos de que não foi encontrado patrimônio da executada para garantia da dívida tributária, não tendo ela também oferecido qualquer bem à penhora.'

Assim, examinando os autos, vislumbro que há fortes indícios de formação de grupo econômico fraudulento, razão pela qual, ao menos por ora, entendo possível a inclusão das pessoas naturais e jurídicas listadas à fl. 438 do presente recurso."

Considerando que nada foi acrescentado ao processo que tenha relevância para a modificação do entendimento esposado, reitera-se para o julgamento do recurso ora interposto a aludida fundamentação.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora