FEITOS
DA PRESIDÊNCIA

SUSPENSÃO DE LIMINAR
OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
0031404-98.2010.4.03.0000
(2010.03.00.031404-6)

Requerente: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Interessado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Classe do Processo: SLAT 2918
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/11/2010

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de antecipação dos efeitos da tutela concedida pelo MM. Juízo da 7ª Vara Federal de São Paulo/SP, nos autos da Ação Civil Pública nº 0009849-58.2010.403.6100, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da ANATEL - AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, que determinou à ANATEL a regulamentação, fiscalização e efetiva operacionalização da utilização do serviço de mensagens curtas da plataforma celular - SMS - para comunicação de emergência à polícia militar (190) e ao corpo de bombeiros (193), esclarecendo tratar-se de serviço gratuito, no prazo de 60 (sessenta) dias e concedeu a ANATEL o prazo de 05 dias para trazer aos autos o cronograma, com indicação específica das datas, para integração dos sistemas das operadoras e os utilizados pela Polícia Militar e Corpo de Bombeiros, fixando a multa de R$ 10.000.00 (dez mil reais), por dia, pelo descumprimento da decisão.

Segundo se depreende dos autos, a ação civil foi ajuizada com pedido de tutela antecipada, objetivando a condenação da ANATEL em obrigação de fazer, consistente em regular, no prazo de 60 dias, a utilização do Serviço de Mensagens Curtas - SMS da plataforma de celular, para comunicação aos serviços emergenciais 190 e 193.

Aduz a AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL, que a decisão impugnada causará grave lesão à ordem pública, nesta incluída a ordem social, econômica, jurídica e administrativa, pois impede que a efetiva operacionalização da

utilização do serviço de mensagens curtas da plataforma celular - SMS - para comunicação de emergência à polícia militar (190) e ao corpo de bombeiros (193), seja tratada unicamente pelos interessados diretos, ou seja, a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros do Estado de São Paulo com as empresas concessionárias daquele serviço, bem como acaba tumultuando o trabalho daquele Grupo de Trabalho Técnico constituído para dar solução operacional à utilização do serviço de mensagens curtas - SMS, além de negar efeito à regulamentação apresentada pela Agência Reguladora, determina que esta atue como agência executiva, em total desconformidade com a legislação de regência, prejudicando uma solução rápida para a questão posta em Juízo.

Afirma, ainda, que a decisão atacada, gera um trâmite burocrático desnecessário em um caso de simples adequação tecnológica para implementação de um serviço público de telecomunicações já regulado.

Sustenta que já efetuou o chamamento das prestadoras do Serviço Móvel Pessoal - SMP, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Estado de São Paulo, para que se viabilize o cumprimento da decisão liminar.

Contra a decisão que deferiu a tutela antecipada, foi interposto agravo de instrumento pela Anatel, o qual foi distribuído no Tribunal Regional Federal - 3ª Região sob o nº 2010.03.00.019126-0, tendo como Relator o Desembargador Federal Lazarano Neto, que converteu o agravo em retido.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pelo indeferimento do Pedido de Suspensão, por entender não demonstrado o risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (fls. 363/367).

É o relatório. Decido.

Cumpre-me, primeiramente, ressaltar que a apresentação do presente pleito vem embasada no artigo 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, alterada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, *in verbis*:

> "Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em

> despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas."

É cediço que essa contracautela tem como requisito essencial situações excepcionais que coloquem em risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, e à economia públicas. Portanto, outros aspectos, ainda que relevantes, devem ser impugnados por meio dos recursos próprios.

Importante destacar que o pedido de suspensão de segurança não possui natureza jurídica de recurso, ou seja, não devolve o conhecimento da matéria para eventual reforma. Sendo assim, a análise pelo Tribunal deve se ater a presença de tais pressupostos, sem contudo, adentrar no efetivo exame do mérito da ação principal.

Partindo de tais premissas, entendo que não cabe nesta sede discutir questões de fundo envolvidas na lide, mas apenas os aspectos concernentes à potencialidade lesiva do ato decisório, em face dos comandos normativos.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo reiteradamente que o deferimento da suspensão constitui atividade eminentemente política, em que o ato presidencial avalia somente a potencialidade lesiva da medida concedida contra os valores juridicamente protegidos, sem ingressar no mérito da causa em que proferida, que há de ser tratado nas vias ordinárias, eis que a suspensão não se reveste de caráter revisional, tampouco substitui a via recursal própria. (STJ, SS 001387, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ. 02.08.2004).

Conforme se depreende da decisão impugnada, foi determinado à ANATEL a regulamentação, fiscalização e efetiva operacionalização da utilização do serviço de mensagens curtas da plataforma celular - SMS - para comunicação de emergência à

polícia militar (190) e ao corpo de bombeiros (193), esclarecendo tratar-se de serviço gratuito, no prazo de 60 (sessenta) dias, e fixou a multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais), para o caso de descumprimento da decisão.

A Lei nº 9.472/97 dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

O artigo 19 da referida norma estabelece as atribuições da ANATEL, *in verbis*:

> "Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:
> .....
> X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;
> .....
> XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;
> .....
> XVI - deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;"

Extrai-se dos referidos dispositivos que compete à ANATEL expedir normas a serem cumpridas pelas prestadoras de serviços de telecomunicações.

Ora, inexistindo tal regulamentação, ou se existente tal disciplinamento, porém de forma falha, no que se refere aos serviços de mensagens curtas da plataforma celular para comunicação de emergência à polícia militar e ao corpo de bombeiros, não há, a princípio, que se falar em invasão de competência no âmbito

da atribuição reguladora da ANATEL, pois em caso de omissão cabe ao Poder Judiciário desempenhar suas funções para que os cidadãos tenham garantidos os seus direitos.

Cumpre ressaltar também, que o fato da decisão atacada determinar que seja feita a regulamentação da matéria tratada na Ação Civil Pública, por si só, não tem potencial lesivo capaz de justificar o deferimento da medida requerida.

Ademais, verifico que a decisão impugnada tem por objetivo assegurar aos cidadãos o direito de acesso gratuito aos serviços de emergência e, garantindo principalmente aos portadores de deficiência mais proteção e segurança.

Em verdade, a requerente apenas insiste na tese de que já existe a regulamentação a respeito da utilização dos serviços de mensagens curtas - SMS para comunicação de emergência, no entanto, não comprova.

Em suma, todos os demais argumentos trazidos pela requerente se referem ao mérito da decisão, o que não se admite discutir em sede de suspensão de segurança.

Desta forma, não vejo presentes os pressupostos que autorizam a medida pleiteada, por entender que a decisão atacada não tem potencialidade de lesar os bens protegidos pela norma de regência.

Pelo exposto, *indefiro* o pedido formulado pela requerente de suspensão da execução da tutela antecipada concedida nos autos da Ação Civil Pública nº 0009849-58.2010.4.03.6100.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Comunique-se e intime-se.

São Paulo, 25 de outubro de 2010.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Presidente

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA 0036039-25.2010.4.03.0000 (2010.03.00.036039-1)

Requerente: UNIÃO FEDERAL
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP
Interessados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Classe do Processo: SLAT 2922
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2010

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de antecipação dos efeitos da tutela concedida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Bauru/SP, nos autos da Ação Civil Pública nº 00075923-62.2010.4.03.6108, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E DA UNIÃO, que estabeleceu: 1) obrigação de fazer à Caixa Econômica Federal para que fiscalize a boa e regular aplicação das verbas federais quando for a responsável pela transferência de tais recursos (da União), através de convênios ou contratos de repasse, inclusive quanto à regularidade dos procedimentos licitatórios através dos quais serão ou estão sendo contratadas as obras, serviços e aquisição de bens, inclusive somente liberando a verba após a apresentação de cópia integral do processo licitatório e da lista de verificação de sua legalidade, pelo seu departamento jurídico; 2) obrigação de fazer à União, através do Ministério das Cidades, para que fiscalize a boa e regular aplicação das verbas federais da pasta, repassadas a outros entes federativos ou entidades privadas, através de convênios ou contratos de repasse, mesmo aqueles levados a efeito com a intermediação da Caixa Econômica Federal, inclusive quanto à regularidade dos procedimentos licitatórios através dos quais serão contratadas as obras, serviços e aquisição de bens, inclusive instaurando imediata tomada de contas especial, quando comunicada de irregularidade constatada Controladoria Geral da União; 3) obrigação de fazer à União, para que a Controladoria Geral da

União instaure processo administrativo (art. 18, § 5º, II, Lei nº 10.683/2003), visando apurar a omissão nas fiscalizações pelos gestores do Ministério das Cidades e da Caixa Econômica Federal, bem como a responsabilização deles, na execução e liberação de recursos federais através de contrato de repasse nº COO 06/2004 (cópia às fls. 48/490), bem como de todos outros contratos de repasse, em relação aos quais tenha havido constatação de irregularidades, por intermédio de relatórios produzidos a partir de inspeções/auditorias realizadas por meio de seu "Programa de Fiscalização a partir de Sorteios Públicos", em Municípios abrangidos pela jurisdição desta 8ª Subseção da Justiça Federal de São Paulo; 3) obrigação de fazer à União, através da Controladoria Geral da União, para que, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias da intimação desta quanto à obrigação de fazer da alínea anterior, apresente em Juízo relatório com informações acerca das providências adotadas, quanto ao cumprimento.

Sustenta a União que a decisão atacada viola a ordem pública considerada em termos de ordem administrativa, uma vez que inverte os procedimentos de fiscalizar e executar, bem como interfere na autonomia municipal. Afirma, também, que não pode a União atuar como se fosse o próprio ente beneficiário do repasse das verbas, fazendo as vezes de controle interno municipal, tendo em vista que não pode desbordar do quanto disposto, no art. 112 da Lei de Diretrizes Orçamentárias, tampouco pode examinar a juridicidade e a legalidade de instrumentos licitatórios e de compras governamentais municipais, sob pena de ofensa ao art. 131 da Constituição Federal. Aduz, ainda, ofensa à ordem econômica, pois da forma como estabelece a decisão, haverá necessidade de despender vultosos recursos.

Segundo se depreende dos autos, a ação civil pública foi ajuizada com pedido de tutela antecipada, objetivando assegurar a fiscalização da regular aplicação de verbas federais repassadas a entes públicos federados ou entidades privadas, através de convênios ou contratos de repasse, inclusive quanto à regularidade de procedimentos licitatórios.

Contra a decisão que deferiu a antecipação da tutela a

UNIÃO interpôs agravo de instrumento, o qual foi distribuído à Des. Federal Marli Ferreira, sendo indeferido o efeito suspensivo.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pelo indeferimento do Pedido de Suspensão, por entender não preenchidos os requisitos autorizadores da suspensão da segurança (fls. 274/279).

É o relatório. Decido.

Cumpre-me, primeiramente, ressaltar que a apresentação do presente pleito vem embasada no artigo 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, alterada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, *in verbis*:

> "Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas."

É cediço que essa contracautela tem como requisito essencial situações excepcionais que coloquem em risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, e à economia públicas. Portanto, outros aspectos, ainda que relevantes, devem ser impugnados por meio dos recursos próprios.

Importante destacar que o pedido de suspensão de segurança não possui natureza jurídica de recurso, ou seja, não devolve o conhecimento da matéria para eventual reforma. Sendo assim, a análise pelo Tribunal deve se ater a presença de tais pressupostos, sem contudo, adentrar no efetivo exame do mérito da ação principal.

Partindo de tais premissas, entendo que não cabe nesta sede discutir questões de fundo envolvidas na lide, mas apenas os aspectos concernentes à potencialidade lesiva do ato decisório, em face dos comandos normativos.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo reiteradamente que o deferimento da suspensão constitui atividade eminentemente política, em que o ato presidencial avalia somente a potencialidade lesiva da medida concedida contra os valores juridicamente protegidos, sem ingressar no mérito da causa em que proferida, que há de ser tratado nas vias ordinárias, eis que a suspensão não se reveste de caráter revisional, tampouco substitui a via recursal própria. (STJ, SS 001387, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ. 02.08.2004).

Conforme se depreende da decisão impugnada, foi determinado que a União fiscalizasse a regular aplicação das verbas federais objeto de repasse a outros entes da federação ou entidades privadas, através de convênios ou contratos de repasse, ainda que realizados por intermédio da Caixa Econômica Federal, inclusive quanto à regularidade dos procedimentos licitatórios; a promover a instauração de processo administrativo para apurar a omissão de fiscalização pelos gestores do Ministério das Cidades e da CEF na execução e na liberação de recursos federais através do contrato de repasse nº COO 06/2004 e de todos os outros contratos de repasse a respeito dos quais tenha havido constatação de irregularidades, bem como a responsabilização dos referidos entes e, por fim, a apresentação de relatório informando as providências adotadas.

Verifico, no caso em apreço, que foi apurado por meio da Controladoria Geral da União que a empresa SEMAM TERRAPLENAGEM E PAVIMENTAÇÃO LTDA. firmou contrato com o município de Pratania, para o fornecimento de materiais e mão de obra visando a execução de pavimentação asfáltica, sem contudo, atender o requisito da regularidade fiscal (FGTS), contrariando, portanto, os dispositivos da Lei nº 8.666/93, bem como da Lei 9.012/95.

Segundo afirma o representante ministerial na ação civil pública que deu origem ao presente pedido de suspensão, mesmo após constatadas as irregularidades no procedimento licitatório, os órgãos federais se omitiram no tocante a adoção de providências visando apurar a responsabilização pelas irregularidades apontadas no relatório da Controladoria da União.

A Lei nº 10.683/2003, dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

O artigo 18 da referida norma estabelece as incumbências da Controladoria-Geral da União, *in verbis*:

> "Art. 18. À Controladoria-Geral da União, no exercício de sua competência, cabe dar o devido andamento às representações ou denúncias fundamentadas que receber, relativas a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, velando por seu integral deslinde.
> § 1º. À Controladoria-Geral da União, por seu titular, sempre que constatar omissão da autoridade competente, cumpre requisitar a instauração de sindicância, procedimentos e processos administrativos outros, e avocar aqueles já em curso em órgão ou entidade da Administração Pública Federal, para corrigir-lhes o andamento, inclusive promovendo a aplicação da penalidade administrativa cabível.
> § 2º. Cumpre à Controladoria-Geral da União, na hipótese do § 1º, instaurar sindicância ou processo administrativo ou, conforme o caso, representar ao Presidente da República para apurar a omissão das autoridades responsáveis.
> (...)
> § 4º. Incluem-se dentre os procedimentos e processos administrativos de instauração e avocação facultadas à Controladoria-Geral da União aqueles objeto do Título V da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e do Capítulo V da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, assim como outros a ser desenvolvidos, ou já em curso, em órgão ou entidade da Administração Pública Federal, desde que relacionados a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público.
> § 5º. Ao Ministro de Estado do Controle e da Transparência, no exercício da sua competência, incumbe, especialmente:
> (...)
> II - instaurar os procedimentos e processos administrativos

> a seu cargo, constituindo as respectivas comissões, bem como requisitar a instauração daqueles que venham sendo injustificadamente retardados pela autoridade responsável;
> III - acompanhar procedimentos e processos administrativos em curso em órgãos ou entidades da Administração Pública Federal;
> IV - realizar inspeções e avocar procedimentos e processos em curso na Administração Pública Federal, para exame de sua regularidade, propondo a adoção de providências, ou a correção de falhas;
> (...)
> X - receber as reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral e promover a apuração do exercício negligente de cargo, emprego ou função na Administração Pública Federal, quando não houver disposição legal que atribua competências específicas a outros órgãos;"

Extrai-se dos referidos dispositivos que compete à União, por meio da Controladoria-Geral, fiscalizar a prestação dos serviços públicos, inclusive instaurar procedimentos administrativos quando apurada a ocorrência de irregularidades.

Desta forma, entendo que o fato da decisão atacada determinar que seja feita a fiscalização, por si só, não tem potencial lesivo capaz de justificar o deferimento da medida requerida.

Aliás, a decisão impugnada impõe a União um dever decorrente do próprio ordenamento jurídico, qual seja, de fiscalizar a regularidade dos repasses de recursos do orçamento federal a outras entidades políticas.

Conforme bem salientado pelo Ministério Público Federal em seu parecer, "a desconformidade com o Direito revela a desconformidade de um ato com a vontade geral, veiculada pelas leis. Assim, o que pretende a atividade fiscalizatória é a verificação de atos, no caso, administrativos, com, em última análise, a vontade do povo, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal; somente nesse sentido pode-se falar em lesão à ordem pública, cuja gravidade deve ser averiguada pelo grau de

instabilidade causada nas instituições do país".

Nesse contexto, contrariamente ao afirmado pela requerente, não vislumbro demonstrada de maneira inequívoca a grave lesão à ordem e à economia pública que justifique o deferimento do presente pedido de suspensão.

Em suma, a requerente busca a reforma da decisão atacada, após o indeferimento do pedido de efeito suspensivo nos autos do agravo de instrumento nº 0033731-16-2010.4.03.0000, o que se revela inadmissível em sede de suspensão de segurança.

Desta forma, não vejo presentes os pressupostos que autorizam a medida pleiteada, por entender que a decisão atacada não tem potencialidade de lesar os bens protegidos pela norma de regência.

Pelo exposto, *indefiro* o pedido formulado pela requerente de suspensão da execução da tutela antecipada concedida nos autos da Ação Civil Pública nº 0007592-36.2010.4.03.6108.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Comunique-se e intime-se.

São Paulo, 07 de dezembro de 2010.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Presidente

SUSPENSÃO DE LIMINAR
OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
0037604-24.2010.4.03.0000
(2010.03.00.037604-0)

Requerente: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS
Interessados: UNIÃO FEDERAL, MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E FLÁVIO PASCOA TELES DE MENEZES
Classe do Processo: SLAT 2924
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2011

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de decisão proferida nos autos da Ação de Reintegração de Posse nº 2004.60.02.000047-2, promovida por FLÁVIO PASCOA TELES DE MENEZES em face do CACIQUE MAMAGÁ, líder da população indígena "Terra Indígena Porto Lindo", da FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI e da UNIÃO, distribuída na 1ª Vara de Naviraí/MS, que determinou a intimação da FUNAI, da UNIÃO e do CACIQUE MAMAGÁ para que procedam à retirada dos indígenas que estejam ocupando a parte (10%) do imóvel pertencente ao Autor, Fazenda Remanso Guaçu, concedendo o prazo de 40 (quarenta) dias para o cumprimento voluntário desta decisão.

Segundo se depreende dos autos da Ação de Reintegração de Posse o Autor é co-possuidor e co-proprietário do imóvel rural denominado por "Fazenda Remanso Guaçu", situado no município de Japorã/MS, com matrícula no Cartório de Registro Imóveis da Comarca de Mundo Novo - MS, com posse mansa e pacífica há mais de 50 anos, sendo cadastrada junto ao INCRA como empresa rural produtiva.

Consta, também, que por força da Portaria nº 724 da FUNAI, foi constituído Grupo Técnico, para realizar "estudos de revisão de limites da Terra Indígena Porto Lindo em Mato Grosso do Sul", com a finalidade de promover a redemarcação da mesma; que foi veiculado na imprensa que referido imóvel estaria inserido em terras indígenas, o que resultou na invasão do referido imóvel, no dia 06/01/04, pelos índios da aldeia Porto Lindo.

Sustenta a Requerente que Flávio Páscoa Teles de Menezes propôs ação de reintegração de posse, autos nº 2004.60.02.000047-2, contra a FUNAI, deduzindo que sua propriedade era produtiva e que teria sido esbulhado pelos indígenas, em que pese houvesse processo de demarcação de terra indígena em curso na região, tendo sido integralmente deferido o pedido de liminar, para que a FUNAI providenciasse a retirada de todos os índios, com auxílio de força policial, em caso de resistência. Interposto agravo de instrumento nº 2004.03.00.003087-1, a Des. Federal Consuelo Yoshida, concedeu parcialmente o efeito suspensivo, permitindo que os indígenas permanecessem em partes da propriedade. Interposto agravo regimental, a 5ª Turma concedeu parcial provimento, determinando a desocupação da Fazenda Remanso Guaçu, com exceção de algumas áreas, as quais seriam definidas pelo Juízo *a quo*. O acórdão foi cumprido permitindo a permanência dos indígenas em 10% da propriedade, em locais onde não houvesse obstáculos ao desenvolvimento das atividades produtivas.

Afirma, ainda, que em março de 2005, foi dado parcial provimento ao mencionado agravo de instrumento, tão-somente para afastar a multa diária cominada à FUNAI, sendo determinada a saída dos indígenas da área até então ocupada de 10% da propriedade. Antes que fosse realizada a reintegração, veio aos autos a informação de que, em 30 de junho de 2005, fora editada a Portaria nº 1.289 do Ministério da Justiça, a qual declarava "de posse permanente do Grupo Guarani Nandeva a Terra indígena Ivy Katu", na qual está inserida a área em litígio, requerendo, então, que a reintegração fosse obstada, o que foi indeferido, sob o fundamento de o Superior Tribunal de Justiça ter concedido medida cautelar (MC nº 10284) suspendendo os efeitos da portaria declaratória, até o julgamento do mandado de segurança nº 10.269, o que teria reflexos diretos sobre a área da Fazenda Remanso Guaçu. Contra referida decisão foi interposto agravo de instrumento nº 2005.03.00.069288-4, cujo efeito suspensivo foi deferido pelo Desembargador Federal André Nabarrete, a fim de que se aguardasse o julgamento definitivo do mandado de segurança em trâmite no Superior Tribunal de Justiça. Diante desta decisão o MM.

Juízo "a quo" determinou a suspensão do processo até o deslinde da ação mandamental no STJ. Todavia, foi impetrado mandado de segurança nº 10.985 pelo autor da ação de reintegração de posse, impugnando a mencionada portaria declaratória do Ministério da Justiça, no tocante à incidência dentro dos limites da Fazenda Remanso Guaçu, perante o E. Superior Tribunal de Justiça, tendo obtido a concessão da ordem. Diante de tal decisão o Autor da ação de Reintegração requereu o imediato cumprimento da ordem de reintegração de posse, tendo o MM. Juízo "a quo" acolhido o pedido.

Afirma, ainda, que o cumprimento da ordem de reintegração violará gravemente a ordem, a saúde e a segurança pública.

Por fim, pugna pela manutenção dos indígenas na área, até que seja concluído o processo administrativo de demarcação e, especialmente refeito o relatório circunstanciado de identificação e delimitação da Fazenda Remanso Guaçu, ou, subsidiariamente, até que seja sentenciada a ação possessória.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 311/318, opina pela extinção da suspensão pleiteada, ou pela sua rejeição.

É o relatório. Decido.

A apresentação do presente pedido de suspensão vem embasada no artigo 4º da Lei nº 8.437/92, "*in verbis*":

> "art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas."

É cediço que essa contracautela tem como requisito essencial situações excepcionalíssimas que coloquem em risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, e à economia públicas.

Portanto, outros aspectos, ainda que relevantes, devem ser impugnados por meio dos recursos próprios, considerando que o pedido de suspensão não possui natureza jurídica de recurso.

Desta forma, a análise do Presidente do Tribunal deve se ater a presença de tais pressupostos, sem contudo, adentrar no efetivo exame do mérito da demanda principal, no caso dos autos, da Ação de Reintegração de Posse.

Assim, não cabe ao Presidente, na espécie, analisar se a área em litígio pertence ou não aos indígenas, uma vez que tal questão é matéria de mérito. Aliás, qualquer pronunciamento a respeito desta questão configuraria um transbordamento de competência deste Presidente, pois coincidiria, conforme já consignado, com o objeto da causa principal, o que se revela inadmissível.

Partindo de tais premissas, entendo que neste incidente somente é cabível discutir aspectos concernentes à potencialidade lesiva do ato impugnado, em face dos comandos normativos.

Importante registrar, que esta é a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça. (STJ, SS 001387, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ. 02/08/2004).

Feitas tais considerações preliminares, passo à análise do pedido de suspensão.

O artigo 231 da Constituição Federal dispõe sobre os direitos dos índios, *in verbis*:

> "Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
> § 1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

> § 2º. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
> § 3º. O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
> § 4º. As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.
> § 5º. É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.
> § 6º. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé."

Conforme se depreende dos autos, a questão é bastante complexa. A ação de reintegração de posse foi proposta em janeiro de 2004. Em junho de 2005 o Ministério da Justiça editou a Portaria nº 1289, declarando de posse permanente do Grupo Guarani Ñandeva a Terra indígena Ivy Katu, local onde está incluída a Fazenda Remanso Guaçu (área em litígio).

Após o ajuizamento de várias ações objetivando a nulidade da Portaria nº 1.289/2005, do Ministro da Justiça, que declarou

a posse permanente da terra indígena Yvy-Katy pelo grupo Ñandeva, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, concedeu a ordem no Mandado de Segurança nº 10985, por entender que não foi assegurado ao impetrante o direito de informação no referido processo administrativo (fls. 270/276).

Em suma, o E. Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem no mandado de segurança nº 10.985, anulando o processo administrativo que serviu de embasamento para a edição da Portaria 1289 do Ministério da Justiça, a qual reconheceu a área em questão como terra indigena. No entanto, tal concessão se deu com a finalidade de assegurar ao impetrante - proprietário da Fazenda Remanso Guaçu - o direito de resposta, ou seja, garantir os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Observo, também, que no referido julgamento foi reconhecida a nulidade do processo administrativo em decorrência de irregularidades formais, portanto, nenhuma apreciação sobre o mérito do referido processo foi feita até o presente momento.

Sendo assim, no caso em comento, devem ser considerados todos os fatores acima mencionados, inclusive o fato de que os indígenas em questão encontram-se ocupando 10% da área em litígio há mais de sete anos. Por outro lado, também deve-se levar em conta a existência do processo administrativo de demarcação, onde já foi elaborado relatório circunstanciado de identificação e delimitação (fls. 359/373), o qual deverá ser refeito em virtude da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do mandado de segurança.

Desta forma, sem pretender fazer conclusões a respeito do mérito, cumpre-me, tão-somente, nesta via excepcional, sopesar os valores envolvidos no caso em tela, ou seja, o direito à vida de um lado e do outro o direito de propriedade, sendo inquestionável que deve prevalecer o primeiro.

Dentro deste contexto, entendo plenamente demonstrada a existência de grave lesão à ordem, à saúde e à segurança públicas, considerando que a decisão impugnada poderá resultar em sérios conflitos entre os indígenas e os eventuais proprietários da área, com risco inclusive de mortes.

Destarte, diante da possibilidade de virem a serem reconhecidos os direitos dos indígenas sobre a área em questão, ou seja, de vir a ser demarcada como área tradicionalmente ocupada pelos índios, entendo que a contracautela faz-se imprescindível no caso, pois a remoção dos índios da área ocupada há longo tempo, e antes da elaboração da prova pericial antropológica se revela no mínimo uma decisão insensata.

Ante o exposto, *defiro* o pedido para suspender a decisão liminar proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Naviraí/MS, nos autos nº 2004.60.02.000047-2, mantendo, portanto, os indígenas provisoriamente na área - 10% da Fazenda Remanso Guaçu -, até que se ultime a produção da prova pericial antropológica.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Comunique-se e intime-se.

São Paulo, 12 de janeiro de 2011.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Presidente

- Sobre conflitos envolvendo terras indígenas, veja também os seguintes julgados: decisão proferida no Ag 1999.03.00.004554-2/MS, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicada na RTRF3R 39/133; Ag 2004.03.00.071885-6/MS, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, publicado na RTRF3R 80/243; AC 2003.60.00.005222-0/MS, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 90/387; AI 2005.03.00.064533-0/MS, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, publicado na RTRF3R 92/118; decisões proferidas na SLAT 2008.03.00.049219-7/MS, Desembargadora Federal Marli Ferreira, publicadas nas RTRF3R 92/10, RTRF3R 95/4, RTRF3R 97/52 e RTRF3R 98/7 e decisão proferida no AI 0010497-05.2010.4.03.0000/MS, Juiz Federal Silvio Gemaque, publicada na RTRF3R 101/141.

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA 0038002-68.2010.4.03.0000 (2010.03.00.038002-0)

Requerente: UNIÃO FEDERAL
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Interessados: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO - SP E OUTROS
Classe do Processo: SLAT 2925
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/01/2011

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de antecipação dos efeitos da tutela concedida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Federal de São Paulo/SP, nos autos da Ação Civil Pública nº 0005425-752007.4.03.6100, ajuizada pela ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES E AMIGOS DE MOEMA - AMAM e outros em face da UNIÃO e outros, que "determinou às rés que observem com rigor o horário de funcionamento do Aeroporto de Congonhas/SP, ou seja, entre 6 h e 23 h;" e ainda, estabeleceu que "fora de tal período, ficam terminantemente proibidas atividades de decolagens e pousos de aeronaves. Os testes de motores somente poderão ocorrer entre 22h e 7h, tal como expressamente previsto na Portaria nº 188/DGAC, de 08/03/2005. As únicas exceções a esta decisão são aquelas já previstas no art. 1º, § 3º, VI, *b*, da referida Portaria, ou seja: as aeronaves: a) que estejam transportando ou sejam destinadas a transportar enfermo ou ferido grave; b) que estejam transportando órgãos vitais para transplante humano ou c) que estejam engajadas em operações de busca e salvamento. Qualquer outra exceção pretendida dependerá de expressa autorização deste Juízo. Para eficácia desta decisão, fixo multa de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada descumprimento a ser pago solidariamente pelas rés diretamente ligadas aos fatos apurados, incluindo as pessoas jurídicas cujos agentes autorizaram as atividades vedas (pousos, decolagens e testes de motores) ou que negligenciaram a respeito".

Sustenta a União que a decisão atacada, conforme proferida, viola a ordem pública considerada em termos de ordem administrativa, uma vez que se faz necessária exceções em duas hipóteses: 1) nas missões especiais de inspeções pelo Comando da Aeronáutica executadas pelo Grupo Especial de Inspeção de Vôo (GEIV), com a finalidade de garantir segurança do espaço aéreo e auxílio à navegação, bem como no que diz respeito aos deslocamentos que exigem celeridade e segurança do Exmo. Presidente da República, uma vez que as missões presidenciais não podem se reservar a horários prefixados, diante da necessidade de urgência.

Segundo se depreende dos autos, a ação civil pública foi ajuizada pela AMAM e outros, na qual se pleiteia a concessão de tutela jurisdicional que condene as rés (UNIÃO, ANAC e outros) às obrigações de fazer, não fazer e pagar referentes à atividade aeroportuária no aeródromo de Congonhas em São Paulo/SP e, especialmente, que impeça o funcionamento do referido aeroporto além do período compreendido entre 6h e 23h, bem como impedir pousos e decolagens de quaisquer aeronaves que não sejam equipadas com dispositivos redutores de ruídos ou, ainda que o possuam, se emitirem sons em níveis superiores aos considerados aceitáveis pela norma NBR 10.152-ABNT, e, por fim, pugna pela fixação de multa diária no valor de R$ 100.000,00 para o caso de descumprimento da determinação.

Contra a decisão que deferiu parcialmente o pedido de antecipação da tutela foram interpostos vários agravos de instrumento, os quais foram distribuídos à E. Desembargadora Federal Cecília Marcondes, sendo deferido o efeito suspensivo tão somente no recurso interposto pela INFRAERO, nos autos do Agravo nº 2007.03.00.086664-0, para suspender a aplicação da penalidade imposta na decisão agravada em relação à recorrente, sob o fundamento de que não foi assegurado à INFRAERO o direito de manifestação antes da apreciação do pedido de liminar.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que opinou pelo indeferimento do Pedido de Suspensão, por entender não preenchidos os requisitos autorizadores da suspensão da segurança (fls. 2.102/2.116).

É o relatório. Decido.

Cumpre-me, primeiramente, ressaltar que a apresentação do presente pleito vem embasada no artigo 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, alterada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, *in verbis*:

> "Art. 4º. Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundametnado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas."

É cediço que essa contracautela tem como requisito essencial situações excepcionais que coloquem em risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, e à economia públicas. Portanto, outros aspectos, ainda que relevantes, devem ser impugnados por meio dos recursos próprios.

Importante destacar que o pedido de suspensão de segurança não possui natureza jurídica de recurso, ou seja, não devolve o conhecimento da matéria para eventual reforma. Sendo assim, a análise pelo Tribunal deve se ater a presença de tais pressupostos, sem contudo, adentrar no efetivo exame do mérito da ação principal.

Partindo de tais premissas, entendo que não cabe nesta sede discutir questões de fundo envolvidas na lide, mas apenas os aspectos concernentes à potencialidade lesiva do ato decisório, em face dos comandos normativos.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo reiteradamente que o deferimento da suspensão constitui atividade eminentemente política, em que o ato presidencial avalia somente a potencialidade lesiva da medida concedida contra os valores juridicamente protegidos, sem ingressar no mérito da causa em que

proferida, que há de ser tratado nas vias ordinárias, eis que a suspensão não se reveste de caráter revisional, tampouco substitui a via recursal própria. (STJ, SS 001387, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ. 02.08.2004).

Verifico, no caso em apreço, que a União busca com o presente pedido de suspensão assegurar o direito de pouso e decolagem no aeroporto de Congonhas, além do horário estabelecido na Portaria nº 188/DGAC, de 08/03/2005, qual seja, entre 6h e 23h.

A mencionada Portaria foi editada no início do ano de 2005, e estabelece que as únicas exceções que autorizam os pousos e decolagens fora do período entre 6h e 23h são para as aeronaves que estejam transportando ou sejam destinadas a transportar enfermo ou ferido grave; que estejam transportando órgãos vitais para transplante humano e que estejam engajadas em operações de busca e salvamento.

Primeiramente, cabe ressaltar que a decisão impugnada não impede a realização das inspeções técnicas (GEIV), as quais são, evidentemente, medidas imprescindíveis para a segurança dos voos. No entanto, não logrou demonstrar a requerente que tais testes, realizados para aferição da regularidade dos equipamentos de navegação do Aeroporto de Congonhas, não podem ser efetivados no período das 06 às 23 horas.

Entretanto, no caso de missões referentes ao transporte aéreo do Presidente da República, autoridade máxima do país, entendo presentes os requisitos a justificar a ampliação das exceções contidas na portaria nº 188/2005, com a finalidade de evitar risco de grave violação à ordem e à segurança pública.

No caso, deve ser considerado o manifesto interesse público em jogo, pois a decisão atacada impede que o Presidente da República faço uso do aeroporto em questão fora do horário estabelecido na mencionada Portaria.

Entendo aplicável ao caso o princípio constitucional da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, principalmente se levarmos em conta que na época em que o Aeroporto de Congonhas foi instalado praticamente não haviam residências no local. Sendo assim, os moradores dos referidos

bairros tinham conhecimento de que estariam sujeitos aos ruídos das aeronaves.

Importante, consignar ainda, que as atuais alterações climáticas que vem atingindo todo o país, o que é de conhecimento de todos, poderá sim, exigir um pouso de emergência na cidade de São Paulo, do Presidente da República, fora dos horários estabelecidos na Portaria, exceção esta que estaria plenamente justificada, principalmente pelo fato de que o deslocamento do voo para o Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, conforme estabelece a decisão impugnada, significaria o deslocamento de todo um aparato de segurança que acompanha o Presidente da República.

Ademais, registro que a permissão de pouso e decolagem de aeronave de transporte do Chefe de Estado, fora do horário estabelecido na Portaria, não tem o condão de afetar o repouso noturno dos moradores da região em que está localizado o aeroporto, pois se trata de uma medida de exceção, que somente ocorrerá em casos de emergências.

Desta forma, a decisão atacada ao obstar o Presidente da República de pousar ou decolar do referido aeroporto fora do período delimitado em Portaria, tem potencial de violar à ordem e à segurança pública.

Dentro deste contexto, vislumbro demonstrada de maneira inequívoca e eficaz a grave lesão à ordem e à segurança pública, o que justifica o deferimento parcial do presente pedido de suspensão.

Pelo exposto, *defiro* o pedido formulado pela requerente tão somente para suspender a decisão do MM. Juízo da 2ª Vara Federal de São Paulo, nos autos da Ação Civil Pública nº 0005425-75.2007.4.03.6100, no tocante ao uso do aeroporto de Congonhas pelo Presidente da República, ou seja, para permitir o uso pelo Chefe de Estado sem restrição de horário.

Comunique-se e intime-se.

São Paulo, 03 de janeiro de 2011.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Presidente

FEITOS DA VICE-PRESIDÊNCIA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 0014700-29.1999.4.03.6100 (1999.61.00.014700-7)

Recorrente: YASUDA SEGUROS S/A
Recorrida: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelantes: YASUDA SEGUROS S/A E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apeladas: AS MESMAS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Classe do Processo: AMS 226770
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2010

DECISÃO

Recurso extraordinário interposto por *Yasuda Seguros S. A.*, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, contra acórdão da 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, proferido em sede de embargos de declaração por determinação do Superior Tribunal de Justiça (fls. 362/363).

Alega-se a repercussão geral da matéria sob discussão. Sustenta-se, ainda, que:

a) é vigente e eficaz a regra de isenção prevista no parágrafo único do artigo 11 da Lei Complementar nº 70/91, eis que, pelo princípio da hierarquia das leis, não poderia uma lei ordinária ter sido revogada pelo § 5º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98;

b) houve contrariedade ao artigo 195, inciso I, da Carta Magna, porquanto o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, o qual ampliou a base de cálculo da COFINS, é inconstitucional por ter criado nova conceituação para o termo faturamento, que é o critério material da hipótese de incidência do tributo;

c) houve ofensa aos artigos 154, inciso I, e 195, § 4º, da Constituição Federal, porque um novo tributo foi estabelecido e, por conseguinte, a majoração de alíquota, conforme dispõe o artigo 8º da Lei nº 9.718/98, apenas seria possível por meio de lei complementar e não por lei ordinária.

In albis o prazo para contrarrazões.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

Inicialmente, deixo de admitir o recurso extraordinário quanto à alegação de que o § 5º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 não poderia ter revogado a regra de isenção prevista no parágrafo único do artigo 11 da Lei Complementar nº 70/91, em razão do princípio da hierarquia das leis, pois o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito, *verbis*:

> E M E N T A: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MEDIDA CAUTELAR - PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO PROVIMENTO CAUTELAR (RTJ 174/437-438) - COFINS - BASE DE CÁLCULO - LEI Nº 9.718/98 (ART. 3º) - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSE PRECEITO LEGAL (RE 357.950/RS, REL. MIN. MARCO AURÉLIO) - CUMULATIVA OCORRÊNCIA DOS REQUISITOS CONCERNENTES À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA E AO 'PERICULUM IN MORA' - PRECEDENTES - *SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DA REVOGAÇÃO, PELO ART. 3º, § 5º, DA LEI Nº 9.718/98, DA ISENÇÃO DA COFINS ANTERIORMENTE PREVISTA NO ART. 11, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LC Nº 70/91 - AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - A QUESTÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE A LEI COMPLEMENTAR E A LEI ORDINÁRIA - INEXISTÊNCIA, ENTRE REFERIDAS ESPÉCIES LEGISLATIVAS, DE VÍNCULO HIERÁRQUICO-NORMATIVO - DOUTRINA - PRECEDENTES* - OUTORGA PARCIAL DE EFICÁCIA SUSPENSIVA A RECURSO EXTRAORDINÁRIO, QUE, INTERPOSTO PELA EMPRESA CONTRIBUINTE, JÁ FOI ADMITIDO PELA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL RECORRIDO - DECISÃO REFERENDADA PELA TURMA." (grifei)
> (AC 1645 MC-QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/05/2007, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-01 PP-00027)

Discute-se nos autos, por outro lado, a constitucionalidade da ampliação da base de cálculo e da majoração da alíquota do PIS e da COFINS, estabelecidas, respectivamente, pelos artigos 3º, § 1º, e 8º da Lei nº 9.718/98. As matérias foram objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos realizados no regime da Lei nº 11.418/06, concernente ao julgamento de recursos repetitivos, que reconheceram a repercussão geral dos temas e reafirmaram a jurisprudência excelsa.

Com referência à majoração da alíquota, a questão foi analisada por meio do *Recurso Extraordinário nº 527.602-3/SP* e chegou-se ao entendimento segundo o qual é constitucional o § 1º do artigo 8º da Lei nº 9.718/98, pois "Enquadrado o tributo no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, é dispensável a disciplina mediante lei complementar", *verbis*:

> "PIS E COFINS - LEI Nº 9.718/98 - ENQUADRAMENTO NO INCISO I DO ARTIGO 195 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO PRIMITIVA. Enquadrado o tributo no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, é dispensável a disciplina mediante lei complementar. RECEITA BRUTA E FATURAMENTO - A sinonímia dos vocábulos - Ação Declaratória nº 1, Pleno, relator Ministro Moreira Alves - conduz à exclusão de aportes financeiros estranhos à atividade desenvolvida - Recurso Extraordinário nº 357.950-9/RS, Pleno, de minha relatoria."
> (RE 527602 AgR-ED, Relator(a): Rel. Min. Eros Grau, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 5.8.2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-05 PP-00928)

Ademais, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, relator do acórdão supracitado, quando a corte "assentou que os vocábulos 'faturamento' e 'receita bruta' são sinônimos, evidentemente, concluiu que, no caso, o artigo 3º se fez ao mundo jurídico ao abrigo da redação primitiva do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, no que previa a contribuição considerado

o faturamento. *Não houve inovação, não surgiu, como pretende fazer crer a contribuinte, um novo tributo*" (grifei).

No que toca à ampliação da base de cálculo das exações, a matéria foi discutida no julgamento do *Recurso Extraordinário nº 585.235 QO/MG* e foi reconhecida a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, "que ampliou o conceito de receita bruta, violando, assim, a noção de faturamento pressuposta na redação original do art. 195, I, 'b', da Constituição da República, e cujo significado é o estrito de receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais", *verbis*:

> EMENTA: "RECURSO. Extraordinário. Tributo. Contribuição social. PIS. COFINS. Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVÃO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 358.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98."
> (RE 585235 RG-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-10 PP-02009)

O acórdão recorrido, no que tange à majoração da alíquota, amolda-se à orientação do *Recurso Extraordinário nº 527.602-3/SP*, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, o que conduz, no caso, com a sistemática implementada pela Lei nº 11.418/06, à denegação do recurso extraordinário, conforme previsto no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil.

Quanto à questão da ampliação da base de cálculo, o *decisum* afronta a orientação do *Recurso Extraordinário nº 585.235 QO/MG*, pois deveria ter sido reconhecida a inconstitucionalidade

do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98. Desse modo, a situação é de devolução dos autos à turma julgadora, nos termos do mencionado artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, *DETERMINO A REMESSA DOS AUTOS À TURMA JULGADORA* para as providências cabíveis.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 13 de julho de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Vice-Presidente

- Sobre o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 pelo STF já na nova sistemática concernente aos recursos repetitivos, veja também a decisão proferida no RE AMS 1999.61.00.030952-4/SP, Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 97/75.

RECURSO ESPECIAL
EM APELAÇÃO CRIMINAL
0006995-23.2002.4.03.6181
(2002.61.81.006995-5)

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Apelante: REINATO LINO DE SOUZA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Classe do Processo: ACr 36936
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/12/2010

DECISÃO

Recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**,** com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, negou provimento ao agravo regimental (fl. 1146) oposto contra decisão singular proferida pelo Desembargador Federal relator, a qual declarou extinta a punibilidade de Reinato Lino de Souza (fl. 1129/1130vº).

Alega-se contrariedade ao disposto no artigo 115 do Código Penal, no que diz respeito à declaração da extinção da punibilidade, ao argumento de que o cálculo da prescrição pela maioridade senil somente tem cabimento no caso de o acusado ter completado 70 anos até a data da sentença e, portanto, exclui a situação daqueles que completaram a idade mencionada após essa data. Nesse ponto, aduz-se, também, divergência jurisprudencial com julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Contrarrazões à fls. 1176/1182, nas quais se sustenta a inadmissibilidade do recurso especial a fim de que seja mantida a decisão recorrida.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos recursais.

A decisão singular está redigida, *verbis*:

"Trata-se de Apelação Criminal interposta por Reinato Lino

de Souza contra a r. sentença (fls. 1057/1075), proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 10ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Dr. Fernando Marcelo Mendes, que o condenou à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa, no valor do salário mínimo mensal vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, pela prática do delito previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, c. c. o artigo 71 do Código Penal.

A sentença transitou em julgado para o Ministério Público Federal em 09/06/2008 (fls. 1086).

Nas razões recursais, o apelante alegou, preliminarmente, cerceamento de defesa. No mérito, pleiteou o provimento do recurso para que seja absolvido, ante a ausência de dolo específico e materialidade delitiva. Salientou que completou 70 anos em 22/06/2009 (fls. 1112/1121).

A Procuradoria Regional da República, por seu ilustre representante, Dr. Márcio Domene Cabrini, ante a apresentação das razões de apelo em segundo grau de jurisdição, não ofereceu contrarrazões em separado e, no parecer (fls. 1123/1127), opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

O apelante foi condenado à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 17 (dezessete) dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 1, inciso I, da Lei nº 8.137/90, combinado com o artigo 71 do Código Penal.

Consoante o disposto no § 1º do artigo 110 do Código Penal, a prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação é regulada com base na pena em concreto aplicada.

Por se tratar de crime continuado (art. 71), faz-se necessário observar o disposto no artigo 119 do Código Penal, segundo o qual 'no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente'.

Nesse sentido é a Súmula nº 497 do Supremo Tribunal Federal: 'Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação'.

Assim, desconsiderando o acréscimo da continuidade, a pena a ser analisada é de 3 (três) anos de reclusão, que prescreve em 8 (oito) anos, nos termos do artigo 109, inciso IV, do Código Penal.

Todavia, tendo em vista a data de nascimento (22/06/1939) constante do termo de interrogatório (fl. 596), verifico que o apelante completou 70 (setenta) anos em 22/06/2009, fato que impõe a redução do lapso temporal pela metade (4 anos), nos termos do artigo 115 do Código Penal, não obstante ter ocorrido após a publicação da sentença condenatória (03/06/2008) e na pendência do julgamento de sua apelação.

Nesse sentido, a Primeira Turma desta E. Corte já se pronunciou, ao apreciar a questão:

'APELAÇÃO CRIMINAL - ESTELIONATO CONTRA O INSS - PRESCRIÇÃO DA PRETENÇÃO PUNITIVA QUANTO AO RÉU COM MAIS DE 70 ANOS DE IDADE. "JUS PUNIENDI" PRESERVADO PARA O CO-RÉU - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONCESSÃO DE APOSENTADORIA COM BASE EM ANOTAÇÃO FRAUDULENTA EM CARTEIRA DE TRABALHO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PELOS MEIOS LEGAIS - O OFÍCIO DE CONTADOR É IMCOMPATÍVEL COM A TESE DE A AUSÊNCIA DE CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE - A QUEBRA DO DEVER DE OFÍCIO IMPEDE O RECONHECIMENTO DE RELEVANTE VALOR SOCIAL DA CONDUTA - REDUÇÃO DO VALOR UNITÁRIO DE CADA DIA MULTA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

1. Apelação criminal interposta por NERIO JOSÉ LANFREDI e BRÁS DE SARRO contra a sentença condenatória proferida

em ação penal destinada a apurar a prática do crime de estelionato contra o INSS.
2. Consta da denúncia que os apelantes auxiliaram Maria das Dores Martins Romera a comprovar, mediante documentos falsos, que trabalhou como rurícola na propriedade do réu NÉRIO e assim obter, indevidamente, sua aposentadoria por idade. A fraude, segundo o órgão acusador, consistiu na inserção de anotações falsas referentes ao vínculo empregatício da trabalhadora, no Livro de Registros e Empregados e na Carteira Profissional quanto a período específico. Aduz-se que a cópia de livro de registro de empregados apresentada ao INSS não é verdadeira, conforme constatou diligência do Fiscal de Contribuição Previdenciária.
3. A Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento parcial do recurso, apenas para reduzir o valor do dia-multa fixado em relação ao réu Nério e manutenção da sentença nos demais quesitos.
4. *Reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade de NERIO JOSÉ LANFREDI pela prescrição da pretensão punitiva que já conta com mais de 70 anos de idade e teve pena de fixada em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão (artigos 109, inciso V; 110, § 1º e 115, todos do CP). A sentença transitou em julgado para o Parquet Federal. Em que pese haver completado referida idade em 18/08/2003, portanto após a publicação da sentença condenatória 14/02/2003, o prazo prescricional deve ser reduzido de 4 (quatro) para 2 (dois) anos, conforme orientação doutrinária e jurisprudencial que aplica o benefício estampado no 115 do Código Penal para o réu que se tornar septuagenário, enquanto aguarda o julgamento sua apelação. Considerando-se a data em que percebeu a última vantagem acoimada indevida (31/01/97) e o dia do recebimento da denúncia (16.11.2000) concluise que decorreu lapso temporal superior a 2 (dois) anos.*
(...)'

(Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO. Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 15072. Processo: 199961020090260. UF: SP. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 19/12/2006. Documento: TRF300112412. DJU DATA: 13/02/2007 PÁGINA: 408. Relator: Desembargador JOHONSOM DI SALVO)

Dessa forma, nos termos do § 2º do artigo 110 do Código Penal, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena em concreto aplicada, uma vez que, entre a data do recebimento da denúncia (24/03/2003 - fls. 581) e a publicação da sentença transitada em julgado para a acusação (03/06/2008 - fls. 1076), decorreu lapso temporal superior a 4 (quatro) anos.

Por esses fundamentos, declaro extinta a punibilidade do réu *Reinato Lino de Souza*, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal, e julgo prejudicado o exame da apelação, consoante o disposto no artigo 33, inciso XII, do Regimento Interno desta Corte.

O acórdão do agravo regimental, por sua vez, tem a seguinte redação:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Agravo Regimental em Apelação Criminal interposto pelo Ministério Público Federal contra a r. decisão que declarou extinta a punibilidade do réu, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal, e julgou prejudicado o exame da apelação.

2. Reduz-se o prazo prescricional se ao tempo do julgamento da apelação o réu completa 70 anos.

3. O termo 'sentença' contido no artigo 115 do Código Penal não deve ser interpretado de forma restrita, de modo a abranger o acórdão.

4. Na hipótese, o apelante foi condenado à pena de 3 (três)

anos de reclusão, desconsiderando-se o acréscimo da continuidade, que prescreve em 8 (oito) anos.
5. Impõe-se a redução do lapso temporal pela metade (4 anos), nos termos do artigo 115 do Código Penal, não obstante o apelante ter completado 70 (setenta) anos em 22/06/2009, ou seja, após a publicação da sentença condenatória (03/06/2008) e na pendência do julgamento de sua apelação.
6. De rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, uma vez que entre a data do recebimento da denúncia (24/03/2003) e a publicação da sentença transitada em julgado para a acusação (03/06/2008), decorreu lapso temporal superior a 4 (quatro) anos.
7. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

Sob o fundamento de negativa de vigência à lei federal, o recorrente pleiteia a reforma do acórdão para que seja excluída a aplicação do artigo 115, *in fine*, do Código Penal ao caso. O recurso merece ser admitido. Diz o referido artigo:

"Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos."

O recurso guarda plausibilidade na medida em que o acórdão não encontra apoio na jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça, assim como do Supremo Tribunal Federal:

"*HABEAS CORPUS*. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÃO DE SER O AGENTE MAIOR DE 70 (SETENTA) ANOS NA DATA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA. 1. A prescrição da pretensão punitiva, na modalidade intercorrente ou

superveniente, é aquela que 'ocorre depois do trânsito em julgado para a acusação ou do improvimento do seu recurso, tomando-se por base a pena fixada na sentença penal condenatória' (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte geral*. Volume 1. 11. ed. Ímpetus: Niterói, RJ, 2009, p. 738). Essa lição espelha o que diz o § 1º do art. 110 do Código Penal: 'A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada'. 2. No caso, na data da publicação da sentença penal condenatória, o paciente contava 69 (sessenta e nove) anos de idade. Pelo que não há como aplicar a causa de redução do prazo prescricional da senilidade a que se refere o art. 115 do Código Penal. Até porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que tal redução não opera quando, no julgamento de apelação, o Tribunal confirma a condenação (HC 86.320, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; HC 71.711, da relatoria do ministro Carlos Velloso; e AI 394.065-AgR-ED-ED, da minha relatoria). 3. Ordem indeferida, ante a não ocorrência da prescrição superveniente."
(STF, HC 96968, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-01 PP-00130)

"PRESCRIÇÃO - IDOSO - ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL E LEI Nº 10.741/03. A completude e o caráter especial da norma do artigo 115 do Código Penal excluem a observação do Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/03 -, no que revela, como faixa etária a ser considerada, a representada por sessenta anos de vida. PRESCRIÇÃO - ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL - AFERIÇÃO DA IDADE NA DICÇÃO DA ILUSTRADA MAIORIA. Afere-se a idade do condenado, para definir-se a prescrição, na data da apreciação do mérito da ação penal. Ainda sob essa óptica,

estando pendentes embargos declaratórios quando do implemento da idade, dá-se a incidência do preceito.
Entendimento diverso do relator, que leva em conta a faixa etária, para tal efeito, desde que completado o número de anos exigido em lei até o trânsito em julgado do decreto condenatório, nos termos de precedente do Plenário - Extradição nº 591-0, por mim relatada, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 22 de setembro de 1995."
(STF, HC 89969, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/06/2007, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00025 EMENT VOL-02292-03 PP-00474 RTJ VOL- 00202-03 PP-01188 RT v. 97, n. 867, 2008, p. 540-551 RJSP v. 55, n. 362, 2007, p. 167-183)"

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL. IDADE DO RÉU NA DATA DO ACÓRDÃO. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS REJEITADOS.
1. Incabível o recurso de embargos de divergência com base em dissídio com julgados da mesma Turma que proferiu o acórdão embargado. Inteligência do artigo 266 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça.
2. A redução do prazo prescricional, prevista no artigo 115 do Código Penal, só deve ser aplicada quando o réu atingir 70 anos até primeira decisão condenatória, seja ela sentença ou acórdão.
3. Embargos de Divergência rejeitados."
(STJ, EREsp 749.912/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/02/2010, DJe 05/05/2010)

"*HABEAS CORPUS*. DELITOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO FRAUDULENTA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO.

MENSURAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. QUITAÇÃO DO EMPRÉSTIMO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE QUE COMPLETA SETENTA ANOS ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL.

1. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo.

2. No caso, o Magistrado reportou negativamente as circunstâncias e consequências do crime. Estas, no entanto, foram indevidamente valoradas como desfavoráveis, uma vez que, antes do recebimento da denúncia, houve a quitação do débito, inexistindo prejuízo à instituição bancária. Necessidade de readequação da pena.

3. Na linha da orientação prevalente em ambas as Turmas do Supremo Tribunal, somente haverá a redução do prazo prescricional pela metade nas hipóteses em que o agente complete 70 (setenta) anos na data da sentença.

4. Na hipótese, o paciente só completou 70 (setenta) anos após o julgamento da apelação, que se limitou a confirmar a sentença, descabendo a aplicação da regra trazida pelo art. 115 do Código Penal.

5. Ordem parcialmente concedida, para, afastando da condenação a circunstância judicial indevidamente valorada (consequências do crime), reduzir a pena recaída sobre os ora pacientes, de 6 (seis) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa para 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, e 60 (sessenta) dias-multa."

(HC 45.514/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 22/02/2010)

"PENAL. PRESCRIÇÃO. ART. 115, DO CP. NÃO INCIDÊNCIA. IDADE DE 70 (SETENTA) ANOS. OCORRÊNCIA APÓS A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.
É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a idade de 70 (setenta) anos deve ser verificada quando da prolação da sentença, ou do acórdão condenatório nas ações penais originárias dos Tribunais.
Ordem DENEGADA."
(HC 34.635/RJ, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 06/02/2006 p. 334)

"CRIMINAL. HC. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 115 DO CP. PLEITO DE PERMANÊNCIA EM LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO INADMITIDOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO PERANTE O STF PENDENTE DE JULGAMENTO. ART. 675 DO CPP. INAPLICABILIDADE. PRISÃO COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO. ORDEM DENEGADA.
A disposição do art. 115 do Código Penal é clara ao instituir que a redução do prazo prescricional pela metade somente ocorrerá se o agente contar com 70 (setenta) anos na data da sentença condenatória, e não da confirmação da condenação em sede de recurso.
Precedentes desta Corte.
Tanto o recurso especial quanto o extraordinário não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual a eventual interposição destes não é hábil a impedir a imediata execução do julgado, com a expedição de mandado prisional contra o réu para o início do cumprimento da pena. Precedentes do STJ e do STF.
A regra do art. 675 do Código de Processo Penal, que prevê a expedição de mandado de prisão somente após o trânsito

em julgado da condenação aplica-se apenas no caso de recurso com efeito suspensivo, hipótese não verificada *in casu*. Precedente da Suprema Corte.

O *habeas corpus* não é a via adequada para se atribuir efeito suspensivo a recursos especial ou extraordinário, pedido que normalmente é veiculado por medida cautelar inominada e só é acolhido em casos excepcionalíssimos, condicionado ao recebimento do recurso na origem, o que não ocorreu *in casu*.

O início de cumprimento da pena constitui-se em mero efeito da condenação, não se cogitando de qualquer violação ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade.

Ordem denegada."

(HC 35.000/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2004, DJ 06/09/2004 p. 282)

O acusado completou 70 anos em 22.06.2009, a sentença condenatória foi proferida em 30.05.2008 (fl. 1075), a decisão singular que julgou extinta a punibilidade data de 03.08.2009 e o acórdão que a manteve de 01.09.2009 (fl. 1146). Portanto, de acordo com o entendimento jurisprudencial ora mencionado, não cabe a aplicação do artigo 115, *in fine*, do Código Penal, ao caso em questão.

Ante o exposto, *ADMITO* o recurso.

Dê-se ciência.

São Paulo, 10 de dezembro de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Vice-Presidente

CAUTELAR INOMINADA
0036017-64.2010.4.03.0000
(2010.03.00.036017-2)

Requerente: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREMESP
Requerido: JOÃO REISINGER JUNIOR
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Classe do Processo: CauInom 7209
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2010

DECISÃO

Medida cautelar, com pedido de liminar, ajuizada pelo CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREMESP. Pede seja concedido efeito suspensivo ao recurso extraordinário que interpôs na AC nº 98.03.097806-3. Relata que o requerido foi seu empregado, contratado pelo regime celetista em 03.11.80, e, quando foi dispensado, em 06/09/94, ajuizou a lide originária com o fim de anulá-la, ao fundamento de ser beneficiário da estabilidade do artigo 19 do ADCT. Em primeiro grau o pedido foi julgado improcedente, mas esta corte proveu seu apelo para determinar a reintegração. Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Sustenta que:

a) a Justiça Federal é absolutamente incompetente para julgar a matéria;

b) contrariamente ao entendimento desta corte assentado nos embargos, o CREMESP não podia recorrer da sentença de 1ª grau, porque lhe foi favorável e, de qualquer forma, incompetência absoluta não pode ser prorrogada. Ademais, equivocou-se ao aplicar a regra de transição estipulada na jurisprudência do STJ relativa à EC nº 45/2004, porquanto não se cuida de nova competência, que sempre coube à Justiça do Trabalho;

c) a decisão criou situação esdrúxula, pois terá 300 empregados celetistas e um estatutário;

d) o CREMESP, como autarquia federal que é, submete-se ao disposto no artigo 2-B da Lei nº 9.494/97, segundo a qual

somente pode ser executada após o trânsito em julgado, de modo que é inviável a reintegração provisória do requerido;

e) o *periculum in mora* está configurado, pois o seu ex-empregado já extraiu carta de sentença, porém ainda não compareceu para o trabalho, o que pode ocorrer a qualquer momento.

Decido.

Primeiramente, o recurso extraordinário ainda não foi processado, de modo que pende o respectivo juízo de admissibilidade. Inegável o cabimento da medida cautelar, *in casu*, a teor da Súmula 634 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a competência dos tribunais superiores para análise da medida cautelar, com objetivo de atribuir efeito suspensivo aos recursos excepcionais, somente ocorrerá após seu exame pelo tribunal *a quo*.

O acórdão impugnado está assim ementado:

> "AÇÃO DE CONHECIMENTO - FUNCIONÁRIO DE CONSELHO PROFISSIONAL, ADMITIDO EM 1980/DEMITIDO EM 1994, SEM AMPLA DEFESA (PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO) - ESTABILIDADE CONSUMADA, ART. 19 ADCT - ATUAIS PRECEDENTES DESTA E. CORTE E DO C. STJ - REINTEGRAÇÃO PROCEDENTE
> 1. Admitido o polo apelante em 1980 e demitido sumariamente em 1994 (isso mesmo, sem ampla defesa nem qualquer prévio procedimento administrativo), trabalhador que vínculo manteve com o Conselho Profissional apelado em questão, de acerto a compreensão por sua condição de beneficiário da especial estabilidade fincada pelo art. 19, ADCT.
> 2. Gozando ditos Conselhos da estatura de autarquias coorporativas, portanto de natureza pública nos termos do ordenamento de então (art. 1º, DL 968/69, e supressão do art. 58, Lei 9.649/98, verdade que posterior aos fatos, pela Augusta Corte), tal liame efetivamente representou exercício de cargo público, para os fins da Lei 8.112/90, art. 243, e do próprio art. 39, Lei Maior, de tal modo que a previsão estabilizadora encartada no antes enfocado art. 19,

ADCT, a ter genuína incidência sobre o caso vertente, razão pela qual de modo algum poderia a parte recorrida ter sumariamente rompido o vinculo com o apelante, como o fez, sem que lhe assegurado o direito a um devido processo administrativo, apuratório a respeito do que efetivamente tenha ou não ocorrido, em seu caso concreto. Precedentes.
3. Protegendo o ordenamento, vigente ao tempo dos fatos, a parte aqui apelante, superior avulta o provimento a seu recurso, inciso XXXV do art. 5º, Lei Maior, reformada a r. sentença, para julgamento de procedência ao pedido, reintegrando-se o apelante em suas funções perante o recorrido, com a decorrente percepção/pagamento de todos os vencimento atrasados, desde sua ilegítima 'demissão', bem assim dos direitos pecuniários inerentes aos demais servidores ali em exercício, invertida a sucumbência antes arbitrada, ora em favor da parte apelante.
4. Provimento à apelação."

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados nos termos seguintes:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AUSENTE VÍCIO - IMPROVIMENTO.
1. O tema da competência foi solucionado pela r. sentença e jamais recorrido pela parte apelada.
2. Firma o E. STJ a 'perpetuatio jurisdictionis' para sentenças já proferidas pela E. Justiça Comum Federal antes do advento da EC 45, exatamente como na espécie, julgado originário de 1.998.
3. Improvimento aos embargos de declaração."

O *fumus boni juris* na medida cautelar intentada para conferir efeito suspensivo a recurso excepcional, naturalmente, está estreitamente relacionado à sua admissibilidade. Embora, evidentemente, não se cogite de examinar o mérito, é indispensável o

reconhecimento de seu cabimento, assim entendido seus requisitos genéricos e específicos, nos termos em que prescreve a Súmula 123 do STJ (*"a decisão que admite, ou não, recurso especial deve ser fundamentada, com o exame de seus pressupostos gerais e constitucionais"*).

No caso dos autos, verifica-se que este tribunal expressamente aplicou o seguinte entendimento do STJ:

> "RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CREA/RJ. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. REGIME JURÍDICO. NECESSIDADE DE COTEJO COM AS LEIS DE REGÊNCIA EM CADA PERÍODO. RECORRENTE CONTRATADO, SOB O REGIME CELETISTA, EM 22/06/1982 E DEMITIDO EM 21/05/1997, SEM OBSERVÂNCIA DAS REGRAS ESTATUTÁRIAS ENTÃO VIGENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.
> *1. O Regime Jurídico aplicável aos funcionários dos Conselhos de Fiscalização Profissional, no âmbito federal, por força do art. 1º do Decreto-Lei nº 968, de 13 de outubro de 1969, era, como regra, o celetista, até o advento da Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990 que, pelo seu art. 243, regulamentando o art. 39 da Constituição Federal (redação originária), instituiu o Regime Jurídico Único. Essa situação perdurou até o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que deu nova redação ao art. 39 da Carta Magna, extinguindo a obrigatoriedade de um Regime Único, passando a prevalecer a regra especial insculpida no § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649/98 - mantido incólume pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADIn nº 1.717/DF -, que prevê o regime celetista. (Precedente da Quinta Turma, REsp nº 647327/RJ).*
> 2. *In casu*, o Recorrente foi admitido pelo Conselho

> Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado do Rio de Janeiro - CREA/RJ em 22/06/1982, tendo sido demitido em 21/05/1997, sem observância das regras estatutárias então vigentes. Desse modo, há de ser reconhecido o seu direito à almejada reintegração.
> 3. Recurso conhecido e provido, para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau, que concedeu a ordem para reconhecer o direito líquido e certo do recorrente à reintegração ao cargo."
> REsp 333064/RJ RECURSO ESPECIAL 2001/0087615-7 T5 - QUINTA TURMA Relator(a): Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) grifo nosso

Entendeu-se, assim, à vista de o requerido ter sido demitido em 1994, ou seja, durante o período em que vigorou o chamado regime jurídico único instituído pela Lei nº 8.112/90, que não foram observadas as regras estatutárias aplicáveis, de modo que é cabível a reintegração. Evidencia-se que, na lide originária, não se está meramente a discutir o cabimento de vantagem do regime celetista, mas, efetivamente, se o requerido deve ou não ser considerado servidor, segundo as regras então em vigor, competência que, em princípio, é da Justiça Federal.

É impertinente o argumento de que o CREMESP, como autarquia federal, se submete ao disposto no artigo 2-B da Lei nº 9.494/97, segundo a qual somente pode ser executada após o trânsito em julgado, de modo que é inviável a reintegração provisória do requerido. A questão não foi objeto do acórdão, tampouco do recurso extraordinário. Deve, pois, ser suscitada no juízo da execução, a quem cabe decidir a respeito.

Ausente, em conclusão, a relevância jurídica do pedido cautelar. Desnecessário, em consequência, examinar a lesão grave invocada, porquanto não justifica, por si só, a concessão da medida.

Por fim, cumpre ainda ressaltar que a cautelar inominada em casos que tais constitui medida que se exaure em si mesma, não depende da ulterior efetivação da citação da requerida, nem

tampouco de contestação, uma vez que representa mero incidente peculiar ao julgamento dos recursos excepcionais, consoante tem enfatizado, em sucessivas decisões, precedentes do Supremo Tribunal Federal (RTJ 167/51, Rel. Min. MOREIRA ALVES - AC 175-QO/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Pet 1.158-AgR/SP, Rel. Min. FRANCISCO REZEK - Pet 1.256/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Pet 2.246-QO/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES - Pet 2.267/PR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Pet 2.424/PR, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - Pet 2.466-QO/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Pet. 2.514/PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO).

Ante o exposto, indefiro a medida cautelar.

Apense-se ao processo principal.

Intime-se.

São Paulo, 10 de dezembro de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Vice-Presidente

CAUTELAR INOMINADA
0036790-12.2010.4.03.0000
(2010.03.00.036790-7)

Requerentes: BANCO FIBRA S/A E FIBRA ASSET MANAGEMENT DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA.
Requerida: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 16ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Classe do Processo: CauInom 7218
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/12/2010

DECISÃO

Medida cautelar ajuizada por BANCO FIBRA S/A e outro. Pedem seja concedido efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial interpostos nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.61.00.014234-0 por meio do qual pretendem, *verbis*, "relativamente ao período base de 2006 e subsequentes, garantir o direito líquido e certo das Impetrantes de recolher a contribuição para o PIS somente com base nas receitas provenientes da prestação de serviços, bem como de procederem à compensação dos valores indevidamente recolhidos a titulo de contribuição ao PIS desde junho de 2.001, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 ... " (fl. 65). Relatam os requerentes que obtiveram a liminar em parte, a sentença a confirmou, a fim de afastar o alargamento da base de cálculo do PIS estabelecido pela Lei nº 9.718/98, todavia o acórdão da Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu provimento ao apelo da União Federal e à remessa oficial. Opostos embargos de declaração, foram parcialmente acolhidos com efeitos infringentes. Novos embargos foram opostos por ambas as partes e novamente acolhidos em parte.

Sustenta-se que:

a) é cabível o ajuizamento de medida cautelar, nos termos dos artigos 796 e seguintes do CPC, quando houver fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação, e a competência é desta Vice-Presidência, consoante as Súmulas 634 e 635 do STF;

b) o conceito de faturamento extraído do Direito Comercial

foi delimitado pelo STF e compreende somente as receitas auferidas com a venda e/ou prestação de serviços. Descabe equipará-lo às receitas das atividades empresariais típicas, como quer o fisco e esta corte acolheu;

c) em casos análogos, o Min. Ricardo Lewandowski concedeu efeito suspensivo na AC 2171 MC, publicada em 18.12.08, bem como esta Vice-Presidência, na Medida Cautelar nº 2010.03.00.012029-0;

d) o *periculum in mora* está configurado, pois, caso não seja deferido o efeito suspensivo aos recursos excepcionais, terá de recolher até o próximo dia 18 de dezembro a exação questionada, a fim de não ser penalizada com os encargos da mora (Lei nº 9.430/96) e, desse modo, sujeitar-se a inaceitável *solve et repete*, ou, se não fizer o pagamento, ficará impedida de obter a CND e será inscrita no CADIN, o que inviabilizaria suas atividades sociais.

Decido.

Primeiramente, os recursos especial e extraordinário ainda não foram processados, de modo que pendem os respectivos juízos de admissibilidade. Inegável o cabimento da medida cautelar, *in casu*, a teor da Súmula 634 do Supremo Tribunal Federal, que determina que a competência dos tribunais superiores para análise da medida cautelar, com objetivo de atribuir efeito suspensivo aos recursos excepcionais, somente ocorrerá após o exame do recurso pelo tribunal *a quo*.

O acórdão impugnado está assim ementado:

> "APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. LEI 9.718/98. INCONSTITUCIONALIDADE DA BASE DE CÁLCULO. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE ANTE A INEXISTÊNCIA DE PROVA NOS AUTOS ACERCA DO RECOLHIMENTO DA REFERIDA EXAÇÃO NO PERÍODO EM QUE VIGEU O ALUDIDO DIPLOMA LEGAL.
> 1 - A Lei Complementar 07/70, materialmente, tem natureza de lei ordinária, o que não demanda a edição de lei complementar para modificá-la.
> 2 - Inconstitucionalidade do artigo 3º, § 1º, da Lei nº

9.718/98, sendo certo que o recolhimento da COFINS deveria ser feito considerando o conceito de base de cálculo - faturamento - que trata os art. 2º, 'caput', da Lei Complementar nº 70/91.
3 - A decisão do Plenário do STF ocorreu no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084.
4 - Em tese, a compensação pretendida é plenamente cabível e pacificada nesta Corte, notadamente no caso da ampliação do conceito de faturamento perpetrada pela Lei 9.718/98. Todavia, no caso específico destes autos, a prova pré-constituída não se coaduna com o período em que a Impetrante fora compelida a recolher o PIS com supedâneo no mencionado diploma legal tido por inconstitucional pelo Pretório Excelso.
5 - Conforme se depreende dos documentos anexados nestes autos, percebe-se ausente um dos requisitos da compensação, qual seja a liquidez, certeza e exigibilidade do crédito que a impetrante assevera possuir.
6 - As Impetrantes trouxeram prova pré-constituída de recolhimentos posteriores à revogação da Lei 9.718/98. *In casu*, há nos autos guias referentes ao PIS recolhidas entre 05/05 à 01/06 (fls. 37/41) da contribuinte BANCO FIBRA S/A e, com relação à FIBRA ASSET MANAGEMENT DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS LTDA, recolhimentos no interregno compreendido entre 10/05 à 01/06, períodos estes que em nada se reportam à sistemática instituída pela lei vergastada.
7 - Em que pese caber ao judiciário apenas autorizar a compensação por conta e risco da Impetrante e fixar seus parâmetros, deixando ao órgão de fiscalização fazendária a averiguação do procedimento adotado, inclusive no que se refere ao 'quantum' a ser contabilizado nesta rotina, nos termos do art. 66 da Lei 8.383/91, não há plausibilidade em permiti-la sem algum dos requisitos necessários para tanto, sob pena de inexistir a extinção do crédito tributário

mas apenas descumprimento de obrigação tributária em períodos futuros.
8 - As impetrantes buscam compensar créditos decorrentes dos recolhimentos do PIS sob a égide da malsinada lei sem demonstrar que os recolheram, efetivamente, naquele período, situação não condizente com o instituto da compensação cuja precípua finalidade é a extinção de obrigações recíprocas de natureza fungível.
9 - No que tange às guias de recolhimento alhures mencionada, não assiste razão às Impetrantes em requerer a compensação dos créditos tributários a título de PIS, nem a suspensão da exigibilidade do correspondente a partir de 2006, ao argumento de inconstitucionalidade da Lei 9.718/98, face a sistemática do PIS instituída pela MP 66/02.
10 - Observa-se, claramente, que somente pode ser alegada a compensação do PIS, com base na Lei 9.718/98, até 01º de dezembro de 2002 (MP 66/02), já que, a partir da referida data, tais recolhimentos deveriam ser realizados com base na aludida Medida Provisória.
11 - Apelação e remessa oficial providas."

A ementa do acórdão nos embargos de declaração expressa:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL CORRIGIDO. HIPÓTESES DE CABIMENTO. OMISSÃO CONFIGURADA. EFEITO EXCEPCIONALMENTE INFRIGENTE. CONSEQUENCIA LÓGICA DA MODIFICAÇÃO DO JULGADO.
1. Conquanto haja disposição relativa à inaplicabilidade da Lei 9.715/98 (art. 12) em relação às pessoas jurídicas a que se refere o § 1º do art. 22 da Lei 8.212/91, o v. acórdão consignou que a norma aplicável, em sucedâneo ao § 1º do art. 3º da lei 9.718/98, deveria ser o mencionado ato normativo.
2. Erro material corrigido a fim de que conste expressa

menção ao *caput* do art. 3º da lei 9.718/98 em substituição à Lei 9.715/98, haja vista que o STF, nos mesmos julgados em que se declarou a inconstitucionalidade do conceito de receita bruta a que alude o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, também expressamente consignou a conformidade do *caput* do mesmo cânone com a ordem constitucional.
3. Retificado o item '2' pois diz respeito à COFINS enquanto esta ação mandamental trata tão-somente do PIS.
4. As premissas do v. acórdão, sobretudo no capítulo relativo à compensação, não se colidem mas apenas demonstram o entendimento deste órgão julgador no sentido de que o pedido de compensação deve, necessariamente, vir carreado de provas acerca do recolhimento indevido por meio do qual se busca este específico provimento jurisdicional.
5. Depreende-se na análise do julgado que o fundamento pelo qual a compensação restou reduzida, máxime quanto aos últimos recolhimentos pleiteados, consubstanciou-se em torno do advento da MP 66/02, posteriormente convertida pela Lei 10.637/02.
6. Todavia, o art. 10 da referida lei arrola as pessoas que não se sujeitam aos novos regramentos da COFINS, dentre as quais as instituições financeiras, notadamente quando se refere às pessoas jurídicas referidas nos §§ 6º, 8º e 9º do art. 3º da Lei 9.718/98, que, por sua vez, faz referência aos sujeitos passivos mencionados no § 1º do art. 22 da lei 8.212/91.
7. Permanecendo as Embargantes como destinatárias da lei 9.718/98, não há que se falar em aplicação da lei 10.833/03, razão pela qual é de rigor a exclusão da indevida menção deste último ato normativo contido no bojo do v. acórdão e de seu dispositivo.
8. Omissão configurada à luz do art. 10 da Lei 10.833/03.
9. A compensação, diante das ponderações acima, há que ser deferida de modo a abranger os créditos posteriores a 01/12/2002, consoante DARF's juntada aos autos às fls. 37 à 45, efetuando-se com quaisquer tributos ou contribuições

administradas pela Secretaria da Receita Federal.
10. Incidência da taxa SELIC, a teor do artigo 39 § 4º da Lei 9250/95, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices de correção monetária ou juros.
11. Erro material corrigido a fim de que passe a constar, no v. acórdão menção ao *caput* do art. 3º da Lei 9.718/98 em sucedâneo à Lei 9.715/98, bem como seja retificado o item '2' da ementa, atribuindo-lhe referência ao PIS. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para que deixe de constar do v. acórdão a indevida menção à MP 66/02, posteriormente convertida na Lei 10.637/02, dando-lhes efeito excepcionalmente infringente de forma a dar parcial provimento à apelação e a remessa oficial para permitir a compensação dos créditos recolhidos e comprovados nos autos com contribuições administradas pela SRF, acrescidos da taxa SELIC."

Sobrevieram novos embargos de declaração, desta vez de ambas partes, cuja ementa do acórdão está assim redigida:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERROS MATERIAIS CORRIGIDOS. HIPÓTESES DE CABIMENTO. VÍCIOS SANADOS. EFEITO EXCEPCIONALMENTE INFRIGENTE. POSSIBILIDADE.
1 - Erro material corrigido a fim de que prevaleça a aplicação do art. 8º da Lei 10.637/02, mantendo-se as demais premissas deste capítulo do v. acórdão, inclusive sua conclusão.
2 - Retificado o item '6', de modo que de nele conste menção ao PIS, bem como ao art. 8º, inciso I em sucedâneo ao art. 10.
3 - O erro material suscitado pelos Impetrantes também merece acolhimento apenas para que no corpo do voto conste que pedido não só abrange o pedido de restituição do indébito por meio de compensação como também a possibilidade de recolhimento do PIS, a partir do período-base relativo a junho de 2006, com base nas receitas

provenientes da prestação de serviços. Todavia, tal correção não induz a ocorrência de qualquer omissão, pois as questões a respeito da base de cálculo do PIS estão apreciadas no voto que julgou a apelação interposta.
4 - Despicienda qualquer consideração acerca da amplitude da base de cálculo do PIS já que no v. acórdão embargado restou consignada a aplicação do *caput* do art. 3º da Lei 9.718/98, inserindo-se neste conceito legal as operações relativas ao seu objeto social.
5 - Estando ínsita a base imponível a que se refere o *caput* do art. 3º da Lei 9.718/98 as receitas advindas do objeto social das sociedades empresariais, não há que se falar em omissão quanto à abrangência dos termos lá dispostos.
6 - Todavia, afim de que não pairem dúvidas a respeito desta questão diante de tamanha celeuma, restam conferidos efeitos infringentes aos embargos de declaração da União Federal para dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial em maior extensão a fim de assentar que a base de cálculo desta exação consiste em tudo aquilo que cada empresa aufere em razão do exercício das atividades que lhe forem próprias e típicas, incluindo-se, no caso das instituições financeiras, os valores decorrentes da intermediação financeira, vez que fazem parte de seu objeto social, expressamente delineado no art. 17 da Lei 4.595/64.
7 - Encontra-se revestida pela preclusão temporal a alegação de omissão quanto à análise da *questio iuris* à luz do art. 195, I, da CF com a redação que lhe foi dada pela EC 20/98.
8 - Embargos de declaração da União Federal acolhidos de maneira parcial para corrigir o erro material, bem como para emprestar-lhes efeitos excepcionalmente infringentes para dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial em maior extensão. Embargos dos Impetrantes parcialmente acolhidos."

Evidencia-se que, não obstante tenha sido reconhecida a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, nos

termos do julgamento do STF, o julgado (item 6 dos embargos) expressou entendimento sobre o que deve ser considerado como faturamento das instituições financeiras, ao invocar o artigo 17 da Lei nº 4.595/64. De outro lado, o Supremo Tribunal Federal, após ter reconhecido a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 400.479/RJ, no qual a AXA SEGUROS DO BRASIL S/A, questiona especificidades do conceito de faturamento para as instituições financeiras e seguradoras, a princípio manifestou-se contrariamente de modo enfático, *verbis*:

> "O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: -
> Trata-se de agravo interposto contra decisão do teor seguinte:
> '*DECISÃO*: *1*. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido por Tribunal Regional Federal, acerca da constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.718/98.
> *2*. Consistente, em parte, o recurso.
> Uma das teses do acórdão recorrido está em aberta divergência com a orientação da Corte, cujo Plenário, em data recente, consolidou, com nosso voto vencedor declarado, o entendimento de inconstitucionalidade apenas do 1º do art. Da Lei 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, violando assim a noção de faturamento pressuposta na redação original do art. 195, I, *b*, da Constituição da República, e cujo significado é o estrito de receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais (cf. *RE nº 346.084-PR*, Rel. orig. Min. *ILMAR GALVÃO*; *RE nº 357.950-RS*, *RE nº 358.273-RS* e *RE nº 390.840-MG*, Rel. Min. *MARCO AURÉLIO*, todos julgados em 09.11.2005. Ver Informativo STF nº 408, p. 1).
> No mesmo julgamento, o Plenário afastou a argüição de inconstitucionalidade da Lei nº 9.715/98, bem como o art.

8º da Lei nº 9.718/98, que prevê majoração da alíquota da COFINS de 2% para 3%. E estabeleceu, ainda, que, ante a exigência contida no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, a Lei nº 9.718/98 entrou a produzir efeitos a partir de 1º de fevereiro de 1999.

No que toca à compensação facultada à pessoa jurídica pelo § 1º do art. 8º da Lei nº 9.718/98, esta Corte, no julgamento do *RE nº 336.134* (Pleno, Rel. Min. *ILMAR GALVÃO*, DJ de 16.05.2003), reputou-a constitucional, ao afastar alegada ofensa ao princípio da isonomia.

3. Diante do exposto, e com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para, concedendo, em parte, a ordem, excluir, da base de incidência do PIS e da COFINS, receita estranha ao faturamento da recorrente, entendido esse nos termos já suso enunciados. Custas em proporção.' (fls. 429/430).

Insiste a parte agravante no provimento do agravo, sustentando que: *a)* a lide revela especificidades que não se exaurem com a decisão alcançada pelo Plenário da Corte declarando a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98; *b)* a limitação do conceito de faturamento às receitas de venda de mercadorias e/ou prestação de serviços resultou na isenção das empresas seguradoras das contribuições para o PIS e COFINS, exatamente por não apresentarem nenhuma dessas receitas; *c)* as receitas de prêmios não podem ser tributadas pela COFINS por não integrarem sua base de cálculo, o contrato de seguro não envolve venda de mercadorias, nem tampouco prestação de serviços.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator):

1. A decisão agravada invocou e resumiu os fundamentos do entendimento invariável da Corte, cujo teor subsiste invulnerável aos argumentos do recurso, os quais nada acrescentaram à compreensão e ao desate da *quaestio iuris*. Seja qual for a classificação que dê às receitas oriundas dos

contratos de seguro, denominadas prêmios, o certo é que tal não implica na sua exclusão da base de incidência das contribuições para o PIS e COFINS, mormente após a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98 dada pelo Plenário do STF. É que, conforme expressamente fundamentado na decisão agravada, o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária em comento envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.

É oportuno, aliás, advertir que o disposto no art. 554, §§ 3º e 4º, e no art. 557, ambos do Código de Processo Civil, desvela o grau de autoridade que o ordenamento jurídico atribui, em nome da segurança jurídica, às súmulas e, posto que não sumulada, a jurisprudência dominante, sobretudo desta Corte, as quais não podem desrespeitadas nem controvertidas sem graves razões jurídicas capazes de lhes autorizar revisão ou reconsideração. De modo que o inconformismo sistemático, manifestado em recurso carente de fundamentos novos, não pode deixar de ser visto senão como abuso do poder recursal.

Ao presente recurso, que não traz argumentos consistentes para ditar eventual releitura da orientação assentada pela Corte, não sobra, pois, senão caráter só abusivo.

2. Isto posto, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Ministro CEZAR PELUSO

Relator”

Posteriormente, todavia, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração que foram opostos ao julgado transcrito, a Segunda Turma entendeu que o tema merecia exame e afetou-o ao Plenário.

“Decisão: A Turma, por decisão unânime, deliberou afetar o julgamento do processo ao Plenário. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de

> Mello e Eros Grau. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 25.09.2007."

O julgamento ainda não foi concluído. Há precedente daquela corte suprema, porém, como o demonstra a decisão seguinte, em medida cautelar ajuizada para emprestar efeito suspensivo a recurso extraordinário em caso semelhante a este, em que restou reconhecida a relevância da fundamentação e o cabimento da concessão do efeito reclamado, *verbis*:

> "Trata-se de ação cautelar, com pedido de medida liminar, ajuizada por Banco Volkswagen S/A e Volkswagen Leasing S/A - Arrendamento Mercantil, contra a União, com o objetivo de conceder efeito suspensivo a Agravo de Instrumento interposto contra decisão denegatória de Recurso Extraordinário.
> O Acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa:
> 'PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. TRIBUTÁRIO. COFINS. LEI 9.718/98. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESONERAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO NA FORMA DO ARTIGO 11 DA LC Nº 70/91. INADMISSIBILIDADE. CONJUGAÇÃO DO ARTIGO 2º DA LC Nº 70/91 (BASE DE CÁLCULO) E ARTIGO 8º DA LEI Nº 9.718/98 (ALÍQUOTA).
> (...).
> 5. O Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que é inconstitucional a majoração da base de cálculo da COFINS e do PIS, tal como disciplinada no artigo 3º, § 1º, da lei, porém, constitucional o aumento da alíquota, alterada pelo artigo 8º.
> 6. Não restam dúvidas, que as instituições financeiras são prestadoras de serviços, conforme destacado pelo artigo 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, e como tal obtém ingressos monetários dessa prestação, portanto, auferem receita.
> 7. Sem descurar da ilegitimidade da hipótese de incidência

tributária, pela alteração da base de cálculo feita pela Lei nº 9.718, na forma declarada pelo Supremo Tribunal Federal, deverá a impetrante ser tributada nos moldes do art. 2º, da LC nº 70/91, à alíquota de 3% (sobre o faturamento), pois não se encontra mais excluída da tributação da COFINS, sendo nesse aspecto válida a Lei 9.718/98.
8. Recurso e remessa oficial parcialmente provida'.
O recurso extraordinário havia sido interposto contra acórdão que decidiu pela constitucionalidade da Lei 9.715/98 e do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, que equiparava os conceitos de faturamento e receita bruta.
Na presente demanda cautelar, alegam as requerentes que 'No que tange à plausibilidade do direito invocado, salientaram as Autoras que o Plenário desse C. Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade do artigo 3º, I, da Lei nº 9.718/98, que equiparava o termo faturamento ao conceito de receita bruta, caracterizado pelo referido dispositivo como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua atividade e sem levar em consideração a classificação contábil adotada para as receitas' (fl. 7).
Ademais, aduzem que 'o *periculum in mora* (...) decorre do fato de a d. autoridade impetrada já ter iniciado procedimento de cobrança contra as Autoras, além de restar impossibilitada a renovação da Certidão Negativa de Débitos' (fl. 11).
Por fim, requereu que fosse concedida a medida liminar com o objetivo de 'suspender a exigibilidade do crédito tributário em discussão na ação principal (MS nº 1999.61.00.039697-4), nos termos do art. 151, V, do CTN, até que o julgamento do Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Extraordinário interposto pelas Autoras' (fl. 10).
Às fls. 358-361, indeferi a medida liminar nos seguintes termos:
'Em uma análise perfunctória, própria do instituto processual em espécie, não constato a aparência do bom direito,

na medida em que os fundamentos apresentados pelo acórdão recorrido são consentâneos à jurisprudência desta Corte. Também o perigo da demora não está presente, uma vez que ainda não houve qualquer anúncio de ato constritivo contra os requerentes.

Isso posto, em uma cognição sumária, e nos termos da jurisprudência aplicável ao caso, não vislumbro, por ora, a ocorrência de *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* a justificar a concessão de medida liminar, razão pela qual a indefiro, sem prejuízo de ulterior análise da questão trazida à minha apreciação'.

Às fls. 365-373, foi interposto agravo regimental pelas requerentes, com pedido de reconsideração.

Às fls. 381-386, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do agravo regimental em parecer que recebeu os seguintes fundamentos:

'Direito assiste aos agravantes.

Com efeito, a matéria pertinente à composição do faturamento das instituições financeiras, para efeito de formação da base de cálculo da COFINS e do PIS, encontra-se afetada ao Pleno dessa Suprema Corte, no RE 400.479, havendo, assim, a possibilidade desse Pretório Excelso decidir de forma favorável aos interesses dos recorrentes, excluindo da base de cálculo das exações parcelas de receita incluída pelo acórdão da Corte *a quo* (...).

Ademais, consta, realmente, da peça inaugural que a União estaria realizando atos constritivos, visando ao pagamento imediato da exação, nos moldes do que fixado no acórdão objeto do RE.

Em face do exposto, o parecer é pelo conhecimento e provimento da presente insurgência'.

É o relatório.

Passo a decidir o pedido liminar.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que, em regra, o juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário afasta a possibilidade da

respectiva concessão de efeito suspensivo.

Contudo, o presente caso enquadra-se naquelas situações excepcionais que autorizam a atribuição de efeito suspensivo ao recurso denegado na origem (Cf. AC 1.546-AgR/GO, Rel. Min. Carlos Britto e AC 1.821-QO/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes).

A matéria concernente à formação da base de cálculo da COFINS e do PIS na composição do faturamento das instituições financeiras, objeto da presente ação cautelar, encontra-se afetada ao Pleno desta Corte, no RE 400.479/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso (Lei 9.178/1998).

Portanto, é de se considerar presente a plausibilidade jurídica do pedido liminarmente formulado, dado que a matéria de fundo do deslinde é objeto de discussão judicial nesta Suprema Corte.

Quanto ao *periculum in mora*, entendo que esse milita em favor do requerente, pois a espera pelo julgamento que pacificará a questão nesta Corte poderá acarretar dano irreparável ou de difícil reparação, tornando ineficaz eventual decisão favorável no tocante ao mérito da questão constitucional.

Isso posto, *ad referendum* da Turma, reconsidero a decisão de fls. 358-361 e *defiro* o pedido liminar para atribuir efeito suspensivo ao recurso para suspender a exigibilidade do crédito tributário em debate no Processo 1999.61.00.039697-4, até o julgamento final da causa.

Comunique-se.

Cite-se o requerido.

Publique-se.

Brasília, 10 de dezembro de 2008.

Ministro RICARDO LEWANDOWSKI

- Relator -”

O *fumus boni iuris* na medida cautelar intentada para conferir efeito suspensivo a recurso excepcional, naturalmente, está estreitamente relacionado à sua admissibilidade. Embora, evidentemente,

não se cogite de examinar o mérito, é indispensável o reconhecimento de seu cabimento, assim entendido seus requisitos genéricos e específicos, nos termos em que prescreve a Súmula 123 do STJ ("a decisão que admite, ou não, recurso especial deve ser fundamentada, com o exame de seus pressupostos gerais e constitucionais").

No caso dos autos, está demonstrada a relevância jurídica do pedido cautelar, à vista de a interpretação acerca do que se considera faturamento, no caso das instituições financeiras, estar pendente de apreciação no Supremo Tribunal Federal, com a eventual possibilidade de vir a ser favorável à tese advogada pelas empresas.

A par da relevância do direito invocado, tem-se que enfatizar a difícil reparação do dano causado e a necessidade de sustar antecipadamente os seus efeitos sobre o sujeito passivo da exação em questão, caso da requerente. Nesse sentido, terá de recolher a exação até o próximo dia 18 de dezembro, a fim de não ser penalizada com a respectiva multa, e, portanto, sujeitar-se à tortuosa e inadmissível via do *solve et repete*, ou, se não recolher o tributo, às sanções cabíveis, como a inscrição no CADIN.

Cumpre ressaltar que a cautelar inominada em casos que tais constitui medida que se exaure em si mesma, não depende da ulterior efetivação da citação da requerida, nem tampouco de contestação, uma vez que representa mero incidente peculiar ao julgamento dos recursos excepcionais, consoante tem enfatizado, em sucessivas decisões, precedentes do Supremo Tribunal Federal (RTJ 167/51, Rel. Min. MOREIRA ALVES - AC 175-QO/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Pet 1.158-AgR/SP, Rel. Min. FRANCISCO REZEK - Pet 1.256/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Pet 2.246-QO/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES - Pet 2.267/PR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Pet 2.424/PR, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - Pet 2.466-QO/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO - Pet. 2.514/PR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO).

Por fim, à vista de toda a fundamentação da medida cautelar e, consequentemente, desta decisão estar na controvérsia constitucional, descabe a concessão do efeito suspensivo ao recurso

especial, inclusive, porque a atribuição desse efeito ao recurso extraordinário é bastante para proteger o direito do requerente.

Ante o exposto, defiro o efeito suspensivo requerido para o recurso extraordinário.

Apense-se aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de dezembro de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Vice-Presidente

DECISÕES MONOCRÁTICAS

APELAÇÃO CÍVEL
0060287-74.1999.4.03.6100
(1999.61.00.060287-2)

Apelantes: UNIÃO FEDERAL, JOSÉ CARLOS MENEGUCCI E OUTROS
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Parte Autora: JOSE OSMAR MATIOLLI
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Classe do Processo: AC 1398739
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/12/2010

DECISÃO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal Relatora, Doutora VESNA KOLMAR:

Trata-se de recursos de apelação interpostos por José Carlos Menegucci e outros e pela União Federal contra a r. sentença proferida pela MMª. Juíza Federal da 11ª Vara Federal Cível de São Paulo, que *julgou improcedente o pedido* para declarar a inexistência de relação jurídica a permitir o desconto de contribuições previdenciárias sobre o 13º salário, nos moldes do Decreto nº 612/92, alterado pelo Decreto nº 2.173/97, bem como à restituição dos valores recolhidos sob tal título entre 1994 e 1998 e condenou cada um dos autores ao pagamento das custas e honorários de advogados, arbitrados em R$ 300,00 (trezentos reais), nos termos dos § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

A parte autora sustenta, em razões recursais de fls. 142/145, a ilegalidade da cobrança da contribuição social incidente sobre o 13º salário, em separado do salário de contribuição relativo ao mês de dezembro, da forma como estabelecida no artigo 37 do Decreto nº 612/92, que regularizou o artigo 28 da Lei nº 8.212/91. Requer, ainda, a restituição dos valores que considera pagos indevidamente entre os anos de 1994 a 1998, com as respectivas atualizações.

A União, por sua vez, alega que os autores foram condenados o pagamento de honorários de sucumbência em valor irrisório, sendo economicamente inviável eventual execução, nos termos do art. 20, § 2º, da Lei nº 10.522/2002, pelo que requer a

fixação dos honorários em valor superior a R$ 1.000,00 (um mil reais).

Contrarrazões pela União (fls. 157/161). Sem contrarrazões pela parte autora.

É o relatório.

Decido e fundamento.

Valho-me da regra do artigo 557 do Código de Processo Civil, que autoriza o relator a decidir monocraticamente os recursos cuja matéria esteja pacificada no âmbito dos Tribunais.

É o caso dos autos. Confira-se.

Com o advento da Lei nº 8.212/91, estabeleceu-se, com clareza, que a gratificação natalina ou décimo-terceiro salário tem natureza salarial. É o que prescreve o parágrafo 7º do artigo 28 de citada lei, *verbis*:

> "Art. 28 - Entende-se por salário-de-contribuição:
> I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados, a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato, ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;
> (...)
> § 7º O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário de contribuição, exceto para o cálculo de benefício, na forma estabelecida em regulamento."

A partir da análise isolada deste dispositivo legal, conclui-se que a contribuição previdenciária sobre o décimo-terceiro salário deve ser auferida somando-se a ele o décimo-segundo salário.

Posteriormente, foi editado o Decreto nº 612/92 que, nos parágrafos 6º e 7º, do artigo 37, dispõe que a gratificação natalina deve incidir sobre o seu valor bruto, em separado:

> "(...)
> § 6º A gratificação natalina - décimo terceiro salário - integra o salário-de-contribuição, sendo devida a contribuição quando do pagamento ou crédito da última parcela, ou na rescisão do contrato de trabalho.
> § 7º A contribuição de que trata o § 6º incidirá sobre o valor bruto de gratificação, sem compensação dos adiantamentos pagos, mediante aplicação, em separado, da Tabela de que trata o art. 22 e observadas as normas estabelecidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social."

Com efeito, tal decreto extrapolou os limites impostos pela lei federal, desrespeitando o princípio da hierarquia das leis, ao determinar o cálculo da contribuição sobre a gratificação natalina em separado, ultrapassando sua função meramente regulamentar, contrariando o dispositivo da Lei nº 8.212/91 que estabelece a incidência da alíquota de contribuição previdenciária sobre a última parcela do ano, composta pelos décimo-segundo e décimo-terceiro salários.

Todavia, em 05 de janeiro de 1993, sobreveio a Lei nº 8.620, com o objetivo de regularizar a ilegalidade verificada na sistemática de incidência da contribuição adotada no Decreto nº 612/92, determinando, no artigo 7º, parágrafo 2º, que a exação deverá incidir sobre o valor bruto da gratificação natalina, mediante aplicação em separado das alíquotas previstas na Lei 8.212/91.

Assim, a partir da vigência da Lei nº 8.620/93, é legal a incidência de contribuição social sobre o valor do décimo-terceiro salário em separado da parcela relativa ao mês de dezembro.

Neste ponto, ressalto que, por diversas vezes, em casos análogos a este, me posicionei no sentido que a Lei nº 8.870/94, ao alterar a redação do parágrafo 7º, do artigo 28, da Lei nº 8.212/91, teria revogado a regra de incidência prevista na Lei nº

8.620/93, restabelecendo a incidência da contribuição sobre a somatória do salário de dezembro e a gratificação natalina.

Contudo, de uma análise mais minuciosa da questão, revejo o entendimento anteriormente esposado, considerando que a alteração trazida pela Lei nº 8.870/94 limitou-se a excluir o décimo-terceiro salário do cálculo do benefício, sem, todavia, excluí-lo do salário-de-contribuição.

Nesse sentido, adoto a lição do E. Juiz Federal Luciano de Souza Godoy: "... tenho que a nova redação dada ao § 7º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, por parte da Lei nº 8.870/1994, não revogou as disposições da lei nº 8.620/1993, na medida em que a gratificação natalina nunca deixou de integrar o salário-de-contribuição, isto é, sempre houve incidência da contribuição social sobre essa verba. Para que houvesse revogação da regra do artigo 7º, § 2º, da lei nº 8.620/1993, a nova lei teria de consignar expressamente que o décimo-terceiro salário passaria a integrar o salário de contribuição do mês de dezembro ou do mês da rescisão do contrato de trabalho, o que não aconteceu."

Ademais, neste sentido, decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, no Recurso Especial nº 1066682 /SP, cuja ementa do acórdão publicado em 01 de fevereiro de 2010 ora transcrevo:

> "TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO. DECRETO Nº 612/92. LEI FEDERAL Nº 8.212/91. CÁLCULO EM SEPARADO. LEGALIDADE APÓS EDIÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 8.620/93.
> 1. A Lei nº 8.620/93, em seu art. 7º, § 2º autorizou expressamente a incidência da contribuição previdenciária sobre o valor bruto do 13º salário, cuja base de cálculo deve ser calculada em separado do salário-de-remuneração do respectivo mês de dezembro (Precedentes: REsp 868.242/RN, DJe 12/06/2008; EREsp 442.781/PR, DJ 10/12/2007; REsp nº 853.409/PE, DJU de 29.08.2006; REsp nº 788.479/SC, DJU de 06.02.2006; REsp nº 813.215/SC, DJU de 17.08.2006).

2. Sob a égide da Lei nº 8.212/91, o E. STJ firmou o entendimento de ser ilegal o cálculo, em separado, da contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina em relação ao salário do mês de dezembro, tese que restou superada com a edição da Lei nº 8.620/93, que estabeleceu expressamente essa forma de cálculo em separado.
3. *In casu*, a discussão cinge-se à pretensão da repetição do indébito dos valores pagos separadamente a partir de 1994, quando vigente norma legal a respaldar a tributação em separado da gratificação natalina.
4. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

Desta feita, não prospera a pretensão dos autores acerca da repetição do indébito dos valores recolhidos a partir da competência de 1994, pois já existia norma legal, qual seja, a Lei nº 8.620/93, a legitimar a tributação em separado da gratificação natalina ou décimo-terceiro salário.

No que tange ao valor dos honorários arbitrados na r. sentença, entendo que não merece acolhida a alegação da União quanto a modicidade e inexequibilidade da quantia fixada, nos termos do art. 20, § 2º, da Lei nº 10.522/2002, pois foram arbitrados R$ 300,00 (trezentos reais) para cada autor, o que perfaz a quantia total de R$ 3.000,00 (três mil reais).

Ademais, ao valor fixado atende aos critérios de equidade nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, em caso como o dos autos em que não houve condenação, devendo ser mantido.

Por esses fundamentos, com fulcro no *caput* do art. 557 do Código de Processo Civil, *nego seguimento aos recursos de apelo dos autores e da União*.

Decorridos os prazos recursais, certifique-se o trânsito em julgado desta decisão e, após, remetam-se os autos à Vara de origem, procedendo-se as devidas anotações.

I.

São Paulo, 23 de novembro de 2010.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

MANDADO DE SEGURANÇA
0021228-60.2010.4.03.0000
(2010.03.00.021228-6)

Impetrante: ALBERTO RODRIGUES NETO FILHO
Impetrada: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Codinome: DESEMBARGADORA FEDERAL ANNA MARIA PIMENTEL
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO
Classe do Processo: MS 323867
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/12/2010

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por ALBERTO RODRIGUES NETO FILHO, em face da decisão exarada pela Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0006405-81.2010.403.0000/SP, consubstanciada na conversão daquele recurso em agravo retido.

Em apertada síntese, alega o impetrante o cabimento do presente *writ* em razão da inexistência de recurso com efeito suspensivo apto a modificar, desde logo, a decisão que converteu o agravo de instrumento em agravo retido.

Segundo o impetrante, se a nova sistemática do agravo de instrumento não permite a interposição de recurso na referida hipótese, faz-se cabível a impetração de mandado de segurança, pois não estaria sendo utilizado como sucedâneo de recurso.

Destarte, requer o regular processamento do presente *mandamus* e, por conseguinte, a concessão da segurança pleiteada.

Inicialmente, fls. 119, determinou-se a correção da autuação e abertura de nova conclusão, para apreciação do pedido de liminar.

Em respeito ao conjunto de decisões proferidas pelo Órgão Especial, optei por apresentar em mesa o presente feito, para apreciação colegiada da medida liminar requerida.

O intuito era de que não houvesse discrepância entre decisões minhas, isoladas, no sentido de determinar o processamento, inclusive com concessão de liminar, pois na hipótese em tela,

tenho, atualmente, entendido ser cabível o mandado de segurança, sendo que majoritariamente este Órgão Especial entende em sentido diametralmente oposto, no caso o descabimento.

Por outro lado, deve-se ter em consideração que o Órgão Especial é que se constitui no juízo natural para apreciação desta ordem de *mandamus* originário, cabendo ao Desembargador Federal Relator apenas um juízo preliminar, sempre possível de corroboração, *in fine*, pelo colegiado. Respalda esse raciocínio o disposto no art. 33, incisos IV e V, do Regimento Interno deste Tribunal:

> "Art. 33. Compete ao Relator:
> (...)
> IV - submeter ao Plenário, à Seção ou à Turma, nos processos de sua competência, medidas preventivas necessárias à proteção de qualquer direito suscetível de grave dano de difícil reparação, ou ainda, destinadas a garantir a eficácia da ulteriro decisão da causa;
> V - determinar em caso de urgência, as medidas do número anterior deste artigo, 'ad referendum' do Plenário, da Seção ou da Turma;"

Ademais, registre-se que essa prática judiciária muitas vezes é adotada pelos Tribunais superiores, destacadamente o Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, na Questão de Ordem suscitada pelo eminente Desembargador Federal André Nabarrete, restei vencida no que concerne à afetação da presente medida liminar ao Plenário, consoante resta consignado em Ata de sessão de julgamento, fls. 122, assim como na degravação dos debates travados naquele julgamento, fls. 124/135.

Assim, a medida liminar deve ser apreciada monocraticamente, de acordo com a decisão daquele órgão fracionário.

O Exmo. Desembargador Federal Márcio de Moraes, apresentou sua declaração de voto, fls. 141/142, acompanhando-me na questão de ordem.

Feito esse registro, passo a examinar a medida liminar requerida.

De acordo com o dito anteriormente, trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por ALBERTO RODRIGUES NETO FILHO, em face da decisão exarada pelo Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0006405-81.2010.403.0000/SP, consubstanciada na conversão daquele recurso em agravo retido.

Em apertada síntese, alega o impetrante o cabimento do presente *writ* em razão da inexistência de recurso com efeito suspensivo apto a modificar, desde logo, a decisão que converteu o agravo de instrumento em agravo retido.

Segundo o impetrante, se a nova sistemática do agravo de instrumento não permite a interposição de recurso na referida hipótese, faz-se cabível a impetração de mandado de segurança, pois não estaria sendo utilizado como sucedâneo de recurso.

Destarte, requer o regular processamento do presente *mandamus* e, por conseguinte, a concessão da segurança pleiteada.

É o relatório. Passo a decidir.

A despeito de anteriormente vir decidindo em sentido contrário, verifico o cabimento do mandado de segurança no caso em tela, agravo de instrumento interposto contra indeferimento de antecipação de tutela, passando a esposar entendimento diverso.

É de se ressaltar, inicialmente, que nos termos do parágrafo único do artigo 527, do CPC, na nova redação dada pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, a conversão do agravo de instrumento em agravo retido operada pelo Relator não poderá ocorrer nas hipóteses propiciadoras de lesão grave e de difícil reparação. É o que se infere da leitura do referido dispositivo legal *in verbis*:

> "Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído 'incontinenti', o relator: (...)
> II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos

> casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;
> (...)
> Parágrafo único: A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar."

A intenção do legislador foi a de obstar a interposição de recurso de agravo de instrumento, salvo naquelas hipóteses previstas em lei, especialmente os casos de lesão grave e de difícil reparação à parte.

De sorte que se apresenta cabível, na situação em tela, o mandado de segurança, verificada a ofensa ao direito líquido e certo da parte, de, em casos de lesão grave e de difícil reparação, interpor recurso de agravo pela modalidade instrumento.

A possibilidade de lesão grave e de difícil reparação é ínsita ao instituto da tutela antecipada, devendo ser processado e julgado o agravo de instrumento então interposto, sob pena de anular-se o próprio instituto da antecipação dos efeitos da tutela.

A urgência fica mais evidente quando se considera que a demanda principal cuida de revisão de benefício previdenciário do impetrante, onde avulta o caráter alimentar. A esse respeito, já dissertou a doutrina:

> "Portanto, a natureza da relação jurídica discutida nesse específico tipo de demanda (concernente à sobrevivência/subsistência humana), bem como, em muitos casos, a consideração sobre os legitimados a figurar no polo ativo (pessoas com elevada idade), revelam a necessidade de assegurar-se, ao Processo Judicial Previdenciario, sua específica celeridade, independentemente da garantia geral de celeridade concedida a todos os processos judiciais e administrativos. (...)

> Além da necessidade, pura e simples, de resolução célere de demandas caracterizadas como Processo Judicial Previdenciário, no outras consequências se impõem: o agravo contra decisões interlocutórias nesse tipo de demanda deve ser pela modalidade de instrumento, face as severas consequências que podem derivar para o segurado/dependente; o processo administrativo junto ao INSS deve ter deslinde célere e efetivo, sob pena de violar direitos dos segurados/dependentes, impugnado pela via do mandado de seguranca; o recurso especial ou extraordinário interposto contra decisão interlocutória (CPC 542, § 3º) nao deve ficar retido nos autos principais, dada a situacao de urgência a ser discutida etc."
> (SERAU JR, Marco Aurélio. *Curso de Processo Judicial Previdenciário*, 3ª ed., S. Paulo: Método, 2010, p. 58)

O presente mandado de segurança, assim, não estaria a ser utilizado como substitutivo recursal, de sorte que deve ser conhecido e processado, dada a inexistência de recurso próprio para insurgir-se contra aquela situação. Assim já restou reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO DO *WRIT OF MANDAMUS* CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU A CONVERSÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO. ART. 527, II, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. LEI Nº 11.187/2005. POSSIBILIDADE, CONTANTO QUE CONFIGURADO RISCO OU LESÃO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO.
> 1. A reforma legislativa para restrição do agravo de instrumento, iniciada com a Lei 10.352/2001, findou com o novel diploma legal (Lei 11.187/2005), já que tornou irrecorrível a decisão do relator que converte o agravo de instrumento em retido.

> 2. Todavia, essa regra merece temperamentos, porquanto a utilização de mandado de segurança, ação autônoma com esteio constitucional (art. 5º, LXIX da CF/88), não pode ser suprimida do ordenamento jurídico por legislação ordinária, mormente nas seguintes hipóteses: (i) decisão de retenção provoca risco ou lesão de difícil reparação e (ii) *decisum* impugnado abusivo ou eivado de teratologia. Sendo que, em ambas as situações, é requisito concomitante que o ato judicial não seja coibido de pronto pelas impugnações recursais (Precedentes: RMS 25.934/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJ de 9 de fevereiro de 2009; RMS 20.436/SP, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 4 de maio de 2009; RMS 21.469/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ de 19 de dezembro de 2008; e RMS 27.501/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJ de 3 de dezembro de 2008).
> (...)
> 4. Recurso ordinário não provido."
> (RMS 28883/PA RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA, 2009/0029754-2, Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, j. 03/09/2009, DJe 14/09/2009)

Pelo exposto, não sendo hipótese de indeferimento liminar do presente *mandamus*, dado que não se trata de substitutivo recursal, presentes ademais o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* referentes ao direito líquido e certo alegado pelo impetrante, *determino o processamento do presente* writ, *deferindo, ademais, a liminar requerida, para que o agravo de instrumento nº 0006405-81.2010.403.0000/SP seja recebido e processado pela autoridade impetrada, Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA.*

Requisite-se informações à autoridade impetrada, no prazo legal.

Após, ao Ministério Público Federal.
Intime-se.
São Paulo, 05 de novembro de 2010.
Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

- Sobre o cabimento da impetração de mandado de segurança contra decisão que converteu o agravo de instrumento em agravo retido, veja também o seguinte julgado: AgRg MS 2009.03.00.031251-5/SP, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, publicado na RTRF3R 98/283.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0022537-19.2010.4.03.0000
(2010.03.00.022537-2)

Parte Autora: CONDOMÍNIO RESIDENCIAL PAULICÉIA I
Parte Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPINAS - SP
Suscitado: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: CC 12306
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/12/2010

DECISÃO

Dissentem os Juízos do Juizado Especial Federal Cível e o da 4ª Vara Federal Cível, ambos da Subseção Judiciária de Campinas/SP, por meio do presente *conflito negativo de competência***,** em razão desse ter recebido daquele os autos da ação de cobrança pelo rito sumário nº 2010.63.03.000234-4 que o *Condomínio Residencial Paulicéia I* move contra a *Caixa Econômica Federal - CEF* com o objetivo de ser ressarcido no valor de R$ 11.345,60 (onze mil, trezentos e quarenta e cinco reais e sessenta centavos), valor atualizado até 05.01.2010, referente às cotas condominiais vencidas do imóvel situado na Rua Jornalista Ernesto Nápoli, nº 1044, apartamento nº 04, Bloco A, Jardim Paulicéia, em Campinas/SP, a ser acrescido de juros e correção monetária.

O d. Juízo Suscitado (Juizado Especial Federal) declinou da competência para processar e julgar a ação de rito sumário, asseverando que:

> "O art. 6º da Lei 10.259/2001 estebelece no inciso II que podem ser parte autora no Juizado Especial Federal Cível, as pessoas físicas, as microempresas e empresas de pequeno porte.
> Verifica-se, dessa forma, que a parte autora, *Condomínio Residencial Paulicéia I,* não se enquadra em nenhuma dessas possibilidades.
> (...)
> Pelo exposto, reconheço a incompetência deste Juizado Especial Federal para processamento e julgamento da causa.

> Determino à Secretaria do Juízo seja extraída cópia integral do presente processo, inclusive da decisão ora prolatada e dos cálculos anexos, encaminhando-se para distribuição à uma das Varas da Justiça Federal de Campinas." (fl. 70)

Em face referida decisão o processo foi remetido para a 4ª Vara Cível Federal de Campinas/SP, que suscitou o presente conflito negativo de competência, no qual, em síntese, alega a competência absoluta do Juizado Especial Federal, em razão do valor da causa (inferior a sessenta salários mínimos).

Dispensei as informações e designei o Juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (fl. 80).

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, manifestou-se pela procedência do conflito negativo de competência, para declarar-se competente o Juízo suscitado, ou seja, o Juizado Especial Federal Cível de Campinas (fl. 88).

DECIDO.

No caso dos autos, a controvérsia cinge-se em saber se o art. 6º, da Lei nº 10.259/2001 é claro ao estipular o rol dos legitimados, não se enquadrando o Condomínio na hipótese legal, ou, como sustenta o juízo suscitante, com lastro em julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não se enquadrando o caso em nenhuma das hipóteses de ressalva no §1º do art. 3º da Lei nº 10.259/2001, "há de se eleger como critério para definição da competência do Juizado Especial Federal apenas o valor da causa."

A respeito do tema, legitimação ativa para estar no Juizado Especial Federal Cível, esta 1ª Seção registra precedentes no sentido de que além daquelas figuras que foram nominadas na dicção legal, outras podem se valer do Juizado Especial. Confiram-se:

> "PROCESSUAL. CIVIL, AÇÃO DE COBRANÇA PROMOVIDA POR CONDOMÍNIO EM FACE DE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUIZADO ESPECIAL FEDERAL E JUÍZO FEDERAL COMUM.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça são no sentido de que compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar os conflitos de competência entre Juizados Especiais Federais e Juízos Federais comuns, desde que ambos os juízos envolvidos pertençam a uma mesma região.
2. Ao tempo em que se dava por competente para processar e julgar os conflitos suscitados entre Juizados Especiais Federais e Juízos Federais comuns, o Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento de que os *condomínios* podem figurar como autores nos Juizados Especiais Federais (STJ, 2ª Seção, CC 73681/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, unânime, DJ 16/8/2007, p. 284).
3. Conflito de competência julgado improcedente."
(CC nº 2007.03.00.056114-2, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 1/01/2010).

"PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL E VARA FEDERAL. AÇÃO AJUIZADA POR ESPÓLIO. VALOR DA CAUSA INFERIOR A SESSENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. POSSIBILIDADE DE TRAMITAÇÃO NO JUIZADO. 1. Conflito negativo de competência suscitado pelo Juizado Especial Federal de Santos/SP, nos autos de ação de cobrança, inicialmente ajuizada perante o Juízo Federal da 1ª Vara de Santos/SP por LIDIA LOSSO DA SILVA, representando seu falecido marido JOSÉ CARLOS DA SILVA, contra a Caixa Econômica Federal - CEF, objetivando a condenação da ré ao pagamento das diferenças de atualização monetária dos saldos das contas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. 2. Compete ao Tribunal Regional Federal o julgamento de conflito de competência estabelecido entre Juizado Especial Federal e Juiz de primeiro grau da Justiça Federal da mesma Seção Judiciária. Precedente do Supremo Tribunal Federal (RE 590409/RJ). 3. Entendimento anterior no sentido de que o

artigo 6º, inciso I, da Lei nº 10.259/2001 fixa, em *numerus clausus*, o rol de pessoas que podem ser partes, figurando no pólo ativo de processos ajuizados perante o Juizado Especial Federal Cível, e desta forma, não se deveria admitir o espólio no pólo ativo das ações que tramitam perante os Juizados Especiais Federais Cíveis, ainda que o valor atribuído à causa seja inferior à 60 (sessenta) salários-mínimos. 4. Entendimento reformulado, à vista dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que em que pese ao fato de o *espólio* não figurar na lista prevista pelo art. 6º, inciso I, da Lei nº 10.259/2001, tal *rol não é exaustivo*, devendo a competência dos Juizados Especiais Federais basear-se na expressão econômica do feito, a teor do art. 3º, *caput*, da citada norma. Ressalva do ponto de vista pessoal do Relator. 5. Conflito improcedente."
(CC nº 2005.03.00.091818-7, Rel. Juiz Fed. Conv. Márcio Mesquita, j. 1/10/2009, DJF3 CJ1 26.10.2009, p. 03)

No mesmo sentido, cito as seguintes decisões oriundas do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTA CONDOMINIAL. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELO VALOR DA CAUSA. ARTS. 3º E 6º DA LEI Nº 10.259/2001.
I - Consoante entendimento da C. 2ª Seção, pode o condomínio figurar no pólo ativo de ação de cobrança perante o Juizado Especial Federal, em se tratando de dívida inferior a 60 salários mínimos, para a qual a sua competência é absoluta.
II - Embora o art. 6º da Lei nº 10.259/2001 não faça menção a condomínio, os princípios que norteiam os Juizados Especiais Federais fazem com que, na fixação de sua competência, prepondere o critério da expressão econômica da lide sobre a natureza das pessoas que figuram no pólo ativo.

Precedente: CC 73.681/PR, Relª. Minª NANCY ANDRIGHI, DJ 16.8.07. Agravo Regimental improvido."
(2ª Seção, AgRg no CC 80615/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 10.02.2010, DJ 23.02.2010).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COBRANÇA DE DÍVIDA CONDOMINIAL. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDOMÍNIO. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELO VALOR DA CAUSA. ARTS. 3º E 6º DA LEI Nº 10.259/2001.
- O entendimento da 2ª Seção é no sentido de que compete ao STJ o julgamento de conflito de competência estabelecido entre Juízo Federal e Juizado Especial Federal da mesma Seção Judiciária.
- O condomínio pode figurar perante o Juizado Especial Federal no pólo ativo de ação de cobrança. Em se tratando de cobrança inferior a 60 salários mínimos deve-se reconhecer a competência absoluta dos Juizados Federais.
- Embora art. 6º da Lei nº 10.259/2001 não faça menção ao condomínio, os princípios que norteiam os Juizados Especiais Federais fazem com que, na fixação de sua competência, prepondere o critério da expressão econômica da lide sobre a natureza das pessoas que figuram no pólo ativo. Conflito de Competência conhecido, para o fim de se estabelecer a competência do Juízo da 2ª Vara do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Paraná, Subseção de Curitiba, ora suscitante."
(2ª Seção, CC 73681/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 08.08.2007, DJ 16.08.2007 p. 284).

Assim, com base nos paradigmas os julgados da E. 1ª Seção deste Tribunal e os do Colendo Superior Tribunal de Justiça, e, ainda levando em consideração o valor da causa (R$ 11.345,60), que não ultrapassa o valor de alçada do Juizado Especial Federal Cível, de rigor a declaração de procedência do presente conflito.

Ante o exposto, na forma do parágrafo único do artigo 120 do Código de Processo Civil, julgo *procedente* o conflito e declaro a competência do Juizado Especial Federal Cível de Campinas/SP para processar e julgar a ação de cobrança pelo rito ordinário.

Intime-se. Publique-se.

Com o trânsito, dê-se baixa.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

• Sobre a legitimidade ativa do condomínio para propor ação perante do Juizado Especial Federal, veja também o seguinte julgado: CC 2004.03.00.058795-6/SP, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo, publicado na RTRF3R 73/323.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0034992-16.2010.4.03.0000
(2010.03.00.034992-9)

Agravante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravados: DIRCEU GRAVINA E ESTADO DE SÃO PAULO
Partes Rés: UNIÃO FEDERAL, APARECIDO LAERTES CALANDRA E OUTROS
Codinomes: DAVID DOS SANTOS ARAUJO, DAVID ARAUJO DOS SANTOS, APARECIDO LAERTE CALANDRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: AI 424253
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/01/2011

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal, em face de decisão que, em ação civil pública por ele aforada, indeferiu o pedido de tutela antecipada, visando ao afastamento liminar dos réus APARECIDO LAERTES CALANDRA, DAVID DOS SANTOS ARAUJO e DIRCEU GRAVINA das funções públicas que estejam eventualmente exercendo na atualidade.

Alega o agravante, em síntese, que: a) há elementos robustos de prova de perpetração pelo agravado DIRCEU GRAVINA de gravíssimas violações aos direitos humanos, caracterizadas como crimes contra a humanidade pelo direito internacional dos direitos humanos ratificado pelo Brasil; b) não pairam dúvidas sobre a personalidade do réu e seu envolvimento direto e doloso na prática da tortura; c) deve-se ponderar sobre a possibilidade jurídica e a conveniência administrativa de conscientemente o Poder Público manter em seus quadros, especialmente na área de segurança pública, pessoa reconhecidamente envolvida com a prática de atos tão bárbaros; e d) o STF decidiu na ADPF 153 que a Lei de Anistia impede a responsabilização criminal pelos fatos mencionados na ação, mas não obsta a responsabilização de natureza civil.

Requer a antecipação da tutela recursal, determinando-se o afastamento liminar de DIRCEU GRAVINA das funções de Delegado de Polícia em Presidente Prudente. Afirma que, em relação aos réus APARECIDO LAERTES CALANDRA e DAVID DOS

SANTOS ARAUJO, aguardará nova informação acerca de eventual exercício, na atualidade, de função pública dos mencionados réus para pleitear o afastamento cautelar.

Decido.

Neste primeiro e provisório exame inerente ao momento processual, não vislumbro a presença dos pressupostos necessários à concessão da antecipação da tutela recursal pleiteada, previstos no artigo 558 do Código de Processo Civil.

Pretende, o Ministério Público Federal, o afastamento liminar do réu DIRCEU GRAVINA da função pública que exerce na atualidade.

O afastamento preventivo de servidor público do Estado de São Paulo está previsto no artigo 266 da Lei Estadual nº 10.261/1968, com a redação dada pelo artigo 1º, IV da Lei Complementar nº 942, de 06/06/2003, o qual prevê a aplicação de referida medida cautelar de afastamento, na hipótese em que servidor possa influir na apuração da irregularidade objeto da ação, *verbis*:

> "*Artigo 266* - Determinada a instauração de sindicância ou processo administrativo, ou no seu curso, havendo conveniência para a instrução ou para o serviço, poderá o Chefe de Gabinete, por despacho fundamentado, ordenar as seguintes providências: (NR)
> *I* - afastamento preventivo do servidor, quando o recomendar a moralidade administrativa ou a apuração do fato, sem prejuízo de vencimentos ou vantagens, até 180 (cento e oitenta) dias, prorrogáveis uma única vez por igual período; (NR)"

Também nesse sentido dispõe o artigo 147 da Lei nº 8.112/1990, relativa ao regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Assim, o afastamento cautelar só pode ser utilizado como medida excepcional, que deve ser analisada à luz da proporcionalidade e das circunstâncias do caso concreto, devendo ser aplicada

somente na hipótese de haver prova cabal de que a medida se faz necessária.

Com efeito, não basta para a aplicação da medida a mera presunção de possível ameaça à instrução processual, mas, ao contrário, requer a comprovação efetiva de ato praticado pelo agente público que demonstre a intenção de conturbar o andamento do processo.

Veja-se a respeito o seguinte precedente:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR CIVIL. AFASTAMENTO CAUTELAR. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO.
> A possibilidade de afastamento cautelar do investigado tem previsão no art. 147 da Lei nº 8.112/90, somente podendo ser deferida no bojo de um processo administrativo disciplinar, visando à proteção da eventual instrução probatória, observado o devido processo legal.
> A utilização da medida como forma de evitar transtornos para o regular funcionamento da atividade produtiva e para o bem estar dos trabalhadores, conforme consta da decisão recorrida, refoge à previsão legal.
> A alteração da lotação do servidor, da forma como determinada, afastada a real necessidade de imposição de pena preventiva, configura antecipação de reprimenda antes mesmo da apuração dos fatos a respeito dos quais o sindicado é acusado, medida, a toda evidência, ilegal."
> (TRF - 4ª Região, AG nº 2009.04.00.003796-8, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Valdemar Capeletti, j. 22/4/2009, v. u., DJ 11/5/2009)

No caso em tela, tenciona o MPF o afastamento do réu DIRCEU GRAVINA do cargo que atualmente exerce em razão de atos praticados durante a ditadura militar (1964-1985).

Ocorre que, a princípio, não há nos autos comprovação da ocorrência de ato ou fato que indique a intenção do agente público

de interferir na instrução processual, tendo o agravante fundamentado sua pretensão somente na alegação de que o agravado exerce atividade de investigação policial, o que se afigura insuficiente à determinação do afastamento requerido.

Outrossim, o que pretende o MPF, no caso, é a reprimenda antecipada e não o afastamento cautelar do réu.

E, para que haja aplicação da sanção é necessária a presença do contraditório e da ampla defesa, além de regular instrução probatória, os quais serão exercidos no curso da ação subjacente, em observância ao devido processo legal e ao princípio da razoabilidade.

Ante o exposto, *indefiro* a antecipação da tutela recursal pleiteada.

Publique-se. Intimem-se, inclusive a agravada para contraminutar.

São Paulo, 16 de dezembro de 2010.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0035407-96.2010.4.03.0000
(2010.03.00.035407-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravado: JOSÉ FRANCISCO NOGUEIRA DE BARROS NETO
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PINDAMONHANGABA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS FRANCISCO
Classe do Processo: AI 424593
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2011

DECISÃO

Previdenciário. Processo Civil. Aposentadoria por tempo de serviço. Perito que milita na área previdenciária. Suspeição reconhecida. Agravo de instrumento provido.

José Francisco Nogueira de Barros Neto aforou ação de cunho previdenciário, em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

O MM. Juiz *a quo*, em despacho saneador, deferiu a produção de prova pericial de vistoria no local de trabalho do autor, a fim de detectar nexo de causalidade, designando o encargo o engenheiro Lincoln Paschoal (fs. 12/13).

O instituto, por meio de exceção, arguiu a suspeição do experto nomeado, visto ser ele também advogado militante na área previdenciária, e requereu a designação de outro profissional à realização de perícia.

O Magistrado singular rejeitou o pedido (fs. 51/51v).

Inconformada, a autarquia interpôs o presente agravo de instrumento, visando à reforma de referida decisão, sob os seguintes argumentos: a) referido perito já patrocinou quase mil ações previdenciárias no âmbito do Juizado Especial Federal de São Paulo; b) diante de tal fato, não há dúvida de que atuará de forma tendenciosa, em desfavor do instituto; c) na qualidade de advogado, o excepto é credor de honorários sucumbenciais nas ações previdenciárias que patrocina, o que caracteriza a hipótese do art. 135, inciso II, do CPC.

Decido.

Pois bem. No que concerne à matéria posta em discussão neste recurso, o Código de Processo Civil dispõe, em seu art. 138, III, que os motivos de impedimento e de suspeição do juiz também são aplicáveis ao perito.

Por sua vez, o art. 135 do referido diploma legal traz um rol taxativo das hipóteses em que o Magistrado pode ser considerado suspeito, sendo vedada sua interpretação extensiva. Confira-se:

> "Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:
> I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;
> II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;
> III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;
> IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;
> V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes."

Tratando-se de causa de nulidade relativa, o reconhecimento da suspeição do perito exige prova concreta, hábil a demonstrar sua atuação parcial, em benefício de uma das partes, não sendo suficiente simples inferência.

No caso em tela, foram colacionados aos autos diversos documentos, obtidos através da página eletrônica do Juizado Especial Federal da 3ª Região, que comprovam a atuação do excepto, como advogado, em inúmeros processos na área previdenciária, movidos em face da autarquia ré (fs. 16/30).

Entendo que, na hipótese, a imparcialidade da perícia fica comprometida, pois, de fato, o perito encontra-se na situação prevista no art. 135, inciso II, do CPC, ou seja, é credor do instituto, no que diz respeito aos honorários sucumbenciais das ações que patrocinou.

A esse respeito, confira-se o seguinte julgado desta Corte:

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE PERITO. ADVOGADO MILITANTE EM CAUSAS PREVIDENCIÁRIAS. IMPARCIALIDADE COMPROMETIDA.
1. Comprometida a imparcialidade do perito judicial em razão de ser advogado militante em causas previdenciárias, deve ser ele afastado em razão da suspeição verificada (inciso III do artigo 138 do Código de Processo Civil).
2. Agravo de instrumento provido."
(AG nº 201627, rel. Des. Fed. Galvão Miranda, j. 23/11/2004, v. u., DJU 10/01/2005, p. 159).

Afigura-se, assim, que a decisão guerreada encontra-se em confronto com posicionamento consagrado, razão pela qual *DOU PROVIMENTO* ao agravo de instrumento, conforme permissivo do art. 557, § 1º-A, do CPC, para reconhecer a suspeição do perito Lincoln Paschoal e determinar a designação de outro profissional para a realização da perícia em questão.

Respeitadas as cautelas de praxe, baixem os autos à Vara de origem.

Dê-se ciência.

São Paulo, 06 de dezembro de 2010.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

• Sobre a suspeição de perito, veja também os seguintes julgados: ExSusp 2001.03.99.021471-2/SP, Relatora Desembargadora Federal Leide Polo, publicada na RTRF3R 72/337; AI 2007.03.00.093367-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, publicado na RTRF3R 97/168 e Ag ApelReex 0017189-69.2005.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, publicado na RTRF3R 104/102.

JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO

AGRAVO LEGAL EM REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL 0025464-74.1999.4.03.6100 (1999.61.00.025464-0)

Agravante: UNIÃO FEDERAL
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Parte Autora: PANIFICADORA E CONFEITARIA ESTRADA DA PARADA LTDA.
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Classe do Processo: REOMS 199711
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/12/2010

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. CND. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉBITO RECONHECIDO EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA.

1. A Lei não menciona jurisprudência pacífica, o que, na verdade poderia tornar inviável a sua aplicação. Menciona o texto legal que o relator poderá negar seguimento ao recurso quando estiver em confronto com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior; poderá, ainda, dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

2. A referência à jurisprudência dominante revela que, apesar de existirem decisões em sentido diverso, acabam por prevalecer, na jurisprudência, as decisões que adotam a mesma orientação invocada pelo relator.

3. O direito à expedição de Certidão Negativa de Débitos ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, é previsto nos artigos 205 e 206 do Código Tributário Nacional, neste último caso somente pode ser reconhecido, nos termos do sistema legal e da jurisprudência de nossos tribunais,

quando comprovado que embora o contribuinte tenha débitos fiscais, estejam eles com sua exigibilidade suspensa conforme as hipóteses especificadas no art. 151 do Código Tributário Nacional ou quando sejam objeto de garantia integral por penhora na ação executiva ou em outra ação em que se proceda ao depósito do seu montante integral em dinheiro, não bastando a oposição de embargos à execução fiscal, pois estes têm por lei o efeito suspensivo da ação executiva e não da exigibilidade do crédito fiscal.
4. A negativa de expedição de CND se deu ao fundamento de que a impetrante não teria recolhido os valores relativos às contribuições previdenciárias incidentes sobre verbas decorrentes de pagamentos efetuados nos autos de reclamações trabalhistas.
5. Os documentos trazidos aos autos demonstram que a impetrante sofreu duas reclamações trabalhistas nas quais houve conciliação devidamente homologada, sendo certo que em relação ao primeiro acordo a base de cálculo da contribuição é a verba salarial sobre a qual incidiu a contribuição respectiva. No que tange ao segundo acordo os recolhimentos previdenciários incidiram sobre o considerado como verba salarial.
6. Comprovado os pagamentos das contribuições previdenciárias incidentes sobre os acordos homologados pela Justiça do Trabalho, não há óbice à expedição da CND por esse fundamento, tal como argüido pela autoridade impetrada.
7. Ademais, não é objeto de constituição definitiva débito decorrente de contribuição previdenciária incidente sobre verba proveniente de reclamação trabalhista, de tal sorte que a jurisprudência colacionada tem exata aplicação ao caso em apreço.
8. Agravo legal a que se nega provimento.

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 legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de dezembro de 2010.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal interposto em face da r. decisão que, com fulcro no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento ao mandado de segurança impetrado no mister de obter certidão negativa de débitos com efeitos negativos.

Sustenta a União Federal que a jurisprudência não se coaduna com o caso dos autos pois se refere à possibilidade de CND quando há débito constituído, sendo que o caso dos autos diz respeito a débito previdenciário reconhecido em ação trabalhista. Alega que os documentos relativos aos recolhimentos efetuados não comprovam que tais débitos são os únicos da empresa no âmbito da Justiça do Trabalho, razão por que requer a reforma da r. decisão.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

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

Inicialmente faço consignar que, de acordo com o artigo 557, *caput* do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. E, ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo se a decisão recorrida 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.

Sustenta a agravante que a matéria tratada nos autos não se coaduna com a jurisprudência pacífica, de modo que seria indevida a sua apreciação sob a forma do art. 557 do CPC.

Ocorre que a Lei não menciona jurisprudência pacífica, o que, na verdade poderia tornar inviável a sua aplicação. Menciona o texto legal que o relator poderá negar seguimento ao recurso quando estiver em confronto com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior; poderá, ainda, dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Ora, ao meu ver, a referência à jurisprudência dominante revela que, apesar de existirem decisões em sentido diverso, acabam por prevalecer, na jurisprudência, as decisões que adotam a mesma orientação invocada pelo relator.

Assim, após análise detida dos autos, verifico que deve ser confirmada a decisão que negou seguimento à remessa oficial.

Nesse passo, peço vênia para transcrever parte da decisão anteriormente proferida:

> "O direito à expedição de Certidão Negativa de Débitos ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, é previsto nos artigos 205 e 206 do Código Tributário Nacional, neste último caso somente pode ser reconhecido, nos termos do sistema legal e da jurisprudência de nossos tribunais, quando comprovado que embora o contribuinte tenha débitos fiscais, estejam eles com sua exigibilidade suspensa conforme as hipóteses especificadas no art. 151 do Código Tributário Nacional ou quando sejam objeto de garantia integral por penhora na ação executiva ou em outra ação em que se proceda ao depósito do seu montante integral em dinheiro, não bastando a oposição de embargos à execução fiscal, pois estes têm por lei o efeito suspensivo da ação executiva e não da exigibilidade do crédito fiscal.
> No caso dos autos, a negativa de expedição de CND se deu

ao fundamento de que a impetrante não teria recolhido os valores relativos às contribuições previdenciárias incidentes sobre verbas decorrentes de pagamentos efetuados nos autos de reclamações trabalhistas.

Verifico, pelos documentos trazidos aos autos, que a impetrante sofreu duas reclamações trabalhistas, a saber: Processo nº 42/96 (77ª Junta de Conciliação e Julgamento, movida por Wilton de Santana Santos) e Processo nº 1986/96 (62ª Junta de Conciliação e Julgamento, movida por Ed Carlos Aparecido da Silva) nas quais houve conciliação devidamente homologada (fls. 13 e 15/16).

Em relação ao primeiro acordo (Processo nº 42/96), verifico que a base de cálculo da contribuição é a verba salarial, no importe de R$ 500,00 (quinhentos reais), base essa declarada na GRPS de fls. 14, sobre a qual incidiu a contribuição respectiva.

No que tange ao segundo acordo (Processo nº 1986/96), os recolhimentos previdenciários incidiram sobre o montante de R$ 200,00 (duzentos reais), ou seja, 10% de R$ 2.000,00 (dois mil reais), considerado como verba salarial. A GRPS juntada a fls. 17 também demonstra referido valor como base de cálculo da contribuição em tela.

Desse modo, tendo a parte impetrante comprovado os pagamentos das contribuições previdenciárias incidentes sobre os acordos homologados pela Justiça do Trabalho, não há óbice à expedição da CND por esse fundamento, tal como argüido pela autoridade impetrada."

Cumpre mencionar, por oportuno, que, ao contrário do que alega a União Federal, não é objeto de constituição definitiva débito decorrente de contribuição previdenciária incidente sobre verba proveniente de reclamação trabalhista, de tal sorte que a jurisprudência colacionada tem exata aplicação ao caso em apreço.

Diante do quanto exposto, *NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL*.

É o voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/ REEXAME NECESSÁRIO 0031710-87.2006.4.03.6182 (2006.61.82.031710-2)

Agravante: BRICKELL FOMENTO MERCANTIL S/A
Agravada: DECISÃO DE FLS. 623/624
Interessadas: VELLOZA GIROTTO E LINDENBOJM ADVOGADOS ASSOCIADOS E UNIÃO FEDERAL
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: ApelReex 1365411
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/12/2010

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IRPJ SOBRE OPERAÇÕES DE *DAY-TRADE* - LEGITIMIDADE DA COBRANÇA.

1. Hipótese em que foi lavrado Auto de Infração em razão de falta ou insuficiência de recolhimento de imposto de renda, relativo a operações "day trade" (realizadas no mercado de renda variável, com início e término no mesmo dia), cujo fato gerador ocorreu em 31/12/98. A notificação ao contribuinte, após regular procedimento administrativo, ocorreu em 10/06/03, sendo a execução fiscal ajuizada em 07/10/04 (fls. 111/112)

2. No entendimento do contribuinte, não se revelariam legítimas as disposições do artigo 72, § 5º, bem como do artigo 76, § 3º, ambos da Lei nº 8.981/95, pois deveria ser possível o aproveitamento, na apuração do lucro real, das perdas decorrentes destas operações, possibilitando-se assim a compensação com ganhos obtidos em outras operações. Sustentou o contribuinte em sua inicial que "se o ganho em operações de *day-trade* é um dos componentes do lucro real, mister se faz que a perda também o seja, sob pena de alterar a efetiva renda auferida pelo contribuinte" (fls. 11).

3. Em face desta tributação, o contribuinte ingressou com o Mandado de Segurança nº 98.0048363-2. Embora parcialmente concedida a liminar em 27/11/98 (fls. 59/61), a segurança foi denegada na sentença em 12/12/02 (fls. 62/70). Em face desta decisão, foi interposto apelo, sendo o processo autuado neste Tribunal sob o nº 2004.03.99.0002648-9. O acórdão, de relatoria do Desembargador Federal Mairan Maia, negou provimento à apelação.
4. Legítima a ação fiscal. Como sustentado pelo Magistrado que sentenciou o mandado de segurança nº 98.0048363-3 (fls. 69), "Embora seja um direito do contribuinte compensar as perdas havidas com ganhos subsequentes para a apuração da base de cálculo do Imposto de Renda, este direito pode ser regrado, e, por mais das vezes, o é. Ainda que se tenha que o lucro ou renda é um fenômeno que se desdobra no tempo, com uma inerente característica de continuidade, não se pode dizer que a limitação trazida pela legislação guerreada tenha impedido o exercício da compensação das perdas auferidas em operações de renda variável enumeradas".
5. Cumpre observar o que dispunha o artigo 72 da Lei nº 8.981/95, em seu § 5: "§ 5º - As perdas incorridas em operações iniciadas e encerradas no mesmo dia (*day trade*), somente poderão ser compensadas com os ganhos auferidos em operações da mesma espécie (*day trade*)".
6. O dispositivo acima transcrito foi revogado pela Lei nº 9.959/00, mas - vale ressaltar - era vigente à época da autuação.
7. Já o artigo 76 da Lei nº 8.981/95, em seu § 3º, disciplina da seguinte forma: "§ 3º As perdas incorridas em operações iniciadas e encerradas no mesmo dia (*day-trade*), realizadas em mercado de renda fixa ou de renda variável, *não serão dedutíveis na apuração do lucro real*" (grifo meu).
8. A autuação é legítima, eis que efetuada nos termos da legislação vigente à época. A jurisprudência, inclusive, tem se posicionado neste sentido. Cumpre transcrever, a propósito, o seguinte precedente: TRF 3ª Região, Sexta Turma,

AMS 2005.03.99.047006-0, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, DJF3 em 01/06/10, página 425. No mesmo sentido, o acórdão proferido no mandado de segurança nº 2004.03.99.002648-9, acima mencionado (TRF 3ª Região, Sexta Turma, AMS 2004.03.99.002648-9, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, DJF3 em 05/04/10, página 478).

9. De acordo com o auto de infração juntado aos autos (fls. 150/151), não há cobrança de multa, mas apenas do imposto apurado, acrescido dos juros de mora. A própria CDA (fls. 112) menciona a aplicação, na hipótese, do artigo 63 da Lei nº 9.430/96, que trata exatamente da não cobrança da multa de ofício em razão da suspensão da exigibilidade do crédito fiscal nos termos do artigo 151, incisos IV e V. Assim, não procede a insurgência em face deste encargo trazida na inicial dos embargos.

10. Com relação à alegação de duplicidade da cobrança (fls. 135/141), trata-se de questão apreciada na sentença, tendo sido por ela afastada. Após tal *decisum*, a ora agravante manifestou-se no feito em diversas oportunidades (*verbi gratia*, embargos declaratórios e apelação), não apresentando qualquer irresignação em face do assunto, inclusive por ocasião de suas contrarrazões (fls. 479/502). Assim, não há que se falar em omissão na decisão terminativa de fls. 627/633, que apreciou adequadamente a matéria devolvida a este Tribunal.

11. 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, 02 de dezembro de 2010.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Trata-se de agravo legal manejado em face de decisão que, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento à apelação da embargada, julgando prejudicada a apelação da embargante.

O MM. Juízo julgou procedentes os embargos à execução fiscal ajuizada para a cobrança de IRPJ sobre operações de *day-trade* (auto de infração), por considerar que "a não-dedução de prejuízos permite a incidência sobre acervo que não se constitui em renda-acréscimo" (fls. 368). Houve condenação da embargada em honorários advocatícios, arbitrados em R$ 3.000,00.

Em face da r. sentença proferida, a embargante interpôs recurso de apelação, requerendo majoração do *quantum* arbitrado a título de honorários advocatícios. Pediu também a condenação da Fazenda Nacional na verba honorária nos autos da execução fiscal.

Apelou igualmente a embargada, sustentando regularidade da cobrança.

A decisão de fls. 623/624 deu provimento à apelação da embargada, restando prejudicada a apelação da embargante.

Em face desta decisão, a embargante interpôs o presente meio de impugnação (fls. 627/633), alegando que aditou a petição inicial às fls. 135/141, argumentando que o crédito fiscal decorreria de lançamento em duplicidade. Entende que a matéria em apreço teria sido devolvida a esta Corte em razão do disposto no artigo 515, § 2º, do CPC, mas não foi apreciada pelo *decisum* de fls. 623/624. Insurge-se também em face da tributação efetuada, sustentando, em síntese, que "a vedação ao aproveitamento dos prejuízos acumulados em operações de renda variável encerradas no mesmo dia (*day trade*) implica na distorção do conceito de renda para efeito de incidência do imposto de renda".

Não vislumbrando motivo para retratação, submeto o agravo legal à apreciação da E. 3ª Turma.

Dispensada a revisão, na forma regimental.
É o relatório.
Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora):

Trata-se de agravo legal, em face de decisão interlocutória que deu provimento à apelação da embargada e julgou prejudicada a apelação da embargante.

Não vejo motivo para alterar o entendimento monocraticamente manifestado. Apresento, assim, as matérias suscitadas pela agravante em Mesa, para serem submetidas ao crivo desta Terceira Turma, nos termos do artigo 557, § 1º, do CPC.

Cumpre transcrever a decisão monocrática (fls. 623/624):

> "Trata-se de apelações interposta em face de sentença que julgou procedentes os embargos à execução fiscal que objetiva o recebimento de IRPJ oriundo de operações em *day-trade*, relativo ao período-base 12/98 (valor de R$ 487.258,22 em set/04 - fls. 111). Houve condenação da embargada nos honorários advocatícios, arbitrados em R$ 3.000,00.
>
> Na hipótese, entendeu o Magistrado que seria antijurídica a vedação de deduzir perdas em operações de renda variável, sustentando que 'Com isso realmente se viabilizava a tributação do patrimônio em lugar da renda, o que malfere a regra-matriz constitucional e o previsto na lei complementar tributária. O resultado positivo, admitida essa sistemática apresentar-se-ia artificialmente inflado' (fls. 367).
>
> Apelação da embargante, fls. 398/417, insurgindo-se em face da verba honorária aplicada, por entender irrisório o valor arbitrado, visto que equivaleria a aproximadamente 0,46% do valor da causa. Em seu entendimento, deve ser arbitrado um percentual mínimo de 10%. Requer também

a condenação da embargada em honorários advocatícios nos autos da execução fiscal, observado também o percentual mínimo de 10% do valor atualizado da execução.
Apelação da embargada, fls. 445/458, sustentando a constitucionalidade da Lei nº 8.981/95. Argumenta que 'As perdas incorridas em operações de *day-trade* só podem ser compensadas com os rendimentos auferidos em operações desta mesma espécie realizadas no mesmo mês. Caso o resultado mensal seja positivo, integrará a base de cálculo do imposto referente aos ganhos líquidos. Caso seja negativo, poderá ser compensado com os resultados positivos de operações também de *day-trade* apurados nos meses subsequentes'. Salienta ser o instituto da compensação de prejuízos um favor fiscal. Assim, não haveria ofensa ao fato imponível do imposto de renda, tampouco ao princípio da capacidade contributiva. Sustenta também que 'o contribuinte não está impedido de compensar o seu prejuízo, apenas essa compensação fica diferida no tempo, uma vez que somente poderá ser realizada com rendimentos decorrentes de operações *day-trade*'. Em seu entendimento, sendo a compensação um favor legislativo, não se submeteria à vedação representada pelo direito adquirido. Desta forma, a limitação à compensação não constituiria violação ao princípio da capacidade contributiva, nem implicaria confisco. Alternativamente, requer a redução da verba honorária aplicada.
Regularmente processado o recurso, subiram os autos a esta Corte.
Relatado, decido.
Na hipótese, foi lavrado Auto de Infração em razão de falta ou insuficiência de recolhimento de imposto de renda, relativo a operações 'day trade' (realizadas no mercado de renda variável, com início e término no mesmo dia), cujo fato gerador ocorreu em 31/12/98. A notificação ao contribuinte, após regular procedimento administrativo, ocorreu em 10/06/03, sendo a execução fiscal ajuizada em 07/10/04 (fls. 111/112).

No entendimento do contribuinte, não se revelariam legítimas as disposições do artigo 72, § 5º, bem como do artigo 76, § 3º, ambos da Lei nº 8.981/95, pois deveria ser possível o aproveitamento, na apuração do lucro real, das perdas decorrentes destas operações, possibilitando-se assim a compensação com ganhos obtidos em outras operações. Sustentou o contribuinte em sua inicial que 'se o ganho em operações de *day-trade* é um dos componentes do lucro real, mister se faz que a perda também o seja, sob pena de alterar a efetiva renda auferida pelo contribuinte' (fls. 11).
Em face desta tributação, o contribuinte ingressou com o Mandado de Segurança nº 98.0048363-2. Embora parcialmente concedida a liminar em 27/11/98 (fls. 59/61), a segurança foi denegada na sentença em 12/12/02 (fls. 62/70). Em face desta decisão, foi interposto apelo, sendo o processo autuado neste Tribunal sob o nº 2004.03.99.0002648-9. O acórdão, de relatoria do Desembargador Federal Mairan Maia, negou provimento à apelação.
De fato, é legítima a ação fiscal. Como sustentado pelo Magistrado que sentenciou o mandado de segurança nº 98.0048363-3 (fls. 69),
'Embora seja um direito do contribuinte compensar as perdas havidas com ganhos subsequentes para a apuração da base de cálculo do Imposto de Renda, este direito pode ser regrado, e, por mais das vezes, o é. Ainda que se tenha que o lucro ou renda é um fenômeno que se desdobra no tempo, com uma inerente característica de continuidade, não se pode dizer que a limitação trazida pela legislação guerreada tenha impedido o exercício da compensação das perdas auferidas em operações de renda variável enumeradas. Não me parece que o direito de compensar as perdas auferidas em operações de renda fixa ou variável possa ser usufruído de forma plena, sem qualquer regramento por parte do ente tributante. Tal compensação continuou a ser possível, desde que feita com lucros de operações da mesma espécie, sem que daí se tenha tributado outra coisa que não a renda'.

Cumpre observar o que dispunha o artigo 72 da Lei nº 8.981/95, em seu § 5:

'§ 5º - As perdas incorridas em operações iniciadas e encerradas no mesmo dia (*day trade*), somente poderão ser compensadas com os ganhos auferidos em operações da mesma espécie (*day trade*).'

O dispositivo acima transcrito foi revogado pela Lei nº 9.959/00, mas - vale ressaltar - era vigente à época da autuação.

Já o artigo 76 da Lei nº 8.981/95, em seu § 3º, disciplina da seguinte forma:

'§ 3º As perdas incorridas em operações iniciadas e encerradas no mesmo dia (*day-trade*), realizadas em mercado de renda fixa ou de renda variável, *não serão dedutíveis na apuração do lucro real*.' (grifo meu)

A autuação, portanto, é legítima, eis que efetuada nos termos da legislação vigente à época. A jurisprudência, inclusive, tem se posicionado neste sentido. Cumpre transcrever, a propósito, o seguinte precedente:

'TRIBUTÁRIO - IRPJ - LEI Nº 8.981/95 - DEDUÇÃO DE PERDAS - OFENSA AO PRÍNCIPIO DA ISONOMIA - NÃO CONFIGURADA. 1. A disposição do artigo 76, § 3º da Lei nº 8.981/95, que veda a dedução das perdas sofridas em operações *day trade* quando da apuração do lucro real, não configura ofensa ao princípio da isonomia 2. As deduções autorizadas para efeito de apuração do lucro real encontram-se previstas na legislação de regência, *v. g.* Regulamento do Imposto de Renda - Decreto nº 3.000/99, podendo o legislador modificá-las, acrescentá-las ou restringi-las, desde que atendido o preceito do art. 5º, II da Constituição Federal.'

(TRF 3ª Região, Sexta Turma, AMS 2005.03.99.047006-0, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, DJF3 em 01/06/10, página 425)

No mesmo sentido, o acórdão proferido no mandado de segurança nº 2004.03.99.002648-9, acima mencionado:

'TRIBUTÁRIO - IRPJ - LEI Nº 8.981/95 - DEDUÇÃO DE PERDAS - OFENDA AO PRÍNCIPIO DA ISONOMIA - NÃO CONFIGURADA. 1. A disposição do artigo 72, § 5º da Lei nº 8.981/95, que restringiu a compensação das perdas incorridas em operações *day trade* com os rendimentos auferidos em operações da mesma espécie (*day trade*), bem assim, a norma do artigo 76, § 3º da mesma Lei, que veda a dedução das perdas sofridas nessas operações quando da apuração do lucro real, não configura ofensa ao princípio da isonomia 2. As deduções autorizadas para efeito de apuração do lucro real encontram-se previstas na legislação de regência, *v. g.* Regulamento do Imposto de Renda - Decreto nº 3.000/99, podendo o legislador modificá-las, acrescentá-las ou restringi-las, desde que atendido o preceito do art. 5º, II da Constituição Federal.'
(TRF 3ª Região, Sexta Turma, AMS 2004.03.99.002648-9, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, DJF3 em 05/04/10, página 478)

Por fim, observo que, de acordo com o auto de infração juntado aos autos (fls. 150/151), não há cobrança de multa, mas apenas do imposto apurado, acrescido dos juros de mora. A própria CDA (fls. 112) menciona a aplicação, na hipótese, do artigo 63 da Lei nº 9.430/96, que trata exatamente da não cobrança da multa de ofício em razão da suspensão da exigibilidade do crédito fiscal nos termos do artigo 151, incisos IV e V. Assim, não procede a insurgência em face deste encargo trazida na inicial dos embargos.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento à apelação da embargada, restando prejudicada a apelação da embargante.

Transitada em julgado a decisão, baixem os autos ao Juízo de origem.

Int."

Conforme se infere do acima exposto, a irresignação da agravante foi analisada naquele momento e nada foi acrescentado

ao processo que tenha relevância para a modificação do entendimento esposado, razão pela qual reitera-se para o julgamento do recurso ora interposto a aludida fundamentação.

Cabe apenas acrescentar, com relação à alegação de duplicidade da cobrança (fls. 135/141), que se trata de questão apreciada na sentença, tendo sido por ela afastada. Após tal *decisum*, a ora agravante manifestou-se no feito em diversas oportunidades (*verbi gratia*, embargos declaratórios e apelação), não apresentando qualquer irresignação em face do assunto, inclusive por ocasião de suas contrarrazões (fls. 479/502). Assim, não há que se falar em omissão na decisão terminativa de fls. 627/633, que apreciou adequadamente a matéria devolvida a este Tribunal.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interposto.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/ REEXAME NECESSÁRIO (AMS) 0001408-41.2009.4.03.6127 (2009.61.27.001408-5)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA PEREIRA DE JESUS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: AMS 323648
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º. GOZO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL POR ESTRANGEIRO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA PRINCÍPIO DA IGUALDADE E UNIVERSALIDADE.

1. O impetrante é titular do direito subjetivo líquido e certo, violado por ato ilegal perpetrado pela autoridade coatora, materializado pela exigência da certidão de naturalização para pleitear benefício assistencial.

2. É descabida exigência de prova da naturalização para requerer o benefício. A distinção entre brasileiros e estrangeiros, para negar a estes os benefícios da assistência social, afronta *os princípios da Igualdade e da universalidade*, ambos regentes da Seguridade Social.

3. Salta evidente que não almeja a parte Agravante suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada.

4. Agravo legal a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima

indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, em negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto do Relator, com quem votou o Juiz Convocado Carlos Francisco, vencida a Desembargadora Federal Leide Polo que lhe dava provimento.

São Paulo, 13 de dezembro de 2010.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

Trata-se de agravo legal, previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto contra decisão monocrática proferida em mandado de segurança, que negou provimento à apelação e à remessa oficial.

Aduz, em síntese, a Autarquia Previdenciária, que merece reparo a decisão ora hostilizada, consistente na inobservância da legislação atinente à matéria, inclusive, aquela de natureza constitucional, caso colocada em cotejo com o conjunto probatório. O efeito modificativo está presente no recurso, requerendo, ademais, a reconsideração do *decisum*, ou, se houver siso em mantê-la, que se apresente às razões do agravo à Colenda Turma para julgamento.

Apresentado o feito em mesa para julgamento, a teor do que preceitua o artigo 80, inciso I, do Regimento Interno desta Egrégia Corte.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator):

De início, observa-se que o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com

a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o relator, por mera decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Da mesma forma, o parágrafo 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Justificada, portanto, a decisão solitária deste Relator.

Almeja a parte Agravante a reconsideração da decisão que negou provimento à apelação e à remessa oficial. Alega ser ilegal o ato do INSS, que impediu a concessão de amparo assistencial, posto que o art. 4º do Decreto nº 1.744/95, ao regulamentar a lei do benefício de assistência social, impõe a obrigação de o estrangeiro naturalizar-se para que possa receber o benefício assistencial.

Não merece acolhimento o agravo do INSS:

É descabida exigência de prova da naturalização materializado pela certidão do impetrante para requerer o benefício assistencial. Com efeito, a distinção entre brasileiros e estrangeiros, para negar a estes os benefícios da assistência social, afronta *os princípios da Igualdade e da universalidade*, ambos regentes da Seguridade Social.

A Constituição da República atribui a todos, o direito à *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inc. III) e assegura-lhes as condições de acesso universal e igualitário aos meios para o exercício e a efetivação dos direitos consagrados na Constituição Federal e nas leis.

O artigo 5º da Constituição Federal - dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos *estrangeiros* residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade**,** à segurança e à propriedade. Bem assim, o Estado assegura a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais” que a Constituição da República confere aos brasileiros e *estrangeiros* residentes

no país, direitos estes decorrentes do fundamento mais expressivo sobre o qual se institui o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III), *o princípio da dignidade da pessoa humana*.

Enfatizo que o direito à vida compreende o direito à saúde, e à assistência social.

Neste contexto, o *direito à assistência social* expresso no artigo 203 da Constituição da República, pleiteado pela impetrante junto ao INSS, *é assegurado aos naturais e estrangeiros*.

Nessa linha, colhe-se, a seguinte manifestação pretoriana:

> "CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ARTIGO 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONCESSÃO AO ESTRANGEIRO. ARTIGO 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. ABONO ANUAL INDEVIDO. BENEFÍCIO PERSONALÍSSIMO E INACUMULÁVEL. REVISÃO.
> 1 - A condição de estrangeiro do autor não afasta seu direito à percepção do benefício assistencial ora pleiteado, em razão do princípio constitucional da igualdade e da universalidade que rege a Seguridade Social. Precedente deste Tribunal.
> 2 - Preenchido o requisito idade (67 anos) e demonstrada a insuficiência de recursos para a própria manutenção ou de tê-la provida pela família, é de se conceder o benefício, nos termos do artigo 203, V, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 8.742/93 e Decreto nº 1.744/95.
> 3 - O artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 ao prever o limite de ¼ do salário-mínimo, estabeleceu uma presunção da condição da miserabilidade, não sendo vedado comprovar a insuficiência de recursos por outros meios de prova.
> 4 - Indevido o abono anual, pois o artigo 201, § 6º, da Constituição Federal que o disciplina, refere-se apenas aos aposentados e pensionistas. Ademais, o amparo assistencial não deriva de desempenho laborativo e nem o substitui.
> 5 - Benefício personalíssimo e inacumulável com qualquer

outro da Previdência Social ou de regime diverso, salvo o da assistência médica.
6 - Nos termos dos artigos 21 da Lei nº 8.742/93 e 37 do Decreto nº 1.744/95, o benefício deve ser revisto a cada 2 (dois) anos, para a avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.
7 - Apelação improvida."
(TRF3, AI 2002.04.01.005025-2, Des. Fed. Nelson Bernardes, 8ª T., 09.09.05, DJU 118.)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL - DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.
- O benefício de assistência social tem o escopo de prestar amparo aos idosos e deficientes que, em razão da hipossuficiência em que se acham, não tenham meios de prover à própria subsistência ou de tê-la provida por suas respectivas famílias.
- Em juízo de cognição sumária, impossível ao agravado, diante da situação concreta, ter vida digna, ou, consoante assevera a Constituição Federal, ter respeitada a sua cidadania, que são, às expressas, tidos por princípios fundamentais do almejado Estado Democrático de Direito.
- Impertinente a alegação de ausência de direito do estrangeiro ao benefício colimado. De acordo com o *caput* do art. 5º, da CF, é assegurado ao estrangeiro, residente no país, o gozo dos direitos e garantias individuais, em igualdade de condições com o nacional.
- Ademais, a assistência social é um direito fundamental, e qualquer distinção fere a universalidade deste direito. Dessa forma não se pode restringir o direito ao amparo social por ter o agravado condição de estrangeiro, vez que, no caso presente, o exame perfunctório revelou que o mesmo se encontra em situação regular e reside no país há mais de 30 (trinta anos), tendo laborado com carteira assinada.

> Outrossim, aos autos não foram carreados quaisquer documentos aptos a ilidir o *decisum* em tela.
> - Agravo a que se nega provimento."
> (TRF3, AG 2005.03.00066821-3, Des. Fed. Vera Jucovsky, 8ª T., DJU 15.02.06, p. 300).

Por fim, o Decreto nº 1.744/95, ao regulamentar a lei do benefício de assistência social, *não pode ampliar o rol dos requisitos exigidos pelo artigo 20 da Lei nº 8.742/93*, para negar aos estrangeiros o acesso à tutela jurídica, em evidente afronta aos princípios e garantias contidos no texto constitucional.

A Administração Pública, no exercício da função regulamentar que lhe é inerente, não pode ultrapassar os limites estabelecidos pela Constituição Federal e pela lei, sob o risco de subverter os fins que disciplinam o desempenho da função estatal. Deve, isto sim, buscar nos diplomas legais superiores o fundamento de validade para legitimar a prática de seus atos.

Em minuciosa explanação sobre "a lei e a faculdade regulamentar", Roque Antonio Carrazza, *in* "Curso de Direito Constitucional Tributário", Malheiros Editores, 4ª Ed., pág. 201, assim se manifestou: "O regulamento não pode dar nascimento a qualquer relação jurídica nova. Falta-lhe titulação jurídica para tanto". Em outra passagem, citando o jurista José Antonio Pimenta Bueno, continua Carrazza ... "entendemos que o regulamento não pode tratar de matéria não cogitada pela lei. Pode, quando muito, explicitar o espírito da deliberação legislativa. Neste sentido - mas só neste - ele completa a lei. Completa, explicitando; nunca fazendo as vezes."

Das alegações trazidas no presente, salta evidente que não almeja a parte Agravante suprir vícios no julgado, buscando, em verdade, externar seu inconformismo com a solução adotada, que lhe foi desfavorável, pretendendo vê-la alterada.

Estiva, portanto, das linhas antes destacadas que a decisão monocrática observou os limites objetivamente definidos no referido dispositivo processual.

Diante do exposto, *NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL*.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

- Sobre o gozo de benefício assistencial por estrangeiro, veja também o seguinte julgado: AC 2004.03.99.033604-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky, publicada na RTRF3R 73/300.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0033003-19.2003.4.03.0000
(2003.03.00.033003-5)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: MARGARIDA ADORNO
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BROTAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: AI 80945
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/12/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS PERICIAIS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. PRESCRIÇÃO. AFASTAMENTO.
I - O prazo prescricional para a cobrança dos honorários periciais, segundo o disposto no art. 178, § 6º, X, do Código Civil de 1916 - norma vigente à época da prolação da sentença homologatória -, era de 1 (um) ano, contado, entretanto, a partir da prolação da decisão final do processo.
II - Considerando-se que a perícia foi realizada durante o processo de execução, o qual ainda estava em curso quando da prolação da decisão agravada, vê-se que a contagem do prazo prescricional sequer havia se iniciado, inexistindo, portanto, a prescrição da pretensão à cobrança dos honorários periciais.
III - No que se refere ao atual Código Civil - já vigente quando proferida a decisão agravada - não há disposição acerca do termo inicial do prazo prescricional para a cobrança dos honorários pelo perito, de modo que, consoante jurisprudência pacífica desta E. Corte, deverá o prazo ser contado, também na vigência deste, a partir da decisão final do processo. Precedentes jurisprudenciais desta Corte.
IV - Independentemente da expressa condenação da autarquia ao pagamento dos honorários periciais, não de pode ignorar o fato de que o INSS foi sucumbente no tocante à apuração do valor do crédito sujeito à execução.

V - Permitir que a autarquia deixasse de pagar a verba honorária, tão só por inexistir menção expressa na sentença homologatória, implicaria privilegiar entendimento formalista, em prejuízo ao direito material do perito que, neste caso, teria exercido seu trabalho sem nada receber. Seria excessivo exigir que o perito se portasse quase como parte, interpondo apelação da sentença homologatória dos cálculos, para resolver questão de tamanha simplicidade, em flagrante ofensa ao princípio da instrumentalidade.
VI - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Cuida-se de agravo de instrumento manejado em 11/06/03 pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, contra a R. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Brotas/SP que, nos autos do processo nº 468/91, determinou o pagamento dos honorários periciais pela autarquia, afastando a alegação de prescrição.

Sustenta o recorrente que não houve condenação expressa da autarquia, uma vez que "a sentença homologatória dos cálculos de liquidação (...) é totalmente omissa no tópico da responsabilidade pelo pagamento da verba honorária do Sr. Perito" (fls. 5), e que "ante o trânsito em julgado da sentença homologatória, que ocorreu em 22 de novembro de 1995 não estava o perito obrigado

a aguardar o pagamento das verbas devidas ao autor da ação" (fls. 6), de modo que, "ao deixar transcorrer 'in albis' o prazo de 5 (cinco) anos para a cobrança de tais valores, o perito permitiu que a prescrição atingisse seu crédito" (fls. 6).

A fls. 55/57, o então Juiz Convocado Relator deferiu o pedido de efeito suspensivo.

Regularmente intimada, a agravada não apresentou resposta (fls. 62).

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que determinou o pagamento dos honorários periciais, afastando a alegação de prescrição.

Razão não assiste ao recorrente.

O prazo prescricional para a cobrança dos honorários periciais, segundo o disposto no art. 178, § 6º, X, do Código Civil de 1916 - norma vigente à época da prolação da sentença homologatória -, era de 1 (um) ano, contado, entretanto, a partir da prolação da *decisão final do processo*, conforme se verifica:

> "Art. 178. Prescreve:
> (...)
> § 6º. Em 1 (um) ano:
> (...)
> X - a ação dos advogados, solicitadores, curadores, peritos e procuradores judiciais, para o pagamento de seus honorários; contado o prazo do vencimento do contrato, da decisão final do processo ou da revogação do mandato."

In casu, observa-se que a decisão que determinou o pagamento dos honorários do perito foi proferida quando ainda em curso o processo de execução, de forma que, naquele momento, não

havia nos autos, ainda, a *decisão final do processo*. Transcrevo trecho da decisão agravada:

> "A decisão que homologou o laudo não possibilitou ao perito o recebimento dos seus honorários, justamente pelos motivos já expostos.
> *Estando o feito ainda em andamento*, mesmo com a superação da fase de conhecimento, tem o perito direito de receber seus honorários." (fls. 51, grifos meus)

Assim, considerando-se que a perícia foi realizada durante o processo de execução, o qual ainda estava em curso quando da prolação da decisão agravada, vê-se que a contagem do prazo prescricional sequer havia se iniciado, inexistindo, portanto, a prescrição da pretensão à cobrança dos honorários periciais.

Destaco, ainda, que o atual Código Civil - já vigente quando proferida a decisão agravada - nada dispõe acerca do termo inicial do prazo prescricional para a cobrança dos honorários pelo perito, de modo que, consoante jurisprudência pacífica desta E. Corte, deverá o prazo ser contado, também na vigência deste, a partir da *decisão final do processo*, a exemplo dos precedentes que ora colaciono:

> "PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM PREVIDENCIÁRIO - HONORÁRIOS PERICIAIS - PRESCRIÇÃO.
> A responsabilidade da agravante pelo pagamento dos honorários periciais decorre da norma prescrita no artigo 20 do Código de Processo Civil, a qual atribui ao vencido o ônus de arcar com as despesas processuais.
> Muito embora o Código Civil atual (art. 206, § 1º, inciso IV) tenha silenciado acerca do início da prescrição, denota-se que a legislação anterior também disciplinou a matéria, estabelecendo como termo *a quo* a decisão final do processo (CC/1916, art. 178, § 6º, inciso X) e pelas informações constantes dos autos a ação principal ainda está em trâmite.

Agravo de instrumento improvido."
(AI nº 2003.03.00.067314-5, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. Leide Polo, j. 08/03/10, v. u., DJ 24/03/10)

"PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PERÍCIA CONTÁBIL. HONORÁRIOS PERICIAIS. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. PRESCRIÇÃO.
- Sendo as partes do processo uma pessoa beneficiária da gratuidade e o INSS, cabe a parte vencida, ao final, a responsabilidade pelo pagamento da remuneração do perito.
- Sendo a perícia elaborada em razão de controvérsia quanto à conta de liquidação, é da decisão final do processo de execução que começará a correr o prazo prescricional (inciso III do parágrafo 1º do artigo 206 do novo Código Civil e inciso X do § 6º do artigo 178 do Código Civil de 1916). Precedentes desta Corte.
- Agravo improvido."
(AI nº 2003.03.00.028688-5, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. Eva Regina, j. 19/01/09, v. u., DJ 18/02/09)

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS PERICIAIS. PAGAMENTO. ÔNUS. PRESCRIÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.
I - A obrigação da Autarquia, aqui sucumbente, ao pagamento dos honorários periciais decorre do disposto no § 1º do artigo 20 do CPC, não havendo que se falar em omissão na sentença homologatória de cálculos.
II - O Novo Código Civil, no inciso III do § 1º do artigo 206, estipula o prazo prescricional de um ano para a cobrança de honorários periciais, tendo como termo inicial a decisão final do processo.
III - Impossibilidade de se perquirir sobre a alegada prescrição, tendo em vista que a perícia foi determinada na execução do Julgado e o processo encontra-se em andamento.
(...)"
(AG nº 2003.03.00.033399-1, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, j. 13/11/06, v. u., DJ 13/12/06)

Logo, não há como acolher a prescrição alegada - seja com fundamento nas disposições do Código Civil de 1916, seja pelas disposições do atual Código.

Outrossim, também não procede o argumento de que, por não haver condenação expressa da autarquia na sentença homologatória, impossível seria a cobrança dos honorários.

Ainda que a sucinta sentença homologatória dos cálculos não tenha expressamente condenado o agravante ao pagamento dos honorários periciais - como com frequência se observa na prática forense - não se pode ignorar o fato de que a autarquia foi sucumbente no tocante à apuração do valor do crédito sujeito à execução.

Permitir que a autarquia deixasse de pagar a verba honorária, tão só por inexistir menção expressa na sentença homologatória, implicaria privilegiar entendimento formalista, em prejuízo ao direito material do perito que, neste caso, teria exercido seu trabalho sem nada receber. Seria excessivo exigir que o perito se portasse quase como parte, interpondo apelação da sentença homologatória dos cálculos, para resolver questão de tamanha simplicidade, em flagrante ofensa ao princípio da instrumentalidade.

Assim, tenho por válida a decisão interlocutória que, reconhecendo a sucumbência da autarquia, a ela impôs o pagamento dos honorários periciais, por ter sido vencida quanto à fixação do valor da execução.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

- Sobre o prazo prescricional para cobrança de honorários periciais, veja também o seguinte julgado: AI 2003.03.00.044287-1/SP, Relator Desembargador Federal Galvão Miranda, publicado na RTRF3R 91/107.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0032690-19.2007.4.03.0000
(2007.03.00.032690-6)

Agravante: BRUNO TEIXEIRA LAURINDO
Agravados: UNIÃO FEDERAL, ESTADO DE SÃO PAULO, PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO - SP E R. DECISÃO DE FLS.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 17ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SALETTE NASCIMENTO
Classe do Processo: AI 296663
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/12/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. REPOSIÇÃO ENZIMÁTICA. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES. (STJ: RESP 904204, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 15.02.2007, p. 01.03.2007; RESP 658323, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 21/03/2005, PÁGINA: 272; AGRESP 855787 Rel. Min. LUIZ FUX, j. 14.11.2006, p. 27.11.2006; TRF4: AMS, Processo 200270000715590/PR, Rel. Juiz JOSE PAULO BALTAZAR JUNIOR, j. 01.06.2004, p. 23.06.2004). AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

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 de instrumento e prejudicar o agravo regimental, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO (Relatora):

Agrava BRUNO TEIXEIRA LAURINDO, da r. decisão monocrática que, em sede de Ação Ordinária, objetivando assegurar o fornecimento de todo e qualquer medicamento para o tratamento de sua doença (Mucopossicaridose Tipo VI), em especial a reposição enzimática a ser realizada com Naglazyme - N - acetilagctosamina - 4 - sulfatase recombinante humana, indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela.

A inicial está devidamente instruída.

Determinado o processamento do feito com a providência requerida pelo despacho de fls. 43/48, foi interposto agravo regimental (fls. 91/104).

Com contraminutas (fls. 57/67, 77/90 e 106/117).

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO (Relatora):

Tenho que é de ser dado provimento ao agravo de instrumento.

Ao analisar o pedido de antecipação da tutela recursal, manifestei-me nos seguintes termos:

> "Vistos, etc.
>
> Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento interposto contra decisão que, em sede de ação ordinária, ajuizada por BRUNO TEIXEIRA LAURINDO, objetivando assegurar o fornecimento de todo e qualquer medicamento para tratamento de sua doença (Mucopossicaridose Tipo VI), em especial a reposição enzimática a ser realizada com

Naglazyme - N-acetilagactosamina-4-sulfatase recombinante humana, indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela.
Aduz que a decisão viola a Lei nº 6.360/76, a qual determina em seu art. 23 a desnecessidade de registro para os medicamentos cujas fórmulas estejam inscritas na farmacopéia brasileira.
Sustenta, ainda, que a saúde é um direito fundamental do ser humano, não havendo como se aceitar a inércia do Estado.
No caso em tela, impende considerar que se encontram presentes os requisitos para a apreciação imediata do pedido formulado neste agravo, não se aplicando a forma retida, tendo em vista o perigo em concreto vislumbrado no presente caso.
Sobreleva notar - em casos como o presente - que o direito à saúde encontra assento constitucional, não sendo admissível que o não fornecimento de medicamentos pelo SUS possa levar a uma situação de desamparo daquele - que pobre - precise do fornecimento dos mesmos.
Neste sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:
'FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - TUTELA ANTECIPADA - *ASTREINTES* - CABIMENTO - ART. 461, § 5º, e DO ART. 461-A DO CPC - PRECEDENTES.
1. A apreciação dos requisitos de que trata o referido artigo para a concessão da tutela antecipada enseja o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 07 desta Corte.
2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, *per si*, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.
3. A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência

e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade.
4. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode fixar as *astreintes* contra a Fazenda Pública, com o objetivo de forçá-la ao adimplemento da obrigação de fazer no prazo estipulado.
Recurso especial conhecido em parte e improvido.'
(STJ - RESP 904204 - Processo: 200602574845/RS - SEGUNDA TURMA - Rel. Min. HUMBERTO MARTINS - j. 15.02.2007 - p. 01.03.2007)
'RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE COM HEPATITE C . DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. UNIÃO. LEGITIMIDADE.
1. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Hepatite C.
2. O Sistema Único de Saúde - SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.
3. Configurada a necessidade do recorrente de ver atendida a sua pretensão posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida. A saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.
4. A União é parte legítima para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente.
5. Recurso especial desprovido.'
(STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 658323 Processo: 200400650794

UF: SC Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 03/02/2005 Documento: STJ000597710, DJ DATA: 21/03/2005 PÁGINA: 272).

Ainda:

'PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. TRATAMENTO DE SAÚDE E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A NECESSITADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER DO ESTADO. INADIMPLEMENTO. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. *ASTREINTES*. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

1. Ação ordinária c/c pedido de tutela antecipada ajuizada em face do Estado, objetivando o fornecimento dos medicamentos Interferon Alfa e Ribavirina 250 mg, indicados para paciente portador de Hepatite Crônica.

2. A função das *astreintes* é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância.

3. *In casu*, consoante se infere dos autos, trata-se obrigação e fazer, consubstanciada no fornecimento de medicamento ao paciente que em virtude de doença necessita de medicação especial para sobreviver, cuja imposição das *astreintes* objetiva assegurar o cumprimento da decisão judicial e conseqüentemente resguardar o direito à saúde.

4. "Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, mesmo que seja contra a Fazenda Pública." (AGRGRESP 189.108/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 02.04.2001).

5. Precedentes jurisprudenciais do STJ: REsp 775.567/RS, Relator Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 17.10.2005; REsp 770.524/RS, Relatora Min.ELIANA CALMON, DJ 24.10.2005; REsp 770.951/RS, Relator Min. CASTRO MEIRA, DJ 03.10.2005; REsp 699.495/RS, Relator Min. LUIZ FUX, DJ 05.09.2005.

6. À luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, valor erigido com um dos fundamentos da República, impõe-se a concessão dos medicamentos como instrumento de efetividade da regra constitucional que consagra o direito à saúde.
7. Agravo Regimental desprovido.'
(STJ - AGRESP 855787 - Processo: 200601317493/RS - PRIMEIRA TURMA - Rel. Min. LUIZ FUX - j. 14.11.2006 - p. 27.11.2006)
'PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AIDS. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA.
- Sendo dever do Estado a prestação de assistência farmacêutica aos necessitados, inclusive medicamentos para tratamento de doenças graves que não estejam registrados na Agência Nacional de Segurança Sanitária - ANVISA, resta presente a verossimilhança das alegações.
- Inocorre, no caso, qualquer tratamento privilegiado, assegurado simplesmente o direito à vida através das atividades que são inerentes ao Estado e financiadas pelo conjunto da sociedade por meio dos impostos pagos pelos próprio cidadão.
- Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir.
- Apelações e remessa oficial improvidas.'
(TRF 4ª REGIÃO - AMS - Processo: 200270000715590/PR - TERCEIRA TURMA - Rel. Juiz JOSE PAULO BALTAZAR JUNIOR - j. 01.06.2004 - p. 23.06.2004)
Outrossim, verifica-se do relatório médico de fl. 34 que 'o único tratamento específico existente atualmente é a terapia de reposição enzimática realizada com a N-acetilgalactosamina-4-sulfatase recombinante humana - Naglasyme'.
Portanto, há respaldo médico da UNIFESP para o tratamento pretendido, não cabendo ao Judiciário imiscuir-se quanto ao tratamento propriamente dito.
Ademais, deve-se considerar a peculiar situação pela qual

padece o agravante, bem como a previsão do art. 196 da CF, que é de natureza obrigatória e cogente e destinada aos entes federados e à União, todos solidários no cumprimento da obrigação constitucional.

Ante o exposto, *defiro* o pedido requerido.

Comunique-se o teor desta decisão ao MM. Juízo 'a quo', para as providências cabíveis". (fls. 43/48)

Inalterada a situação fática na espécie, mantenho o entendimento exposto quando da apreciação da medida "initio litis".

Isto posto, pelo meu voto, ratifico a liminar e dou provimento ao agravo de instrumento, prejudicado o agravo regimental.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Relatora

- Sobre o pedido de fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA, veja também a decisão proferida na SS 2003.03.00.031054-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Anna Maria Pimentel, publicada na RTRF3R 62/45.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0038686-27.2009.4.03.0000
(2009.03.00.038686-9)

Agravante: LUCILA AMARAL CARNEIRO VIANNA
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Partes rés: MARIA CONCEIÇÃO VENEZIANI E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: AI 389802
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/12/2010

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PREGÃO PÚBLICO: COMPRA DO BEM, DE TERCEIRO AUSENTE DO CERTAME, POR R$ 0,70 ABAIXO DO LANCE VENCEDOR, DE R$ 468,70 - INSIGNIFICÂNCIA.
1. “De minimis, non curat praetor”. A eficácia dos sistemas jurídicos sempre dependeu do distanciamento mantido em relação às bagatelas, às insignificâncias e a outros signos representativos da irrelevância da infração.
2. É socialmente inútil a movimentação da pesada máquina judiciária, para a repressão de faltas ou comportamentos desprovidos, manifestamente, de potencial ou efetiva aptidão para ferir bens tutelados pelo sistema normativo.
3. Quando não, exteriorização da incompatibilidade com o exercício moderado das funções repressivas, pois as sociedades qualificadas com algum grau de civilidade institucional são providas de mecanismos censórios proporcionais.
4. A racionalidade inspirada na contenção ao excessivo formalismo persecutório, na elaboração, na interpretação e na execução da lei, tem conduzido a jurisprudência.
5. Os tribunais nacionais têm sujeitado a todos e a quaisquer valores jurídicos à ponderação do chamado princípio da insignificância.

6. A mais grave das transgressões, o crime, inclusive o cometido contra a Administração Pública - a militar também, registre-se -, ainda quando relacionado à sobrevivência do próprio modelo de arrecadação das receitas públicas, como é o caso do delito fiscal, tem sido objeto de mediação pelo princípio da insignificância.

7. No ordenamento jurídico, a existência da ação civil pública de improbidade administrativa - ou a consideração direta da própria moralidade pública - não pode ser elevada à categoria de veto à racionalidade hermenêutica ou de compromisso com os excessos do moralismo populista, ingênuo ou de ocasião.

8. Não cabe invocar o artigo 21, inciso I, da LACPIA - "A aplicação das sanções previstas nesta lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público" -, porque tipicidade material e imposição de sanção não se confundem. É larga e conhecida a distância ritual entre os institutos.

9. Precedentes do STF e do TSE.

10. Rejeição da petição inicial da ação civil pública de improbidade administrativa, por inadequação da via eleita (art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa).

11. Provimento ao agravo de instrumento de uma das indicadas como rés e adoção da providência, de ofício, em relação aos demais.

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 recurso de Lucila Amaral Carneiro Vianna e, de ofício, rejeitar a petição inicial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de setembro de 2010.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo de instrumento contra o *recebimento de petição inicial* de ação civil pública de improbidade administrativa.

Em pregão público, para a compra de *um* simples programa de computador, o lance vencedor alcançou *R$ 468,70*, mas, por *R$ 0,70 a menos*, os indicados como réus permitiram a aquisição do produto junto a quem *não* participou do certame.

O pedido de efeito suspensivo foi *deferido*, para suspender o andamento da ação civil pública de improbidade administrativa, em relação a *todos* os indicados como réus, embora o recurso tenha sido interposto, apenas, por *um* deles, pois a questão é de *ordem pública*.

A contraminuta foi apresentada.

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

VOTO

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

"De minimis, non curat praetor".

A *eficácia* dos sistemas jurídicos sempre dependeu do distanciamento mantido em relação às bagatelas, às insignificâncias e a outros signos representativos da irrelevância da infração.

O velho brocardo produziu efeitos no *sistema jurídico nacional*.

No regime constitucional vigente, positivada a *ordem liberal* do *Estado Democrático de Direito*, é necessário considerar que o *dogma da relatividade dos direitos e dos deveres* pauta não apenas o *processo de elaboração*, mas, por igual, os da *interpretação* e da *execução das normas jurídicas*.

O Poder Judiciário está - *constitucionalmente* - adstrito à

submissão da lógica da interpretação das normas jurídicas à intermediação dos princípios e institutos relacionados à materialização do *critério da prudência*.

É *socialmente inútil* a movimentação da pesada máquina judiciária, para a repressão de faltas ou comportamentos desprovidos, *manifestamente*, de potencial ou efetiva aptidão para ferir bens tutelados pelo sistema normativo.

Quando não, exteriorização da incompatibilidade com o exercício *moderado* das funções repressivas, pois as sociedades qualificadas com *algum grau* de civilidade institucional são providas de *mecanismos censórios proporcionais*.

A racionalidade inspirada na contenção ao *excessivo formalismo persecutório*, na elaboração, na *interpretação* e na execução da lei, tem conduzido a jurisprudência.

Os tribunais nacionais têm sujeitado a todos e a quaisquer valores jurídicos à *ponderação* do chamado *princípio da insignificância*.

A *mais grave das transgressões*, o crime, inclusive o cometido *contra a Administração Pública* - a *militar* também, registre-se -, ainda quando relacionado à sobrevivência do próprio modelo de arrecadação das receitas públicas, como é o caso do *delito fiscal*, tem sido objeto de *mediação* pelo princípio da insignificância.

O Supremo Tribunal Federal:

> "EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. PACIENTE DENUNCIADO PELA INFRAÇÃO DO ART. 303, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL MILITAR (PECULATO). ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FAVORÁVEL À TESE DA IMPETRAÇÃO: APLICAÇÃO À ESPÉCIE VERTENTE. *HABEAS CORPUS* DEFERIDO."
> (HC 92634, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 27/11/2007, DJe-026 DIVULG 14-02-2008 PUBLIC 15-02-2008 DJ 15-02-2008 EMENT

VOL-02307-03 PP-00591 LEXSTF v. 30, nº 353, 2008, p. 489-498).

"EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PECULATO PRATICADO POR MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. CONSEQÜÊNCIAS DA AÇÃO PENAL. DESPROPORCIONALIDADE. 1. A circunstância de tratar-se de lesão patrimonial de pequena monta, que se convencionou chamar crime de bagatela, autoriza a aplicação do princípio da insignificância, ainda que se trate de crime militar. 2. Hipótese em que o paciente não devolveu à Unidade Militar um fogão avaliado em R$ 455,00 (quatrocentos e cinqüenta e cinco) reais. Relevante, ademais, a particularidade de ter sido aconselhado, pelo seu Comandante, a ficar com o fogão como forma de ressarcimento de benfeitorias que fizera no imóvel funcional. Da mesma forma, é significativo o fato de o valor correspondente ao bem ter sido recolhido ao erário. 3. A manutenção da ação penal gerará graves conseqüências ao paciente, entre elas a impossibilidade de ser promovido, traduzindo, no particular, desproporcionalidade entre a pretensão acusatória e os gravames dela decorrentes. Ordem concedida."
(HC 87478, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 29/08/2006, DJ 23-02-2007 PP-00025 EMENT VOL-02265-02 PP-00283).

"EMENTA: PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR SONEGADO INFERIOR AO FIXADO NO ART. 20 DA LEI 10.522/02. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado, no delito de descaminho, quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/02. II - Na aplicação de tal princípio não é próprio considerar circunstâncias alheias às do delito em tela

para negar-lhe vigência, ressalvada a hipótese de comprovada reiteração delituosa. III - Na espécie, a existência de um procedimento criminal pelos mesmos fatos, já arquivado, não é suficiente para a caracterização da recidiva e tampouco para que se entenda que o acusado faça do descaminho o seu modo de vida. IV - Recurso provido, concedendo-se a ordem para trancar a ação penal."
(RHC 96545, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 16/06/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-03 PP-00501).

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. CRIME DE DESCAMINHO. CRITÉRIOS DE ORDEM OBJETIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC 84.412/SP). 2. No presente caso, considero que tais vetores se fazem simultaneamente presentes. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto. Assim, somente é possível cogitar de tipicidade penal quando forem reunidas a tipicidade formal (a adequação perfeita da conduta do agente com a descrição na norma penal), a tipicidade material (a presença de um critério material de seleção do bem a ser protegido) e a antinormatividade (a noção de contrariedade da conduta à norma penal, e não estimulada por ela). 3. A lesão se revelou tão insignificante que sequer houve instauração de algum procedimento fiscal.

> Realmente, foi mínima a ofensividade da conduta do agente, não houve periculosidade social da ação do paciente, além de ser reduzido o grau de reprovabilidade de seu comportamento e inexpressiva a lesão jurídica provocada. Trata-se de conduta atípica e, como tal, irrelevante na seara penal, razão pela qual a hipótese comporta a concessão, de ofício, da ordem para o fim de restabelecer a decisão que rejeitou a denúncia. 4. A configuração da conduta como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva, não podendo ser considerados aspectos subjetivos relacionados, pois, à pessoa do recorrente. 5. Recurso extraordinário improvido. Ordem de *habeas corpus*, de ofício, concedida."
> (RE 536486, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-05 PP-01083 RMDPPP v. 5, nº 26, 2008, p. 100-105).

Os *Tribunais Superiores* têm, por igual, reafirmado, diante de normas jurídicas restritivas de direitos, a circunstância de que nem todo fato, em tese, formalmente típico, tem potencialidade para ferir o bem jurídico normativamente tutelado.

> "REPRESENTAÇÃO Nº 929.
> Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha.
> Representante: Coligação Por Um Brasil Decente (PSDB/PFL).
> Advogado: Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin e outros.
> Representado: Luiz Inácio Lula da Silva, presidente da República.
> Advogado: Dr. José Antônio Dias Toffoli e outras.
> Representado: Carlos Eduardo de Souza Braga.
> Advogado: Dr. Fernando Neves da Silva e outros.
> O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (relator): Senhor Presidente, cuida a representação de requerimento para que seja apurada a existência de abuso do poder político e de autoridade praticados pelo Sr. Luiz Inácio Lula

da Silva, presidente da República, em razão de alegada realização de atos de campanha eleitoral durante eventos oficiais custeados pelo cofres públicos, com vistas a beneficiar sua pré-candidatura à reeleição, infringindo os arts. 73, 1 e IV, e 74 da Lei nº 9.504/97.
(...)
Passando ao exame do mérito, para que seja configurada a prática de abuso do poder, para efeito de aplicação do disposto no art. 22 da Lei das Inelegibilidades, é necessário que o ato impugnado tenha efetivo potencial de influenciar o resultado do pleito, conforme farta jurisprudência deste Tribunal. Nesse sentido: Rp nº 935/DF, DJ de 10.11.2006, de minha relatoria; RO nº 896/SP, DJ de 2.6.2006, rel. Min. Caputo Bastos; RO nº 719/ES, DJ de 17.3.2006, rel. Min. Gilmar Mendes; REspe nº 25.335/BA, DJ de 17.3.2008, de minha relatoria; RO nº 781/RO, DJ de 24.9.2004, rel. Min. Francisco Peçanha Martins; e REspe nº 19.571/AC, DJ de 16.8.2002, rel. Min. Sepúlveda Pertence.
Na hipótese dos autos, os pronunciamentos dos representados se deram durante eventos oficiais em municípios do interior do Estado do Amazonas e em Manaus, sendo que neste último contou com um público de aproximadamente 500 pessoas, conforme consta do documento de fl. 46, não apresentando, de fato, potencial para influir no resultado de uma eleição presidencial, como salientado pela Procuradoria Geral Eleitoral.
Portanto, tais atos foram insuficientes para configurar os apontados abusos do poder político e de autoridade e para a declaração da inelegibilidade dos alegados infratores, nos moldes do prescrito pelo art. 22 da LC 64/90".

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 25.994.
Relator: Ministro Gerardo Grossi.
Quanto à alegada ofensa ao art. 22 da Lei Complementar nº 64/90, melhor sorte não socorre os recorrentes.

A Corte regional decidiu que não ficou comprovada a prática de abuso de poder, visto que as condutas imputadas aos recorridos não tiveram potencialidade para influir no resultado do pleito (fls. 353-354).
Entendimento diverso quanto à essa questão incorreria necessariamente em reexame de matéria fático-probatória, incabível em sede de recurso especial, a teor dos Verbetes 71 e 279 das Súmulas do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, respectivamente.
Ademais, não se sustentam as alegações de que o artigo 22 da LC nº 64/90 não exige a demonstração da potencialidade lesiva para sua configuração, 'mas apenas a sua prática objetiva'.
É firme a jurisprudência desta Corte que a potencialidade da conduta para causar desequilíbrio na disputa eleitoral constitui requisito essencial para a configuração do abuso de poder a que alude o artigo 22 da LC nº 64/90".

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 6.638.
Relator: Ministro Cezar Peluso.
1. (...)
2. Recurso. Especial. Seguimento negado. Agravo de instrumento. Abuso do poder político e de autoridade. Conduta vedada. Potencialidade para desequilibrar o resultado do pleito. Não comprovação. Agravo desprovido. É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que a existência de potencialidade para desequilibrar o resultado do pleito é requisito indispensável para o reconhecimento da prática de conduta vedada e de abuso de poder.
(...)
Os agravantes também não conseguiram infirmar os fundamentos da decisão recorrida, pois este Tribunal já firmou entendimento de que, para cassação do registro ou do diploma e decretação de inelegibilidade, em razão da prática de conduta vedada e de abuso de poder, é indispensável

> a comprovação da efetiva potencialidade do ato irregular influir no resultado do pleito, consoante os seguintes precedentes:
> [...]
> 2. Influência no equilíbrio do pleito. Inexistência. Ausência de configuração de conduta vedada a agente público. Precedente. Recurso especial não admitido. Agravo improvido. Para configuração de conduta vedada a agente público, segundo os tipos da Lei das Eleições, o falo deve apresentar capacidade concreta para comprometer a igualdade do pleito. (Acórdão nº 25.758, de 22.3.2007, de minha relatoria).
> [...]
> A declaração de inelegibilidade prevista no ad. 22 da Lei Complementar nº 64/90 somente se configura quando há a comprovação da efetiva potencialidade do ato irregular para influir no resultado da eleição. (Acórdão nº 915, de 13.2.2007, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA).
> No mesmo sentido, cf. os Acórdãos nºs 25.470, de 29.6.2006, Rel. Min. CAPUTO BASTOS; 935, de 17.10.2006, e 929, de 7.12.2006, ambos da relatoria do Min. CESAR ASFOR ROCHA; e 26.905, de 16.11.2006, Rel. Min. GERARDO GROSSI, a confirmar a pacificação do entendimento pela Corte".

No ordenamento jurídico, a existência da ação civil pública de improbidade administrativa - ou a consideração direta da própria moralidade pública - não pode ser elevada à categoria de veto à racionalidade hermenêutica ou de compromisso com os excessos do moralismo populista, ingênuo ou de ocasião.

É velha a advertência de Cícero: "Encontram-se muitas vezes também injustiças resultantes dum certo abuso da lei e duma interpretação extremamente hábil, mas falsa do direito. Eis o porquê do adágio 'summum ius summa injuria': o limite extremo do direito, é o cúmulo da injustiça, tornou-se um provérbio popular. Neste gênero de injustiça, muitas faltas são cometidas, mesmo nos

negócios públicos; foi o caso desse personagem que, após a conclusão duma trégua de trinta dias com o inimigo, devastava à noite o seu território, sob o pretexto que se tinha concluído uma trégua de dias e não de noites" ("Do Orador e Textos Vários", pág. 78, RÉS-Editora, Portugal).

No caso concreto, para a compra de *um* simples programa de computador, a Administração Pública promoveu pregão eletrônico.

A oferta sobre o melhor preço: *R$ 468,70*.

Por motivos questionáveis, o programa de computador acabou sendo adquirido de comerciante *ausente* do pregão eletrônico. Valor do negócio: *R$ 468,00*.

A ação civil pública de improbidade administrativa tem a pretensão de dar conseqüência à razão - ou à desrazão - pela qual a Administração Pública, para a obtenção do *lucro de 0,70, no universo de R$ 468,70* - o *salário mínimo era de R$ 465,00* -, deixou, em tese, de cumprir suposta formalidade legal.

A falta de proporção, na pretensão inicial, é *manifesta*.

Não cabe invocar o artigo 21, inciso I, da LACPIA - "A aplicação das sanções previstas nesta lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público" -, porque tipicidade material e imposição de sanção não se confundem. É larga e conhecida a distância ritual entre os institutos.

Ademais disto, em pregão público com tão *acanhado objeto*, embora *descumprida a formalidade* - e o direito sancionatório tem *meio censório proporcional* para a conduta, no *campo administrativo* -, a Administração Pública *não teve prejuízo patrimonial, mas lucro*, embora, neste caso, todo e qualquer aspecto, *perante o Poder Judiciário*, seja *insignificante.*

Sensível a tal possibilidade, o legislador elencou, como uma das causas, para a rejeição da ação civil pública de improbidade administrativa, a *inadequação da via eleita* (art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa).

Trata-se de *questão de ordem pública*, de *caráter objetivo*, cujo conhecimento independe de provocação da parte.

Por estes fundamentos, *rejeito* a ação civil pública, em relação a todos os indicados como réus. Em relação à agravante

Lucila Amaral Carneiro Vianna, *dou provimento ao recurso*. Quanto aos demais, *adoto a providência de ofício*.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0045011-18.2009.4.03.0000 (2009.03.00.045011-0)

Agravante: FEBRAFAR - FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS REDES ASSOCIATIVISTAS DE FARMÁCIAS
Agravada: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA
Origem: JUÍZO FEDERAL EM PLANTÃO EM SÃO PAULO - 1ª SSJ - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO BATISTA GONÇALVES
Classe do Processo: AI 394895
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/11/2010

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS. FARMÁCIAS E DROGARIAS. COMERCIALIZAÇÃO. RESTRIÇÕES. RESOLUÇÃO ANVISA 44/2009. INSTRUÇÕES NORMATIVA Nº 09 E 10/09.

I - A Instrução Normativa nº 10/2009 colima evitar a automedicação, ao restringir a liberdade de exposição direta ao consumidor de medicamentos isentos de prescrição médica, por ser perigosa e condenada pelos organismos internacionais de saúde. Ao editar o referido instrumento normativo, a Anvisa apenas atuou dentro de sua esfera de competência, nos limites da legalidade, com o escopo de proteger a saúde da população.

II - A proibição, pela Instrução Normativa nº 09/09, do comércio de produtos não-farmacêuticos, com exceção dos produtos *diets* e naturais, impõe limites às atividades econômicas dos associados da autora, ultrapassando sua finalidade institucional, além de não haver fundamento legal para a vedar a comercialização de produtos correlatos, pois a Lei nº 5.991/73 não estabelece tal vedação.

III - Afastadas as disposições contidas na Instrução Normativa nº 10/2009 e, na parte correspondente, a Resolução ANVISA/RDC nº 44/2009, ficando os associados da empresa autora desobrigados de seu cumprimento.

IV - Agravo de instrumento parcialmente provido.

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 parcial provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado BATISTA GONÇALVES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado BATISTA GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação ordinária, indeferiu a antecipação da tutela visando suspender os efeitos da Resolução ANVISA/RDC nº 44/2009, bem como das Instruções Normativas nºs 09/2009 e 10/2009, afastando a obrigatoriedade de seu cumprimento pelos associados da autora (Farmácias e Drogarias).

Aponta a agravante que a Resolução Anvisa RDC nº 44/09, bem como as Instruções Normativas nºs 09/09 e 10/09 extrapolam os limites da Lei nº 5.991/73 no que tange ao comércio de medicamentos. Sustenta que a ANVISA não tem competência para regulamentar o comércio de medicamentos, sendo-lhe vedado inovar a ordem jurídica, seja para ampliar ou restringir direitos.

Alega que a Resolução e as Instruções Normativas questionadas nos autos são ilegais, por extrapolar os limites da Lei nº 5.991/73, que, ao disciplinar sobre o comércio de medicamentos, não restringe os produtos que podem ser comercializados em farmácias e drogarias, de modo que jamais poderia a ANVISA fazê-lo, eis que não se trata de ação de sua competência exclusiva.

Em sede de apreciação liminar, foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal para afastar as disposições contidas no artigo 40, § 1º e § 2º da Resolução ANVISA RDC nº 44/2009, abordadas nas Instruções Normativas nºs 09 e 10/2009 (fls. 203/205).

Intimadas as partes, a agravada pediu reconsideração da liminar .

É o relatório.

Juiz Federal Convocado BATISTA GONÇALVES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado BATISTA GONÇALVES (Relator): Visa o agravo suspender os efeitos da Resolução ANVISA/RDC nº 44/2009, bem como das Instruções Normativas nºs 09/2009 e 10/2009, afastando a obrigatoriedade de seu cumprimento, por parte dos associados da autora (Farmácias e Drogarias).

O autor da ação ordinária impugna as exigências trazidas pelas normas editadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, quais sejam, a Resolução RDC nº 44/2009, regulamentada pelas Instruções Normativas nºs 09/2009 e 10/2009, as quais além de vedar a comercialização de produtos não farmacêuticos em farmácias e drogarias, restringem a liberdade de exposição direta ao consumidor dos medicamentos isentos de prescrição médica.

Faz-se necessária uma análise dos atos normativos questionados. O art. 40 da Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa - RDC nº 44/09 dispõe, *in verbis:*

> "Art. 40 - Os produtos de dispensação e comercialização permitidas em farmácias e drogarias nos termos da legislação vigente devem ser organizados em área de circulação comum ou em área de circulação restrita aos funcionários, conforme o tipo e categoria do produto.
> § 1º - Os medicamentos deverão permanecer em área de circulação restrita aos funcionários, não sendo permitida sua exposição direta ao alcance dos usuários do estabelecimento.
> § 2º - A Anvisa poderá editar relação dos medicamentos isentos de prescrição que poderão permanecer ao alcance dos usuários para obtenção por meio de auto-serviço no estabelecimento.

> § 3º - Os demais produtos poderão permanecer expostos em área de circulação comum" (fl. 71, 1º vol.).

Incumbe a Anvisa normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde, nos termos do art. 7º c/c art. 2º da Lei nº 9.782/99. No exercício dessa competência, a Agência editou a Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 44/09, bem assim as Instruções Normativas nº 09 e 10, de 17 de agosto de 2009.

A Instrução Normativa nº 10, de 17 de agosto de 2009 dispõe em seu artigo 1º e 2º, que:

> "Art. 1º Esta Instrução Normativa aprova os medicamentos isentos de prescrição que poderão permanecer ao alcance dos usuários para obtenção por meio de auto-serviço em farmácias e drogarias, para o cumprimento das Boas Práticas Farmacêuticas estabelecidas em legislação específica, conforme relação a seguir:
> I - medicamentos fitoterápicos, conforme especificado no registro junto à Anvisa;
> II - medicamentos administrados por via dermatológica, conforme especificado no registro junto à Anvisa; e
> III - medicamentos sujeitos a notificação simplificada, conforme legislação específica.
> Parágrafo único. A relação de que trata este artigo poderá ser atualizada periodicamente pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa.
> Parágrafo único. A relação de que trata este artigo poderá ser atualizada periodicamente pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.
> Art. 2º Os estabelecimentos abrangidos por esta Instrução Normativa terão o prazo de seis meses para promover as adequações necessárias ao cumprimento do disposto nesta Instrução Normativa".

Colima o dispositivo supracitado evitar a automedicação, por

ser perigosa e condenada pelos organismos internacionais de saúde.

Ao editar o referido instrumento normativo, que regulamenta a RDC nº 44/09, a Anvisa apenas atuou dentro de sua esfera de competência, nos limites da legalidade, com o escopo de proteger a saúde da população.

A Instrução Normativa nº 09/09, por sua vez, ao regulamentar a referida Resolução, dispôs em seu artigo 1º, § 1º que:

> "Art. 1º Fica aprovada a relação de produtos permitidos para dispensação e comercialização em farmácias e drogarias, nos termos da legislação vigente.
> § 1º O disposto nesta Resolução se aplica às farmácias e drogarias em todo território nacional e, no que couber, às farmácias públicas, aos postos de medicamentos e às unidades volantes."

Destarte, a Instrução Normativa nº 09/09 restringe o comércio, em farmácias e drogarias, de produtos que não possuem qualquer relação com a saúde e que não se enquadrem no conceito de produtos correlatos.

A proibição do comércio de produtos não-farmacêuticos, com exceção dos produtos *diets* e naturais, impõe limites às atividades econômicas dos associados da autora, ultrapassando sua finalidade institucional. Ademais, não há fundamento legal para a vedar a comercialização de produtos correlatos, pois a Lei nº 5.991/73 não estabelece tal restrição.

Enquanto no mundo inteiro a tendência das farmácias é ampliar os produtos postos à disposição dos usuários, principalmente aqueles abertas 24 horas por dia, parece um retrocesso tais discriminações.

Ante o exposto, *defiro parcialmente* o agravo de instrumento para afastar as disposições contidas na Instrução Normativa nº 10/2009 e, na parte correspondente, a Resolução ANVISA/RDC nº 44/2009, ficando os associados da empresa autora desobrigados de seu cumprimento.

Juiz Federal Convocado BATISTA GONÇALVES - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0011288-71.2010.4.03.0000
(2010.03.00.011288-7)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: SUZETE DE CASSIA VOLPATO STOCK
Partes Rés: L L COM. E IND. DE MALHAS LTDA. E LUIZ CARLOS STOCK
Origem: JUÍZO DE DIREITO DO SAF DE AMERICANA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: AI 403529
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/12/2010

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE VALORES EM CONTA-CORRENTE CUJO COTITULAR É ESTRANHO À RELAÇÃO JURÍDICA. LIBERAÇÃO DE 50% DOS VALORES BLOQUEADOS.

I - Diante do bloqueio realizado em conta de titularidade conjunta do Sr. Luiz Carlos Stock e Sra. Suzete de Cássia Volpato Stock, esta última ajuizou embargos de terceiro, por não figurar no polo passivo da Execução Fiscal nº 5936/99. Após a comprovação de cotitularidade da conta corrente bloqueada, bem como depois de comprovado o bloqueio realizado, foi deferido pelo MM. Juízo *a quo* a liberação de 50% (cinquenta por cento) dos valores. De tal maneira, não há que se falar em nulidade da decisão agravada, porquanto a análise do mencionado pedido não pressupõe prévia intimação da parte contrária.

II - Tendo sido o Sr. Luiz Carlos Stock incluído no polo passivo da presente execução como terceiro responsável, tal disposição não pode ser estendida a outrem, estranho à relação jurídica tributária, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

III - Precedentes desta Corte.

IV - Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 09 de dezembro de 2010.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela *UNIÃO FEDERAL* (*FAZENDA NACIONAL*), contra a decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo*, que nos autos de embargos de terceiro, deferiu pedido de liberação de 50% (cinquenta por cento) dos valores bloqueados nos autos da Execução Fiscal nº 5936/99, em trâmite no Anexo Fiscal da Comarca de Americana/SP, por se tratar de conta conjunta, da qual a embargante é cotitular.

Sustenta, em síntese, a nulidade da decisão agravada, na medida em que os mencionados valores foram desbloqueados sem prévia manifestação da Agravante, em afronta ao art. 5º, inciso LV, da Constituição da República.

Argumenta a legalidade do bloqueio realizado, na medida em que há solidariedade entre os cotitulares de conta bancária conjunta.

Afirma que, para o afastamento da solidariedade, deveria a Agravada ter trazido aos autos documentos comprobatórios da propriedade exclusiva dos valores que pretendia ver desbloqueados.

Em decisão inicial esta Relatora negou o efeito suspensivo pleiteado, bem como determinou a intimação da Agravada (fls. 123/124).

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Não assiste razão à Agravante.

No presente caso, observo que, não tendo sido localizada a Executada, ocorreu o redirecionamento da execução, com a inclusão dos sócios no polo passivo da ação, tal qual descrito na inicial dos embargos de terceiro (fl. 19).

Diante do bloqueio realizado em conta de titularidade conjunta do Sr. Luiz Carlos Stock e Sra. Suzete de Cássia Volpato Stock ajuizou essa última embargos de terceiro, por não figurar no polo passivo da Execução Fiscal nº 5936/99, em trâmite no Anexo Fiscal da Comarca de Americana/SP.

Ressalte-se ter sido formulado pedido de concessão de liminar para liberação de 50% (cinquenta por cento) dos valores bloqueados, acompanhado da devida comprovação de cotitularidade da conta corrente bloqueada (fls. 27/29), o que foi deferido pelo MM. Juízo *a quo*, depois de comprovado o bloqueio realizado (fl. 48).

De tal maneira, não há que se falar em nulidade da decisão agravada, porquanto a análise do mencionado pedido não pressupõe prévia intimação da parte contrária.

Com efeito, dispõe o art. 128, do Código Tributário Nacional:

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

Assim, tendo sido o Sr. Luiz Carlos Stock incluído no polo passivo da presente execução como terceiro responsável, tal disposição não pode ser estendida a outrem, estranho à relação jurídica tributária, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Nesse sentido tem entendido esta Colenda Corte:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. BLOQUEIO DA TOTALIDADE DA CONTA CORRENTE CONJUNTA ENTRE A CO-EXECUTADA E SUA FILHA. MANUTENÇÃO DE APENAS METADE DO VALOR BLOQUEADO.

- O bloqueio judicial sobre a totalidade da conta-corrente conjunta, cujos titulares são a co-executada e sua filha, foge às regras de responsabilidade patrimonial e significa afronta ao devido processo legal substancial porque acarreta restrição e/ou perda do bem sem laço de pertinência entre a dívida e quem dela acaba sofrendo as conseqüências (CPC, art. 659 e CTN, art. 128).

Em razão da dificuldade em se saber qual a disposição entre os correntistas acerca dos valores existentes na conta, mantém-se apenas o bloqueio de metade do que foi bloqueado à época da decisão.

- Agravo de instrumento parcialmente provido e o regimental prejudicado".

(TRF - 3ª Região, 5ª T., AG nº 251274, Rel. Des. Fed. Suzana Camargo, j. em 18.12.06, DJ de 01.04.08, p. 286).

Dessa forma, a decisão agravada deve ser mantida.

Isto posto, *NEGO PROVIMENTO* ao agravo de instrumento.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

- Sobre a penhora de valores de conta corrente que tenha como cotitular pessoa estranha à lide, veja também o seguinte julgado: AC 2001.61.08.002262-0/SP, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto, publicada na RTRF3R 88/271.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0022991-96.2010.4.03.0000
(2010.03.00.022991-2)

Agravante: EDICLÉIA APARECIDA DE MORAES MONTORO
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Parte Autora: PEDRO ALVES DA ROCHA MOTA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE PALMITAL - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE
Classe do Processo: AI 413805
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/12/2010

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. RECONHECIMENTO DE NULIDADE DO CONTRATO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ENTRE O ADVOGADO E O AUTOR NÃO ALFABETIZADO. ASSINATURA A ROGO. AUSÊNCIA DE INSTRUMENTO PÚBLICO. AÇÃO PRÓPRIA.
I - O Magistrado de Primeira Instância acolheu pedido do Ministério Público Estadual, para considerar nulo de pleno direito, o contrato celebrado entre a advogada, agravante, e o autor da demanda, falecido.
II - Tratando-se de pessoa analfabeta, a assinatura a rogo no contrato, não supre a necessária declaração dotada de fé pública de que o documento foi lido, somente suprida mediante escritura pública.
III - O Juiz *a quo* ressalta que a Procuradora da parte, não demonstrou nos autos a realização dos outros trabalhos, que afirma haver realizado em favor do autor.
IV - Não se vislumbra a presença de elementos suficientes a modificar a decisão agravada, que determinou o pagamento dos valores devidos aos sucessores do autor, pela Procuradora, ora agravante, tendo em vista o reconhecimento de que o contrato de honorários advocatícios celebrado entre as partes é nulo de pleno direito.
V - O contrato celebrado por pessoa não alfabetizada deve

ser formalizado por instrumento público, de modo a conferir validade aos atos por ele praticados. Tal formalidade visa garantir que foi dado pleno conhecimento ao outorgante das obrigações assumidas no negócio jurídico firmado, restando assegurado que manifestou livremente sua vontade de agir de acordo com o que foi contratado, impedindo posterior alegação de nulidade.

VI - Eventual discussão a respeito do reconhecimento da validade do contrato de honorários contratuais, celebrado entre a parte e sua defensora, deverá se dar em ação própria, no juízo competente, já que tal questão extrapola os limites da ação originária, proposta com intuito de obter benefício de prestação continuada, em face do INSS.

VII - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 06 de dezembro de 2010.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): Edicléia Aparecida de Moraes Montoro, advogada, agravou de instrumento da decisão reproduzida a fls. 196/197, que, em ação pretendendo o recebimento de benefício assistencial, julgada procedente, ora em fase de execução de sentença, considerou nulo o contrato de honorários advocatícios firmado entre a advogada e o autor da ação. Diante disso, determinou que a defensora, ora agravante, deposite, em 24 horas, do restante dos valores levantados, equivalente a 50% do montante pago,

devidamente corrigidos, sob pena de eventual prática de crime de desobediência, sem prejuízo das conseqüências cíveis eventualmente cabíveis.

Sustenta a recorrente, em síntese, que, a fim de propor ação de amparo social ao deficiente, firmou contrato de honorários advocatícios com o autor, ora falecido, no valor de 50% do valor do benefício em atraso. Alega que o montante incluía o pagamento de serviços de advocacia prestados em processo administrativo junto ao INSS e na defesa do constituído em prisão em flagrante, por porte ilegal de arma.

Afirma que o contrato foi regularmente celebrado, haja vista que a assinatura a rogo, pelo cunhado do autor, supre a necessária declaração de fé pública de que o documento foi lido, exigida para contratante analfabeto.

Em despacho inicial foi indeferido o pedido de efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): Compulsando o presente instrumento, verifico que o Magistrado de Primeira Instância, na decisão agravada, acolheu pedido do Ministério Público Estadual, para considerar nulo de pleno direito, o contrato celebrado entre a advogada, ora agravante, e o autor da demanda, ora falecido. Na decisão, considerou que, em se tratando de pessoa analfabeta, a assinatura a rogo no contrato, não supre a necessária declaração dotada de fé pública de que o documento foi lido, somente suprida mediante escritura pública.

Ressalta, o Juiz *a quo*, na mesma decisão, que a Procuradora da parte, não demonstrou nos autos a realização dos outros trabalhos, que afirma haver realizado em favor do autor.

Com efeito, não vislumbro, a presença de elementos suficientes a modificar a decisão agravada, que determinou o pagamento

dos valores devidos aos sucessores do autor, pela Procuradora, ora agravante, tendo em vista o reconhecimento de que o contrato de honorários advocatício celebrado entre as partes é nulo de pleno direito.

Isso porque, o contrato celebrado por pessoa não alfabetizada deve ser formalizado por instrumento público, de modo a conferir validade aos atos por ele praticados.

Tal formalidade visa garantir que foi dado pleno conhecimento ao outorgante das obrigações assumidas no negócio jurídico firmado, restando assegurado que manifestou livremente sua vontade de agir de acordo com o que foi contratado, impedindo posterior alegação de nulidade.

Por outro lado, eventual discussão a respeito do reconhecimento da validade do contrato de honorários contratuais, celebrado entre a parte e sua defensora, deverá se dar em ação própria, no juízo competente, já que tal questão extrapola os limites da ação originária, proposta com intuito de obter benefício de prestação continuada, em face do INSS.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO/ REEXAME NECESSÁRIO 0032990-83.2009.4.03.9999 (2009.03.99.032990-3)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 113/121
Interessada: MARIA DE LOURDES PEREIRA RIBEIRO
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE PENÁPOLIS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: ApelReex 1453967
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/12/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. QUALIDADE DE SEGURADA. DOENÇA DE PARKINSON. CARÁTER PROGRESSIVO E DEGENARATIVO DA MOLÉSTIA. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

I. A questão da carência resta superada, sendo a requerente dispensada do preenchimento de tal requisito, uma vez que é portadora da *doença de Parkinson*, e, com relação à condição de segurada, não obstante as testemunhas tenham afirmado que a requerente parou de trabalhar em 2004, há que se ressaltar que a doença que acomete a autora tem natureza progressiva e degenerativa, sendo compreensível a dificuldade de precisar o início da doença, de modo que, mesmo a requerente tendo apresentado atestado médico, datado de 29-03-2007, é possível se admitir que a doença já teria se manifestado antes de a autora procurar ajuda médica, ainda mais, considerando-se a dificuldade de acesso ao sistema público de saúde e o nível sócio-econômico da autora.

II. Cumpre esclarecer que a correção monetária sobre os valores em atraso deve seguir o disposto na Resolução nº 561, de 02/07/2007, do Conselho da Justiça Federal, que

aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, observando-se a Súmula nº 08 desta Corte Regional e a Súmula nº 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

III. Juros de mora à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV. Após o dia 10-01-2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Destaque-se que "*o art. 5º da Lei 11.960/09, que alterou o critério do cálculo de juros moratórios previsto no art.1º-F da Lei 9.494/97, possui natureza instrumental material. Assim, não pode incidir sobre processos já em andamento*" (STJ, AgRg nos Edcl no Resp 1136266/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17.06.2010, Dje 02.08.2010).

IV. 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, 23 de novembro de 2010.

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 monocrática* que não conheceu da remessa oficial e negou seguimento à apelação do INSS, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, mantendo, na íntegra, a douta decisão recorrida, que concedeu à parte autora o benefício de aposentadoria por invalidez.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que a parte autora perdeu a qualidade de segurada, tendo em vista que parou de trabalhar em 2004 e ajuizou a ação em 2007, e que não restou comprovado que deixou de trabalhar em razão da doença ou que a doença teria se iniciado quando ainda possuía qualidade de segurada, de modo que não faz jus ao benefício pleiteado. Requer, ainda, que o índice de correção e o percentual dos juros de mora devem seguir o disposto na Lei nº 11.960/2009.

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 monocrática* que não conheceu da remessa oficial e negou seguimento à apelação do INSS, nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, mantendo, na íntegra, a douta decisão recorrida, que concedeu à parte autora o benefício de aposentadoria por invalidez.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que a parte autora perdeu a qualidade de segurada, tendo em vista que parou de trabalhar em 2004 e ajuizou a ação em 2007, e que não restou comprovado que deixou de trabalhar em razão da doença ou que a doença teria se iniciado quando ainda possuía qualidade de segurada, de modo que não faz jus ao benefício pleiteado. Requer, ainda, que o índice de correção e o percentual dos juros de mora devem seguir o disposto na Lei nº 11.960/2009.

Passo a decidir.

Inicialmente, assevero que muito embora pretenda a parte agravante a inversão do resultado da r. decisão proferida monocraticamente por este Relator, o conjunto probatório permite concluir que a parte autora detinha a qualidade de segurada.

Existem nos autos documentos que podem ser considerados como início razoável de prova material demonstrando que a parte autora realmente trabalhou como rurícola no período mencionado, especialmente a certidão de seu casamento, celebrado em 28-07-1979 (fl. 12), e certidão de nascimento de seus filhos, nascidos em 13-05-1976, 17-02-1983 e 13-06-1985 (fls. 13/15), todos em que seu cônjuge é qualificado como lavrador e notas fiscais de produtor em nome de seu marido, datadas de 1993 e 1995 (fls. 16/19).

Ademais, as testemunhas ouvidas em juízo foram unânimes em afirmar que a autora sempre laborou nas lides rurais, confirmando que a requerente teve um efetivo labor rural, durante o período de carência exigido pela legislação previdenciária, conforme se verifica nos depoimentos das fls. 58/59.

No que tange à carência, não há que se falar em necessidade de recolhimento das contribuições, uma vez que a própria legislação previdenciária exige apenas *"a comprovação do exercício de atividade, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício"* (artigo 26, III c/c 39, I, da Lei nº 8.213/91), fato este efetivamente comprovado nos autos.

Da mesma forma, cumpre esclarecer que, no que tange à comprovação da carência exigida, que, *in casu*, seria de 12 (doze) contribuições mensais (art. 25, I, da Lei de Benefícios), ressalto que se aplica ao caso em tela a o art. 151 da Lei de Benefícios, alterado pela Portaria Interministerial MPAS/MS nº 2.998, de 23 de agosto de 2001, que incluiu a hepatopatia grave, que assim dispõe:

> "Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independe de carência a

> concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; *doença de Parkinson*; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave, estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida - Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada." (grifo nosso)

Assim, a questão da carência resta superada, sendo a requerente dispensada do preenchimento de tal requisito, uma vez que é portadora da *doença de Parkinson* (fls. 11, 48 e 110), e, com relação à condição de segurada, não obstante as testemunhas tenham afirmado que a requerente parou de trabalhar em 2004 (fls. 58/59), há que se ressaltar que a doença que acomete a autora tem natureza progressiva e degenerativa, sendo compreensível a dificuldade de precisar o início da doença, de modo que, mesmo a requerente tendo apresentado atestado médico, datado de 29-03-2007 (fl. 11), é possível se admitir que a doença já teria se manifestado antes de a autora procurar ajuda médica, ainda mais, considerando-se a dificuldade de acesso ao sistema público de saúde e o nível sócio-econômico da autora.

Nesse sentido, a jurisprudência tem se manifestado:

> "PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PORTADOR de MAL DE PARKINSON. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO POR INCAPACIDADE LABORATIVA PERMANENTE. RECURSO IMPROVIDO.
> 1. Comprovado que a perda da qualidade de segurado do recorrido se deu em virtude do início da sintomatologia *da doença de parkinson*, não se pode penalizá-lo por esta ocorrência, sob pena de ofender-se os princípios norteadores da Previdência Social, de solidariedade e amparo aos

comprovadamente incapacitados para o labor.
3. Comprovada a incapacidade permanente do recorrido para o trabalho, mediante laudo médico-pericial conclusivo, acertada a condenação do INSS a conceder-lhe a aposentadoria por invalidez.
4. Recurso improvido. Sentença confirmada.
5. Não é cabível a condenação em honorários quando a parte é patrocinada por Defensor Público, haja vista a proibição prevista no art. 46, inciso III da lei Complementar nº 80 de 12/01/94.
Inteiro teor: 'RELATÓRIO O EXMO. DR. JUIZ CARLOS D'ÁVILA TEIXEIRA: Trata-se de recurso interposto contra sentença prolatada no Juizado Especial Federal desta Seção Judiciária, que julgou procedente o pedido formulado no termo inicial, para condenar o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS a conceder ao autor o benefício de aposentadoria por invalidez, no valor de R$ 204,39 (duzentos e quatro reais e trinta e nove centavos), a partir da data do requerimento administrativo (10/12/2001) e a pagar-lhe as prestações vencidas, desde aquela data, acrescidas de juros de mora e correção monetária. Em suas razões de recurso, sustenta o INSS que, à época do pleito administrativo de auxílio-doença, o recorrido não detinha a qualidade de segurado, fato por si só idôneo para autorizar a reforma da sentença de primeiro grau. Contra-razões nas fls. 62/65. O recurso foi recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo (fl. 66). É o relatório. VOTO Dispõe o artigo 42 da lei nº 8.213/91, ao tratar da aposentadoria por invalidez: 'Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.' Vê-se, portanto, que o benefício perseguido pelo recorrido há de ser concedido

a segurado da Previdência que, em conseqüência de doença, se tornar incapaz, permanentemente, para exercer atividade laboral garantidora de sua subsistência. Quanto ao requisito de incapacidade, está plenamente comprovado nos autos, não sendo objeto de questionamento por parte da autarquia previdenciária, que aponta como causa impeditiva da percepção da aposentadoria pelo recorrido a perda da sua qualidade de segurado, na data de 16/04/2000. Entretanto, como já salientado pelo juiz de primeiro grau, *as conclusões médicas constantes no laudo de fl. 22 apontam que o acompanhamento especializado da doença que incapacita o recorrido iniciou-se em abril/2001, revelando que a sintomatologia própria do mal de Parkinson já estava instalada nesta época, de forma grave e limitativa. Tal realidade leva à convicção de que a perda da qualidade de segurado se deu em momento anterior a abril/2001, em decorrência do advento daquela doença, de natureza crônico-degenerativa, causa eficiente para a depreciação progressiva do seu organismo, de molde a gerar, gradativamente, a sua incapacidade para o trabalho. Esta situação peculiar impede a denegação do benefício previdenciário perseguido pelo autor, de modo a evitar um julgamento iníquo, baseado exclusivamente na aplicação inflexível da 'letra fria' da lei, sob risco de incorrer em franca recusa aos princípios e objetivos fundamentais da Seguridade Social, de solidariedade e amparo aos que se encontram, de fato, incapacitados para as atividades laborativas*. Por tais razões, nego provimento ao recurso interposto pelo INSS, para manter incólume a r. sentença recorrida, em todos os seus termos. Tendo havido participação de Defensor Público nesta causa, é incabível a condenação do recorrente em honorários advocatícios, tendo em vista a proibição prevista no art. 46, inciso III da lei Complementar nº 80 de 12/01/94. É o voto." (grifo nosso) (RECURSO CONTRA ATOS DOS JUIZADOS, Processo 921906920044013, CARLOS D'ÁVILA TEIXEIRA, TRBA

- 1ª Turma Recursal - BA, data da decisão: 31/01/2005, DJBA 02/02/2005)

Por tais razões, a sentença deve ser mantida, conferindo-se à parte autora o direito à percepção do benefício de aposentadoria por invalidez, descontando-se os valores já pagos administrativamente a título de benefício por força da antecipação dos efeitos da tutela.

Cumpre esclarecer que a correção monetária sobre os valores em atraso deve seguir o disposto na Resolução nº 561, de 02/07/2007, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, observando-se a Súmula nº 08 desta Corte Regional e a Súmula nº 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com incidência de juros de mora à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV. Após o dia 10-01-2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Destaco que *"o art. 5º da Lei 11.960/09, que alterou o critério do cálculo de juros moratórios previsto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, possui natureza instrumental material. Assim, não pode incidir sobre processos já em andamento*" (STJ, AgRg nos Edcl no Resp 1136266/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17.06.2010, Dje 02.08.2010).

Isto posto, *nego provimento ao agravo*, para manter integralmente a r. decisão agravada.

É como voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

• Sobre a concessão de aposentadoria por invalidez para portadores de doença de Parkinson, veja também o seguinte julgado: AC 1999.04.01.078934-7/PR, Relatora Juíza Ana Paula de Bortoli, publicada na RTRF3R 63/529.

AGRAVO REGIMENTAL EM REPRESENTAÇÃO CRIMINAL 0041521-85.2009.4.03.0000 (2009.03.00.041521-3)

Agravante: MARCOS ALVES PINTAR
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 311/317
Representante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Representada: ANNA CLAUDIA LAZZARINI
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Classe do Processo: RpCr 300
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/11/2010

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. CABIMENTO. ARQUIVAMENTO DE REPRESENTAÇÃO CRIMINAL. RECORRIBILIDADE DA DECISÃO. MANUTENÇÃO.

- O acolhimento, pelo Relator, de promoção de arquivamento de representação criminal, em procedimentos de competência originária dos Tribunais Regionais Federais, dada a inexistência de atuação do Procurador-Geral da República como membro acusatório, não exclui a possibilidade do reexame da decisão pelo órgão colegiado competente, que, no caso de considerar inconsistentes as razões invocadas para a providência em questão, está autorizado a acionar o artigo 28 do Código de Processo Penal, nos moldes do artigo 62, inciso IV, da Lei Complementar 75/93.
- Caso que não guarda semelhança com diversas outras hipóteses em que o Órgão Especial, em razão da instrução na ação penal originária correr sob o crivo do Relator, como dispõe o artigo 2º da Lei nº 8.038/90, tem admitido decisões monocráticas irrecorríveis objetivando a agilização e simplificação dos julgamentos, evitando-se demora excessiva em sua ultimação.
- Já neste, em que o provimento assemelha-se a decisão verdadeiramente terminativa, barrando o prosseguimento

da atividade persecutória, conquanto se faculte a atividade unipessoal, o raciocínio desenvolvido não pode ser alargado, ante o risco de se suprimir competência do colegiado, ao qual cumpre ratificar ou discordar do arquivamento da representação criminal monocraticamente determinado, constituindo-se, pois, em ato passível de ataque pela via recursal.

- Apesar de que óbvio e intuitivo o interesse na alteração do conteúdo do pronunciamento ministerial, por entender, o recorrente, que a acusação pelo delito de comunicação falsa de crime ou de contravenção (Código Penal, artigo 340), formalizada contra si, resulta de fato imputado falsamente e com abuso de poder, inexiste qualquer circunstância que possa justificar o envio dos autos a uma das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

- O próprio órgão *dominus litis* entende não se justificar o prosseguimento, insistindo no propósito do arquivamento, eis que as razões e documentos trazidos não agregam fato ou argumento novos a evidenciar a prática de crimes por parte da representada e a necessidade de se avançar com a investigação ou adoção de outras medidas.

- Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, conhecer do agravo regimental, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais Mairan Maia, Nery Júnior, Carlos Muta, Consuelo Yoshida (convocada para compor quórum), Sérgio Nascimento (convocado para compor quórum), Vera Jucovsky (convocada para compor quórum), Suzana Camargo, André Nabarrete, Marli Ferreira, Peixoto Júnior e Fábio Prieto, vencidos os Desembargadores Federais

Newton de Lucca e Cecília Marcondes, que dele não conheciam, e, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

São Paulo, 29 de setembro de 2010.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Agravo regimental (fls. 350/385) interposto contra decisão de seguinte teor (fls. 311/317):

> "Representação criminal instaurada junto à Procuradoria Regional da República da 3ª Região, a partir de peças de informação encaminhadas em 14 de outubro de 2009 pelo advogado Marcos Alves Pintar, a fim de apurar eventuais crimes de abuso de autoridade e denunciação caluniosa, supostamente praticados pela Procuradora da República Anna Cláudia Lazzarini, oficiante em São José do Rio Preto/SP.
>
> Do relato dos fatos apresentado pelo Ministério Público Federal (fls. 02/05, docs. às fls. 06/234), colhe-se o seguinte: 'Narra a inicial que a Procuradora da República Anna Cláudia Lazzarini ofereceu denúncia contra o representante Marcos Alves Pintar, nos autos de ação penal nº 2009.61.06.000952-8, em trâmite perante a 3ª Vara Federal de São José do Rio Preto/SP, imputando-lhe o crime de comunicação falsa de crime ou contravenção penal, previsto no art. 340 do Código Penal (fls. 143/146).
>
> Em razão do oferecimento da referida denúncia, alega o representante que a Procuradora da República incorreu nos crimes de abuso de autoridade, previsto no art. 3º, alínea "j", e art. 4º, alínea "h", ambos da Lei nº 4.898/65, e denunciação caluniosa, tipificado no art. 339 do Código Penal.
>
> Para tanto, argumenta que: (a) são falsas as acusações imputadas na denúncia; (b) que as declarações inseridas no

agravo de instrumento e que deram ensejo à denúncia por comunicação falsa de infração penal foram proferidas sem intenção de dar causa à ação de autoridades, mas sim de modificar decisão judicial em ação previdenciária; (c) o advogado é inviolável por atos e manifestações por mandamento constitucional; (d) que o responsável por ter dado causa à ação de autoridades foi o juiz federal Dasser Lettière Júnior, com quem o representante possui um "litígio de grandes proporções"; (e) que a Procuradora da República representada "acabou se transformando numa verdadeira ameaça às liberdades e garantias individuais consagradas pela Carta Magna"; e (f) não estavam presentes as hipóteses para propositura da ação penal, visto que seria cabível em favor do representante os benefícios da transação penal ou suspensão condicional do processo (fls. 17/29).

Em 22.10.2009, este Procurador Regional da República, mediante portaria, instaurou procedimento investigatório criminal para apurar os fatos (fls. 170/171). Na ocasião, determinou-se a expedição de ofício à Procuradora da República representada, a fim de que se manifestasse, no prazo de 10 dias úteis, sobre as imputações narradas às fls. 17/29. A resposta foi encaminhada por *fax* em 05.11.2009 (fls. 176/199), sendo que os documentos originais foram enviados por correio e recebidos neste gabinete em 09.11.2009 (fls. 200/225). Em síntese, a Procuradora da República Anna Cláudia Lazzarini se defende alegando que: (a) ao oferecer a denúncia contra o advogado Marcos Alves Pintar, atuou dentro dos limites de seus deveres funcionais, pois convencida da existência de materialidade e de indícios suficientes de autoria; (b) a imunidade conferida ao advogado abrange apenas os crimes de injúria e difamação; (c) a denúncia foi recebida pela autoridade judiciária competente, o que demonstra a solidez da instauração da ação penal; e (d) não foi oferecida a suspensão condicional do processo pois ausentes os requisitos legais.

2. Os fatos noticiados não configuram a prática de qualquer crime por parte da Procuradora da República representada, bem como não trazem qualquer indício da configuração dos supostos delitos, sendo temerária a instauração de inquérito policial ou o oferecimento de denúncia, ao menos diante dos dados disponíveis na representação formulada e na resposta da representada.

Com efeito, insta transcrever os fatos narrados na denúncia de fls. 143/146, que deu ensejo à presente representação:

"MARCOS ALVES PINTAR, no item 23 do Agravo de Instrumento interposto em face de decisão exarada nos autos do processo nº 2006.61.06.004434-5, que tramitou pela 4ª Vara Federal de São José do Rio Preto/SP, afirmou que os servidores da agência da Previdência Social de São José do Rio Preto/SP, acobertados pelos órgãos jurisdicionais, estariam falsificando, fraudando, manipulando, sonegando e destruindo documentos públicos, dando ensejo, em 24/11/2008, a requisição judicial de instauração de Inquérito Policial (IPL nº 2009.61.06.000952-8, instaurado em 17/12/2008). (folhas 02/21)

Inquirida pela autoridade policial, INÊS ALBINO DA SILVA TOPAN, autora da ação civil nº 2006.61.06.004434-5, afirmou que contratou o advogado MARCOS ALVES PINTAR para ingressar com processo judicial em face do INSS, visando a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, todavia nunca disse ao mesmo, ou sequer teve conhecimento, de que os servidores do INSS tenham fraudado, falsificado, manipulado, distorcido, sonegado ou destruído documento público (fls. 50/51).

Intimado a comparecer na Delegacia de Polícia Federal para prestar esclarecimentos nos autos do Inquérito Policial nº 2009.61.06.000952-8, MARCOS ALVES PINTAR deixou de comparecer.

O Ministério Público Federal requereu o arquivamento das investigações relativas a *notitia criminis* trazida pelo ora denunciado, conforme supra narrado, por absoluta ausência

de indícios de prova ou de autoria.
Assim agindo, MARCOS ALVES PINTAR provocou a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime que sabe não se ter verificado.
Diante do exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DENUNCIA MARCOS ALVES PINTAR como incurso nas penas do artigo 340 do Código Penal, requerendo seja a presente recebida e autuada, sendo o mesmo citado, interrogado, processado e ao final condenado, ouvindo-se na instrução as testemunhas baixo arroladas.
Outrossim, considerando as certidões de antecedentes criminais do denunciado acostadas às folhas 37/39 e 42/43 destes autos, bem como a pesquisa realizada no sítio da Justiça Federal de Primeira Instância em São Paulo (documento em anexo), deixo de oferecer transação penal ou suspensão condicional do processo, nos termos dos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95, em face da ausência das condições subjetivas para o gozo dos benefícios".
Alega o representante que o oferecimento da referida denúncia configura crime de abuso de autoridade, previsto no art. 3º, alínea "j", e art. 4º, alínea "h", ambos da Lei nº 4.898/65, e crime de denunciação caluniosa (art. 339 do CP).
Vale transcrever os tipos penais:
"Lei nº 4.898/65:
Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:
j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.
Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:
h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;
Art. 339, do CP. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente".

Quanto à primeira hipótese (art. 3º, alínea "j", da Lei nº 4.898/65), cabe observar, no presente caso, o que dispõe a lei e a Constituição sobre a inviolabilidade do advogado, vez que esta seria a suposta garantia profissional violada. Nesse sentido, assim dispõe o art. 133 da Constituição Federal:

"Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

Já o art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94 estabelece o seguinte:

"2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria ou difamação puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer".

Nos termos da lei, a imunidade do advogado restringe-se aos crimes contra a honra de injúria e difamação. No caso dos autos, a denúncia contestada imputa a prática do crime de comunicação falsa de infração penal (art. 340 do CP), que é crime contra a administração da justiça, e não se encontra amparado nos limites da referida imunidade profissional.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS*. DIFAMAÇÃO PRATICADA POR ADVOGADO CONTRA JUIZ DE DIREITO. ARTIGOS 21 E 23, II, DA LEI Nº 5.250/67. EXCEÇÃO DA VERDADE. OFENDIDO COM PRERROGATIVA DE FORO ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 85 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMUNIDADE PROFISSIONAL. ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXCESSO PUNÍVEL. ALEGAÇÃO DE OFENSA À COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. EXAME DE PROVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

1. Conforme entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal, ainda que o ofendido goze de foro especial por

prerrogativa de função, não se aplica o disposto no artigo 85 do Código de Processo Penal quando o fato imputado não for definido como crime, mas apenas ofensivo à sua reputação.

2. 'A imunidade profissional contemplada no art. 133, da Constituição Federal, não é absoluta, sofrendo restrições legais. A lei apenas protege o advogado com relação às ofensas irrogadas no exercício da profissão em razão de discussão da causa, não socorrendo os seus excessos (art. 142, I, do CP e art. 7º, § 2º, da Lei 8.906/94)' (RHC nº 12.458/SP, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, DJU 29/9/2003)

3. Ordem denegada".

(STJ. HC 29862/SP, Rel. Ministro PAULO GALOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2004, DJ 06/02/2006 p. 328)

Dessa forma, não há que se falar em abuso de autoridade por violação aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional por parte da representada.

No que tange ao art. 4º, alínea "h", ambos da Lei nº 4.898/65, nota-se que o tipo penal em questão exige que a autoridade tenha praticado ato lesivo à honra, "com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal".

O abuso de poder é gênero cujas espécies são o excesso de poder e o desvio de finalidade. O excesso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência. No caso, é certo que o membro do Ministério Público Federal tem competência/atribuição para oferecer denúncia e promover a ação penal pública, nos termos do art. 129, inc. I, da Constituição Federal, nos casos sob sua responsabilidade. Não há qualquer menção de que a Procuradora da República tenha autuado em autos que não lhe foram distribuídos legalmente. Portanto, não se configura excesso de poder.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "há desvio de poder quando o agente vale-se de uma competência para alcançar finalidade não abrangida por ela" (MELLO, Celso

Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 592). Assim, o desvio de poder ocorre quando o agente público pratica determinado ato, embora de sua competência, imbuído de finalidade diversa do interesse público, por interesse pessoal de favorecimento ou perseguição.

O representante não traz qualquer elemento concreto que denote interesse pessoal da Procuradora da República Anna Cláudia Lazzarini no feito. Na verdade, limita-se a informar a existência de outro procedimento criminal instaurado contra sua pessoa por requisição da representada, mas dentro de suas atribuições funcionais, de forma que, ao final, o inquérito foi arquivado por outro membro do Ministério Público Federal. Tal fato não evidencia possível sentimento escuso da referida Procuradora da República contra o representante.

Ademais, embora o advogado Marcos Alves Pintar relate que estaria sendo proposta ação de ressarcimento por danos materiais e morais contra a autuação da representada (fl. 25), não há informação de que a demanda efetivamente tenha sido proposta e que a Procuradora da República representada tivesse conhecimento desse fato.

Assim, não há qualquer elemento que aponte a ocorrência de eventual desvio de poder praticado em detrimento do representante.

O crime de denunciação caluniosa previsto no art. 339 do Código Penal também não restou caracterizado. A denúncia oferecida contra o representante é clara e objetiva com relação aos fatos narrados e suas circunstâncias. Se os fatos ali relatados configuram ou não crime e se tem base fática são questões que devem ser debatidas em sede da própria ação penal, já que a denúncia foi recebida pelo juízo, como se vê à fl. 147.

Em caso muito semelhante, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região arquivou representação formulada contra Procurador da República, em decisão cuja ementa vale transcrever:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. INDICIAMENTO DE ACUSADO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. ABUSO DE AUTORIDADE. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA.

1. O indiciamento de acusado, segundo o prudente arbítrio da autoridade policial, ao cabo de investigação policial, não pode, em si mesmo, ser apontado como abuso de autoridade ou denunciação caluniosa, ainda que a denúncia não seja oferecida.

2. O oferecimento da denúncia, consubstanciando o legítimo exercício de uma atribuição legal do Ministério Público, também não dá, só por si, ensejo à alegação de abuso de autoridade, ou de denunciação caluniosa, mesmo quando a autoria do delito seja apontada com base em indícios (provas leves).

3. Como a denunciação caluniosa pressupõe a ciência, por parte do agente, da inocência do indiciado ou acusado (art. 339/CP), torna-se imprescindível, para o exame da sua ocorrência, o arquivamento do inquérito policial ou a absolvição do acusado no processo.

4. Arquivamento da representação".

(TRF1. RP 9501296636. RP - REPRESENTAÇÃO - 9501296636. Relator(a): JUIZ OLINDO MENEZES. Órgão julgador: CORTE ESPECIAL. Fonte: DJ DATA: 13/03/1997 PÁGINA: 14254)

Ainda quanto ao crime de denunciação caluniosa, nota-se que a inocência do acusado é elemento objetivo do tipo, razão pela qual a configuração do crime previsto no art. 339 do CP fica condicionada à absolvição do denunciado/querelado ou ao arquivamento do inquérito, quando em virtude da suposta denunciação caluniosa há efetiva instauração de procedimento, como é o caso dos autos.

Assim, a configuração de eventual crime de denunciação caluniosa por parte da Procuradora da República signatária da denúncia, depende da absolvição do advogado Marcos Alves Pintar na ação penal instaurada pelo juízo, além de indicação de indícios de que a representada tinha ciência da inocência do denunciado.

Confirmando esse entendimento, Guilherme de Souza Nucci leciona que "torna-se imprescindível, para que se julgue corretamente o crime de denunciação caluniosa, o término da investigação instaurada para apurar a infração penal imputada, bem como a ação civil ou penal, cuja finalidade é a mesma, sob pena de injustiças flagrantes" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1004).

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, órgão responsável para deliberar sobre o arquivamento de procedimentos criminais, já decidiu pelo arquivamento de representação por crimes de abuso de autoridade e denunciação caluniosa contra Promotor de Justiça Militar em razão de denúncia oferecida, *assentando ser atípica a conduta quando praticada no exercício do dever funcional*, conforme ementa abaixo:

"Ementa: Trata-se de procedimento investigatório criminal instaurado a partir de representação de determinado sargento do exército, o qual diz ter sido vítima de denunciação caluniosa e abuso de autoridade, uma vez que certo Promotor da Justiça Militar teria oferecido denúncia contra o mesmo e certa juíza-auditora da Justiça Militar teria votado a favor da sua condenação pela prática de crime de calúnia. O il. Procurador Regional da República oficiante promoveu o arquivamento dos autos em razão da atipicidade da conduta, praticada quando do exercício do dever funcional. Voto pela homologação do arquivamento".

Sobre o cabimento da transação penal ou suspensão condicional do processo, verifica-se que, ao oferecer a denúncia, a Procuradora da República Anna Cláudia Lazzarini fundamentou expressamente os motivos pelos quais deixou de oferecer os referidos benefícios legais. Se agiu com acerto ou não, cabe ao juízo responsável pela ação penal decidir.

Com isso, não há qualquer elemento que justifique o prosseguimento do presente procedimento investigatório criminal,

a instauração de inquérito policial ou o oferecimento de denúncia contra a Procuradora da República representada'. Em conclusão, o órgão ministerial requereu o 'arquivamento da presente representação formulada contra a Procuradora da República Anna Cláudia Lazzarini em razão dos fatos relatados'.

Manifestação do advogado Marcos Alves Pintar às fls. 236/240 (docs. às fls. 241/299), noticiando 'que a Representada Anna Claudia Lazzarini, assim que tomou conhecimento da representação formulada ingressou ela também com representação junto ao próprio órgão do Ministério Público Federal na qual atua, alegando que a ora vítima havia cometido o crime de denunciação caluniosa na denunciação caluniosa', de modo que 'o Procurador da República Álvaro Stripp, colega de Anna Claudia Lazzarini, ingressou com nova ação penal em desfavor da vítima, imputando-lhe falsamente a prática do crime de denunciação caluniosa na denunciação caluniosa'.

Acrescenta que 'não teve qualquer participação na instauração do inquérito policial'. Que 'se o Juiz Federal Dasser Lettiére Júnior, inimigo capital do Advogado, entendeu por bem determinar a instauração de um inquérito a partir das razões lançadas no agravo, por certo que o Advogado não pode ser responsabilizado'. Que 'sob o ponto de vista hipotético, sequer pode ser descartada a hipótese de que a propositura da ação penal tenha sido ajustada entre o Juiz Federal e Procuradores da República, ainda antes da instauração do inquérito policial por determinação do Juiz Federal Dasser Lettiére Júnior, embora inexista até o momento qualquer elemento de prova nesse sentido'. Que 'há indícios de que a problemática exposta na representação tenha sido tangenciada na promoção de arquivamento visando em tese proteger a colega de carreira'. Que 'informa a vítima a esta Corte que será proposta reclamação disciplinar em desfavor do Procurador Regional da República, bem como representação criminal por denunciação

caluniosa na denunciação em desfavor do Procurador da República Álvaro Stripp'.

A Procuradora Regional da República, às fls. 301/302 (docs. às fls. 303/309), ratificou 'o posicionamento firmado na referida manifestação, requerendo o arquivamento do presente procedimento investigatório criminal, ante a atipicidade dos fatos atribuídos à representada'.

É o relatório de todo o ocorrido.

Decido.

Dispõe a Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, competir ao relator escolhido na forma regimental '*determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quando o requerer o Ministério Público*, ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal'. Está a previsão no inciso I do artigo 3º da lei, que rege os processos de competência originária dos Tribunais.

O inciso I do artigo 206 do Regimento desta Casa, por sua vez, repete integralmente o comando referido, dizendo que é da competência do relator *'determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quando o requerer o Ministério Público Federal* ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal'.

Aciono os dispositivos em questão e passo à análise da promoção formulada pelo Ministério Público Federal, de arquivamento da representação criminal em destaque.

Ao menos do que se tem nestes autos, a hipótese é de acolhimento do pedido ministerial.

Nada está a indicar, a partir da narrativa inicial e dos demais elementos encartados ao longo deste processado, que a Procuradora da República Anna Cláudia Lazzarini, por conta do oferecimento de denúncia em desfavor do advogado Marcos Alves Pintar, sob a acusação do cometimento do delito tipificado no artigo 340 do Código Penal - 'Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter

verificado' -, tenha incorrido na prática de ato passível de reprimenda penal.

Não se pode ter como atividade delituosa, mais especificamente, quanto às condutas típicas caracterizadoras do abuso de autoridade, capituladas nos artigos 3º, *j*, e 4º, *h*, da Lei nº 4.898/65, consubstanciadas, respectivamente, em 'qualquer atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional' e 'ato lesivo da honra, ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal', os fatos relacionados à atuação da referida procuradora, que, consoante alega o representante, teria incorrido em violação a prerrogativa de classe, 'desconsiderando sua função como advogado e tentando lhe causar prejuízos à honra e reputação' (fl. 30).

Evidente que a imunidade outorgada ao advogado no exercício de sua profissão comporta limitações (CF, artigo 133), não sendo irrestrita a inviolabilidade por seus atos e manifestações, deixando de existir 'quando a ofensa for gratuita, desvinculada do exercício profissional e não guardar pertinência com a discussão da causa' (Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil Interpretada*, Atlas, 2003, 2ª edição, p. 1.614).

Mesmo em se tratando das hipóteses contempladas no artigo 142, I, do Código Penal, tem-se entendido não se revestir de caráter absoluto a garantia da intangibilidade, que pressupõe o patrocínio regular e legítimo, revelando-se, pois, 'incompatível com práticas abusivas ou atentatórias à dignidade da profissão ou às normas ético-jurídicas que lhe regem o exercício' (STF, RHC 81.750, 2ª Turma, rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 10.8.2007).

Por aí já se vislumbra a inexistência de garantia alguma, atinente ao exercício da advocacia, como se quer fazer crer nas peças de informação encaminhadas, que pudesse impedir o órgão ministerial de agir na forma verificada, ou, melhor dizendo, que tornasse ilegal ou abusiva a conduta

da representada simplesmente pelo fato de voltar-se contra agente que ostenta a condição de advogado, até porque 'seria odiosa qualquer interpretação da legislação vigente conducente à conclusão absurda de que o novo Estatuto da OAB teria instituído, em favor da nobre classe dos advogados, imunidade penal ampla e absoluta', afinal, 'o nobre exercício da advocacia não se confunde com um ato de guerra em que todas as armas, por mais desleais que sejam, possam ser utilizadas' (STJ, RHC 4.889, rel. Ministro Assis Toledo, j. em 2.10.1995).

Nesse sentido, não são poucos os exemplos encontrados na jurisprudência acerca da limitação legal à inviolabilidade e consequente existência de justa causa para responsabilização criminal do advogado, não se configurando o delito previsto no artigo 3º, *j*, da Lei 4.898/65, *v. g*., 'quando determinada busca e apreensão em escritório de advogado, se precedida de mandado judicial (TRF4, MS 20010401070250-0/RS, Amir Sart, 8ª T., u., 2.12.01) e observados os limites do inc. II e §§ 5º e 6º do art. 7º da Lei 8.906/94, com a redação da malfadada Lei 11.767/08', bem como nos casos 'de "crime de falso testemunho cometido perante o Juiz do Trabalho, que, presenciando o flagrante, determina a prisão do infrator" (TRF1, Pet. 9501055507/AM, Assusete Magalhães, CE, u., 3.12.98)', 'da submissão de advogados a detector de metais instalado na entrada do TJ (STJ, HC 28024/SP, Franciulli Neto, 2ª T., u., 2.10.03)' ou 'na mera comunicação feita pelo Magistrado à OAB de irregularidade cometida por advogado em processo judicial' (José Paulo Baltazar Junior, *Crimes Federais*, Livraria do Advogado, 2010, 5ª edição, pp. 280-281).

Por outro lado, sendo corolário lógico da função institucional do Ministério Público, que decorre inclusive de previsão constitucional, 'promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei' (artigo 129, I, da CF/88), não há que se ter como lesivo à honra alheia, menos ainda ao patrimônio, o oferecimento de denúncia dentro dos

limites impostos pelo devido processo legal (CPP, artigo 41), se o que se veicula, por meio da peça acusatória, é a expressão legítima da vontade estatal, e não o resultado de anseios pessoais e arbitrários do órgão ministerial.

Com maior razão ainda, o afastamento da incidência do artigo 4º, *h*, da Lei 4.898/65, quando o que se tem, da narrativa dos fatos apresentados, são elementos revestidos, em tese, de ilicitude penal, que se amoldam ao tipo previsto no artigo 340 do CP, tanto que considerados, pelo juízo a quo, suficientes à deflagração do processo-crime, nada vedando, portanto, se convicto da existência dos requisitos mínimos para a formulação da acusação de falsa comunicação de crime revelada nos autos da demanda previdenciária de reg. nº 2006.61.06.004434-5, a atuação do Ministério Público nos termos da denúncia objeto da presente representação.

De igual modo, inexistem, ainda, indícios mínimos a denotar que a conduta da procuradora representada possa amoldar-se à figura penal prevista no artigo 339 do Código Penal - 'dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente'.

Suficiente, à impossibilidade de se estabelecer qualquer liame acerca de participação dolosa sua em decorrência do munus acusatório que originou a insatisfação do representante, a constatação da viabilidade do exercício acusatório, como decidido pela autoridade judicial - 'Havendo prova da existência de fato que caracteriza crime em tese e indícios de autoria, RECEBO A DENÚNCIA oferecida em face de Marcos Alves Pintar' (fl. 153) -, não se olvidando que, em se tratando de denunciação caluniosa, somente com o arquivamento do inquérito ou absolvição irrecorrível em favor do denunciado oportuniza-se a ação penal.

Ainda que assim não se entendesse, sobejaria reconhecer,

consoante já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que 'não pode ter curso ação penal contra membro do MP pelo crime de denunciação caluniosa senão quando evidente a temeridade ou o abuso de poder. Se a investigação policial leva à suspeita consistente, o MP deve agir na conformidade de seu dever constitucional, não quedando intimidado pela perspectiva da acusação de denunciação caluniosa sempre que resultar provada a inocência do suspeito' (HC 74.318, 2ª Turma, rel. Ministro Francisco Rezek, DJ de 20.6.97).

Quanto à irresignação com o não oferecimento dos benefícios da Lei 9.099/95, igualmente não denota qualquer procedimento abusivo ou ilegal por parte da representada, cediço que não apenas a existência de antecedentes impede a transação penal (artigo 76) ou a suspensão condicional do processo (artigo 89), mas também o não preenchimento de requisitos subjetivos.

Nesse sentido, consta da argumentação trazida pela própria procuradora que 'a reiterada conduta de MARCOS ALVES PINTAR de imputar diversos tipos criminais, tanto às Autoridades Judiciárias, quanto a servidores públicos federais, de forma leviana e irresponsável, demonstra conduta social e personalidade que não autorizam o benefício, incidindo na espécie o *caput* do artigo 89, da Lei nº 9099/95, c/c o inciso II, do artigo 77, do Código Penal'; ademais, 'o representante é reu em outra ação penal, pelo crime de calúnia contra Juiz Federal, com denúncia do Excelentíssimo Procurador da República, Dr. Álvaro Stipp, já recebida pelo Juízo Federal da 4ª Vara dessa Subseção Judiciária, e, portanto, não atende também aos requisitos objetivos para concessão do benefício da suspensão condicional do processo' (fl. 211).

A respeito do comportamento do representante, já teve a 1ª Turma desta Corte, por conta do julgamento, em 2 de junho de 2009, da Exceção de Suspeição Criminal nº 2008.61.06.007523-5 (Diário Eletrônico de 17.6.2009), a

oportunidade de externar as seguintes considerações:
'O excipiente acusa o excepto de suspeito porque o teria aconselhado quanto a fatos do inquérito policial nº 2008.61.06000423-0, a que o mesmo respondia quando já distribuído perante a 3ª Vara Federal de São José do Rio Preto, em conversa reservada entre ambos, da qual o excipiente, segundo alegou a f. 210, promoveu uma gravação clandestina usando aparelho celular.
Descontando a evidente má fé de quem se dirige ao Juiz Federal postulando carga dos autos às 19h00 (final do expediente forense normal) e depois afirma haver clandestinamente gravado a conversação mantida com o magistrado, mas sem exibir o áudio ou a transcrição, ainda que particular do mesmo, razão assiste tanto ao excepto quanto ao dr. Procurador Regional da República quando afirmam a inexistência da mínima demonstração do tal "aconselhamento" que teria sido feito em favor do excipiente.
O que existe de concreto nos autos mostra que o Juiz recebeu o advogado/investigado na sala de audiências ao término do expediente forense deferindo carga dos autos, sob a promessa de devolução logo no início do expediente forense do dia imediato, o que efetivamente ocorreu. Nada mais.
Supondo que fossem verdadeiras as assertivas feitas na exceção - no sentido de que o juiz da causa penal aconselhou o denunciado - situação essa que passa ao largo da mínima comprovação, não deixa de ser notada a ingratidão de MARCOS ALVES PINTAR, pois a se crer nele - o que este relator nem pensa em fazer - o advogado e réu recebeu "conselhos" de um juiz e depois veio assertivar a suspeição do magistrado, situação essa que - descontando não haver prova alguma de que ocorreu - legitimaria o Ministério Público Federal a suscitar a suspeição, e não o "aconselhado".
A propósito da pessoa do excipiente, os documentos juntados aos autos mostram que o mesmo vem sistematicamente se indispondo com os magistrados atuantes na

subseção judiciária de São José do Rio Preto/SP, o que acaba por retirar credibilidade de suas alegações, ainda mais que - como dito pelo excepto a f. 211 - a tal gravação clandestina que conteria a conversa supostamente travada entre MARCOS e o Juiz Federal continua clandestina.'
Por último, no tocante aos fatos manifestados por Marcos Alves Pintar às fls. 236/299, também não estão a recomendar a continuidade da persecução criminal, à vista da observação, como anotado pela Procuradoria Regional de República, de que 'as razões e documentos encaminhados pelo representante não acrescentam qualquer fato ou argumento novo que evidenciasse a prática dos crimes de abuso de autoridade e denunciação por parte da Procuradora da República representada, a fim de ensejar a continuidade das investigações ou adoção de outras medidas' (fl. 301, verso), inclusive quanto à revelação, sem relação alguma com o presente apuratório, de tratar-se de 'ataque desesperado de dois Procuradores da República, no curso da presente representação criminal, acusados da prática de delitos contra inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e em via de serem exonerados', já que 'os Procuradores da República Anna Claudia Lazzarini e Álvaro Stripp sofreram representação por parte do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, assinada pelo próprio Presidente da entidade, acusados de terem cometido os crimes de denunciação caluniosa e abuso de autoridade contra um estagiário de direito' (fl. 237).
Enfim, entendendo o órgão acusatório, *dominus litis*, que não há razões para prosseguimento, não se verificando elementos mínimos que possam conferir à ação penal condições de viabilidade, e formalizado pedido de arquivamento, a proposição deve ser aceita.
Com Fernando da Costa Tourinho Filho (*Código de Processo Penal* Comentado, vol. 1, Saraiva, 7ª edição, pp. 110-111): 'Se por acaso o fato não for típico, ou, ainda que o seja, se a autoria é desconhecida, ou se não houver um

> mínimo de prova sensata, não poderá nem deverá o Ministério Público promover a ação penal. O processo é medida grave, severa, e por isso mesmo, para que seja instaurado, é indispensável haja, nos autos do inquérito ou nas peças de informação, elementos sérios, idôneos, a mostrar que houve uma infração penal, e indícios mais ou menos razoáveis de que o seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo ou nas peças de informação. Do contrário, cumpre ao Ministério Público requerer ao Juiz o respectivo arquivamento'.
> Dito isso, nos exatos termos das manifestações de fls. 02/05 e 301/302, acolho a promoção ministerial e determino o arquivamento da presente representação criminal.
> Dê-se ciência ao advogado representante e à Procuradoria Regional da República da 3ª Região.
> Comunique-se a Procuradora da República Anna Cláudia Lazzarini.
> Publique-se.
> São Paulo, 08 de março de 2010."

Segundo o recorrente, em apertada síntese, "havia na representação uma narração encadeada de fatos demonstrando a prática do delito", que "foram trazidos ao conhecimento da Procuradoria Regional da República objetivando dar início às investigações pertinentes", afinal, "muito havia a ser investigado, até mesmo porque na condição de vítima do delito o Advogado não tem poder para determinar a oitiva de magistrados e membros do Ministério Público a fim de que seja trazido com a inicial da representação um amplo conjunto probatório", de modo que "caberia ao Procurador da República analisar detidamente todos os fatos alegados".

Nada obstante, segundo alega, "em circunstância que parece evidenciar descumprimento de obrigações funcionais o ilustre Procurador Regional da República não teceu uma única consideração a respeito dos fatos articulados pelo advogado em seu parecer pelo arquivamento da representação"; "todo o parecer

da Procuradora Regional da República veio embasado na análise hipotética dos tipos penais em comento, não se perquirindo em nenhum momento a conduta propriamente apontada como delituosa ou o caso concreto", quando, no que concerne à "conduta comissiva levada adiante pelo Advogado e apontada como criminosa, nos termos da denúncia formulada junto ao Juízo da 3ª Vara Federal de São José do Rio Preto", "caberia averiguar se de fato a conduta do Advogado poderia se amoldar ao tipo penal previsto no art. 340 do Código Penal", que "não admite a forma culposa".

Insiste que "jamais intentou ou objetivou com a interposição do agravo de instrumento comunicar a ocorrência de crime ou contravenção penal a quem quer que seja". Que "a ação visava reforma de uma decisão proferida em ação cível, na qual foi tecida uma longa explanação a respeito do direito discutido, que se estendeu por varias páginas". Que "falta no caso o elemento do tipo 'comunicar-lhe a ocorrência de crime', que só se tornaria presente caso a ação do Advogado estivesse de fato dirigida a promover uma comunicação de crime ou contravenção", ausente, outrossim, "o especial fim de agir, ou seja, a vontade deliberada de fazer com que a autoridade inicie os trabalhos necessários à persecução penal".

Conclui que, "dos fatos principais a serem analisados na presente representação", a saber, "a conduta de Marcos Alves Pintar, ao ingressar com o recurso de agravo de instrumento junto a esta Corte pode se amoldar à figura do tipo penal previsto no art. 340 do Código Penal? Era possível à Procuradora da República Anna Cláudia Lazzarini concluir que a conduta não era criminosa? A Procuradora da República sabia da inocência do Advogado? Houve respeito à instituição advocacia com a ação da Procuradora da República?", "nenhum desses questionamentos foram respondidos, em nenhum momento".

Por fim, "além dos fatos principais a serem analisados, há outros elencados pelo Advogado na representação que mereceriam ser objeto de investigação e não o foram", já que "alegado pela Vítima que há entre eles e o Juiz Federal Dasser Lettiére Júnior, Magistrado que determinou a instauração do inquérito, um litígio

de grandes proporções, havendo indícios de que a instauração do inquérito tenha objetivado prejudicar o Advogado. Entretanto, absolutamente nada foi investigado".

Requer "seja o presente recurso recebido e processado, submetendo-se a representação ao Órgão Especial desta Corte".

Às fls. 387/389 (docs. às fls. 390/422), revela, o agravante, que "a Procuradora da República Anna Claudia Lazzarini voltou a atacar", dando causa "à instauração de procedimento administrativo penal imputando falsamente ao Advogado Marcos Alves Pintar a prática de delito, mais uma vez", se bem que "acabou atuando no procedimento instaurado outro Procurador da República, aparentemente não envolvido com o litígio, resultando no arquivamento".

Manifestação da Procuradora Regional da República às fls. 426/428, aduzindo, primeiramente, "que o recurso interposto pelo agravante não merece ser conhecido, ante a irrecorribilidade da decisão que homologa o arquivamento e a ilegitimidade do noticiante", ratificando, no mais, "o posicionamento firmado na promoção de arquivamento de fls. 02/05".

Confirmo a decisão recorrida, por seus próprios fundamentos, e trago o feito em mesa, para deliberação deste Colegiado.

É o relatório.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Sem razão, o órgão ministerial, ao aduzir "que o agravo de fls. 350/385 não tem cabimento" (fl. 426, verso).

Isso porque a hipótese dos autos dissocia-se daquelas em que irrecusável o pleito de arquivamento fundado na ausência de elementos consistentes à verificação da ocorrência delituosa, quando formulado pelo Procurador-Geral da República, como ocorre no âmbito do Supremo Tribunal Federal e também no Superior Tribunal de Justiça - neste caso, por delegação a Subprocurador-Geral da República, expressamente prevista no parágrafo único do

artigo 48 do Estatuto do Ministério Público da União (LC 75/93), que, conforme entende o próprio STJ, "equivale à atuação do primeiro" e "vincula compulsoriamente a Corte Especial" (AgRg na Notícia Crime 86/SP, red. p/ acórdão Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 11.6.2001; AgRg na Pet. 3.160/MA, rel. Ministro Luiz Fux, DJ de 29.11.2004) -, daí exsurgindo a irrecorribilidade da decisão do relator que ordena a providência em questão (STF, Pleno: Ag. Reg. na Pet. 4.173/MG, rel. Ministro Menezes Direito, DJe de 28.8.2008, publicação em 29.8.2008; Ag. Reg. na Pet. 2.820/RN, rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 5.7.2004).

Com efeito. Na Justiça Federal de 1ª e 2ª Instâncias, dada a inexistência de atuação do Chefe da Instituição como membro acusatório, o órgão julgador, no caso de considerar inconsistentes as razões invocadas para a promoção do arquivamento, está autorizado a acionar o artigo 28 do Código de Processo Penal, diligenciando o encaminhamento dos autos a uma das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, tal como previsto no artigo 62, inciso IV, da Lei Complementar nº 75/93: "Art. 62. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão: IV - manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral".

Daí que, nos termos do inciso I do artigo 3º da Lei nº 8.038/90, que rege os processos de competência originária dos Tribunais, conquanto se faculte ao relator escolhido na forma regimental "determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quando o requerer o Ministério Público, ou submeter o requerimento à decisão competente do Tribunal", previsão repetida integralmente no inciso I do artigo 206 do Regimento Interno desta Casa, a prolação de *decisum* nesses termos não pode excluir a competência do órgão colegiado competente, razão pela qual o agravo se apresenta viável.

Nem poderia ser de outro modo. Como ensina Cândido Rangel Dinamarco ("A Reforma da Reforma", Malheiros, p. 192), "constitui fator legitimante da outorga desses poderes extraordinários ao relator a oferta de um recurso contra o ato deste, como

meio de assegurar à parte contrariada um julgamento em colegiado (turma, câmara) - porque a colegialidade dos julgamentos superiores é inerente à fórmula ocidental da diversidade de graus jurisdicionais e de seu próprio fundamento sistemático".

E Eduardo Talamini ("Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis", coord. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, p. 181.): "em qualquer caso, a atuação isolada do integrante do tribunal submete-se a uma condicionante para que seja compatível com a Constituição. Terá de existir - sob pena de inconstitucionalidade - mecanismo que permita a conferência, por parte do órgão colegiado, do correto desempenho da atividade delegada. As partes necessariamente terão de dispor de um instrumento que lhes permita levar as decisões individuais do relator ao órgão colegiado. Essa é a forma de verificar se o relator correspondeu, na prática do ato que lhe foi delegado, ao pretendido pelo órgão colegiado".

Cabe ressaltar a existência de precedente deste Órgão Especial, datado de 11 de janeiro de 2007, quando do julgamento do feito de reg. nº 2003.03.00.021721-8, apresentado à mesa pela Desembargadora Federal Alda Basto, em que não conhecido o recurso sob o fundamento de que "o Art. 207 do Regimento Interno e seu Parágrafo único houve por arrolar as hipóteses taxativas de cabimento de agravo regimental para o Plenário, sem efeito suspensivo, da decisão do Relator e, dentre elas *não se alinha previsão de agravo regimental quanto à decisão de arquivamento*".

Nada obstante, ao examinar, em 14 de junho daquele mesmo ano, o Inquérito 732 (reg. nº 2006.03.00.071052-0), de relatoria do Desembargador Federal Fábio Prieto, defrontando-se com a outra hipótese de atuação em substituição ao colegiado prenunciada na Lei 8.038/90 - "Art. 3º - Compete ao relator: II - decretar a extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei" -, orientação diversa acabou despontando.

Repeliu-se a competência exclusiva do relator, nos termos do voto do Desembargador Federal Baptista Pereira, acompanhando, a tese majoritária, os Desembargadores Federais Therezinha

Cazerta, Nery Júnior, Márcio Moraes, André Nabarrete, Roberto Haddad, Ramza Tartuce, Peixoto Júnior e Suzana Camargo, forte em que "afigura-se inconcebível a predileção por um tipo de interpretação normativa que culmina com a impossibilidade absoluta de se recorrer de decisão que declara extinta a punibilidade do agente", sob pena de se fazê-la "um decreto imune a qualquer controle judicial por Órgãos superiores, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal", além de transformar o poder-dever do relator em "um super-poder", assim resumido o julgado:

> "EMENTA
> DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - SUPOSTA SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - PAGAMENTO - *DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR ATO MONOCRÁTICO DE RELATOR - AGRAVO - CONHECIMENTO* E IMPROVIMENTO.
> 1. Nos tribunais, 'compete ao relator decretar a extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei' (art. 3º, inc. II, da LF nº 8.038/90).
> 2. *A declaração de extinção da punibilidade, por decisão monocrática do relator, é ato recorrível*.
> 3. A declaração de extinção da punibilidade é tema autônomo em relação ao juízo de admissibilidade da denúncia.
> 4. O pagamento do débito previdenciário é causa de extinção da punibilidade, nos termos da Lei Federal nº 10.684/03, independentemente do início da ação fiscal ou do recebimento da denúncia.
> ACÓRDÃO
> Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Desembargadores Federais do Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria de votos, em conhecer do agravo regimental, nos termos do voto do Desembargador Federal Baptista Pereira, e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Federal Relator, que fazem

parte integrante do presente julgado. Vencidos, quanto ao conhecimento do agravo regimental, os Desembargadores Federais Fábio Prieto, Cecília Marcondes e Newton de Lucca e, quanto ao mérito, os Desembargadores Federais André Nabarrete e Ramza Tartuce, que davam provimento ao agravo regimental, para reconhecer que o Relator não poderia decretar a extinção da punibilidade por decisão monocrática após o oferecimento da denúncia."

Convém não olvidar que as situações retratadas em um e outro caso, tirante o fato de se tratarem de procedimentos criminais de competência dos tribunais, não guardam qualquer semelhança com diversos outros em que o Órgão Especial teve a oportunidade de apreciar, colecionando-se vários julgados no sentido de que o cabimento do agravo, em sede de ação penal originária, restringe-se a hipóteses específicas, alguns deles, inclusive, de minha relatoria, como se observa da ementa que segue, tirada de acórdão datado de 25 de março de 2004, nos autos de reg. nº 2004.03.00.004276-9:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. CONSTITUCIONAL. OPERAÇÃO ANACONDA. CRIME CONTRA A PAZ PÚBLICA. QUADRILHA OU BANDO. ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO. INDEFERIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL.
- Cuidando-se de ação penal originária no Tribunal (Lei nº 8.038/90, artigos 1º a 12), o *habeas corpus* é o remédio cabível contra a decisão do relator que indeferir pedido de revogação de prisão preventiva, não se permitindo a utilização do agravo regimental.
- Inteligência da Lei nº 8.658/93 e do parágrafo único do artigo 207 do Regimento Interno do TRF - 3ª Região, segundo o qual 'caberá agravo regimental para o Plenário sem efeito suspensivo e na forma do Regimento, da decisão do relator que: a) receber ou rejeitar a denúncia; b) decretar ou denegar fiança ou arbitrar; c) decretar prisão

preventiva; d) recusar produção de qualquer prova ou a realização de qualquer diligência'.
- Impossibilidade de ampliação, por analogia, do rol recursal e das hipóteses de cabimento, que configuram elenco taxativo, em decorrência da regra da irrecorribilidade das interlocutórias no processo penal.
- Agravo regimental não conhecido."

No mesmo sentido, acórdão de 14 de junho de 2007, no processo-crime de registro nº 2005.03.00.082007-2, relatoria da eminente Desembargadora Federal Cecília Marcondes:

"PROCESSUAL PENAL - DECISÃO DO RELATOR - INDEFERIMENTO DO DESMEMBRAMENTO DE AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA - AGRAVO REGIMENTAL - NÃO CABIMENTO.
I - A decisão do relator que indefere pedido de desmembramento da ação penal originária, para processamento nesta Corte somente em relação ao réu detentor de foro privilegiado por prerrogativa de função, não se subsome a qualquer das hipóteses elencadas no parágrafo único do artigo 207, do Regimento Interno deste Tribunal, cujo rol é taxativo.
II - O parágrafo único do artigo 207 do Regimento Interno tem aplicação porque especialmente introduzido no ordenamento para reger ações penais originárias, em detrimento dos artigos 250 e 251, que se aplicam aos feitos comuns, que integram a competência recursal da Corte, a teor do disposto no artigo 108, inciso II, da Constituição Federal.
III - Agravo regimental não conhecido."

Em razão da instrução, na ação penal originária, correr sob o crivo do Desembargador Federal Relator, como dispõe o artigo 2º da Lei nº 8.038/90 - "O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, que se realizará segundo o disposto neste

capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal" -, confere-se a prerrogativa de decisões monocráticas irrecorríveis objetivando a agilização e simplificação dos julgamentos (do que são exemplos as atribuições descritas nos artigos 7º a 11, da mesma lei), legitimada por uma delegação implícita outorgada pelo órgão de que é integrante o relator, com vistas à obtenção de maior celeridade na tramitação, evitando-se demora excessiva em sua ultimação, não raro em prejuízo da atuação da vontade repressiva estatal pelo alcance da prescrição.

Os atos do relator são como se fossem atos praticados pelo próprio órgão, no caso, o Órgão Especial deste TRF, competente para decidir o processo. É em nome deste que age o magistrado responsável pela instrução, racionalizando-se a atividade procedimental, restringindo o Regimento as hipóteses de agravo regimental que entendeu relevantes.

Todavia, ante o risco de se suprimir competência do Tribunal, pelo seu órgão colegiado competente, o raciocínio desenvolvido não vem a calhar *in casu*.

Pode até servir para outras medidas em inquéritos judiciais - como deliberado, à guisa de exemplo, em 24 de junho de 2004, no feito de reg. nº 2004.03.00.018056-0, de relatoria da Desembargadora Federal Ramza Tartuce, acolhendo-se questão de ordem para inadmitir agravo regimental contra determinação de quebra de sigilo bancário, redator para acórdão o Desembargador Federal Baptista Pereira -, mas não para a hipótese ora enfrentada, em que o provimento assemelha-se a decisão verdadeiramente terminativa, barrando o prosseguimento da atividade persecutória.

Tal qual na ocasião retratada no *leading case* em epígrafe, em que reconhecido que a declaração de extinção de punibilidade por atividade unipessoal constitui-se em ato passível de ataque pela via recursal, faculta-se, aqui também, a antecipação da decisão pelo relator, cumprindo ao colegiado, porém, ratificar ou discordar do arquivamento da representação criminal monocraticamente determinado.

Como asseverado no voto proferido pelo Ministro Cesar

Asfor Rocha, quando do julgamento, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, do AgRg na Notícia Crime 86/SP, "nos tribunais, o relator atua em nome do órgão colegiado que ele integra nos limites da sua delegação", "daí porque nada mais lógico que, devida e regularmente acionado, possa o órgão delegante ter a oportunidade de referendar ou reformar o ato praticado pelo órgão delegatório", raciocínio repetido pela Corte Especial em outras oportunidades, consolidando o entendimento, *in verbis*:

> "CRIMINAL. INQUÉRITO. ARQUIVAMENTO REQUERIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL. LEGITIMIDADE DO OFENDIDO. PLEITO DE ARQUIVAMENTO QUE VINCULA O TRIBUNAL. AGRAVO DESPROVIDO.
> I. Esta Corte, à luz do art. 258 do RISTJ, *admite a interposição de agravo regimental pela parte que se julgar prejudicada por decisão do Relator nos autos de inquérito, ou pela suposta vítima da eventual prática criminosa contra o arquivamento do feito*. Precedentes.
> II. Em sendo requerido o arquivamento de inquérito pelo *Parquet*, titular da *opinio delicti*, não é dado ao Relator fazer qualquer objeção, cabendo-lhe, ao contrário, acatar o pretendido. Precedentes.
> III. Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no Inquérito 528/MT, rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 12.11.2007)

> "Inquérito judicial (improbidade administrativa, prevaricação, abuso de autoridade e difamação). Arquivamento (decisão do Relator). Agravo interno (interesse e legitimidade da vítima). Condutas (atipicidade). Agravo regimental improvido.
> 1. Compete ao Relator 'determinar o arquivamento do inquérito ou de peças informativas, quando o requerer o Ministério Público, ou submeter o requerimento a decisão competente do Tribunal' (Lei nº 8.038/90, art. 3º, I, e

Regimento, art. 219, I).
2. *À decisão unipessoal que determinou o arquivamento de inquérito judicial pode a vítima - detentora de interesse e legitimidade - opor agravo regimental* (Regimento, art. 258).
3. No caso, corretos o pronunciamento ministerial e a decisão agravada, pois atípicas são as condutas imputadas à agravada.
4. Agravo regimental ao qual se negou provimento."
(AgRg no Inquérito 423/ES, rel. Ministro Nilson Naves, DJ de 30.4.2007)

Sobreleva notar, sob outro aspecto, restar óbvio e até mesmo intuitivo o interesse do ora recorrente em ver alterada a conclusão do pronunciamento ministerial, por entender que a acusação pelo delito previsto no artigo 340 do Código Penal - "Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção, que sabe não se ter verificado" -, formalizada contra si, resulta de fato imputado falsamente e com abuso de poder.

Contudo, ainda que a hipótese em tela aceite a insurgência pela via do regimental, habilitando-se o recurso ao reexame da matéria impugnada, no mérito, não traz melhor sorte ao agravante, em nada infirmando a fundamentação da decisão contestada, à qual me reporto, os argumentos trazidos à apreciação deste órgão julgador.

Rebatendo-os, acrescento inexistir qualquer circunstância que possa justificar o envio dos autos a uma das Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (artigo 62, inciso IV, da Lei Complementar nº 75/93), ainda mais pelo fato de o próprio órgão ministerial, *dominus litis*, entender que não se justifica o prosseguimento, insistindo no propósito do arquivamento, eis que as razões e documentos encaminhados acabam não acrescentando fato ou argumento novos a evidenciar a prática de crimes por parte da representada e a necessidade de se avançar com a investigação ou adoção de outras medidas.

Diante do exposto, conheço do agravo regimental e nego-lhe provimento.

É como voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

• Sobre o arquivamento de representação criminal, veja também a decisão proferida no IP 2007.03.00.021919-1/SP, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, publicada na RTRF3R 93/50.

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL
0274225-85.1981.4.03.6100
(2000.03.99.047190-0)

Apelante: PETER HANNES BUCHMANN
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARANO NETO
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: AC 616502
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/12/2010

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA. IMPOSTO DE RENDA. DESPESAS EXTRAORDINÁRIAS. TEMPESTADE. DESABAMENTO DE MURO. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. PREJUÍZO NÃO ABATIDO. LIQUIDAÇÃO DO DANO. ARBITRAMENTO.

1 - A decisão apelada deixa evidente a ocorrência do dano sofrido pelo autor, por conta de tempestade que fez com que as águas da Represa de Guarapiranga subissem a tal ponto, que as comportas não aguentaram e invadiram os terrenos e casas próximos, derrubando um muro de arrimo localizado em propriedade do apelante.

2 - O autor logrou comprovar o prejuízo sofrido, ônus que lhe cabia nos termos do CPC, art. 333, I. Como conseqüência, faz jus à aplicação do Decreto nº 76.186/75, art. 75.

3 - Os elementos necessários à quantificação do prejuízo encontram-se nos autos (notas fiscais e fotografias), sendo caso de empregar-se meros cálculos aritméticos, dispensando-se a fase de liquidação da sentença.

4 - Honorários advocatícios a cargo da União Federal (10% sobre o valor da causa atualizado).

5 - Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima

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

São Paulo, 09 de dezembro de 2010.

Desembargador Federal LAZARANO NETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LAZARANO NETO (Relator):

Foi proposta ação, pelo rito ordinário, na qual o autor, PETER HANNES BUCHMANN, pretende a condenação da ré, UNIÃO FEDERAL, à restituição do valor do imposto de renda cobrado indevidamente, relativo a perdas extraordinárias, glosadas indevidamente em sua declaração de rendimentos de 1978 (ano-base 1977).

Alega que sofreu perdas extraordinárias, decorrentes de tempestade torrencial, a qual derrubou um muro de arrimo, em construção realizada às margens da represa de Guarapiranga. Tais perdas foram declaradas em seu imposto de renda, mas não foram abatidas, como determinava o Decreto nº 76.186/75 (Regulamento do IR).

Valor da causa: Cr$ 110.578,00 (correspondentes, hoje, a aproximadamente R$ 8.000,00).

Contestou a ré, sustentando a não comprovação das perdas.

Realizada audiência, foram ouvidas duas testemunhas do autor.

A r. sentença julgou improcedente o pedido, ao argumento de que, malgrado comprovado o prejuízo, não foi possível quantificá-lo. Condenação do autor em honorários advocatícios, de 10% sobre o valor da causa atualizado.

Apelação do autor, pugnando pela reforma do julgado, sob a alegação de que o dano encontra-se evidenciado pelo acervo probatório dos autos.

Com contrarrazões por meio das quais a ré apenas salienta

que as razões da r. sentença são suficientes para afastar os argumentos deduzidos em sede de apelação (fls. 142), subiram os autos.

À revisão.

O recurso é tempestivo.

É o relatório.

Desembargador Federal LAZARANO NETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LAZARANO NETO (Relator):

A r. sentença merece ser reformada, posto que sua conclusão mostra-se equivocada.

Realmente, a decisão apelada deixa evidente a ocorrência do dano sofrido pelo autor, por conta da tempestade noticiada, ocorrida em dezembro de 1977, que fez com que as águas da Represa de Guarapiranga subissem a tal ponto, que as comportas não aguentaram e invadiram os terrenos e casas próximos, derrubando, no caso do apelante, um muro de arrimo localizado em sua propriedade. Configurada, dessarte, a situação de caso fortuito ou de força maior.

Vai mais além a r. sentença guerreada, esclarecendo que as fotografias juntadas aos autos revelam o comprometimento da estrutura do muro.

Salienta, mais, que a análise das notas fiscais apresentadas (fls. 10 a 48), considerando-se, especialmente, as datas de emissão, indica a aquisição de material de construção necessário ao refazimento do muro. Parece certo, nessa linha, que as mencionadas notas, diligentemente guardadas e apresentadas pelo suplicante, servem à demonstração do prejuízo com a queda e reconstrução do muro de arrimo, até porque não foram objeto de impugnação pela ré.

Ademais, a primeira testemunha ouvida em audiência afirmou que "... estavam fazendo obras, ou seja, um muro, na residência do autor, quando veio a enchente e prejudicou os serviços; que com a baixa das águas tiveram que fazer o serviço todo de

novo; que não aproveitaram após a vazante o serviço começado, pois ficara um ano quase em baixo d'água e tudo se deteriorou, ou seja, madeiras, e caixas, ferros e outros materiais ..."

Diante de todo esse quadro probatório, tem-se que o autor logrou comprovar o prejuízo sofrido, ônus que lhe cabia nos termos do CPC, art. 333, I.

Como conseqüência, faz jus à aplicação do Decreto nº 76.186/75, art. 75, assim redigido:

> "Artigo 75. Poderão ser abatidas da renda bruta as perdas extraordinárias, quando decorrerem exclusivamente de casos fortuitos ou de força maior, como incêndio, tempestade, naufrágio ou acidente da mesma ordem, que não forem compensadas por seguro ou indenizações (Decreto-Lei nº 5.844/43, art. 20, letra *c*)".

Ora, não tendo a regra acima transcrita sido observada pela Fazenda Nacional, é de se condená-la a ressarcir o valor do imposto de renda indevidamente cobrado ao autor. E, aqui, não pode prevalecer a conclusão da r. sentença, no sentido de que, embora induvidoso o dano, não haveria como acolher o pedido, pois o requerente deveria ter comprovado, desde logo, o seu montante pecuniário.

Com efeito, os elementos necessários a tal quantificação encontram-se nos autos (especialmente as notas fiscais e as fotografias), sendo caso de empregar-se meros cálculos aritméticos, dispensando-se a fase de liquidação da sentença.

O pedido corrobora asserção acima pois a tutela por ele veiculada cinge-se na obrigação de pagar as quantias exigidas pela ré, considerando-se indevidas as glosas realizadas em sua declaração do imposto de renda por conta das perdas extraordinárias com as quais teve que arcar, demonstrando a total certeza e liquidez do crédito a que o autor faz jus.

Isto posto, conclui-se ser incorreta a sentença que deixa de condenar a ré a restituir valor indevidamente cobrado do contribuinte, a título de imposto de renda, conquanto provado o dano,

unicamente porque o mesmo não quantificou desde logo o valor do prejuízo.

Juros de mora e correção monetária nos termos da Resolução nº 561/07, do Conselho da Justiça Federal.

Invertido o ônus da sucumbência, devendo a União pagar honorários advocatícios ao autor, de 10% sobre o valor da causa atualizado (CPC, art. 20, § 4º).

Em vista do exposto, dou provimento à apelação, para condenar a União Federal a restituir ao autor o valor recolhido como imposto de renda, no exercício 1978 (ano-base 1977), incidente sobre as despesas extraordinárias decorrentes da tempestade que derrubou o muro de arrimo em construção na sua propriedade.

É o voto.

Desembargador Federal LAZARANO NETO - Relator

• Sobre o abatimento de despesas extraordinárias decorrentes das chuvas, veja também o seguinte julgado: AC 89.03.008876-0/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, publicado na RTRF3R 73/225.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0639621-28.1984.4.03.6100
(2002.03.99.035475-7)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: BRASKEM S/A
Sucedida: POLIOLEFINAS S/A
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: ApelReex 827147
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/11/2010

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. "KEMAMIDE U". CLASSIFICAÇÃO NO CÓDIGO 29.25.99.00 DA TAB. RECLASSIFICAÇÃO FISCAL. DIVERGÊNCIA. LAUDO PERICIAL. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DA PRIMEIRA CÂMARA DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES COM FUNDAMENTO EM PARECERES TÉCNICOS DO INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA. CONSTITUIÇÃO QUÍMICA DEFINIDA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PREVALÊNCIA.

1 - O correto enquadramento do produto, segundo a Tarifa Aduaneira do Brasil - TAB, é de que define as alíquotas aplicáveis à mercadoria importada, relativamente ao Imposto de Importação e ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.

2 - A Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes tem jurisprudência sobre a matéria, reiterada por inúmeros acórdãos, adotando para o produto importado "kemamide U" a classificação específica na TAB no código 29.25.99.00, louvando-se sempre nos laudos técnicos do Instituto Nacional de Tecnologia (INT), que, por seu turno, divergem dos laudos de análise emitidos pelo Laboratório de Análise (LABANA).

3 - Os esclarecimentos do perito do juízo afastam, de plano,

a possibilidade de que o produto em questão possa ser enquadrado como "cera artificial", na medida em que a condição para que seja assim considerado é a de que não tenha constituição química definida. Assim, o produto foi enquadrado corretamente pela importadora em sua posição específica na TAB, ou seja, 29.25.99.00.

4 - Apelação improvida. Remessa oficial provida parcialmente.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de outubro de 2010.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora).

Trata-se de ação pelo rito ordinário proposta por BRASKEM S/A em face da União Federal, objetivando a decretação da nulidade do auto de infração oriundo de autuação decorrente da reclassificação de mercadoria por ela importada ("KEMAMIDE U"), de acordo com as normas da Tarifa Aduaneira do Brasil (TAB), adaptada à Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (NBM) pelo Decreto-Lei nº 1753, de 31/12/79.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido para decretar a nulidade do Auto de Infração nº 0845-061.481/81-27, louvando-se no parecer do perito do Juízo e das decisões proferidas pelo próprio Conselho de Contribuintes, entendendo correta a classificação atribuída pela autora à mercadoria importada - "KEMAMIDE U" - de acordo com o código 29.25.99.00 da tabela

da Tarifa Aduaneira do Brasil - TAB. Em consequência, condenou a União Federal nas custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, corrigido. Esclareça-se que à causa foi atribuído o valor de Cr$ 45.044.646,00 (quarenta e cinco milhões, quarenta e quatro mil e seiscentos e quarenta e seis cruzeiros), em 24.02.1984, que atualizados até abril de 2010 pela Res. nº 561 do CJF, alcança o montante de R$ 208.445,24 (duzentos e oito mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e vinte e quatro centavos).

A União interpõe apelação, sustentando que o código tarifário por ela indicado é o correto, não devendo prosperar a classificação pretendida pela autora, uma vez que a mercadoria não possuia constituição química definida, justificando a classificação na posição 34.04, a qual engloba, entre outros produtos, as ceras artificiais.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 160/164).

Por configurar hipótese subsumida no artigo 34 do Regimento Interno desta Corte, encaminhem-se os autos ao e. Desembargador Federal revisor.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora).

A r. sentença recorrida merece ser mantida.

Informa a autora que importou e submeteu a despacho aduaneiro, 276 tambores contendo 12.519 Kg do produto comercialmente denominado “KEMAMIDE U”, utilizado como matéria prima na fabricação de Polietileno de Baixa Densidade, classificando-o no código 29.25.99.00, da TAB, mas que, após o regular desembaraço aduaneiro, em sede de revisão administrativa, foi autuada pela Receita Federal ao entendimento de que a correta classificação seria o código 34.04.01.99, como cera artificial, o que ensejou diferenças de impostos (I. I. e IPI), multas, juros de mora e correção monetária.

Entende a autora, assim, que a mercadoria se enquadra no código 29.25.99.00, que enseja alíquota de 30% para o I. I., e de 0% para o IPI, enquanto a União Federal classifica o produto no código 34.04.01.99, cujas alíquotas correspondem a 155% e 15%, respectivamente.

O Laboratório de Análises da Receita Federal (LABANA), em exame procedido na amostra da mercadoria, constatou tratar-se a "KEMAMIDE U" de "cera artificial", reconhecido como um derivado aminado de um ácido oleico bruto, fato que motivou a desclassificação tarifária do produto pela autoridade revisora para o código TAB 34.04.01.99.

Salienta a parte autora que, o próprio Conselho de Contribuintes, ao apreciar a questão, em outros processos administrativos, firmou entendimento que o "KEMAMIDE U" é um emulsificante à base de amido do ácido graxo em cuja composição predomina a octadecanamida (94,5%), razão pela qual deve ser classificado na posição 29.25.99.00 da TAB, tal como classificou a autora.

Os autos foram instruídos com parecer do Instituto Nacional de Tecnologia, em caso análogo, datado de 08/07/81 (fls. 41/45), referente à amostra do produto "KEMAMIDE U" e "KEMAMIDE E", em atendimento ao pedido de consulta solicitado pela autora.

Cumpre observar a conclusão do parecer do INT: "Tendo em vista o acima exposto considera este Instituto Nacional de Tecnologia que os produtos 'KEMAMIDE E' e 'KEMAMIDE U' importados pela POLIOLEFINAS S. A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO, objeto desta consulta, possuem características técnicas das mercadorias enquadradas no código 29.25.99.00 da TAB/NBM ...".

Ressalte-se que a Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes tem jurisprudência sobre a matéria, reiterada por inúmeros acórdãos, adotando para o produto importado "KEMAMIDE U" a classificação específica na TAB no código 29.25.99.00, louvando-se sempre nos laudos técnicos do Instituto Nacional de Tecnologia (INT), que, por seu turno, divergem dos laudos de análise emitidos pelo Laboratório de Análise (LABANA).

Vale conferir trecho do voto proferido pelo Conselheiro Wilfrido Augusto Marques, ao relatar o acórdão nº 23.573, a respeito do enquadramento tarifário do "KEMAMIDE U" e "KEMAMIDE E", quando assim se pronunciou:

> "O ponto de divergência a ser examinado está na conclusão do laudo oficial que concluiu tratar-se de um produto não definido quimicamente enquanto os que dão subídios às razões da Recorrente se expressam contrariamente. Como visto, tanto o Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado de São Paulo, como o Instituto Nacional de Tecnologia dão a mercadoria como tendo forma química definida e fórmula estrutural, sendo desprezível a presença dos outros produtos de natureza semelhantes, considerando seus percentuais mínimos. Referidos pareceres de outra parte, são unânimes no que diz respeito ao elemento 'Oleamida' cujo teor indicado nos mesmos, inclusive no laudo do LABANA , é de 94,5%, composto esse, sem dúvida, de constituição química definida, compreendido, levando-se em conta seu elevado percentual, entre os produtos da posição 29.25. Acresce, ainda, que a classificação pretendida pela fiscalização é voltada, segundo as Normas Explicativas, para aqueles produtos que se possa tê-los como substitutivos das ceras naturais obtidas por processos químicos desde que não tenham constituição química definida, o que não é o caso. À vista do exposto considerando o que dispõe a Regra 3ª 'b' da NBM, dou provimento ao recurso para confirmar o código adotado pela importadora."

Por sua vez, realizada perícia técnica, concluiu o Sr. Perito:

> "4.3 - O produto comercial 'KEMAMIDE U' é utilizado como agente emulsificante, agente deslizante lubrificante, estabilizante, dispersante e componente de produtos cerosos. Para a finalidade que é utilizado pela Autora, ou

> seja, como agente deslizante na fabricação de polietileno de baixa densidade, o teor de pureza, ou seja, 94,5% é perfeitamente aceitável. As impurezas principais, Araquidamida e Palmitamida, que participam na composição com um teor total de 4%, não prejudicam a ação do componente fundamental, Octadecanamida. As impurezas restantes as quais constituem 1,5% do produto comercial e não foram identificadas participam em quantidades tais que não interferem na ação deslizante.
>
> 5 - CONCLUSÃO
>
> Do exposto no item 4, baseado nos resultados das caracterizações técnicas e ainda na análise e decisão do 3º Conselho de Contribuintes concluímos que o produto 'KEMAMIDE U' deve ser considerado um produto de constituição química definida, pois o seu componente fundamental assim se apresenta e, consequentemente, recomendamos a sua classificação na posição 29.25.99.00, que é específica dos compostos de função carboxiamida do ácido carbônico".

Destarte, os esclarecimentos acima são suficientes para afastar, desde logo, a possibilidade do produto examinado vir a ser classificado como "cera artificial", pois, de acordo com as Tabelas e Notas Explicativas da Nomenclatura Aduaneira de Bruxelas (NENAB), em notas à posição 34.04, a condição fundamental para que um produto seja qualificado como cera artificial é a de que não tenha constituição química definida.

Ora, o laudo técnico do INT e o do Sr. Perito do Juízo, fundamentado em sólidas razões técnicas e na literatura especializada, leva ao convencimento de que na composição do produto em análise, predomina a "octadecanamida", à base de 94,5% classificando-se no código enquadrado pela autora, isto é, 29.25.99.00.

Portanto, como se vê, os esclarecimentos do perito do juízo, juntamente com as decisões administrativas da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes e os laudos técnicos

do Instituto Nacional de Tecnologia, são bastantes para afastar, de plano, a possibilidade de que o produto em questão possa ser enquadrado como "cera artificial", na medida em que a condição para que seja assim considerado é a de que não tenha constituição química definida.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial para condenar a ré ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0003701-90.1994.4.03.6100
(2008.03.99.053901-2)

Apelantes: MENOTTI GRAGNANI (espólio), WALTER BONDIOLI (espólio) E ADOLPHO GRAGNANI (espólio)
Representantes: GILBERTO LUIZ ORSELLI GRAGNANI E ADRIANA MARIA CARBONELL GRAGNANI
Apeladas: UNIÃO FEDERAL E PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE CARAGUATATUBA
Partes rés: ALMERINDO DE CAPITANI (= ou > de 65 anos), HILDA SPADA BONDIOLI, MARIA ELISA CARBONELL GRAGNANI E MARIA THERESA MELLO DE CAPITANI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA ELIANA MARCELO
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: AC 1369115
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/12/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. OPOSIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. DOCUMENTOS NOVOS. INOCORRÊNCIA. RECONHECIDO O IMÓVEL POR LAUDO PERICIAL COMO TERRENO DE MARINHA. DIREITO A INDENIZAÇÃO EM DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA NÃO RECONHECIDO POR SE TRATAR DE MERA OCUPAÇÃO.

Controverte o opoente, União Federal, sobre o domínio de área que afirma se caracterizar como terreno de marinha.

Rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença, por não se vislumbra cerceamento de defesa pela juntada de documento que não foi submetido aos opostos. O feito já se encontrava em termos para sentenciar, não tendo os documentos ora impugnados influído no deslinde da causa, nem havendo qualquer menção a eles na sentença prolatada.

É reconhecida a área objeto dos autos como terreno de marinha. Tanto o laudo pericial quanto o confronto das fotos juntadas na ação de desapropriação indireta às fls. 28/29 possivelmente do ano de 1978 e fls. 104/108 do ano de 1983; as fotos de fls. 7/8 anexas ao Auto de Constatação

constante da Medida Cautelar nº 00.0763561-3; as de fls. 21/23 (tiradas em 16/07/83) e de fls. 60 dos Autos do Interdito Proibitório nº 2008.03.99.053902-4; e as tiradas pelo perito judicial no ano de 2007, nestes autos, dão a certeza visual que: 1) a área não estava sendo ocupada; 2) houve um aterramento, com canalização do córrego ou canal ali existente; e 3) se efetuou verdadeira alteração da estrutura topográfica da área.

Os opostos não possuíam Carta de Aforamento, mas apenas uma escritura de posse, cujo transmitente recolhia Taxa de Ocupação, a teor dos documentos apresentados e insertos no procedimento de Inspeção Judicial.

Não obstante a procedência da oposição, por se cuidar a área em discussão indubitavelmente de terreno de marinha, não se demonstrou que todas as pendências por ocasião da transmissão foram saldadas, ou seja, que se tentou regularizar as de natureza *financeira (laudêmio) devidas pela transação*, para que se obtivesse o direito de preferência.

Ainda que se considere os opostos possuidores de título com boa fé, sequer ocorreu a posse efetiva no bem, mesmo que de forma precária, a lhes sobejar direitos indenizáveis, relativamente a construções ou benfeitorias, por constar dos autos tão somente placas indicativas de "propriedade", as quais não se mostram passíveis de indenização.

Os opostos não têm direito inconteste sobre a titulação do imóvel, obtida entre particulares, dada a natureza do terreno de marinha, conforme prescreve o art. 198 do Decreto-Lei nº 9.760/46, nos seguintes termos: "A União tem por insubsistentes e nulas quaisquer pretensões sobre o domínio pleno de terrenos de marinha e seus acrescidos, salvo quando originados em títulos por ela outorgados na forma do presente Decreto-Lei".

Precedentes.

Honorários advocatícios mantidos.

Apelação e recurso adesivo não 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, negar provimento à apelação e ao recurso adesivo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO (Relatora):

Trata-se de apelação e recurso adesivo, nos autos da oposição feita pela União Federal ao feito registrado sob o nº 00.0763562-1, ação principal que foi ajuizada originariamente por MENOTTI GRAGNANI e OUTROS em face da PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA, objetivando a desapropriação indireta de um terreno, designado por gleba "A", situado no bairro denominado Jardim Balneário do Camburi, conhecido por Prainha, na cidade de Caraguatatuba.

Instada a União Federal a se manifestar sobre o seu interesse no feito, atravessou a presente oposição à ação intentada, alegando, em síntese, ser o imóvel vindicado "terreno de marinha".

Os opostos foram citados, pugnando pela improcedência da oposição.

Oficiou-se ao D. P. U. - Delegacia do Patrimônio da União, a qual trouxe os esclarecimentos sobre a questão relativa aos terrenos de marinha (fls. 68/76).

Saneador às fls. 78, determinando a realização de prova pericial, cujo laudo foi juntado às fls. 119/180 e esclarecimentos às fls. 235/244.

As partes se manifestaram sobre o laudo oficial, apresentando os opostos laudo discordante (fls. 194/199 e 290/327), enquanto o opoente com ele concordou (fls. 202/203).

Requereu a União Federal prazo para a juntada de documentos. O pedido foi indeferido (fls. 346), não obstante, foram juntados aos autos os documentos (fls. 354/368).

Sobreveio sentença, julgando conjuntamente a oposição e a ação de conhecimento a ela dependente, reconhecendo o direito de propriedade da área litigiosa pela União Federal, pois situada em área da marinha, afastando qualquer responsabilidade da União por atos praticados pela Municipalidade de Caraguatatuba e a improcedência da ação principal. Os opostos foram condenados em honorários advocatícios, arbitrados em R$ 1.000,00 (um mil reais), assim como na ação principal os honorários a cargo dos autores foram fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

Os opostos opuseram Embargos de Declaração (fls. 385/388, os quais foram rejeitados pela sentença de fls. 390/391.

Apelaram os opostos, pugnando pela reforma do *decisum*. Traçam um escorço histórico do início da demanda de Desapropriação Indireta, ajuizada no ano de 1978, do Interdito Proibitório e da Oposição, esta última intentada 15 anos depois de iniciada a lide.

Em preliminares, invocam a nulidade da sentença, com fundamento no artigo 398 do C. P. C., diante da juntada de documentos novos de relevante importância para o deslinde da demanda, sem a garantia do contraditório pelos apelantes. No mérito, aduzem que várias questões ficaram sem a análise ou restaram contraditórias, dentre elas: 1) a afirmação de os apelantes não terem discutido ser ou não a área terreno de marinha; 2) a demarcação da área que a União Federal diz ser sua; 3) sobre a impossibilidade de o agente público determinar a extensão da superposição da área, constante do interdito proibitório às fls. 206; 4) a ausência de juntada de certidões atualizadas com o registro na matrícula do imóvel; 5) que a área não era incontestavelmente de marinha, apontando o laudo de seu assistente técnico como prova de suas alegações; 6) a impossibilidade de se demonstrar os gastos com mão de obra e existência de cercas na área, diante do decurso de mais de 40 anos desde a data em que lá se instalaram.

Diante desses argumentos, pleiteiam, caso não seja acolhida a nulidade requerida, sejam prestados novos esclarecimentos pelo Perito Judicial às dúvidas não aclaradas. Alternativamente, caso se considerem insuficientes os elementos de prova ao reconhecimento da área como de marinha, seja julgada improcedente a oposição; ou, no caso de reconhecimento de preferência dos apelantes, seja dado prosseguimento à Ação de Desapropriação Indireta contra a Municipalidade de Caraguatatuba, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Em recurso adesivo (445/449), interposto pela Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Caraguatatuba, objetiva-se a majoração dos honorários advocatícios.

Com as contrarrazões à apelação (fls. 428/435 e 440/443) e ao recurso adesivo (fls. 462/465 e 472/474), subiram os autos a esta Corte, opinando o Ministério Público Federal pelo não provimento dos recursos.

É o relatório.

À douta revisão.

São Paulo, 24 de novembro de 2010.

Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO (Relatora):

Inicialmente consigno o equívoco ocorrido no relatório quanto à manifestação pelo Ministério Público Federal, a qual não ocorreu.

Senhores Desembargadores, a presente oposição deduzida pela União Federal controverte sobre o domínio de área que se afirma caracterizar como terreno de marinha, a qual foi cedida, por convênio, ao Município de Caraguatatuba.

A rejeição da preliminar de nulidade da sentença, sob o argumento de ter havido cerceamento de defesa pela juntada de documento que não foi submetido aos opostos, é de rigor.

Conforme, despachos proferidos às fls. 328, 331, 336 e 346

o feito já se encontrava em termos para ser sentenciado, não tendo os documentos juntados, ora impugnados, influído no deslinde da causa, nem havendo qualquer menção a eles na sentença prolatada.

Não houve qualquer violação aos termos do artigo 398 do C. P. C., pois os documentos mencionados sequer serviram de base para a sentença ou foi admitida a sua juntada, como se depreende do despacho de indeferimento às fls. 346, embora ainda constem dos autos.

Anote-se que, assim como a sentença proferida em primeiro grau, os referidos documentos não estão sendo considerados para o julgamento, haja vista que os autos encontram-se fartamente documentados.

No mérito, a questão fulcral é saber se a área, cujo domínio útil pretendem os opostos, constitui-se em terreno de marinha; se há a sua demarcação precisa, por provas produzidas nos autos ou se pode ser considerada como acrescido de marinha, mesmo após as alterações feitas pela Municipalidade de Caraguatatuba e, por fim, se os opostos teriam justo título oponível à União Federal, para a pretendida desapropriação indireta promovida em face do Município de Caraguatatuba.

Necessário, pois, o confronto das provas produzidas em ambos os autos.

De início, destaco as considerações feitas pelo perito do Juízo, que analisou o imóvel, considerando as provas produzidas nesta ação, na Desapropriação Indireta e no Interdito Proibitório, no seguinte sentido:

> *QUANTO À DELIMITAÇÃO DA ÁREA*
>
> "O terreno objeto das Ações em curso são dois:
> O primeiro, denominado de Gleba 'A', possui 19.168, 40 m² e o segundo, denominado Gleba 'B', possui 3.274,52 m². Na planta de fls. 19 dos Autos da Ação vê-se a posição das duas áreas.
> Eles fazem parte do Loteamento Balneário do Camburi que está registrado no Cartório de Registro de Imóveis da

Comarca de São Sebastião, com data de 07 de julho de 1954. As Glebas 'A' e 'B' são constituídas por parte da área maior adquirida pelas transcrições nºs 3.393 e 3,493 todas do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Sebastião.
A Gleba 'A', que inclui integralmente a Quadra 1 do Loteamento Jardim Balneário do Camburi, está ocupada por logradouros públicos, que são trechos da Avenida Paulo Ferraz da Silva Porto, da Avenida Jundiaí e da Avenida Brasil e a Praça Rotatória do Camaroeiro. O pequeno remanescente que sobrou está ocupado por residências particulares.
A Gleba 'B' inclui integralmente a Quadra 2 do Loteamento Jardim Balneário do Camburi, e está parcialmente ocupada pela Rua Monsenhor Ascânio Brandão. O remanescente que sobrou está totalmente ocupado por residências, estabelecimentos comerciais e lotes particulares.
Antes da ocupação da área pela Prefeitura Municipal de Caraguatatuba, que aterrou o terreno, ela era composta por terreno alagado e de mangue, podendo ser considerado como brejoso e pantanoso como se pode ver nas fotografias da época nos processos e na planta do Anexo III do laudo." (fls. 124/125)

E continua em seus esclarecimentos:

"A área foi aterrada antes de julho de 1983. A prova está na petição de 19 de julho de 1983, fls 02 a 60 da Ação de Interdito Proibitório, apensa ao presente Processo, onde são mostradas fotografias do aterro da área.
A existência de brejo, anteriormente à execução do aterro, não é mera suposição do Perito Judicial mas sim baseado em:
planta da Prefeitura de Caraguatatuba, onde é mostrado claramente o mangue (fls. 31 do Processo de Ação Ordinária, apenso aos presentes Autos);
fotografias 4, 5 e 6, anteriormente ao aterro, feitas pelo Oficial de Justiça, com comentários (fls. 6 e 8 do Processo

da Medida Cautelar, apenso aos presentes Autos);
planta do SPU da área em questão (fl. 70 destes Autos)
Ofício acompanhado de fotografia, da Prefeitura de Caraguatatuba ao S. P. U., onde é dito que o local em questão é conhecida por 'mangue' (fls. 27 e 28 da Ação Ordinária apensa ao presente Processo);
Planta apresentada no Anexo III do Laudo Pericial, do Plano Cartográfico do Estado de São Paulo, baseada em fotografia aérea de 1977, onde é mostrada uma lagoa no local (fls. 149 destes autos). Provavelmente esta lagoa secou em parte, transformando-se em brejo." (fls. 238)

QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA FAIXA DE MARINHA

"Os terrenos de marinha, que se incluem entre os bens móveis da União, são aqueles que possuem uma profundidade de 33 metros, medidos horizontalmente para a parte da terra, da posição da linha da preamar (maré cheia) média de 1831, e que, entre outros casos, situam-se nas margens dos rios onde se façam sentir a influência das marés.
Para a demarcação desta linha de preamar o único órgão com competência para executar este trabalho é o próprio Serviço de Patrimônio da União - SPU.
No caso presente essa linha já tinha sido demarcada, quando ainda a área em questão era composta de mangue.
Posteriormente, o terreno foi aterrado alterando-se a sua topografia.
Porém esta alteração não modifica a linha da preamar média de 1831 que continua sendo a mesma que era em 1831.
Desta forma a aterro não tem o condão de modificar a posição anterior dos terrenos de marinha.
No desenho da fl. 70 dos Autos e no mapa do Anexo III do Laudo é apresentada a linha da preamar média de 1831 e a indicação dos terrenos de marinha.
Por aí se vê que não existe qualquer dúvida quanto a estar

o terreno em causa na faixa de marinha." (fls. 127/128)

Em complementação ao laudo esclarece:

"A planta foi emitida pelo S. P. U., conforme desenho constante da fl. 70 dos autos.
O estabelecimento da Linha da Preamar Média de 1831 tem três etapas: a demarcação, a aprovação e a homologação.
No caso presente esta Linha de Preamar Média de 1831 já foi demarcada e aprovada, contudo ainda não foi homologada.
A 'Orientação Normativa que disciplina a Demarcação de Terrenos de Marinha e seus Acrescidos', ON-GEADE-002, de 12 de março de 2001, norma esta decorrente das atribuições conferidas à Secretaria do Patrimônio da União pelo artigo 9º do Decreto-Lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946, em seu item 4.17.12, pertencente ao capítulo Procedimentos Administrativos e Legais, diz o seguinte:
'Será considerada homologada a posição de linha, decorrido o prazo de dez dias sem qualquer impugnação'.
Todavia esta homologação não é automática, dependendo da expedição, pelo S. P. U., de um documento explicitando o ato."

Não há dúvidas que os terrenos de marinha e seus acrescidos são bens da União Federal, conforme dispõe o artigo 20, inciso VII, da Constituição Federal, aos quais se aplica o instituto da enfiteuse administrativa, conforme autorizou o artigo 49, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988 ("Art. 49. A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos. (...) § 3º - A enfiteuse continuará sendo aplicada aos terrenos de marinha e seus acrescidos, situados na faixa de segurança, a partir da orla marítima").

A enfiteuse administrativa é regulada por lei específica, sendo, *in casu*, pelo Decreto-lei nº 9.760/46 e pela Lei nº 9.636/98, definindo, a primeira, o que seja terreno de marinha e seus acrescidos e atribuindo a competência para sua demarcação, enquanto a segunda lei tem como função a regularização e utilização desses Próprios da União.

De acordo com o laudo pericial, que delimitou a área objeto da desapropriação indireta em apenso, não restaram dúvidas sobre a natureza do imóvel como bem da União Federal, por estar situado em faixa de marinha. O laudo apresentado, acompanhado dos esclarecimentos prestados, analisou toda a documentação constante dos feitos interligados, devendo suas conclusões ser admitidas.

Quanto ao justo título defendido pelos opostos a análise da questão merece maiores cuidados.

Consta dos autos da Desapropriação Indireta, fls. 12/15, a escritura de Venda e Compra havida entre José Arthur da Mota Bicudo e sua mulher e Menotti Gragnani e Outros, pela qual foi adquirida a posse do imóvel, o qual foi igualmente delimitado pelo laudo pericial. Essa posse é igualmente constatada pela averbação à margem do Registro de Imóveis sob o nº 936 do Livro 3-A, fls. 18, datada do ano de 1968; assim como pelas certidões emitidas pelo Cartório de Registro de Imóveis, atestando as transcrições dos bens, emitida no ano de 1978 (fls. 16/17), com o respectivo IPTU daquele ano.

Foi apresentada, ainda, na mesma oportunidade, a planta constando a área e delimitações do terreno.

O confronto das fotos juntadas na ação de desapropriação indireta às fls. 28/29 possivelmente do ano de 1978 e fls. 104/108 do ano de 1983; as fotos de fls. 7/8 anexas ao Auto de Constatação constante da Medida Cautelar nº 00.0763561-3; as de fls. 21/23 (tiradas em 16/07/83) e de fls. 60 dos Autos do Interdito Proibitório nº 2008.03.99.053902-4; e as tiradas pelo perito judicial no ano de 2007, nestes autos, dão a certeza visual que: 1) a área não estava sendo ocupada; 2) houve um aterramento, com canalização do córrego ou canal ali existente; e 3) se efetuou verdadeira alteração da estrutura topográfica da área.

O Delegado do Patrimônio da União em São Paulo, por sua vez, atesta nos autos do Processo Administrativo de nº 10880.031284/84-17, onde foi realizada a vistoria do imóvel e ratificada a demarcação, ser o imóvel constituído de terrenos de acrescido de marinha, registrado em nome de José Arthur da Motta Bicudo e Outros e que parte dele havia sido objeto de arruamento (fls. 69).

Naquela ocasião os opostos já discutiam administrativamente a legitimidade da posse das terras adquiridas de José Arthur da Motta Bicudo, cuja área havia sido cedida pela União para a Municipalidade, em conformidade com o DL 9.760/46.

A escritura pública apresentada pelos interessados não foi aceita pela repartição, por não ter sido encontrada na Delegacia do Patrimônio da União a inscrição da escritura e o alvará do Órgão autorizando a transferência, ou seja, não reconheceram a validade daquele instrumento público, cujo registro foi aceito pela Serventia respectiva que o registrou regularmente (fls. 73/75).

A União Federal, por sua vez, alude à Cessão feita à Municipalidade de Caraguatatuba, consoante documento apresentado às fls. 141/145 da ação de Desapropriação Indireta, a qual, na qualidade de "senhora e legítima possuidora do imóvel", cedeu ao Município a título gratuito o imóvel já registrado em nome de José Arthur da Motta Bicudo, desconsiderando qualquer litígio pré-existente e possível sucessão havida envolvendo os opostos, cujo convênio anunciado foi elaborado no ano de 1981 e registrado tão somente no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

Entretanto, o serviço de patrimônio da União declara, às fls. 208 dos autos da desapropriação, não haver registros inscritos em nome dos opostos, mas em nome de José Arthur da Motta Bicudo (já falecido) e outros, processo registrado sob o nº 897/51, com as taxas de ocupação pagas dos exercícios de 1953 a 1985.

Ou seja, a União confessa que à época em que cedeu o imóvel ao Município de Caraguatatuba, ocorrido em 1981, havia justo título em favor de terceira pessoa, em *regime de ocupação*, cujas provas de pagamento se encontram na contra capa dos autos da Medida Cautelar nº 00.0763561-3 (Autos de Inspeção Judicial - autuada em 23/04/1984) e nos autos do Interdito Proibitório.

Quanto à possibilidade dos terrenos de marinha terem o seu domínio útil desapropriados, valho-me das considerações tecidas pelo saudoso administrativista Diógenes Gasparini, *in Direito Administrativo*, Editora Saraiva, 3ª Ed., 1993, fls. 550/551, que assim tratou o tema:

> "Os terrenos de marinha podem interessar de perto ao Município, que, se não aforados, pode obter junto ao DPU o respectivo emprazamento. O interesse municipal pode estar ligado, por exemplo, a um plano de urbanização que envolva as marinhas. Se essas não estiverem aforadas, cabe ao Município solicitar o aforamento sem maiores preocupações.
> A preocupação surge quando a marinha compreendida na urbanização está aforada. Nessa hipótese, tem o foreiro assegurado o seu direito, e só a desapropriação pode satisfazer aos interesses locais. Resta, nesse caso, saber se pode o Município desapropriar os direitos do foreiro, i. e., desapropriar o domínio útil que a União lhe cedeu. A nosso ver, essa expropriação não encontra qualquer obstáculo. O domínio útil obtido perpetuamente pelo foreiro é um bem suscetível de valoração econômica. Sendo assim, pode ser desapropriado. Todos os bens podem ser expropriados.
> (...)
> A expropriação independe de qualquer assentimento da DPU, por não se tratar de alienação ou transferência desses direitos por ato entre vivos. Só os atos entre vivos que transmitirem os direitos dos foreiros demandam a anuência desse órgão federal (arts. 102 e 112). Na desapropriação, o foreiro não aliena, não transmite; simplesmente perde seus direitos por ato do Poder Público."

De acordo com a legislação, os direitos *adquiridos pelo ocupante* não são transferíveis pura e simplesmente, pois devem ter o prévio assentimento e licença da DPU, para que se detenha o direito de preferência.

Entretanto, em aparente contradição, o mesmo ordenamento

dispõe que àqueles que tiverem título transcrito no Registro de Imóveis será conferido o direito de preferência, consoante dita o Decreto-lei 9.760, de 5 de setembro de 1946, *in verbis*:

> "Art. 102. Será nula de pleno direito a transmissão entre vivos de domínio útil de terreno da União, sem prévio assentimento do S. P. U.
> § 1º Nas transmissões onerosas, a União terá direito de opção e, quando não o exercer, cobrará laudêmio de 5% (cinco por cento) sobre o valor do domínio pleno do terreno e benfeitorias.
> § 2º No caso de terreno da União incorporado ao de outrem, de que não possa ser desmembrado, o valor das benfeitorias, para cálculo de laudêmio, será tomado proporcionalmente aos valores dos mesmos terrenos.
> § 3º As disposições do parágrafo anterior aplicam-se às cessões de direitos concernentes a terrenos aforados, calculado o laudêmio sobre o preço da transação.
> § 4º O prazo para opção será de 60 (sessenta) dias, contados da data da apresentação ao órgão local do S. P. U., do pedido de licença para a transferência, ou da satisfação das exigências porventura formuladas."

> "Art. 104. Decidida a aplicação do regime enfitêutico a terrenos compreendidos em determinada zona, o S. P. U. notificará os interessados para que requeiram o aforamento dentro do prazo de 90 (noventa) dias sob pena:
> a) de perda de direitos que porventura lhes assistam; ou
> b) de pagamento em dobro da taxa de ocupação.
> Parágrafo único. A notificação será, feita por edital afixado durante 15 (quinze) dias na repartição arrecadadora da Fazenda Nacional com jurisdição na localidade do imóvel publicado 3 (três) vezes durante êsse período no órgão local que inserir os atos oficiais, e, sempre que houver interessado conhecido por carta registrada."

"Art. 105. Tem preferência ao aforamento:
1º - *os que tiverem título de propriedade devidamente transcrito no Registro de Imóveis*;
2º - os que estejam na posse dos terrenos, com fundamento em título outorgado pelos Estados ou Municípios;
3º - os que, necessariamente, utilizam os terrenos para acesso às suas propriedades;
4º - os ocupantes inscritos até o ano de 1940, e que estejam quites com o pagamento das devidas taxas, quanto aos terrenos de marinha e seus acréscidos;
5º - os que, possuindo benfeitorias estiverem cultivando, por si e regularmente, terras da União, quanto ás reservadas para exploração agrícola, na forma do art. 65;
6º - os concessionários de terrenos de marinha, quanto aos seus acréscidos desde que êstes não possam constituir unidades autônomas;
7º - os que no terreno possuam benfeitorias, anteriores ao ano de 1940, do valor apreciável em relação ao daquele;
8º - os concessionários de serviços públicos, quanto aos terrenos julgados necessários a êsses serviços, a critério do Govêrno,
9º - os pescadores ou colônias de pescadores, que se obrigarem a manter estabelecimento de pesca ou indústria correlata, quanto aos terrenos julgado apropriados;
10º - os ocupantes de que trata o art. 133, quanto ás terras devolutas situadas nos Territórios Federais.
Parágrafo único. As questões sobre propriedades servidão e posse são da competência dos Tribunais Judiciais."

Apenas com o Decreto-Lei 2.398, de 1987, tal norma restou alterada, conferindo responsabilidade aos Cartórios de Notas e Registro de Imóveis, e aos seus respectivos titulares, pela lavratura de escrituras e respectivos registros de bens imóveis de propriedade da União, ou que contenham, ainda que parcialmente, área de seu domínio, sem a respectiva certidão da SPU declarando o recolhimento do laudêmio respectivo.

Assim, temos um inusitado litígio, considerando que os opostos não possuem Carta de Aforamento, mas apenas uma escritura de posse, cujo transmitente recolhia Taxa de Ocupação, a teor dos documentos apresentados pelos opostos e insertos no procedimento de Inspeção Judicial, os quais deverão ser trasladados para os autos da Desapropriação indireta (fls. 34/58 e 63 e 63 verso).

Litiga-se pela desapropriação indireta em face da Municipalidade de Caraguatatuba, com vários incidentes afetos a lide principal, dentre eles a presente oposição, pela qual a União reivindica a propriedade do terreno situado em faixa da marinha.

Nesse imbróglio é de relevância que os opostos obtiveram por meio de escritura pública, devidamente registrada, em 18 de janeiro de 1968, a posse da área abrangida na faixa de marinha, cujos dados já estão devidamente esclarecidos pelo laudo pericial feito nestes autos, e que se encontravam com as taxas de ocupação recolhidas até o ano 1985. O registro do imóvel, de acordo com o levantamento feitos pela D. P. U., mantido naquela repartição, estava em nome de José Arthur da Costa Bicudo, a quem deveria ser dada a preferência ao aforamento.

Entretanto, a União Federal, por meio de sua Secretaria de Patrimônio, olvidando todos os dados constantes de seus registros, cedeu no ano de 1981 à Prefeitura Municipal de Caraguatatuba o domínio útil do bem, mesmo após o ajuizamento pelos opostos das medidas judiciais assecuratórias à preservação da posse, adquirida de José Arthur da Costa Bicudo, fazendo *tabula rasa* ao ordenamento que vigia à época em que efetuou a cessão e ao direito invocado.

O grande dilema que se desenvolve é que os opostos entendem ter direitos sobre bem que detinham apenas a posse, a qual foi adquirida de particular que era mero ocupante, de acordo com os documentos que instruem as ações.

A meu ver, os terrenos de marinha em regime de ocupação, dada a sua natureza precária, pois a propriedade plena é da União Federal, sequer deveriam ter matrícula no Cartório de Registro de Imóveis passíveis de averbações, porquanto não se concebe a posse de bens ter um título registrável, tampouco ser exigido o

pagamento do IPTU do posseiro, considerando tratar-se de bens da União ou o ITBI por ocasião daquela transferência. Mas, ao contrário, a União Federal na condição de titular da propriedade, por se tratar de terreno de marinha, exige dos ocupantes, que não detêm o domínio, todas as taxas anuais e de transferência.

Conforme já asseverado, as fotos juntadas no curso da instrução dos feitos e seus apensos, e em períodos diferentes, denotam que a Prefeitura Municipal de Caraguatatuba, vislumbrando o interesse público, adequou a área, aterrando-a, canalizando o córrego ali existente e abrindo vias públicas e praça no local, ignorando, assim como a União Federal, o direito do administrado, registrado, igualmente, em seus assentamentos como contribuinte ativo do Município, relativamente ao imóvel cedido pela União Federal, que se encontrava em nome de José Arthur da Costa Bicudo, ocupante originário.

Assim, ao tempo da cessão do imóvel ao Município de Caraguatatuba havia título em nome dos opostos, o qual não foi levado em consideração pela Secretaria de Patrimônio da União.

Esse título (posse), não obstante a falta do pagamento do foro, por ocasião da transferência da posse do imóvel, cuja obrigação não poderão os reivindicantes dos direitos expropriatórios alegar desconhecimento, foi registrado no Cartório de Registro de Imóveis e encontrava-se com as taxas de ocupação quitadas até o ano de 1985.

Dessa forma os opostos, não obstante a procedência da oposição, por se cuidar a área em discussão indubitavelmente de terreno de marinha, não demonstraram que todas as pendências por ocasião da transmissão foram saldadas, ou seja, que tentou regularizar as de natureza *financeira (laudêmio) devidas pela transação*, para que obtivesse o direito de preferência.

Vê-se, pois, que a premissa que os opostos possuíam justo título, o qual foi desconsiderado pela União Federal, cai por terra, diante da pendência de regularização perante o DPU (por exemplo pagamento de laudêmio).

De outro lado, ainda que se considere os opostos possuidores de título com boa fé, sequer ocorreu a posse efetiva no bem, ainda que de forma precária, a lhes sobejar direitos indenizáveis,

relativamente a construções ou benfeitorias realizadas, por constar dos autos tão somente placas indicativas de "propriedade", as quais não se mostram passíveis de indenização.

Isso significa dizer que os opostos não têm direito inconteste sobre a titulação do imóvel, obtida entre particulares, dada a natureza do terreno de marinha, conforme prescreve o art. 198 do Decreto-Lei nº 9.760/46, nos seguintes termos: "A União tem por insubsistentes e nulas quaisquer pretensões sobre o domínio pleno de terrenos de marinha e seus acrescidos, salvo quando originados em títulos por ela outorgados na forma do presente Decreto-Lei".

Nesse sentido trago à colação o entendimento jurisprudencial:

> "DESAPROPRIAÇÃO. TERRENO DE MARINHA. OCUPAÇÃO. INDENIZAÇÃO. - AO OCUPANTE DE TERRENO DE MARINHA, QUE NÃO SE EQUIPARA AO ENFITEUTA DADA A INEXISTÊNCIA DE AFORAMENTO, SÓ E DEVIDA INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO, POREM DENEGADO." (RE 93074, RAFAEL MAYER, STF)

> "DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - INDENIZAÇÃO - TERRENO DE MARINHA. - A SIMPLES OCUPAÇÃO DE TERRENO DA MARINHA NÃO CONFERE DIREITO ADQUIRIDO INDENIZÁVEL, APENAS RESGUARDA AO OCUPANTE PREFERÊNCIA AO AFORAMENTO, CASO COMPROVE SUA INSCRIÇÃO ATÉ O ANO DE 1940 E QUITAÇÃO COM O PAGAMENTO DAS TAXAS DEVIDAS NOS TERMOS DO DECRETO-LEI Nº 9.760/46, ART. 105, ITEM IV, E DE CONFORMIDADE COM A RESSALVA DO ART. 131, 'IN FINE', DO MESMO DIPLOMA LEGAL. RE NÃO CONHECIDO." (RE 105579, CORDEIRO GUERRA, STF)

> "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. TERRENO DA MARINHA. POSSE. 1. Não é devida

indenização a quem alega ter adquirido posse de terreno pertencente à União, por ser da Marinha, quando, em época alguma, o SPU concedeu ao interessado direito de ocupação ou aforamento. 2. Negócio jurídico celebrado entre particulares envolvendo terreno ou propriedade da União não pode ser oponível contra esta. 3. Regular cessão de toda a área de terreno pertencente à União à Cehab-RJ para desenvolver projeto habitacional. 4. Regular transação efetuada pela Cehab com os ocupantes irregulares da área para a sua desocupação. 5. Inexistência de área remanescente a constituir direito ao recorrido Cardume Sociedade de Pesca e Derivados Ltda. de ser indenizado, a título de uma suposta desapropriação indireta, haja vista não existir, em seu favor, comprovação de ocupação ou aforamento regular da área. 6. Acórdão que, em sua fundamentação, afirma ser um simulacro o negócio jurídico celebrado entre o recorrido e o particular que afirma ter-lhe vendido posse de terreno que pertencia à União. 7. Recurso da União e do Estado do Rio de Janeiro que se conhece para emprestar-lhe provimento, com a conseqüência de se negar direito à indenização pretendida. Inversão dos ônus sucumbenciais." (RESP 200700033785, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, 17/04/2008)

"PROCESSO CIVIL - DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA - TÍTULO DE PROPRIEDADE - PRESUNÇÃO RELATIVA - TERRENO DE MARINHA - DEMARCAÇÃO - EFEITOS DECLARATÓRIOS - ALIENAÇÃO *A NON DOMINO* - INEFICÁCIA - INDENIZAÇÃO - PRESCRIÇÃO. I - A presunção inerente às certidões emitidas por Tabelião do Registro de Imóveis é relativa e não prevalece diante da demarcação de terreno de marinha realizada pela Secretaria do Patrimônio da União na forma do Decreto-lei nº 9.760/46. II - Não há falar em 'conversão' de imóveis alodiais em terrenos de marinha, pois a indigitada demarcação, que goza de presunção de legitimidade, produz efeitos

declaratórios em relação ao domínio da União. Assim, a esta é ineficaz o título particular que transmite a propriedade de imóvel situado em área de terreno de marinha, pois se trata de alienação *a non domino*. III - Não há necessidade de que a União ajuíze ação específica para o fim de anular os registros de domínio sobre imóveis que, desde o Brasil-Colônia, são bens públicos de sua propriedade. Assim é que o 'título de propriedade devidamente transcrito no Registro de Imóveis' outorga aos seus donos apenas a 'preferência ao aforamento', nos termos do art. 105, item 1º, do Decreto-lei nº 9.760/46. Enquanto não for constituído o aludido direito real, os ocupantes do imóvel não podem se eximir da cobrança da taxa correlata. IV - A ocupação de terreno de marinha reveste-se de precariedade e se sujeita à revogação, independentemente de indenização, no exclusivo e discricionário juízo da Administração Pública, realizando-se sobretudo quando há interesse público na afetação da área. V - A área em questão foi cedida ao BNH com evidente finalidade pública, já que se destinou à construção de habitações populares. Não há como possa a parte autora pretender indenização a partir da referida afetação, pois, como visto, o regime de enfiteuse de bens públicos tem por pressuposto de constituição a prévia constatação, em processo administrativo regular, de inadequação do imóvel a alguma finalidade que reverta em prol da coletividade. VI - Não importa que o contrato de cessão só tenha sido estabelecido entre a União e o extinto BNH no ano de 1983, pois se revelou mera decorrência do regime de aforamento imposto anteriormente à área. É dizer, pela regra da *acio nata*, a pretensão se teria inaugurado pela constituição da enfiteuse, ato que, na visão da parte autora, revestiu-se de arbitrariedade. VII - A presente ação só veio a ser proposta quando o qüinqüênio do Decreto nº 20.910/32 já se encontrava expirado havia muito, do que resulta o acerto da decisão atacada, quanto à prescrição da pretensão indenizatória. VIII - Recurso da

autora conhecido e improvido. Recursos dos réus e remessa necessária conhecidos e providos." (AC 9602189169, Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA, TRF2 - QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, 11/11/2008)

"ADMINISTRATIVO. TERRENO DE MARINHA. REGISTRO DO IMÓVEL. CERTIDÕES FORNECIDAS PELA SECRETARIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. DEMARCAÇÃO DA ÁREA. INOCORRÊNCIA DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DANO MATERIAL E MORAL NÃO DEMONSTRADOS. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO PROVIDAS. 1. O objeto da presente demanda, ajuizada por particular em face da União, é o pedido de indenização por danos materiais e morais em decorrência da perda de propriedade do autor ocasionada pelo avanço do mar e por suposta desapropriação indireta pela ré, tendo em vista ter a Secretaria do Patrimônio da União, quando da aquisição do imóvel em discussão, fornecido certidão atestando encontrar-se o mesmo fora dos limites dos terrenos de marinha, vindo, posteriormente, a considerá-lo como tal por causa da invasão do oceano. 2. Os terrenos de marinha são áreas indispensáveis à defesa e à segurança nacionais, que se estendem à distância de 33 metros para a área terrestre, contados da linha do preamar médio de 1831, pertencentes à União por força de norma constitucional (CF, art. 20, VII), cujo uso por particulares é permitido por meio de enfiteuse ou ocupação, com o pagamento de foro e laudêmio no primeiro caso e taxa no segundo. 3. Como a titularidade da União decorre de lei, o registro imobiliário, espelhando presunção *juris tantum*, não exime o particular que tenha a posse do imóvel de se submeter ao regime próprio dos terrenos de marinha se o mesmo se encontra em área que, pela lei, é sujeita a esse regime, mesmo que no registro imobiliário essa situação não tenha sido inicialmente consignada; não podendo ser afastada a condição de terreno de marinha sequer por declaração oficial

em sentido contrário. Não se trata, portanto, de modificação de entendimento, mas somente de verificação da realidade jurídica do terreno, com a imposição do regime que lhe é próprio. 4. O caráter provisório e retratável das certidões fornecidas pela Secretaria do Patrimônio da União encontra-se nelas expressamente ressalvado, como esclarecido pela União em suas alegações, sendo correto afirmar, à luz do entendimento jurisprudencial perfilhado por esta decisão que 'mesmo que a certidão não trouxesse qualquer ressalva quanto ao seu caráter provisório, outro não poderia ser o resultado do pedido formulado. É que os bens públicos são imprescritíveis e, dessa forma, a qualquer momento, a União poderá exercer os direitos inerentes ao domínio, inclusive cobrar taxas na forma que a legislação admite. Os terrenos de marinha podem - a qualquer tempo - ser demarcados pela União, inclusive, a legislação em vigor - quando da aquisição dos bens (DL nº 9.760/46) - já atribuía ao Serviço de Patrimônio da União (SPU) a competência para a "determinação da posição das linhas do preamar médio do ano de 1831 e da média das enchentes ordinárias". A certidão negativa do SPU (no regime jurídico dos bens imóveis públicos) tem caráter provisório, não pode ser base para a concessão de qualquer indenização, mesmo sendo o caso de algum prejuízo.' (TRF 5ª Região, Segunda Turma, AC nº 337971/PE, Rel. Des. Federal FRANCISCO CAVALCANTI, julg. 03/08/2004, publ. DJ 15/09/2004, pág. 917). 5. Não restou demonstrado que o prejuízo sofrido pelo autor foi causado por ação ou omissão do Poder Público, tendo em vista a afirmação de ambas as partes de que tais danos se deram por causa do avanço do mar, notadamente, um caso fortuito. Ademais, inexiste perícia ou qualquer outro meio de prova idôneo a sustentar a alegação do autor de que o avanço do mar se deu única e exclusivamente por força das obras autorizadas pela União em seus terrenos de marinha e no próprio mar, não havendo que se considerar como provas os documentos

juntados pelo autor - a saber, cópia de artigo publicado no jornal 'O Povo', em 10/11/1997 (fls. 79/84), e cópia de tese de doutorado do Dr. Luís Parente Maia (fls. 84/100) - tendo em vista o caráter opinativo e acadêmico de que se revestem tais trabalhos. 6. Remessa oficial e apelação da União providas. Honorários advocatícios fixados em R$ 600,00 (seiscentos), com fundamento no parágrafo 4º, do art. 20 do CPC, a serem arcados pelo demandante." (AC 200481000039331, Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo, TRF5 - Primeira Turma, 13/06/2008)

No que tange ao recurso adesivo, pleiteando a majoração dos honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais) em junho de 2007, sua manutenção é de rigor.

Com efeito, o honorário advocatício da sucumbência é a remuneração do profissional do direito, contratado pela parte, a qual se viu injustamente processada e teve seu direito reconhecido judicialmente, com o ganho da causa, e que não pode dispor dessa contratação, em razão do preceito constitucional de que o advogado é essencial à Administração da Justiça.

Conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco, *in Instituições de Direito Processual Civil*, Volume II: "A chave do equilíbrio desejável está sempre na lembrança de que a *ratio* da condenação do vencido a pagar os honorários do patrono do defensor é a recomposição do patrimônio do vencedor. Dessa premissa fundamental defluem dois desdobramentos opostos entre si mas que, reunidos, conduzem àquele equilíbrio desejado: a) de um lado, deve-se evitar que o vencedor tenha prejuízos em razão do processo e (b) de outro, repudiam-se os enriquecimentos que ele viesse a ter em razão do processo e valendo-se da condenação do vencido a pagar honorários. Nem deve ficar sem reembolso, nem deve receber mais do que haja despendido." (p. 669)

Dentre os critérios para serem arbitrados os honorários da sucumbência, referido autor destaca: "Dentro dos limites fixados em lei, o juiz arbitrará os honorários segundo as circunstâncias de cada caso, levando em conta sua própria sensibilidade e algumas

diretrizes genéricas que também estão postas no Código de Processo Civil - todas elas relacionadas com o trabalho do advogado e a importância da causa para o seu constituinte (art. 20, § 3º, letras 'a' a 'c') ... mas, por mais vagas que sejam as regras referentes aos honorários, o juiz não deve afastar-se da relação que o valor destes há de guardar com o do benefício econômico havido pelo vencedor (lei nº 8.906, de 4.7.94, art. 22, § 2º)."

Para a aplicação dos parâmetros previstos pelo art. 20, § 3º e 4º, do C. P. C., mister que tal arbitramento se faça com equidade, cuja parcimônia há de remunerar condignamente o profissional vencedor da causa.

Não podemos desconsiderar as peculiaridades que envolvem a lide, o tempo despendido pelos profissionais, o zelo e a dedicação, a importância da causa, dentre outros.

Nesse contexto, afigura-se razoável, diante do valor atribuído à causa principal correspondente a aproximadamente R$ 11.000,00 (onze mil reais), o valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) fixados no *decisum*, que compreende o percentual mínimo previsto no ordenamento invocado pelo apelante.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e ao recurso adesivo.

É como voto.

Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0035312-27.1995.4.03.6100
(1999.03.99.018007-9)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: JANE BIANCHI
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 17ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: ApelReex 465355
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/11/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RMI. RECÁLCULO. CONTRIBUINTE EM DOBRO. RECOLHIMENTO PROPORCIONAL.
1. Considera-se contribuinte em dobro aquele contribuinte que, tendo sido segurado obrigatório, continua a contribuir após o afastamento da atividade sujeita ao regime obrigatório, vertendo contribuições voluntariamente à Previdência Social, ou porque estava desempregado, ou porque sua atividade não estava contida no campo de incidência da LOPS (Lei nº 3.807/60).
2. As contribuições vertidas pela contribuinte em dobro não estão sujeitas ao enquadramento nos interstícios da escala de salários-base, mas ao limite máximo correspondente ao valor atualizado do salário-declarado (título atribuído ao salário-de-contribuição do contribuinte em dobro).
3. Incabível a exclusão do saldo salarial de março/1989 e setembro/1989 para a conseqüente inclusão dos salários-de-contribuição de outubro/1988 e novembro/1988, por falta de previsão legal.
4. Reexame necessário e apelação do INSS parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima

indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao reexame necessário e à apelação do INSS, tendo a juíza convocada Monica Nobre apresentado voto-vista, acompanhando integralmente a conclusão da Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Proposta ação objetivando a revisão de benefício previdenciário, sobreveio sentença de procedência do pedido, condenando o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS a proceder ao recálculo da renda mensal inicial, retificando-se os valores dos salários-de-contribuição do período de maio e junho de 1989 e de outubro/89 a dezembro/91, considerando o necessário reajuste do último salário-de-contribuição do mês trabalhado, resultando no valor de Cr$ 493.159,40, bem como a proceder aos reajustes legais, ao pagamento dos corretos valores das prestações mensais do benefício vincendas, prestações vencidas corrigidas monetariamente desde quando devidas, juros de mora de 1% ao mês, desde o trânsito em julgado da sentença, custas na forma da lei, e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação, pugnando pela reforma integral da sentença e pela improcedência do pedido. Subsidiariamente, impugna a fixação dos juros de mora.

Com as contrarrazões de apelação, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Inicialmente, destaco que a prescrição qüinqüenal somente alcança as prestações não pagas nem reclamadas na época própria, não atingindo o fundo de direito. Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica a seguir:

> "Em se tratando de ação proposta com o fito de obter revisão de benefício previdenciário, relação de trato sucessivo e natureza alimentar, a prescrição que incide é aquela prevista na Súmula 85/STJ: 'Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do qüinqüênio anterior à propositura da ação.'. Inocorrência da chamada prescrição do fundo de direito." (REsp nº 544324/SP, Relator Ministro Felix Fischer, j. 25/05/2004, DJ 21/06/2004, p. 242).

Vencida tal questão prévia, passa-se ao exame e julgamento do mérito.

A autora obteve a concessão de seu benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de serviço em 31/01/1992, ou seja, na vigência da atual Constituição Federal e da Lei nº 8.213/91, conforme se verifica do documento trazido às fls. 11/12.

Analisando os autos, verifico que a autora verteu contribuições à Previdência Social por meio de carnês de contribuição individual em maio/1989, junho/1989 e de outubro/1989 até dezembro/1991 (fls. 26/56).

Existindo dúvidas sobre qual seria a categoria de contribuinte com a qual a autora tenha contribuído nesse período, é mister esclarecê-las, porque o enquadramento dos valores das contribuições, no que se refere aos contribuintes em dobro ou dobristas, é sobremaneira diverso do enquadramento que é feito para as contribuições das demais categorias, que respeitam a

progressão das contribuições nos interstícios da escala de salários-base.

Fundamental, portanto, esclarecer em qual categoria de contribuinte individual, autônomo ou dobrista, a autora contribuiu durante o interregno de maio/1989, junho/1989 e de outubro/1989 até dezembro/1991.

Considera-se contribuinte em dobro aquele que, tendo sido segurado obrigatório, continua a contribuir após o afastamento da atividade sujeita ao regime obrigatório.

O contribuinte em dobro caracterizava-se por verter contribuições voluntariamente à Previdência Social, ou porque estava desempregado, ou porque sua atividade não estava contida no campo de incidência da LOPS (Lei nº 3.807/60).

Tendo a autora cessado suas atividades como segurado obrigatório urbano em maio/1989, junho/1989 e de outubro/1989 até dezembro/1991, conforme documento de fl. 14 destes autos, e não havendo prova consistente de que tenha exercido atividade sujeita ao regime de segurado obrigatório da previdência social urbana a partir de então, é forçoso considerá-lo contribuinte em dobro.

Por conseguinte, as contribuições vertidas pela contribuinte em dobro não estão sujeitas ao enquadramento nos interstícios da escala de salários-base, mas sim ao limite máximo correspondente ao valor atualizado do salário-declarado, que é o título atribuído ao salário-de-contribuição do contribuinte em dobro.

O salário-declarado consistia numa importância arbitrada pelo interessado, não inferior ao salário-mínimo de adulto nem superior ao seu último salário-de-contribuição quando em atividade, nos termos do artigo 53 do Decreto nº 83.081/79, *in verbis*:

> "Art. 53. O salário-declarado não pode ser superior ao último salário-de-contribuição do segurado quando em atividade, considerado no seu valor mensal, nem inferior ao salário-mínimo mensal de adulto da sua localidade de trabalho."

Iniciados os recolhimentos, o salário-declarado estabelecido

somente poderia ser elevado a intervalos mínimos idênticos aos de alteração do salário-mínimo, mediante aplicação do fator de reajustamento salarial referente ao mês da última alteração do salário-mínimo.

As contribuições vertidas pela autora, portanto, devem ser reenquadradas, de modo que respeitem os específicos limites determinados pela atualização do valor do salário-declarado (NCz$ 915,00 em maio/1989, junho/1989 (fls. 26 e 27) e os respectivos valores considerados a partir de outubro/1989 até dezembro/1991 (fls. 28/56). A atualização do valor do salário-declarado deve ser feita por meio da aplicação dos índices de variação do salário-mínimo, com a ressalva de que, de setembro de 1987 até maio de 1989, deve ser utilizada a variação do salário-mínimo de referência, nos termos do art. 2º do Decreto-Lei nº 2.351/87.

Cumpre ressaltar que, por força do artigo 161 do Decreto nº 356, de 7 de dezembro de 1991, as contribuições devidas pela autora até a competência outubro de 1991 são regidas pela legislação anterior à Lei nº 8.212/91. Assim, seus salários-de-contribuição devem ser limitados pelo valor atualizado do salário-declarado.

Entretanto, a partir da competência novembro de 1991, os salários-de-contribuição da autora devem ser ajustados ao valor do salário-base mais próximo da média aritmética dos seis últimos valores reajustados do salário-declarado, nos termos da redação original do § 8º do artigo 29 da Lei nº 8.212/91.

As frações das contribuições que excedam o valor atualizado do salário-declarado (ou que excedam o valor do salário-base, no que se refere às competências posteriores a outubro de 1991) devem ser desconsideradas no cálculo do salário-de-benefício. Também devem ser desconsideradas as contribuições referentes às competências em que a autora tenha recebido auxílio-doença. Nessas datas, deve ser considerado como salário-de-contribuição o salário-de-benefício reajustado do auxílio-doença, nos termos do art. 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

> "§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será

> contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo."

Por outro lado, não há falar em exclusão do saldo salarial de março/1989 e setembro/1989 para a conseqüente inclusão dos salários-de-contribuição de outubro/1988 e novembro/1988, uma vez que não há previsão legal para essa alteração.

À época em que foi concedido o benefício previdenciário da parte autora dispunha o art. 202 da Constituição Federal ser assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários-de-contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as condições fixadas em referido dispositivo constitucional.

Por sua vez, a norma infraconstitucional que disciplinou o cálculo da renda mensal inicial, conforme determinação constitucional, foi a Lei nº 8.213/91, a qual, em seu art. 29, dispôs:

> "O salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses".

Complementando, o art. 31 da mesma lei dispôs:

> "Todos os salários-de-contribuição computados no cálculo do valor do benefício serão ajustados, mês a mês, de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, referente ao

período decorrido a partir da data de competência do salário-de-contribuição até a do início do benefício, de modo a preservar os seus valores reais".

O índice INPC foi sucessivamente substituído pelo IRSM, URV e IPC-r.

Assim, sem razão esse último pedido.

No tocante à correção monetária sobre as prestações em atraso, a mesma é devida desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se a Súmula 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e a Súmula 8 deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e de acordo com o Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 561, de 02/07/2007, do Conselho da Justiça Federal, que revogou a Resolução nº 242/2001 e demais disposições em contrário.

Os juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês incidem, a partir da citação, de forma globalizada para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores, até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV. Após o dia 10/01/2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do novo Código Civil, c. c. o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Com o advento da Lei nº 11.960/09 (artigo 5º), a partir de 29/06/2009, haverá a incidência uma única vez dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (0,5%).

Há sucumbência recíproca no presente caso, que não se restringe a parte mínima do pedido, mas em proporção substancial, especialmente considerando que a autora não obteve a exclusão do saldo salarial de março/1989 e setembro/1989 para a conseqüente inclusão dos salários-de-contribuição de outubro/1988 e novembro/1988 e foi reconhecida a prescrição quinquenal, de maneira que deve ser aplicado o disposto no art. 21 do Código de Processo Civil, devendo cada uma das partes arcar com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Por fim, a autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do art. 24-A da Lei nº 9.028/95 (dispositivo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01) e do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93, o que não inclui as despesas processuais. Todavia, a isenção de que goza a autarquia não obsta a obrigação de reembolsar as custas suportadas pela parte autora, quando esta é vencedora na lide. Entretanto, no presente caso, não há falar em custas ou despesas processuais, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Diante do exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E À APELAÇÃO DO INSS* para que seja considerado nos salários-de-contribuição os recolhimentos proporcionais referentes às competências de março/1989 e setembro/1989, na forma da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE:

Trata-se de apelação interposta pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social - em face da r. sentença de fls. 114/121, que julgou procedente o pedido de revisão de benefício previdenciário.

Na sessão de 08.11.10, a e. Relatora deu parcial provimento ao reexame necessário e à apelação, ocasião em que pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

Pretende a parte autora a revisão de benefício previdenciário - aposentadoria por tempo de serviço - concedido em 31.01.92, no qual o período básico de cálculo contempla salários-de-contribuição recolhidos na condição de “contribuinte em dobro”.

Com bem destacado pelo r. voto às fls. 142/145, nos termos da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS - Lei nº 3.807/60), o segurado poderia, após o afastamento da atividade

sujeita ao regime de previdência social, verter contribuições voluntariamente ao sistema, e assim manter a qualidade de segurado, nos termos do artigo 9º e parágrafos da mencionada lei.

Para os contribuintes em dobro, o cálculo da contribuição era efetuado com base no salário-declarado, que correspondia, para o caso do ex-empregado, ao próprio salário-de-contribuição, isto é, o último sobre o qual o segurado contribuiu ou devia ter contribuído, quando em atividade (art. 53 do Dec nº 83081/79). Este era o limite máximo do salário-declarado.

No caso dos autos, a parte autora questiona os valores considerados pelo INSS como salário-declarado, nos meses de maio e junho de 1989 e, a partir de outubro de 1989, uma vez que a autarquia computou, nestes meses, o valor do último salário-de-contribuição recolhido de forma proporcional ao número de dias trabalhados.

Com efeito, verifica-se na carta de concessão do benefício (fls. 12), que os salários-de-contribuição considerados nos meses de maio e junho de 1989 correspondem ao último salário-de-contribuição proporcional recolhido pela empregadora, referente a dezesseis dias trabalhados em março de 1989 (fls. 14 e 25). Da mesma forma, o valor salário-de-contribuição do mês de outubro de 1989 foi o mesmo de setembro de 1989, mês em que a autora trabalhou apenas quatorze dias (fls. 14 e 23).

Entretanto, nos termos do artigo 53 do Decreto nº 83.081, de 24 de janeiro de 1979, que aprovou o Regulamento do Custeio da Previdência Social, o limite máximo do salário-declarado deveria ser o valor do último salário-de-contribuição em seu valor mensal e não o valor proporcional. Confira-se:

> "Art. 53 - O salário declarado não pode ser superior ao último salário-de-contribuição do segurado quando em atividade, *considerado no seu valor mensal*, nem inferior ao salário-mínimo mensal de adulto da sua localidade de trabalho." (grifei).

Assim, o salário-declarado pela parte autora deveria ser

integralmente computado pelo INSS ao proceder ao cálculo do salário-de-benefício, porquanto não execedera o limite legal fixado.

Por outro lado, contudo, os salários-de-contribuição dos meses de março de 1989 e de setembro de 1989, recolhidos, como já mencionado, de forma proporcional ao número de dias trabalhados, não podem ser substituídos por outros, recolhidos na integralidade, como pretende a parte autora, diante da ausência de previsão legal. (Nesse sentido, em hipótese similar, TRF3, Processo: 2009.03.99.031225-3 UF: SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, órgão julgador Décima Turma, data do julgamento 14/09/2010, Data da Publicação/Fonte DJF3 CJ1 22/09/2010 página: 493).

Com estas considerações, após a atenta leitura do r. voto acostado a fls. 142/145, acompanho, integralmente, a e. Relatora.

Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE

- Sobre as contribuições vertidas pelo contribuinte em dobro, veja também o seguinte julgado: AC 2003.03.99.003548-6/SP, Relator Desembargador Federal Galvão Miranda, publicada na RTRF3R 91/390.

APELAÇÃO CÍVEL
0034554-54.1996.4.03.9999
(96.03.034554-7)

Apelante: SUPERMERCADOS JAÚ SERVE S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SÃO CARLOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO AGUIAR
Classe do Processo: AC 316153
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/12/2010

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA. CERCEAMENTO. MATÉRIA DE DIREITO. NULIDADE AFASTADA. MULTA TRABALHISTA. SUPERMERCADO. ESCALA DE REVEZAMENTO. VIGIAS. DESNECESSIDADE. DECRETO 27.048/49.

1 - Rejeitadas as matérias preliminares, pois a autuação teve por base a não apresentação à fiscalização do Ministério do Trabalho, da escala de revezamento dos empregados vigias da Apelante, com suposta infração aos artigos 630, parágrafos 3º 4º, e art 67, parágrafo único, todos da CLT, não havendo, portanto, a discussão se os vigias da Apelante cumpriam ou não regularmente a folga semanal.

2 - Incabível prova testemunhal com o fito de comprovar que os vigias gozavam folgas aos domingos, sendo certo que a matéria é exclusivamente de direito, relativa à consumação ou não de infração trabalhista consistente na necessidade ou não de apresentação da escala de revezamento dos empregados vigias, cuja falta acarretou a imposição da multa.

3 - Não há nulidade, por cerceamento, da decisão administrativa, sequer nulidade por ausência de fundamentação pois o Auto de Infração foi mantido com base no entendimento de que a Apelante estava obrigada a exibir a escala de revezamento. A decisão administrativa encontra-se suficientemente fundamentada.

4 - A sentença recorrida não é nula pela mesma razão de

ser a matéria exclusivamente de direito, incabível se exigir do MM. Juízo *a quo* a oitiva de testemunhas sobre fato irrelevante em vista da base da autuação e que, assim, não poderiam abalar a presunção de liquidez e certeza da CDA.
5 - A Apelante é empresa do ramo de varejo de produtos alimentícios (Supermercados Jaú Serve S/A), de modo que estava autorizada a funcionar aos domingos, na forma do art. 7º, do Decreto 27.048/49, e seu Anexo, no item 22, mas não obrigada a elaborar escala de revezamento, a qual é exigida nos "serviços que exijam trabalho em domingo" conforme o art. 6, parágrafo 2º, do Decreto 27.048/49.
6 - Há que se distinguir a autorização legal para que empresa do ramo de comércio varejista funcione aos domingos, caso da Apelante, de empresa que necessariamente deve funcionar aos domingos, estas sim obrigadas a apresentar a escala de revezamento, na própria dicção do art. 67, parágrafo único, da CLT.
7 - Apelação provida

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de dezembro de 2010.

Juiz Federal Convocado MARCELO AGUIAR - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de recurso de Apelação em face de sentença que julgou improcedentes embargos à execução fiscal fundada em multa trabalhista imposta por infração aos artigos 67, parágrafo único e 630, parágrafos 3º e 4º, todos da Consolidação das Leis

do Trabalho, uma vez que a ora Apelante, malgrado a exigência do Sr. Fiscal Federal do Trabalho, não apresentou a escala de revezamento dos empregados vigias.

A Apelante, preliminarmente, suscita a nulidade do processo administrativo fiscal em vista do fato de que requerera, na esfera administrativa, a oitiva como testemunha dos empregados referidos no Auto de Infração, os quais poderiam esclarecer que, nas funções de vigia, gozavam regularmente suas folgas, tendo sido cerceada a sua defesa. Alega, ainda, a nulidade da sentença, em síntese, pelas mesmas razões, pois o MM. Juízo de primeiro grau não permitiu a produção da prova oral, a despeito do rol de testemunhas constante na petição inicial. No mérito, afirma que não infringiu o disposto no art. 630, parágrafos 3º e 4º, da CLT, não deixou de exibir à fiscalização documentos pertinentes à relação de trabalho, que os empregados vigias gozavam regularmente folgas aos domingos, conforme os cartões de ponto juntados ao processo administrativo, atendendo o art. 67 da CLT, além do que a Apelante não é empresa sujeita à elaboração de escala de revezamento dos seus empregados, não se inserindo na hipótese do art. 7º, do Decreto 27.048 de 12.08.1949.

Sem contra-razões, subiram os autos a esta Corte Regional.

Em virtude da r. decisão de fls. 71, reconheceu-se a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o presente feito com fundamento na Emenda Constitucional nº 45/2004, sendo os autos remetidos ao TRT da 15ª Região, o qual, por sua vez, suscitou conflito negativo de competência. O STJ, adotando o entendimento do E. STF, fixou a competência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 91/97).

Retornaram os autos a esta Corte Regional.

Dispensada a revisão nos termos regimentais.

É relatório.

Juiz Federal Convocado MARCELO AGUIAR - Relator

VOTO

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

As preliminares levantadas pela Apelante merecem ser rejeitadas. A autuação teve por base a não apresentação à fiscalização do Ministério do Trabalho, da escala de revezamento dos empregados vigias da Apelante, com infração aos artigos 630, parágrafos 3º 4º, e art 67, parágrafo único, todos da CLT.

Portanto, não está em discussão se os vigias da Apelante cumpriam ou não regularmente a folga semanal.

Desse modo, não cabe prova testemunhal com o fito de comprovar que os vigias gozavam folgas aos domingos, sendo certo que a matéria é exclusivamente de direito, relativa à consumação ou não de infração trabalhista consistente na necessidade ou não de apresentação da escala de revezamento dos empregados vigias, cuja falta acarretou a imposição da multa.

Assim, não há nulidade, por cerceamento, da decisão administrativa, sequer nulidade por ausência de fundamentação pois o Auto de Infração foi mantido com base no entendimento de que a Apelante estava obrigada a exibir a escala de revezamento. A decisão administrativa encontra-se suficientemente fundamentada.

Tampouco a sentença recorrida é nula, pela mesma razão de ser a matéria exclusivamente de direito, incabível se exigir do MM. Juízo *a quo* a oitiva de testemunhas sobre fato irrelevante em vista da base da autuação e que, assim, não poderiam abalar a presunção de liquidez e certeza da CDA.

No mérito, o apelo merece provimento.

Tratou o Sr. Fiscal do Trabalho de requisitar da empresa a escala de revezamento, que não foi apresentada, entendendo que se consumou a infração à CLT, haja vista que a Apelante estaria incluída no rol de atividades em que tal escala é obrigatória no moldes do art. 67, parágrafo único da CLT.

Com efeito, a Apelante é empresa do ramo de varejo de produtos alimentícios (Supermercados Jaú Serve S/A), de modo que estava autorizada a funcionar aos domingos, na forma do art. 7º, do Decreto 27.048/49, e seu Anexo, no item 22.

Por outro lado, a escala de revezamento somente é exigida nos “serviços que exijam trabalho em domingo” conforme o art. 6, parágrafo 2º, do citado decreto.

Por certo que a Apelante não é empresa que esteja *obrigada* a funcionar aos domingos. Há que se distinguir a autorização legal para que empresa do ramo de comércio varejista preste serviços aos domingos, caso da Apelante, de empresa que necessariamente deve funcionar aos domingos, estas sim obrigadas a apresentar a escala de revezamento, na própria dicção do art. 67, parágrafo único, da CLT, que determina, "Nos serviços que exijam trabalho aos domingos, com exceção quanto aos elencos teatrais, será estabelecida escala de revezamento, mensalmente organizada e constando de quadro sujeito à fiscalização".

Desta forma, a Apelante não estava obrigada a possuir e manter quadro de escala de revezamento dos seus empregados vigias. Não tendo exibido o documento, mas não estando sujeita à exigência da norma trabalhista, a Apelante não violou os dispositivos da CLT que serviram de fundamento para a autuação.

Acerca da desnecessidade de a Apelante elaborar e manter acessível à fiscalização a escala de revezamento dos seus empregados vigias, vejamos as disposições do Decreto 27.048/49 *(g. n.)*, *verbis:*

> "Art. 1º Todo empregado tem direito a repouso remunerado, num dia de cada semana, perfeitamente aos domingos, nos feriados civis e nos religiosos, de acôrdo com a tradição local, salvo as exceções previstas neste Regulamento.
> Art. 2º As disposições do presente Regulamento são extensivas:
> a) aos trabalhadores rurais, salvo os que trabalhem em regime de parceria agrícola, meação ou forma semelhante de participação na produção;
> b) aos trabalhadores que, sob fôrma autônoma, trabalhem agrupados, por intermédio de sindicato, caixa portuária ou entidade congênere, tais como estivadores, conservadores, conferentes e assemelhados;
> c) aos trabalhadores das entidades autárquicas, dos serviços industriais da União, dos Estados, dos Municípios e dos Territórios, e das emprêsas por êstes administradas ou incorporadas, desde que não estejam sujeitos ao regime dos

funcionários ou extranumerários ou não tenham regime próprio de proteção ao trabalho, que lhes assegure situação análigas à daqueles servidores públicos.

Art. 3º O presente regulamento não se aplica:

a) aos empregados domésticos, assim considerados os que prestem serviço de natureza não econômica a pessoa ou a família, no âmbito residencial destas;

b) aos funcionários da União dos Estados, dos Municípios e dos Territórios, bem como aos respectivos extranumerários, em serviço nas próprias repartições.

Art. 4º O repouso semanal remunerado será de vinte horas consecutivas.

Art. 5º São feriados e como tais obrigam ao repouso remunerado em todo o território nacional, aquêles que a lei determinar.

Parágrafo único. Será também obrigatório o repouso remunerado nos dias feriados locais, até o máximo de sete, desde que declarados como tais por lei municipal, cabendo à autoridade regional competente em matéria de trabalho expedir os atos necessários à observância do repouso remunerado nesses dias.

Art. 6º Executados os casos em que a execução dos serviços for imposta pelas exigências técnicas das emprêsas, é vedado o trabalho nos dias de repouso a que se refere o art. 1º, garantida, entretanto, a remuneração respectiva.

§ 1º Constituem exigências técnicas, para os efeitos dêste regulamento, aquelas que, em razão do interêsse público, ou pelas condições pecualiares às atividades da emprêsa ou ao local onde as mesmas se exercitarem, tornem indispensável a continuidade do trabalho, em todos ou alguns dos respectivos serviços.

§ 2º Nos serviços que exijam trabalho em domingo, com exceção dos elencos teatrais e congêneres, será estabelecida escala de revezamento, previamente organizada de quadro sujeito a fiscalização.

§ 3º Nos serviços em que fôr permitido o trabalho nos

feriados civis e religiosos, a remuneração dos empregados que trabalharem nesses dias será paga em dôbro, salvo a emprêsa determinar outro dia de folga.

Art. 7º É concedida, em caráter permanente e de acôrdo com o disposto no § 1º do art. 6º, permissão para o trabalho nos dias de repouso a que se refere o art. 1º, nas atividades constantes da relação anexa ao presente regulamento.

§ 1º Os pedidos de permissão para quaisquer outras atividades, que se enquadrem no § 1º do art. 6º, serão apresentados às autoridades regionais referidas no art. 16, que os encaminharão ao Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, devidamente informados.

§ 2º A permissão dar-se-á por decreto ao Poder Executivo.

Art. 8º Fora dos casos previstos no artigo anterior admitir-se-á excepcionalmente, o trabalho em dia de repouso:

a) quando ocorrer motivo de fôrça maior, cumprindo à emprêsa justificar a ocorrência perante a autoridade regional a que se refere o art. 15, no prazo de 10 dias;

b) quando, para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto, a emprêsa obtiver da autoridade regional referida no art. 15 autorização prévia, com discriminação do período autorizado, o qual, de cada vez, não excederá de 60 dias, cabendo neste caso a remuneração em dôbro, na forma e com a ressalva constante do artigo 6º, § 3º.

Art. 9º Nos dias de repouso, em que fôr permitido o trabalho, é vedada às emprêsas a execução de serviços que não se enquadrem nos motivos determinantes da permissão.

Art. 10. A remuneração dos dias de repouso obrigatório, tanto o do repouso obrigatório, tanto o do repouso semanal como aquêles correspondentes aos feriados, integrará o salário para todos os efeitos legais e com êle deverá ser paga.

§ 1º A remuneração do dia de repouso corresponderá, qualquer que seja a forma de pagamento do salário:

a) para os contratados por semana, dia ou hora à de um dia normal de trabalho não computadas as horas extraordinárias;

b) para os contratados por tarefa ou peça, ao equivalente ao salário correspondente às tarefas ou peças executadas durante a semana, no horário normal de trabalho, dividido pelo dias de serviço efetivamente prestados ao empregador;
c) para os trabalhadores rurais, que trabalham por tarefa pré-determinada, ao cociente da divisão do salário convencionado pelo número de dias fixado para a respectiva execução.
§ 2º A remuneração prevista na alínea *a* será devida aos empregados contratados por mês ou quinzena, cujo cálculo de salário mensal ou quinzenal, ou cujos descontos por faltas ao serviço sejam efetuados em base inferior a trinta (30) ou quinze (15) dias respectivamente.
Art. 11. Perderá a remuneração do dia de repouso o trabalhador que, sem motivo justificado ou em virtude de punição disciplinar, não tiver trabalhado durante tôda a semana, cumprindo integralmente o seu horário de trabalho.
§ 1º Nas emprêsas em que vigorar regime de trabalho reduzido, a freqüência exigida corresponderá ao número de dias em que houver trabalho.
§ 2º Não prejudicarão a freqüência exigida as ausências decorrentes de férias.
§ 3º Não serão acumuladas a remuneração do repouso semanal e a do feriado civil ou religioso, que recaírem no mesmo dia.
§ 4º Para os efeitos do pagamento da remuneração, entende-se como semana o período da segunda-feira a domingo, anterior à semana em que recair o dia de repouso definido no art. 1º.
Art. 12. Constituem motivos justificados:
a) os previstos no art. 473, e seu parágrafo da Consolidação das Leis do Trabalho;
b) a ausência do empregado, justificada, a critério da administração do estabelecimento, mediante documento por esta fornecido;
c) a paralisação do serviço nos dias em que, por conveniência do empregador, não tenha havido trabalho;

d) a falta ao serviço, com fundamento na Lei de Acidentes do Trabalho;
e) a ausência do empregado, até três dias consecutivos, em virtude de seu casamento;
f) a doença do empregado devidamente comprovada, até 15 dias, caso em que a remuneração corresponderá a dois terços da fixada no art. 10.
§ 1º A doença será comprovada mediante atestado passado por médico da emprêsa ou por ela designado e pago.
§ 2º Não dispondo a emprêsa de médico da instituição de previdência a que esteja filiado o empregado, por médico do Serviço Social da Indústria ou do Serviço Social do Comércio, por médico de repartição federal, estadual ou municipal, incumbido de assunto de higiene ou saúde, ou, inexistindo na localidade médicos nas condições acima especificados, por médico do sindicato a que pertença o empregado ou por profissional da escolha dêste.
§ 3º As entradas no serviço, verificadas com atraso, em decorrência de acidentes de transportes, quando devidamente comprovados mediante atestado da emprêsa concessionária, não acarretarão, para o trabalhador, a aplicação do disposto no art. 11.
Art. 13. Para os efeitos da legislação do trabalho e das contribuições e benefícios da previdência social, passará a ser calculado na base de trinta dias ou duzentos e quarenta horas o mês que anteriormente, o era na base de vinte e cinco dias ou duzentas horas.
Art. 14. As infrações ao disposto na Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949, ou neste Regulamento, serão punidas, segundo o caráter e a gravidade, com a multa de cem a cinco mil cruzeiros.
Art. 15. São originalmente competentes para a imposição das multas de que trata êste Regulamento as autoridades regionais do trabalho: no Distrito Federal, o Diretor da Divisão de Fiscalização do Departamento Nacional do Trabalho; nos Estados, os Delegados Regionais do Trabalho;

e, nos Estados onde houver delegação de atribuições a autoridade delegada.

Art. 16. A fiscalização da execução do presente Regulamento, bem como o processo de atuação de seus infratores, reger-se-ão pelo disposto no Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 17. O presente Regulamento entrará em vigor na data de sua publicação.

RELAÇÃO A QUE SE REFERE O ARTIGO 7º I - INDÚSTRIA

1) Laticínios (excluídos os serviços de escritório).

2) Frio industrial, fabricação e distribuição de gêlo (excluídos os serviços de escritório).

3) Purificação e distribuição de água (usinas e filtros) (excluídos os serviços de escritório).

4) Produção e distribuição de energia elétrica (excluídos os serviços de escritório).

5) Produção e distribuição de gás (excluídos os serviços de escritório).

6) Serviços de esgotos (excluídos os serviços de escritório).

7) Confecção de coroas de flores naturais.

8) Pastelaria, confeitaria e panificação em geral.

9) Indústria do malte (excluídos os serviços de escritório).

10) Indústria do cobre electrolítico, de ferro (metalúrgica) e do vidro (excluídos os serviços de escritório).

11) Turmas de emergência nas emprêsas industriais, instaladoras e conservadoras de elevadores e cabos aéreos.

12) Trabalhos em cortumes (excluídos os serviços de escritório).

13) Alimentação de animais destinados à realização de pesquisas para preparo de sôro e outros produtos farmacêuticos.

14) Fundição e siderurgia (fornos acesos permanentemente (excluídos os serviços de escritório).

14) Siderurgia, fundição, forjaria, usinagem (fornos acesos permanente) - (exclusive pessoal de escritório) (Redação dada pelo Decreto nº 60.591, de 1967)

15) Lubrificação e reparos do aparelhamento industrial

(turma de emergência).
16) Indústria moajeira (excluídas os serviços escritório).
17) Usinas de açúcar e de álcool (com exclusão de oficinas e escritórios).
18) Indústria do papel de imprensa (excluídos os serviços de escritórios).
19) Indústria de vidro (excluído o serviço de escritório).
20) Indústria de cimento em geral, excluídos os serviços de escritório. (Incluído pelo Decreto nº 29.553, de 1951)
21) Indústria do refino do petróleo. (Incluído pelo Decreto nº 61.146, de 1967)
22) Comércio varejista em geral. (Incluído pelo Decreto nº 91.100, de 1983)
23) Indústria Petroquímica, excluídos os serviços de escritório. (Incluído pelo Decreto nº 94.709, de 1987)"

Isto posto, rejeito as preliminares e, no mérito, DOU PROVIMENTO à Apelação para julgar procedentes os embargos à execução e anular o Auto de Infração 78.991.026 e a imposição da multa, condenando a Apelada no pagamento da verba honorária no porcentual de 10% sobre o valor da causa, atualizado.

Juiz Federal Convocado MARCELO AGUIAR - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0061143-49.1997.4.03.9999
(97.03.061143-5)

Apelante: CARROCERIAS FURGLASS IND. E COM. LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Partes Autoras: CARLOS CAMPREGHER E ANTONIO JOAQUIM DE MOURA ANDRADE NETO
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HERALDO VITTA
Classe do Processo: AC 389522
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/11/2010

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRELIMINARES AFASTADAS. REGULAR A REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DA AUTARQUIA. SÚMULA Nº 644, DO STF. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. EXIGIBILIDADE DA DÍVIDA NÃO AFASTADA. LIQUIDEZ DA CDA MANTIDA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NA SENTENÇA ACERCA DA ILEGITIMIDADE DOS SÓCIOS. FALECE LEGITIMIDADE À PESSOA JURÍDICA PARA INVOCAR A ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DOS SÓCIOS. OMISSÕES NA SENTENÇA: APLICAÇÃO DO ARTIGO 515, § 1º, DO CPC. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. HIPÓTESE DE NÃO-INCIDÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DA AUTARQUIA. CONDENAÇÃO NA VERBA HONORÁRIA MANTIDA. *I* - a Autarquia está regularmente representada nos autos, pois à época, o Procurador tinha instrumento de mandato arquivado em Juízo, sendo, no caso, desnecessária a juntada de instrumento de procuração específico para cada feito. *II* - Não se verifica cerceamento de defesa, pois a decisão atacada apreciou todas as questões preliminares alegadas. *III* - a CDA não é nula.

Verifica-se pela CDA juntada às fls. 03, da execução em apenso, que ela contém todos os requisitos previstos no artigo 202 do CTN e do artigo 2º, da Lei nº 6.830/80. *IV* - Verifica-se pelos dispositivos legais expostos na CDA qual é a natureza da dívida, e a forma de aplicação da correção monetária e dos juros está devidamente individualizada no discriminativo de débito em apenso à CDA. *V* - A relação de funcionários, qualificação e informação dos locais de trabalho e a indicação dos beneficiários das contribuições, não se faz necessário, já que tais dados constam do processo administrativo. *VI* - A sentença não se omitiu sobre a alegação de ilegitimidade passiva por parte dos sócios da executada, apenas não apreciou todos os argumentos expostos pelo ora apelante na inicial, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico. *VII* - Não consta que os sócios da empresa tenham apelado da sentença, e a pessoa jurídica não detém legitimidade para alegar tal matéria, de acordo com o artigo 7º, do CPC. *VIII* - A CDA cobra valores referentes à fiscalização efetuada no período de 02/88 a 08/89, sendo que o relatório fiscal menciona que a fiscalização se deu exatamente no mesmo período (fls. 64). O mês de setembro de 1989 foi mencionado por se tratar do momento em que foi lavrada a NFLD, e o fato de não existirem débitos referentes aos meses de fevereiro a agosto de 1989 não nulifica a CDA, apenas demonstra que a fiscalização só encontrou valores a serem recolhidos nos meses de 02/88 a 01/89. *IX* - Ocorreram omissões na sentença, já que a confissão da ora apelante restringiu-se às contribuições devidas ao FPAS, Terceiros e SAT, e ainda, às contribuições incidentes sobre serviços prestados por pessoas físicas, sem relação de emprego (fls. 75, item b). No entanto, cabível na espécie, a aplicação do artigo 515, § 1º, do CPC, que dispõe que serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha

julgado por inteiro. *X* - Não há incidência de contribuição previdenciária na hipótese do auxílio-alimentação ser prestado "in natura", além de não deter relevância, para fins de tributação, o fato de a empresa estar ou não incluída no Programa de Alimentação ao Trabalhador - PAT, pois a parcela em comento ("in natura") não assume feição salarial. *XI* - Tratando-se de débitos tributários não originados em contrato, mas sim em lei, sobre eles incide a TR e a TRD. *XII* - Os presentes embargos à execução, portanto, procedem em parte, devendo ser extinta a cobrança decorrente da exigência de contribuição previdenciária sobre os valores do auxílio-alimentação fornecidos aos empregados, correspondente à Certidão de Dívida Ativa nº 31.456.886-7, conforme apensos. *XIII* - Considerando a sucumbência mínima da autarquia, fica mantida a condenação da parte embargante na verba honorária, tal como fixado em primeiro grau. *XIV* - Apelação da parte embargante provida em parte. Sentença parcialmente reformada.

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, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado HERALDO VITTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HERALDO GARCIA VITTA (Relator): Trata-se de apelação interposta por CARROCERIAS FURGLASS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. em face da sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, alegando, preliminarmente, que a Autarquia não está regularmente

representada nos autos; cerceamento de defesa, pois a decisão atacada não apreciou as questões preliminares alegadas; o erro que macula a CDA nasceu na NFLD por não ter seguido a forma prescrita em lei; a CDA não esclarece se o débito tem natureza tributária ou não tributária, da mesma forma que não declina a forma de cálculo dos juros de mora e demais encargos legais; os erros contidos na NFLD são passíveis de nulidade, por aplicação dos artigos 82, c. c. os artigos 130 e 145, do Código Civil; infração aos artigos 202, incisos II e III e 203, do CTN; cerceamento de defesa da recorrente, na medida que não houve o contraditório às razões de defesa; apesar de reiterado o pedido de juntada do processo administrativo que deu suporte à CDA, não foi a reclamação atendida, pois a recorrida só juntou parte do processo administrativo, o que não é suficiente para revestir o título de liquidez e certeza, pedindo a anulação da decisão monocrática, para o fim de ver atendido seu pedido formulado expressamente nos autos; o instrumento de confissão de dívida não respalda a CDA, porque este constitui verdadeiro instrumento de coação; a CDA não trouxe a relação de funcionários, qualificação e informação dos locais de trabalho e a indicação dos beneficiários das contribuições; a sentença se omitiu sobre a alegação de ilegitimidade passiva por parte dos sócios da executada; todo e qualquer recurso era revertido para o capital de giro da empresa, necessário à sua própria subsistência; a sentença se omitiu sobre o pedido de, em caso de condenação, ficasse ela restrita ao valor do capital integralizado.

No mérito, alegou que no processo administrativo juntado pelo recorrido, verifica-se que o período levantado pela fiscalização (fevereiro de 1988 a janeiro de 1989) não confere com o período lançado na CDA (fevereiro de 1988 a setembro de 1989); a sentença se omitiu quanto ao salário-alimentação, que não era oferecido graciosamente a seus funcionários, o que afasta o caráter de salário utilidade; omissão na sentença sobre a indevida correção monetária do débito pela TR e sobre a aplicação de atualização monetária no período compreendido entre os meses de janeiro de 1991 a dezembro de 1992, bem como pela aplicação da UFIR, razão pela qual a decisão tem que ser anulada.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.
É o relatório.
Juiz Federal Convocado HERALDO VITTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HERALDO GARCIA VITTA (Relator): Improcedem as preliminares aduzidas pelo apelante.

Tal qual afirmado na sentença, a Autarquia está regularmente representada nos autos, pois à época, o Procurador tinha instrumento de mandato arquivado em Juízo, sendo, no caso, desnecessária a juntada de instrumento de procuração específico para cada feito.

Ademais, os Procuradores Federais são concursados e dispensados da apresentação de procuração em Juízo.

Neste sentido, a Súmula nº 644, do E. STF ("Ao titular do cargo de Procurador de Autarquia não se exige a apresentação de instrumento de mandato para representá-la em juízo.").

Também não se verifica cerceamento de defesa, pois a decisão atacada apreciou todas as questões preliminares alegadas.

Por outro lado, a CDA não é nula. Verifica-se pela CDA juntada às fls. 03, da execução em apenso, que ela contém todos os requisitos previstos no artigo 202 do CTN e do artigo 2º, da Lei nº 6.830/80.

Fica claro da análise do referido título, qual é o crédito em cobrança, circunstância devidamente elencada na Certidão de Dívida Ativa, tanto pela apreciação dos dispositivos legais indicados, como por o número do processo administrativo correspondente, o período do débito, a data do cálculo, bem como o discriminativo de débito inscrito, anexado às fls. 04/06, etc.

Não tendo provado tenha havido cerceamento de defesa no âmbito administrativo, presume-se total o conhecimento do apelante quanto à origem e natureza do crédito cobrado.

O Código de Processo Civil atribui valor de título executivo à CDA (art. 585, VI) porque esta decorre de apuração administrativa realizada por órgãos competentes, cuja atividade conclui-se

com o termo de inscrição. Como todo ato administrativo, reveste-se de presunção de legitimidade e veracidade, inclusive por expressa previsão legal.

Sedimentado o entendimento jurisprudencial no sentido de que:

> "Na execução fiscal, com o título revestido de presunção de certeza e liquidez, a exeqüente nada tem de provar. Opondo embargos, o devedor terá que desconstituir o título. Se nada provar, a pretensão resistida será agasalhada e a pretensão satisfeita. Não é a embargada que irá robustecer o seu título, mas o embargante que irá enfraquecê-lo (...). No caso, a certidão da dívida ativa está regular e não foi ilidida com as alegações formuladas pela embargante, já que não acompanhadas de nenhuma prova." (TFR, Apelação Cível nº 114.803-SC, 5ª Turma, Relator Min. Sebastião Reis - Boletim da AASP nº 1465/11).

Não faz sentido impor-se à entidade exeqüente qualquer atividade demonstrativa de seu crédito. Ao contrário: o ônus da prova é de quem alega, no caso, é dos embargantes.

Desta forma, reputo regular a inscrição da dívida, pois não houve infração aos artigos 202, incisos II e III e 203, do CTN.

Quanto à alegação de que o erro que macula a CDA nasceu na NFLD por não ter seguido a forma prescrita em lei, também fica afastada, uma vez que houve regular defesa no processo administrativo. Destaque-se, que posteriormente à defesa, o ora recorrente confessou parte do débito.

No tocante à CDA não esclarecer se o débito tem natureza tributária ou não tributária, da mesma forma que não declina a forma de cálculo dos juros de mora e demais encargos legais, verifica-se pelos dispositivos legais qual é a natureza da dívida, e a forma de aplicação da correção monetária e dos juros está devidamente individualizada no discriminativo de débito em apenso à CDA. Ademais, no processo administrativo, cujas cópias encontram-se acostadas às fls. 62/78, consta o relatório fiscal

detalhado acerca da origem do débito.

Quanto à alegação de que os erros contidos na NFLD são passíveis de nulidade, por aplicação dos artigos 82, c. c. os artigos 130 e 145, do Código Civil, é totalmente descabida, uma vez que aplica-se à matéria, o Código Tributário Nacional, que tem *status* de lei complementar.

Não houve, também, cerceamento de defesa da recorrente, na medida em que o princípio do contraditório foi observado, tendo o INSS procedido à juntada do processo administrativo que deu suporte à CDA, ainda que em parte, já que o processo administrativo que deu origem à CDA fica à disposição do contribuinte na esfera administrativa, tendo ele amplo acesso a ele.

Quanto à alegação de que o instrumento de confissão de dívida não respalda a CDA, porque este constitui verdadeiro instrumento de coação, além de não ter ficado demonstrado que tenha ocorrido coação na assinatura do termo de confissão de dívida, houve oportunidade de defesa no processo administrativo.

Com relação à afirmação de que a CDA não trouxe a relação de funcionários, qualificação e informação dos locais de trabalho e a indicação dos beneficiários das contribuições, tal não se faz necessário, já que tais dados constam do processo administrativo.

Neste sentido:

> "PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. SÓCIO-GERENTE. CDA. NFDL. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE.
> I - O sócio-gerente responde pessoal e subsidiariamente, pela dívida da sociedade de responsabilidade limitada, ocorrida no período de sua gestão, ainda que já tenha se retirado da sociedade.
> II - Notificada é a empresa e não o sócio.
> III - Termo de inscrição e certidão de dívida ativa lavrados com obediência às normas legais.
> IV - Não se exige que os nomes dos empregados constem da

> NFLD nem do relatório do fiscal, uma vez que a apuração é feita com base nos livros da empresa. A esta cabia demonstrar o recolhimento das contribuições descontadas dos seus empregados." (g. n.)
> (TRF da 1ª Região, 3ª Turma, Processo AC 96.01.45340-7, UF: MG, j. em: 05.08.1997, DJ: 29.08.1997, PG: 69009, Relator JUIZ TOURINHO NETO)

Por outro lado, a sentença não se omitiu sobre a alegação de ilegitimidade passiva por parte dos sócios da executada, apenas não apreciou todos os argumentos expostos pelo ora apelante na inicial, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico.

O magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes, bastando que exponha fundamentos suficientes para respaldar a sua decisão.

Por outro lado, não consta que os sócios da empresa tenham apelado da sentença, e a pessoa jurídica não detém legitimidade para alegar tal matéria, de acordo com o artigo 7º, do CPC. Neste sentido, o v. julgado infra:

> "Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL Processo: 9604494074 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 11/12/1998 Documento: TRF400068836
> Fonte DJ DATA: 03/03/1999 PÁGINA: 378
> Relator(a) JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
> Decisão Unânime.
> Descrição JURISPRUDENCIA: TRF/4R: AC 97.04.24022-8/RS, DJ 24.12.97, P. 112572.
> *Ementa*
> EMBARGOS EXECUÇÃO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE PELA MULTA DOS HERDEIROS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
> *1. Falece legitimidade à pessoa jurídica embargante para invocar a ilegitimidade passiva* ad causam *dos sócios em processo de execução fiscal*.

2. É devido o pagamento de pena de multa imposta à pessoa jurídica em caso de sucessão de seu titular em decorrência de óbito, respondendo os herdeiros no limite de seus respectivos quinhões, nos termos do ART-131 do CTN.
3. Inaplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor em matéria tributária, porque a relação fisco-contribuinte não se caracteriza como relação de consumo.
4. Apelação e remessa oficial improvidas." (g. n.)

As alegações sobre as dificuldades econômicas da empresa não são juridicamente suficientes para afastar a legalidade da cobrança. Além de as alegações serem genéricas, não foram produzidas provas a esse respeito. Ressalte-se que tal fator, constitui risco a ser enfrentado pela empresa.

Quanto à alegada omissão da sentença sobre o pedido de, em caso de condenação, ficasse ela restrita ao valor do capital integralizado, também não ocorreu, uma vez que o Juízo sentenciante reconheceu a responsabilidade solidária dos sócios.

Rechaçadas as preliminares, passo a analisar o mérito.

No mérito, o apelante alegou, inicialmente, que no processo administrativo juntado pelo recorrido, verifica-se que o período levantado pela fiscalização (fevereiro de 1988 a janeiro de 1989) não confere com o período lançado na CDA (fevereiro de 1988 a setembro de 1989).

Tal afirmação destoa da realidade dos autos, pois a CDA cobra valores referentes à fiscalização efetuada no período de 02/88 a 08/89, sendo que o relatório fiscal menciona que a fiscalização se deu exatamente no mesmo período (fls. 64). O mês de setembro de 1989 foi mencionado por se tratar do momento em que foi lavrada a NFLD, e o fato de não existirem débitos referentes aos meses de fevereiro a agosto de 1989 não nulifica a CDA, apenas demonstra que a fiscalização só encontrou valores a serem recolhidos nos meses de 02/88 a 01/89.

Quanto às alegadas omissões na sentença, tais realmente ocorreram, já que a confissão da ora apelante restringiu-se às contribuições devidas ao FPAS, Terceiros e SAT, e ainda, às

contribuições incidentes sobre serviços prestados por pessoas físicas, sem relação de emprego (fls. 75, item b).

No entanto, cabível na espécie, a aplicação do artigo 515, § 1º, do CPC, que dispõe que serão objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

A apreciação imediata da causa pelo Tribunal, em grau de recurso de apelação, exige a presença de dois requisitos: que a questão seja exclusivamente de direito e esteja em condições imediatas de julgamento. - Mesmo que a causa *sub judice* verse sobre questões de direito e de fato, é possível a apreciação imediata do mérito pelo tribunal, desde que presentes os pressupostos que autorizariam o julgamento antecipado da lide (questão exclusivamente de direito, ou, sendo também de fato, não houver necessidade de produção de novas provas).

O apelante alega que o salário-alimentação não era oferecido graciosamente a seus funcionários, o que afasta o caráter de salário utilidade.

O cerne da questão controvertida está em possuir ou não, tal valor, natureza salarial.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o pagamento do auxílio-alimentação *in natura*, ou seja, quando a própria alimentação é fornecida pela empresa, não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não possuir natureza salarial, esteja o empregador inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, consoante a Lei 6.321/76 (Cf. RESP 895146, Rel. Min. José Delgado, DJ 19/04/2007; RESP 827832, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 10/12/2007).

Ao contrário, quando o auxílio alimentação é pago em dinheiro ou seu valor creditado em conta-corrente do empregado, com caráter habitual e remuneratório, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária (Cf. RESP 826173, Rel. Min. Castro Meira, DJ 19/05/2006).

Neste sentido ainda, o v. julgado infra:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL.

EXIGIBILIDADE DA DÍVIDA NÃO AFASTADA. COBRANÇA CUMULADA DE MULTA, JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. PARCELAMENTO. LIQUIDEZ DA CDA MANTIDA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE CESTAS BÁSICAS. HIPÓTESE DE NÃO-INCIDÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DA AUTARQUIA. CONDENAÇÃO NA VERBA HONORÁRIA MANTIDA. I - O fato das contribuições previdenciárias devidas estarem lançadas na contabilidade da empresa, como alegado pela parte embargante, não exclui o fato de que não foram devidamente recolhidas na época oportuna, devendo ser exigidas com os conseqüentes encargos inerentes ao não cumprimento da obrigação tributária, os quais não podem ser relevados por eventuais dificuldades financeiras por que passa a empresa, ônus natural da atividade empresarial, que, de resto, não restou demonstrada. II - Não há qualquer impedimento na cobrança cumulativa da multa moratória com correção monetária e juros de mora, por se tratar de institutos de naturezas e finalidades diversas, a saber: a correção monetária restabelece o valor corroído pela inflação, os juros de mora compensam o credor pelo atraso no adimplemento da obrigação e a multa penaliza pela impontualidade. III - Sendo mera atualização do valor da moeda, a correção monetária incide tanto sobre o principal como sobre os acessórios. IV - Segundo se constata do Termo de Parcelamento anexado às fls. 42/44, somente foram parcelados pela embargante os débitos relativos às contribuições retidas dos empregados e não repassadas à Previdência e em data posterior à cobrança executiva, fato que não retira a liquidez da CDA, cumprindo apenas abater do valor da dívida o pagamento parcial realizado, se ocorrente, ou extinguir a execução, se integralmente cumprido o acordo. V - *Não há incidência de contribuição previdenciária na hipótese do auxílio-alimentação ser prestado 'in natura', além de não deter*

> *relevância, para fins de tributação, o fato de a empresa estar ou não incluída no Programa de Alimentação ao Trabalhador - PAT, pois a parcela em comento ('in natura') não assume feição salarial*. VI - Os presentes embargos à execução, portanto, procedem em parte, devendo ser extinta a cobrança decorrente da exigência de contribuição previdenciária sobre os valores das cestas básicas fornecidas aos empregados, correspondente à Certidão de Dívida Ativa nº 32.079.769-4, conforme apensos. VII - Considerando a sucumbência mínima da autarquia, fica mantida a condenação da parte embargante na verba honorária, tal como fixado em primeiro grau. VIII - Apelação da parte embargante provida em parte. Sentença parcialmente reformada." (Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 812588; Processo: 2002.03.99.026730-7; UF: SP; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 12/01/2010; Fonte: DJF3 CJ1 DATA: 21/01/2010 PÁGINA: 185; Relator: JUIZ CONVOCADO ALEXANDRE SORMANI)

A própria fiscalização afirma, no relatório fiscal, que a alimentação era fornecida *in natura*, nas dependências da empresa, a preços altamente subsidiados aos seus empregados. Desta forma, não cabe a incidência da contribuição previdenciária sobre tal parcela, por não possuir natureza salarial.

Após longa discussão sobre a possibilidade de fazer incidir a TR e/ou a TRD como fator de indexação da economia ou como taxa de juros, a jurisprudência vem firmando entendimento, já agora majoritário, no sentido de ser possível sua aplicação sobre débitos tributários, a título de juros de mora.

A TRD foi instituída pelo artigo 9º da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, prescrevendo que "a partir de fevereiro de 1991, incidirá a TRD sobre os impostos, as multas, as demais obrigações fiscais e parafiscais, os débitos de qualquer natureza para com as Fazendas Nacional, Estadual, do Distrito Federal e dos Municípios, com o Fundo de Participação do PIS-PASEP e com o Fundo de Investimento Social".

Já o artigo 30 da Lei nº 8.218, de 29.08.91, modificou a redação do artigo 9º da Lei nº 8.177/91, que passou a dispor que:

> "A partir de fevereiro de 1991, incidirão juros de mora equivalentes à TRD sobre os débitos de qualquer natureza para com as Fazendas Nacional, Estadual, Distrito Federal e dos Municípios, com o Fundo de Participação do PIS-PASEP e com o Fundo de Investimento Social (...)".

As normas legais supra transcritas não foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Na verdade, a inconstitucionalidade decretada pelo STF se fez apenas no sentido de que ela não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contrato, firmado anteriormente à Lei 8.177/91, já que essa imposição violaria o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, amparados pela CF vigente. Tratando-se de débitos tributários não originados em contrato, mas sim em lei, sobre eles incide a TRD.

No entanto, da dicção legal (artigo 9º da Lei nº 8.177/91 c/c artigo 30 da Lei nº 8.218/91), a incidência da TRD dá-se sobre os débitos tributários a título de juros de mora, desde fevereiro de 1991 até a aplicação da UFIR.

A incidência da TRD se dá por força do artigo 7º da Lei nº 8.177/91, combinado com o artigo 30 da Lei nº 8.218/91, sendo certo que a norma posterior (Lei nº 8.218/91) foi erigida como forma de explicitar a regra anterior, em clara hipótese de interpretação autêntica. Diz-se interpretação autêntica porque feita pelo próprio legislador, uma vez que ele, inicialmente, ao determinar a incidência da TR e da TRD, não disse a que título seria, só vindo a fazê-lo posteriormente, por meio da nova norma (Lei nº 8.218/91).

Nem se diga que o artigo 30 da Lei nº 8.218/91 infringiu o princípio da irretroatividade das leis, já que nada instituiu, mas apenas explicitou a incidência da TR e sua variação diária, a TRD, sobre os débitos para com a Fazenda Pública, cuja incidência, inclusive, já tinha ocorrido.

Neste sentido:

> "EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TR. MULTA MORATÓRIA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. 1. É legítima a incidência da TR/TRD como taxa de juros moratórios, sendo devida sua aplicação de fevereiro a dezembro de 1991. 2. Imposição de multa que tem natureza jurídica de sanção pecuniária pela inadimplência e que decorre de lei. 3. Legalidade na utilização da taxa SELIC para fins de correção do débito tributário. Precedentes. 4. Recurso desprovido." (AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1506437, Processo: 2003.61.19.004862-3; UF: SP, Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Data do Julgamento: 21/06/2010, Fonte: DJF3 CJ1 DATA: 27/07/2010 PÁGINA: 232 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR)

A apelação interposta nos presentes embargos à execução, portanto, procede em parte, devendo ser extinta a cobrança decorrente da exigência de contribuição previdenciária sobre os valores das cestas básicas fornecidas aos empregados, correspondente à Certidão de Dívida Ativa nº 31.456.886-7, conforme apensos.

Considerando a sucumbência mínima da autarquia, fica mantida a condenação da parte embargante na verba honorária, tal como fixado em primeiro grau.

Ante o exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO DA PARTE EMBARGANTE, para reformar em parte a r. sentença, nos termos da fundamentação.

Juiz Federal Convocado HERALDO VITTA - Relator

- Sobre a não-incidência de contribuição previdenciária sobre o auxílio-alimentação prestado *in natura*, veja também o seguinte julgado: AC 2001.61.19.002740-4/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicada na RTRF3R 89/184.

APELAÇÃO CÍVEL
0901107-43.1997.4.03.6110
(2006.03.99.015832-9)

Apelante: BANCO ABN AMRO S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Interessados: FLAMARION JOSUE NUNES E RICARDO ANCEDE GRIBEL
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: AC 1108659
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/11/2010

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO - INCIDÊNCIA - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - REQUISITOS LEGAIS - PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA NÃO ILIDIDA - IMPORTÂNCIAS RELATIVAS A REEMBOLSO DE IPTU, ROUPA E ASSINATURA DE REVISTAS A EMPREGADOS - VERBAS DE NATUREZA REMUNERATÓRIA.

I - A CDA deve conter os requisitos constantes no artigo 2º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 6.830/80, combinado com o artigo 202 do Código Tributário Nacional, materializando elementos essenciais para que o executado tenha plena oportunidade de defesa, assegurando-se os princípios do contraditório e do devido processo legal.

II - Caso em que a CDA que fundamenta a execução fiscal apresenta-se perfeita, indicando o processo administrativo de origem, o número de inscrição na dívida ativa, os responsáveis, bem como o crédito a que se refere, a correção monetária e a forma de cálculo dos acréscimos de multa e de juros moratórios, com menção da legislação aplicável que expressa sua origem e natureza. Presunção de liquidez e certeza da CDA não ilidida.

III - Quanto ao crédito executado, no que diz respeito ao não recolhimento de contribuições sobre valores pagos a

empregados através de reclamações trabalhistas (inclusive diferenças a menor entre o valor pago e o considerado para recolhimento das contribuições), as guias de recolhimento apresentadas nestes embargos já haviam sido apresentadas no processo administrativo, tendo-se observado que tal documentação não havia sido apresentada à fiscalização, procedendo-se então ao recálculo do débito, sendo que na presente demanda não foram produzidas provas para ilidir a presunção de liquidez e certeza em favor do crédito expresso na CDA.

IV - O § 11, do artigo 201, da Constituição Federal, determina que "Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei", sendo que esta habitualidade é variável, podendo caracterizar-se quando há pagamentos por dia, quinzena, mês ou até anualmente, bastando que se caracterize a causa comum e constante como retribuição do trabalho do empregado.

V - O que é essencial para a incidência contributiva, é que a verba seja paga ao empregado como retribuição do trabalho prestado ao empregador, mesmo que em forma de utilidades (Lei nº 8.212/91, art. 28, inciso I), excluindo-se, porém, as parcelas que têm natureza meramente indenizatória, como as que o empregador reembolsa ao empregado despesas feitas por este para viabilizar o exercício do trabalho, feitas no interesse exclusivo do próprio empregador.

VI - Embora não caiba uma interpretação extensiva das hipóteses de não incidência contributiva previstas no art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91, a incidência é regulada pelas características essenciais da verba paga ao empregado, de onde se extrai a sua natureza remuneratória do trabalho ou indenizatória, apenas aquelas estão sujeitas à incidência de contribuição previdenciária, a despeito de não previstas no citado dispositivo legal.

VII - No caso em exame, a embargante/apelante sustenta

ser descabida a exigência de contribuições sobre valores de *reembolso a empregados a título de ajuda de aluguel (relativos a pagamentos de IPTU realizados pelos empregados)*, reembolso a título de *despesas de pessoal (roupas)*, e ainda, reembolso de *despesas com assinatura de periódicos (jornais e/ou revistas)*, posto que não tais verbas teriam natureza remuneratória do trabalho, mas sim mero ressarcimento de despesas em benefício da própria empresa, não tendo habitualidade e não caracterizando acréscimos sobre os quais se justifique a incidência contributiva.

VIII - A verba paga a empregados a título de ajuda de aluguel - inclusive pagamentos de IPTU -, com habitualidade e por tempo indeterminado, não pode ser consideradas ajuda de custo porque não visam indenizar os empregados pelas despesas por eles feitas para viabilizar o exercício de suas funções, tendo natureza salarial, por isso sujeita a incidência de contribuição previdenciária.

IX - A verba paga a título de reembolso de assinatura de periódicos (jornais e revistas) ou despesas de pessoal (roupas), quando não comprovado que seriam destinados especificamente para o trabalho desenvolvido pelo empregado, apresenta-se com natureza inequívoca salarial, por acrescer ao patrimônio do trabalhador.

X - Apelação da parte embargante desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Trata-se de apelação interposta pela parte executada/ embargante BANCO ABN AMRO S/A (atual denominação de BANCO REAL S/A) (fls. 274/284), em face de sentença (fls. 259/266) que julgou improcedentes os embargos opostos à execução fiscal que lhe foi movida pelo INSS (para cobrança de débito de contribuições à Seguridade Social, com valor histórico de R$ 29.383,63 objeto da CDA nº 31.809.929-2) dando por legítima, por ter natureza remuneratória, a incidência de contribuição previdenciária sobre reembolsos de IPTU, assinatura de revistas, jornais e periódicos, e despesas de vestuário, por fim condenando a embargante ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa atualizado desde o ajuizamento da ação.

Sustenta a apelante:

a) Nulidade da CDA por não preenchimento do requisito do art. 2º, § 5º, III, da Lei nº 6.830/90 - origem, natureza e fundamento legal ou contratual da dívida -, porque a CDA apenas faz referência a diversas normas legais que teria chegado a dificultar a defesa;

b) No mérito, alega ser indevido o débito de contribuições oriundas de reclamações trabalhistas, visto que as guias juntadas demonstrariam o seu pagamento quanto aos trabalhadores indicados;

c) Também são indevidas contribuições incidentes: 1º) sobre despesas de pessoal por não terem natureza salarial (pois seriam mero ressarcimento de gastos feitos pelos gerentes do trato com alguns clientes da agência e não teriam habitualidade); 2º) sobre reembolso de assinatura de revistas diversas e jornais, pois visa a aprimoramento profissional dos mesmos, beneficiando indiretamente o apelante e não teriam habitualidade; 3º) reembolso de despesas de IPTU para alguns poucos empregados, pois nada acrescenta ao patrimônio do empregado e não teriam habitualidade;

d) Afirma que a contribuição previdenciária tem natureza tributária e que a criação de novas fontes de custeio exigiria lei complementar (CF/88, art. 195, § 4º), pelo que pe inconstitucional a Lei nº 7.787/89.

Com contra-razões, subiram os autos a esta instância.

Dispensada a revisão, conforme artigo 33, inciso VIII, do Regimento Interno desta Corte (1º) feitos regulados pela Lei nº 6.830/80, art. 35; 2º) quando versarem sobre matéria predominante de direito (Lei Complementar nº 35/79, art. 90, § 1º); ou 3º) quando a sentença recorrida estiver apoiada em precedentes do Tribunal Regional Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (Lei Complementar nº 35/79, art. 90, § 2º).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Passo ao exame da causa.

I - Da presunção de liquidez e certeza da CDA

Trata-se de impugnação dos requisitos formais de validade da Certidão de Dívida Ativa, título executivo extrajudicial que, por exigência legal, deve conter todas as informações necessárias para aferição da origem e natureza do crédito, afora os acréscimos legais incidentes e a forma de cálculo, tudo de forma a conferir a liquidez e certeza ao crédito tributário, que se qualifica mesmo como uma condição da ação de execução fiscal.

A legislação não exige a apresentação de cópias do procedimento administrativo para fins de execução fiscal, mas apenas a indicação de qual procedimento deu origem à constituição do crédito em execução, objetivando com isso que o executado possa ter plenitude do direito de defesa.

Os requisitos a serem observados na expedição da CDA são os constantes no artigo 2º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 6.830/80, combinado com o artigo 202 do Código Tributário Nacional, que em verdade materializam condições essenciais para que o executado tenha plena oportunidade de defesa, assegurando-se os princípios do contraditório e do devido processo legal.

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. REQUISITOS ESSENCIAIS. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES DO ART. 2º, § 5º, DA LEI 6.830/80. PRECARIEDADE PATENTE. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DO TÍTULO.

1. A CDA, enquanto título que instrumentaliza a execução fiscal, deve estar revestida de tamanha força executiva que legitime a afetação do patrimônio do devedor, mas à luz do Princípio do Devido Processo Legal, proporcionando o enaltecimento do exercício da ampla defesa quando apoiado na estrita legalidade.

2. Os requisitos legais para a validade da CDA não possuem cunho formal, mas essencial, visando permitir a correta identificação, por parte do devedor, do exato objeto da execução, com todas as suas partes constitutivas (principal e acessórias), com os respectivos fundamentos legais, de modo que possa garantir, amplamente, a via de defesa.

3. É inadmissível o excesso de tolerância por parte do juízo com relação à ilegalidade do título executivo, eis que o exeqüente já goza de tantos privilégios para a execução de seus créditos, que não pode descumprir os requisitos legais para a sua cobrança.

4. Recurso especial não provido."

(STJ, 1ª Turma, v. u. RESP 599813. Proc. 200301843735/RJ. J. 04/03/2004, DJ 10/05/2004, p. 200. Rel. Min. JOSÉ DELGADO)

Quanto à análise destes requisitos no título executivo, para fins de verificação de eventual nulidade da CDA, é oportuno transcrever lição de Humberto Theodoro Júnior, o qual após observar que inicialmente se deu uma interpretação bastante rígida quanto à exigência dos requisitos formais da CDA, declarando-se sua nulidade pela omissão de qualquer formalidade, observou:

"O Supremo Tribunal Federal, no entanto, dentro do prisma instrumental e teleológico das regras processuais,

abrandou a exegese literal e acabou assentando que:
'Perfazendo-se o ato na integração de todos os elementos reclamados para a validade da certidão, há de atentar-se para a substância e não para os defeitos formais que não comprometem o essencial do documento tributário' (STF, 1ª T., AgI 81.681 - AgRg. Rel. Min. Rafael Mayer, *apud* Humberto Theodoro Júnior, *Lei de Execução Fiscal*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, p. 109).
Prevaleceu, para a Suprema Corte a tese de que os requisitos formais que a lei impõe à Certidão de Dívida Ativa têm a finalidade precípua de identificar a exigência tributária e de propiciar meio ao executado de defender-se contra ela.
Portanto:
'Sendo a omissão de dado que não prejudicou a defesa do executado, regularmente exercida, com ampla segurança, valida-se a certidão para que se exercite o exame de mérito' (STF, 1ª T., RE 99.993, Rel. Min. Oscar Corrêa, ac. de 16-9-1983, RTJ, 107:1288)."
(*Lei de Execução Fiscal*, Editora Saraiva, São Paulo, 4ª edição, 1995)

Assim sendo, conforme vem decidindo nossos tribunais, não é qualquer omissão de requisitos da CDA que conduz à sua nulidade, devendo a irregularidade provocar uma efetiva dificuldade de defesa por parte do executado, sendo esta falha superada quando aos autos foram juntados documentos que possibilitam o pleno exercício do direito de defesa.

Nesse sentido o seguinte julgado do E. STJ:

"PROCESSO CIVIL. (...) TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. (...) CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. SUBSTITUIÇÃO. EMENDA DA INICIAL. REQUISITOS. PREJUÍZO À DEFESA.
(...) 3. A jurisprudência desta Corte vem entendendo que não se deve declarar a nulidade da CDA, ainda que ela se

> ressinta de algum dos requisitos indicados no art. 2º, §§ 5º e 6º, da Lei nº 6.830/80, quando tais falhas sejam supridas por outros elementos constantes nos autos, permitindo a ampla defesa do executado.
> (...) 5. Recurso especial a que se nega provimento."
> (STJ, 1ª Turma, unânime. RESP 485743, Proc. 200201558337/ES. J. 18/11/2003, DJ 02/02/2004, p. 273; RSTJ 178/132. Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI)

De outro lado, uma vez preenchidos os requisitos legais, aplica-se a regra de presunção de liquidez e certeza da CDA prevista no artigo 204 do Código Tributário Nacional, mesma regra do artigo 3º da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980:

> "Art. 3º A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.
> Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser elidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite."

Nesse sentido é a pacífica orientação da jurisprudência desta Turma, como se verifica do v. Acórdão, cuja ementa transcrevo a seguir:

> "EMBARGOS À EXECUÇÃO. CERTIDÃO DE INSCRIÇÃO DA DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DE LIQUIDEZ E CERTEZA.
> I - Dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez cabendo ao interessado produzir prova inequívoca no sentido de elidi-la.
> II - Recurso improvido."
> (AC nº 91.03.002283/SP, 2ª Turma, Relator Desembargador Federal Célio Benevides, unânime, *in* D. J. U. de 30.10.95).

Interpretando a norma em testilha, o jurista José da Silva Pacheco esclarece o sentido da locução "prova inequívoca", constante

do parágrafo único do dispositivo legal em comento, bem como sobre quais questões pode incidir esta prova de forma a eliminar a presunção legal de liquidez e certeza da CDA, *verbis*:

> "Prova inequívoca há de ser clara, precisa e própria, sem dar margem a dúvida. Não basta alegar, protestar por prova, fazer remissão a prova em outra processo. É preciso que fique comprovado, de modo a não gerar a menor objeção, que *a)* o órgão que fez a inscrição não tinha nem lhe sobreveio competência para fazê-lo; *b)* não houve inscrição da dívida; *c)* o termo ou a certidão não correspondem ao que determina a lei, em relação aos requisitos essenciais; *d)* do termo de inscrição não consta o nome do devedor ou responsável; *e)* do termo não consta o valor, o termo inicial nem a forma de calcular os juros, a origem, natureza e fundamento, as indicações sobre correção e seu fundamento, o número do processo em que se baseou a inscrição; *f)* a inexistência do procedimento ou do auto de infração a que se refere. (...)"
> (*in* "Comentários à Lei de Execução Fiscal", Editora Saraiva, 5ª edição, 1996, pág. 65, comentário ao artigo 3º da Lei nº 6.830/80).

Logo, cabe ao contribuinte executado/embargante, para elidir a presunção gerada pela CDA, demonstrar pelos meios processuais postos à sua disposição, sem dar margem a dúvidas, algum vício formal na constituição do título executivo, bem como constitui seu ônus processual a prova de que o crédito declarado na CDA é indevido.

No caso vertente, a CDA que fundamenta a execução fiscal (25/33) apresenta-se perfeita, indicando o processo administrativo de origem, o número de inscrição na dívida ativa, os responsáveis, bem como o crédito a que se refere, a correção monetária e a forma de cálculo dos acréscimos de multa e de juros moratórios, com menção da legislação aplicável que expressa sua origem e natureza. Assim sendo, não se contata o vício alegado pela apelante.

II - Da impugnação dos créditos

A documentação juntada aos autos (NFLD, fls. 34/38) dá conta que o débito é do período de 12/1986 a 07/1994, apurando contribuições sobre títulos diversos.

O primeiro deles foi o não recolhimento de contribuições sobre valores pagos a empregados através de reclamações trabalhistas (inclusive diferenças a menor entre o valor pago e o considerado para recolhimento das contribuições), sendo que as mesmas guias de recolhimento apresentadas nestes embargos já haviam sido apresentadas no processo administrativo, tendo-se observado que tal documentação não havia sido apresentada à fiscalização, procedendo-se então ao recálculo do débito (fls. 172/209), sendo que na presente demanda não foram produzidas provas para ilidir a presunção de liquidez e certeza em favor do crédito expresso na CDA.

Passo a examinar os demais itens de contribuição em execução.

II-A - Contribuição previdenciária exigida - natureza remuneratória do trabalho

Consigno que o *§ 11, do artigo 201, da Constituição Federal*, determina que "Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei", sendo que esta habitualidade é variável, podendo caracterizar-se quando há pagamentos por dia, quinzena, mês ou até anualmente, bastando que se caracterize a causa comum e constante como retribuição do trabalho do empregado.

De outro lado, o que é essencial para a incidência contributiva, é que a verba seja paga ao empregado como retribuição do trabalho prestado ao empregador, mesmo que em forma de utilidades (Lei nº 8.212/91, art. 28, inciso I), excluindo-se, porém, as parcelas que têm natureza meramente indenizatória, como as que o empregador reembolsa ao empregado despesas feitas por este para viabilizar o exercício do trabalho, feitas no interesse

exclusivo do próprio empregador.

Embora não caiba uma interpretação extensiva das hipóteses de não incidência contributiva previstas no art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91, a incidência é regulada pelas características essenciais da verba paga ao empregado, de onde se extrai a sua natureza remuneratória do trabalho ou indenizatória, apenas aquelas estão sujeitas à incidência de contribuição previdenciária, a despeito de não previstas no citado dispositivo legal.

> "*LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.
> CAPÍTULO IV
> DA CONTRIBUIÇÃO DA EMPRESA
> Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:
> I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados que lhe prestem serviços, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)
> I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do

contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

(...)

CAPÍTULO IX - DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

II - para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observadas as normas a serem estabelecidas em regulamento para comprovação do vínculo empregatício e do valor da remuneração;

III - para o trabalhador autônomo e equiparado, empresário e facultativo: o salário-base, observado o disposto no art. 29.

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

IV - para o segurado facultativo: o valor por ele declarado, observado o limite máximo a que se refere o § 5º. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

§ 1º Quando a admissão, a dispensa, o afastamento ou a falta do empregado ocorrer no curso do mês, o salário-de-contribuição será proporcional ao número de dias de

trabalho efetivo, na forma estabelecida em regulamento.
§ 2º O salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição.
§ 3º O limite mínimo do salário-de-contribuição corresponde ao piso salarial, legal ou normativo, da categoria ou, inexistindo este, ao salário mínimo, tomado no seu valor mensal, diário ou horário, conforme o ajustado e o tempo de trabalho efetivo durante o mês. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)
§ 4º O limite mínimo do salário-de-contribuição do menor aprendiz corresponde à sua remuneração mínima definida em lei.
§ 5º O limite máximo do salário-de-contribuição é de Cr$ 170.000,00 (cento e setenta mil cruzeiros), reajustado a partir da data da entrada em vigor desta Lei, na mesma época e com os mesmos índices que os do reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social.
§ 6º No prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data de publicação desta Lei, o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei estabelecendo a previdência complementar, pública e privada, em especial para os que possam contribuir acima do limite máximo estipulado no parágrafo anterior deste artigo.
§ 7º O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição, exceto para o cálculo de benefício, na forma estabelecida em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 8.870, de 15.4.94)
§ 8º Integram o salário-de-contribuição pelo seu valor total: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).
a) o total das diárias pagas, quando excedente a cinqüenta por cento da remuneração mensal; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)
b) (VETADA na Lei nº 9.528, de 10.12.97).
c) as gratificações e verbas, eventuais concedidas a qualquer título, ainda que denominadas pelas partes de liberalidade,

ressalvado o disposto no § 9º. (Redação dada pela Lei 9.528, de 10.12.97) (Revogado pela Lei nº 9.711, de 1998).
§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)
a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).
b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973;
c) a parcela 'in natura' recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;
d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).
e) as importâncias: (Alínea alterada e itens de 1 a 5 acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)
1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;
3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT;
4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973;
5. recebidas a título de incentivo à demissão;
6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).
7. *recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos*

expressamente desvinculados do salário; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).
8. recebidas a título de licença-prêmio indenizada; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).
9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).
f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;
g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).
h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinqüenta por cento) da remuneração mensal;
i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;
j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;
l) o abono do Programa de Integração Social - PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público - PASEP; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)
m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)
n) a importância paga ao empregado a título de complementação ao valor do auxílio-doença, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)
o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da

agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

r) o valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

t) o valor relativo a plano educacional que vise ao ensino fundamental e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação

profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

u) a importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

v) os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

x) o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

§ 10. Considera-se salário-de-contribuição, para o segurado empregado e trabalhador avulso, na condição prevista no § 5º do art. 12, a remuneração efetivamente auferida na entidade sindical ou empresa de origem. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)"

Nesse sentido o seguinte julgado do E. Superior Tribunal de Justiça.

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. VERBA DE REPRESENTAÇÃO.

1. Em homenagem aos princípios de hermenêutica positivados nos arts. 108 e 111 do Código Tributário Nacional, não cabe ampliação jurisprudencial das hipóteses de isenção arroladas no art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91.

2. Nada obsta, entretanto, que determinada verba inominada ou nominada em desacordo com a terminologia adotada pela legislação previdenciária venha a ser considerada isenta de contribuição se, em razão de seus elementos essenciais, puder ser enquadrada em uma das hipóteses de

dispensa de tributo legalmente previstas.
3. Por outro lado, não se submetem à incidência da contribuição previdenciária as verbas de caráter indenizatório, pois a reparação por ato ilícito ou o ressarcimento de um prejuízo não configuram o fato gerador desse tributo.
4. Há casos em que a distinção entre verba remuneratória e verba indenizatória não se mostra clarividente. Tanto é assim que o legislador ordinário remete ao magistrado trabalhista, conforme se infere do art. 832, §§ 3º e 4º, da CLT, a tarefa de esclarecer por meio de decisão, cognitiva ou homologatória, quais são as verbas de natureza indenizatória, assegurando à autarquia previdenciária o direito de recorrer de tal decisão.
5. Em determinadas situações, é necessário apreciar as características da verba paga aos empregados, com o objetivo de melhor elucidar a natureza de remuneração, fato gerador da contribuição previdenciária.
6. Tal exame não se revela possível em embargos de divergência. A matéria devolvida à apreciação desta Seção pelos embargos restringe-se aos pontos destoantes, como se depreende do cotejo entre o acórdão embargado e o aresto paradigma.
7. Os embargos de divergência não se prestam a resolver controvérsia sobre matéria de fato. Não cabe investigar, nessa fase processual, se a 'verba de representação' era paga como uma contraprestação pelo trabalho ou visava a indenizar um ato ilícito ou a ressarcir um prejuízo. 8. Embargos de divergência não conhecidos."
(STJ, 1ª Seção, v. u. ERESP 200302120737, ERESP 496737. Rel. Min. CASTRO MEIRA. DJ 09/08/2004, p. 168. RSTJ 180/54. J. 12/05/2004)

No caso em exame, a embargante/apelante sustenta ser descabida a exigência de contribuições sobre valores *de reembolso a empregados a título de ajuda de aluguel (relativos a pagamentos de IPTU realizados pelos empregados)*, reembolso a título de

despesas de pessoal (roupas), e ainda, reembolso de *despesas com assinatura de periódicos (jornais e/ou revistas)*, posto que não tais verbas teriam natureza remuneratória do trabalho, mas sim mero ressarcimento de despesas em benefício da própria empresa, não tendo habitualidade e não caracterizando acréscimos sobre os quais se justifique a incidência contributiva.

A sentença considerou que todas estas verbas teriam natureza remuneratória.

Quanto à verba paga a empregados a título de *ajuda de aluguel - inclusive pagamentos de IPTU* -, quando ocorre com habitualidade e por tempo indeterminado, não podem ser consideradas ajuda de custo porque não visam indenizar os empregados pelas despesas por eles feitas para viabilizar o exercício de suas funções, tendo natureza salarial, por isso sujeita a incidência de contribuição previdenciária.

Da mesma forma a verba paga a título de reembolso de assinatura de periódicos (jornais e revistas) ou despesas de pessoal (roupas), quando não comprovado que seriam destinados especificamente para o trabalho desenvolvido pelo empregado, apresenta-se com natureza inequívoca salarial, por acrescer ao patrimônio do trabalhador.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. SALÁRIO-CONTRIBUIÇÃO. NATUREZA REMUNERATÓRIA DOS ALUGUÉIS E IPTU DO IMÓVEL EM QUE RESIDE O EMPREGADO. HABITUALIDADE. NATUREZA SALARIAL.
> 1. Em sede de embargos declaratórios é possível a modificação do julgado para o fim de suprir os vícios previstos no art. 535 do CPC, ou diante de erro material.
> *2. Os aluguéis e IPTU do imóvel onde reside o empregado transferido, pagos com habitualidade, por tempo indeterminado, não se configuram ajuda de custo, uma vez que esta é concedida em parcela única*.
> 3. A ausência de eventualidade do pagamento de referidas

verbas, a exemplo do que ocorre com o auxílio-creche e auxílio-alimentação, torna nítido o seu caráter remuneratório, integrando o salário-contribuição.
4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, tão-somente para sanar omissão quanto incidência da contribuição previdenciária sobre as despesas com aluguéis e IPTU."
(STJ, 1ª Turma, v. u. EDRESP 200200743716, EDRESP 440916. Rel. Min. LUIZ FUX. DJ 28/04/2003, p. 177, J. 25/03/2003)

"EMBARGOS À EXECUÇÃO - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - DESPESAS COM EMPREGADOS - NATUREZA REMUNERATÓRIA - RECURSO IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.
1. No caso dos autos, o pagamento de despesas com combustível tem caráter salarial, vez que não restou demonstrada, nos autos, a necessidade de serviço relativamente ao uso de veículo do gerente, além do que os gastos informados são incompatíveis com a atividade do gerente.
2. Os valores a título de IPTU referente a imóveis locados a seus gerentes por tempo indeterminado e de mensalidades de clubes sociais e esportivos têm caráter remuneratório e, por isso, integram o salário-de-contribuição, sendo devida, pois, a incidência da contribuição previdenciária.
3. Recurso improvido. Sentença mantida.
(TRF 3ª Região, 5ª Turma, v. u. AC 96030902730, AC 347884. Rel. JUÍZA RAMZA TARTUCE. DJU 20/04/2004, p. 201. J. 08/03/2004)

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. REGULARIDADE FORMAL. AMPLA DEFESA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-CRECHE/BABÁ. NATUREZA INDENIZATÓRIA. PAGAMENTO DE DESPESAS COM JORNAIS E CLUBE DE LAZER. DIÁRIAS DE VIAGENS.

NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE NÃO ULTRAPASSARAM 50% DA REMUNERAÇÃO MENSAL. CONTRIBUIÇÃO SOBRE PAGAMENTOS EFETUADOS A AUTÔNOMOS. DESPESAS COM O IPTU. VALORES GASTOS COM COMBUSTÍVEL E AUXÍLIO-MUDANÇA.

1 - A exigência de que a CDA esteja regularmente formal tem como escopo proporcionar que o executado exercite a ampla defesa, o que, no caso, consoante os argumentos expendidos na exordial destes embargos, foi possível.

2 - O auxílio-creche/babá é verba eminentemente indenizatória, isso porque tão-somente ressarce ao empregado os gastos despendidos com obrigação que é do empregador. Inteligência da Súmula 310, do STJ.

3 - Os valores relativos à assinatura de jornais, no caso, caracterizam-se como verba salarial, à míngua de comprovação de que aqueles são dirigidos, especificamente, para o trabalho desenvolvido pelos empregados.

4 - O pagamento da freqüência em clube de lazer, na verdade, está remunerando o empregado do embargante, pois, segundo os dizeres deste último, aquela é exigida para angariar clientes, o que é significa trabalho, que tem como contraprestação o salário.

5 - Se o exeqüente afirma que somente computou a quantia que ultrapassou 50% da remuneração mensal a título de diárias, cabia ao embargante demonstrar que estava equivocada tal alegação, o que não fez. Logo, ante a presunção de liquidez e certeza que possui a CDA, considera-se legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre os valores relativos às diárias de viagens.

6 - Não há falar em inconstitucionalidade dos valores recolhidos a autônomos, isso porque o exeqüente, ao substituir a CDA, procedeu à exclusão dos mesmos.

7 - Incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos ao empregado a título de ressarcimento de IPTU, uma vez que, não sendo a obrigação do empregador arcar com tal despesa, por certo aumentará o ganho do funcionário, não

havendo falar, pois em ressarcimento, mas sim pagamento por parte do embargante.
8 - O ressarcimento das despesas com combustível tidas pelos empregados, que utilizam veículo próprio, a serviço da empresa, não pode ser considerada salário, mas sim indenização. No caso, de acordo com o relatório fiscal, denota-se que o auxílio-combustível foi pago a diferentes funcionários, em datas e valores variados, ou seja, tudo leva a crer que, mediante a apresentação dos gastos, foi procedido o ressarcimento.
9 - O artigo 28, parágrafo 9º, letra 'g', da Lei nº 8212/91 prevê que não será considerado salário-de-contribuição a 'a ajuda de custo recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado'. Na hipótese, as rubricas relativas ao auxílio-mudança/transferência foi pago a determinados funcionários, por uma única vez, motivo pelo qual se infere que foi motivado, exclusivamente, pela mudança/transferência dos empregados."
(TRF 4ª Região, 1ª Turma, v. u. AC 200004011366321, Rel. JOEL ILAN PACIORNIK. DJ 09/08/2006, p. 592. J. 19/07/2006)

"CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTÔNOMOS. AUXÍLIO-CRECHE 'BABÁ'. REEMBOLSO DE QUILÔMETROS RODADOS, COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES.
1. As verbas pagas a título de 'auxílio creche-babá' têm natureza tipicamente indenizatória, consoante previsto em convenção coletiva de trabalho, de forma que não integram os salários, não servindo de base de cálculo, portanto, da contribuição previdenciária.
2. Ajuda de custo referente a aluguel pago pela embargada que corresponde a um período indeterminado, evidencia o caráter salarial da verba, o que determina a incidência da contribuição previdenciária.
3. O IPTU, segue o mesmo raciocínio, uma vez que é pago por tempo indeterminado, perdendo o caráter da eventualidade,

de ‘despesa’, caracterizando-se como ganho salarial, um acréscimo ao patrimônio do funcionário.
4. É inegável o caráter indenizatório da ajuda de custo por quilômetro rodado com o próprio veículo. Quilometragem é título atribuído ao valor pago ao empregado quando, por necessidade de serviço, consome óleo e outros combustíveis para se locomover. Ela é tida como não salarial. Trata-se de importância ressarcitória de despesas havidas e, como tal, não faz parte da definição da base de cálculo da contribuição. O ressarcimento das despesas realizadas a título de quilometragem, prestadas por empregados que fazem uso de seus veículos particulares não tem portanto, natureza salarial.”
(TRF 4ª Região, 1ª Turma, v. u. AC 199904011374957, Rel. MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA. DJ 04/04/2001. J. 11/12/2000)

No caso, a embargante não demonstrou documentação circunstâncias hábeis a descaracterizar a natureza salarial de tais verbas.

A apelação não trouxe outros argumentos de impugnação da sentença.

Portanto, deve-se manter a sentença recorrida.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO à apelação da embargante*, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
1008074-75.1998.4.03.6111
(2005.03.99.028930-4)

Apelantes: CONSTRUTORA KHOURI LTDA. E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apeladas: AS MESMAS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MARÍLIA - SP
Classe do Processo: AC 1041548
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2010

EMENTA

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO PARA CONSTRUÇÃO DE UNIDADES HABITACIONAIS COM RECURSOS DO FGTS. PLANO EMPRESÁRIO POPULAR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. AGRAVO RETIDO NÃO PROVIDO. SENTENÇA NÃO CONDICIONAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL AFASTADA. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DOS ENCARGOS COBRADOS PELA CEF SOBRE O VALOR DA PRIMEIRA PARCELA DO MÚTUO. PREJUÍZOS FINANCEIROS SOFRIDOS PELA CONSTRUTORA DECORRENTES DO REPASSE DO EMPRÉSTIMO EM MONTANTE MENOR DO QUE CONTRATADO, BEM COMO PELA SISTEMÁTICA DE CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DEVEDOR. ALOCAÇÃO DE RECURSOS JUNTO AO MERCADO FINANCEIRO. RESSARCIMENTO PELA TAXA MÉDIA DO BANCO CENTRAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES. APELAÇÃO DA CEF NÃO PROVIDA. RECURSO DA AUTORA PROVIDA.
I - Trata-se de ação ordinária promovida por CONSTRUTORA KHOURI LTDA. em face de CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, objetivando indenização por perdas e danos, repetição de valores pagos indevidamente e reconhecimento

de nulidade de cláusulas contratuais, decorrentes de empréstimo bancário contraído no âmbito do "Plano Empresário Popular", com repasse de repasse de recursos do FGTS, destinado à construção de conjunto habitacional destinado a segmentos de baixa renda da população.
II - Agravo retido da autora não provido, para manter a decisão que reconheceu a ilegitimidade passiva da União para compor a presente demanda.
III - A União não tem legitimidade passiva para compor a presente demanda, pois não faz parte das relações jurídicas em que regulam direitos e obrigações decorrentes do FGTS, restringindo-se a sua atuação à elaboração legislativa genérica, e à fiscalização, por meio do Ministério Público da Ação Social.
IV - Nos termos do disposto nos artigos 4º e 7º da Lei 8.036/90, cabe à Caixa Econômica Federal a responsabilidade exclusiva sobre a aplicação dos recursos oriundos do FGTS, com o repasse de verbas deles decorrentes, por intermédio de contrato de mútuo firmado com Construtoras, bem como a fiscalização da execução da obra contratada, assumindo as obrigações dele decorrentes. Precedentes: STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 160.621/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, julgado em 15/10/2009, DJe 06/11/2009; 4ª Turma, REsp 645.175/CE, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 19.04.2005, DJe 23.05.2005; e TRF 3ª Região, Ag 96.03.071181-6, 5ª Turma, Rel. Des. Federal RAMZA TARTUCE, j. 03.03.1997, DJ 08.04.1997.
V - A r. sentença monocrática não se mostra condicional ao remeter para a fase de liquidação a indenização dos prejuízos decorrentes do aumento das despesas indiretas da obra, pois reconheceu o direito pleiteado pela Construtora nesta parte, condenando a CEF ao pagamento de indenização e ordenando, apenas, a respectiva apuração em momento futuro.
VI - O fato de o MM. Juiz singular valer-se do laudo pericial para alicerçar seu entendimento de procedência parcial do

pedido da autora não caracteriza ausência de fundamentação a justificar a nulidade da r. sentença, utilizando-se do trabalho técnico apenas para corroborar a sua convicção. Precedente: STJ, AgRg no Ag 1.207.818/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, j. 17.12.2009, DJe 02.02.2010.

VII - Não há se falar em afronta ao artigo 333, I, do CPC, estando o r. *decisum* embasado nas provas produzidas durante a instrução processual, especialmente o laudo pericial requerido pela parte autora, provas estas objeto de apreciação e impugnação pela ré, com pleno exercício de seu direito de defesa, não havendo se falar em inversão dos ônus da prova, tampouco em ausência de comprovação pela Construtora autora.

VIII - Os prejuízos requeridos pela autora em razão do inadimplemento da CEF também alcançam os valores pagos a título de juros e demais consectários, o que descaracteriza a natureza acessória das referidas verbas, afastada, portanto, a aplicação do artigo 178, § 10, do CC/1916, assim como em relação à correção monetária, por não se tratar de *plus*, tampouco acessório do principal, mas sim manutenção do poder de compra da moeda.

IX - Devida a restituição integral dos encargos cobrados pela CEF sobre o valor da primeira parcela do mútuo, por inobservância do disposto na Cláusula Terceira, parágrafo segundo, do contrato, que determina a aludida liberação após o cumprimento de todas as exigências contratuais por parte do devedor, o que não ocorreu na espécie.

X - É de rigor o reconhecimento de danos materiais sofridos pela Construtora decorrentes dos critérios discrepantes de correção monetária dos valores mutuados e do saldo devedor, tendo em vista a utilização, pela Caixa Econômica Federal, de critérios diversos de atualização monetária - mensal, no dia 1º de cada mês, para a liberação dos recursos do financiamento - e diária - *pro rata die*, para a apuração do saldo devedor, provocando prejuízo à Construtora,

pela maior participação de capital próprio para conclusão do empreendimento, em época de altíssima inflação (1991-1993),

XI - A CEF, na elaboração do contrato, modificou cláusula previamente determinada pela Instrução Normativa nº 156/90, reguladora do "Plano Empresário Popular", para estabelecer critério de atualização monetária a ela mais favorável, ferindo de morte o princípio da comutatividade e boa fé que devem nortear as relações contratuais, causando prejuízos à Construtora. TRF 4ª Região, AC 1999.70.03.012862-4, 3ª Turma, Rel. Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, j. 12.01.2009, DE 11.03.2010; EInf 2002.70.05.005633-4, 2ª Seção, Rel. Des. Federal MARIA LÚCIA LEIRIA, j. 14.05.2009, DE 29.06.2009.

XII - Reconhecida a perda financeira sofrida pela autora em virtude da alocação, junto ao mercado financeiro, de parte dos recursos que foram sonegados à obra, tendo em vista o repasse a menor do mútuo consensual contratado, constatado pelo laudo pericial, aliado à discrepância de critérios para atualização do saldo devedor, devendo ser observada a taxa oficial praticada pelo Banco Central do Brasil no período respectivo, conforme valor a ser individualizado em liquidação de sentença.

XIII - Conclui-se, pois, que os prejuízos financeiros sofridos pela Construtora decorreram do repasse do empréstimo em montante menor do que contratado, bem como pela sistemática de correção monetária do saldo devedor e das parcelas mensais, devendo a CEF indenizar o montante devido. Precedentes: TRF 4ª Região, EInf 2000.70.00.022966-2, 2ª Seção, Rel. Des. Federal MARIA LÚCIA LEIRIA, j. 13.08.2009, DE 03.09.2009; TRF 4ª Região, EInf em AC 2002.04.01.052598-9, Rel. Des. Federal SILVIA GORAIEB, j. 14.06.2007, DE 09.07.2007; e TRF 4ª Região, EInf em AC 2002.04.01.052598-9, Rel. Des. Federal SILVIA GORAIEB, j. 14.06.2007, DE 09.07.2007.

XIV - Não procede o pleito de perdas financeiras decorrentes

das diferença entre a variação dos custos de construção após o 15 mês, pois a Construtora tinha prévio conhecimento de que os valores mutuados sofreriam reajuste por índice diverso ao INCC, assumindo o risco de eventuais diferenças.

XV - Descabida a indenização por lucros cessantes, que consistem nos ganhos previstos objetivamente na data do inadimplemento da obrigação pelo devedor, devidamente comprovados, não se considerando como tais ganhos hipotéticos decorrentes da atividade empresarial. Precedentes: STJ, REsp 846.455/MS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 22/04/2009; TRF 5ª Região, EInf em AC 2004.05.00.031251-0, Pleno, Rel. p/ acórdão Des. Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, j. 08.07.2009, DE 29.07.2009; e TRF 4ª Região, AC 2003.04.01.056426-4, 3ª Turma, Rel. Juiz Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, j. 24.10.2006, DE 13.12.2006.

XVI - Agravo retido e apelação da Caixa Econômica Federal não provimento, e ao recurso da autora parcial provido, nos termos constantes do voto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido e à apelação da Caixa Econômica Federal, e dar parcial provimento ao recurso da autora, nos termos constantes do voto, invertendo-se os ônus sucumbenciais, para condenar a CEF ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, e ao pagamento das custas processuais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2010.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Trata-se de ação ordinária promovida em 16 de dezembro de 1998 por CONSTRUTORA KHOURI LTDA. em face de CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, objetivando indenização por perdas e danos, repetição de valores pagos indevidamente e reconhecimento de nulidade de cláusulas contratuais.

Noticia a autora que as partes firmaram contrato celebrado em 19 de julho de 1991, no valor de Cr$ 2.533.739.200,00 (dois bilhões e quinhentos e trinta e três milhões e setecentos e trinta e nove mil e duzentos cruzeiros), tendo por objeto empréstimo bancário destinado à construção, pela parte autora, do conjunto habitacional denominado "Residencial San Remo", no Município de Marília/SP, composto por 576 (quinhentas e setenta e seis) unidades habitacionais. (fls. 92/104). O aludido empréstimo foi contraído no âmbito do "Plano Empresário Popular", instituído para facilitar o acesso dos segmentos de baixa renda da população à moradia própria.

A referida obra deveria ser concluída pela autora no prazo de 15 (quinze) meses, conforme previsto na Cláusula Nona do Contrato (fl. 96), sendo certo que a CEF promoveria a liberação dos recursos em igual período, entre agosto de 1991 e outubro de 1992, nos termos constantes do Cronograma de desembolso inserido no Anexo I (fl. 103), em correlação entre os Cronogramas físico (etapas de construção) e financeiro (desembolso dos recursos), ou seja, as parcelas mensais do empréstimo seriam liberadas proporcionalmente à evolução da obra, e o saldo devedor liquidado pela autora mediante a comercialização das unidades habitacionais, por meio de operações de repasse aos adquirentes finais.

Alega a autora o descumprimento pela ré da obrigação de liberação regular das parcelas do empréstimo, ao entregar valor inferior ao pactuado e em prazo superior ao previsto no contrato; manipulação da correção monetária das parcelas liberadas e do saldo devedor, com aplicação de índices menores sobre as primeiras

e maiores sobre o segundo; cobrança de taxas e contribuições, embora estivesse em mora desde a liberação da primeira parcela.

Tais irregularidades resultaram em saldo devedor superior ao correto e em sonegação de valores destinados ao custeio das obras, reduzindo o ritmo das obras e provocando aumento dos custos diretos e indiretos, levando a autora, a fim de concluir as obras no prazo contratual, a alocar recursos próprios em montante superior ao previsto inicialmente, contraindo, inclusive empréstimos bancários de curto prazo para obtenção de recursos.

Aduz que, em razão da inadimplência da ré, as operações de repasse aos adquirentes finais das unidades foi atrasada, levando a autora a permanecer como devedora do mútuo por 13 (treze) meses além do previsto, com aumento do saldo devedor e incidência de encargos durante esse período.

Sustenta, ainda, que a CEF congelou os valores das operações de repasse desde julho de 1994, ao mesmo tempo em que corrigiu o saldo devedor até o repasse do valor correspondente à última unidade do Residencial San Remo.

Aponta, ainda, que a ré incorreu em práticas lesivas, como a inclusão de cláusulas contratuais prevendo a cobrança de Taxa de Risco de Crédito, contribuições ao PRODEC e ao FUNDHAB, a incidência de juros compensatórios sobre parcelas indevidamente majoradas e em períodos onde eram inexigíveis; capitalização dos encargos relativos ao serviço da dívida; cobrança ilegal e excessiva de prêmios de seguro; utilização da Taxa Referencial - TR como critério de atualização monetária; correção do saldo devedor antes do valor dos repasses; e locupletamento indevido, pois a quitação do saldo devedor dependeria do repasse de um número de unidades inferior ao total do empreendimento, tendo em vista a majoração artificiosa do saldo devedor.

Contestação da CEF às fls. 161/191, alegando, preliminarmente, o litisconsórcio passivo necessário da União e, quanto ao mérito, a prescrição das parcelas relativas aos juros, correção monetária e prêmios de seguro, nos termos do artigo 178, § 10, III, do CC/1916, rebatendo os argumentos aduzidos pela autora, afirmando que cumpriu as condições constantes do contrato

firmado, ao contrário da autora, que se mostrou incapaz de honrar os compromissos assumidos, e requerendo sua condenação por litigância de má-fé.

Em despacho saneador às fls. 475/476, o e. Juiz de primeiro grau indeferiu a preliminar de litisconsórcio passivo necessário com a União, designando audiência de tentativa de conciliação.

Agravo retido interposto pela CEF contra a decisão de indeferimento da preliminar (fls. 485/489).

Infrutífera a tentativa de conciliação, o Juízo deferiu a produção de prova pericial, produzida perante o Juízo Federal da Subseção de Bauru/SP, por meio de carta precatória.

Laudo pericial às fls. 620/814 e anexos às fls. 815/925, com manifestação da autora às fls. 1.169/1.225, concordando parcialmente com o trabalho do *Expert*, e a divergência da ré, às fls. 932/1.163.

Quesitos suplementares da autora às fls. 1.228/1.230, respondidos pelo Perito Judicial às fls. 1.245/1.254.

Encerrada a instrução (fls. 1.258), as partes ofereceram memoriais (CEF - fls. 1.262/1.309 e Construtora Khouri - fls. 1.311/1.331).

O MM. Juiz *a quo* entendeu por bem julgar parcialmente procedente o pedido da empresa autora, nos termos do dispositivo a seguir transcrito:

> "Diante de todo o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, a fim de condenar a Caixa Econômica Federal a:
> 1. Restituir à autora 50% (cinquenta por cento) dos encargos cobrados sobre a primeira parcela do empréstimo, relativos ao período de 21 de agosto a 12 de setembro de 1991, na forma do item 2 da fundamentação;
> 2. Indenizar os prejuízos decorrentes do aumento das despesas indiretas da obra, suportado pela autora, na forma do item 4 da fundamentação;
> 3. Restituir à autora o valor cobrado em excesso a título de juros compensatórios, na forma do item 6 da fundamentação; e

4. Restituir à autora os valores retidos nas parcelas liberadas do empréstimo, referentes aos encargos contratuais do período em que ocorreu o atraso nos repasses das unidades comercializadas (de janeiro de 1993 a fevereiro de 1994), na forma do item 11 da fundamentação.

Os valores acima identificados deverão ser apurados em liquidação de sentença.

A correção monetária deverá observar os critérios estabelecidos no Provimento nº 26/2001, da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região. Os juros de mora incidirão à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, a contar da citação, até a entrada em vigor do novo Código Civil e, a partir de então, segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (CC/02, art. 406).

Considerando que a ré decaiu de parte mínima do pedido, condeno a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor da causa, devidamente atualizado." (fls. 1590/1632).

Opostos Embargos de Declaração pela autora (fls. 1.635/1.654), alegando a ocorrência de erros materiais, obscuridade (quanto aos juros compensatórios), contradição (no tocante à Taxa de Risco de Crédito e aos custos diretos) e omissão (acerca do pedido de ressarcimento dos valores investidos em empréstimos bancários e de lucros cessantes), estes restaram acolhidos parcialmente, apenas para reconhecer a ocorrência de erro material, no tocante ao percentual de juros compensatórios de 8,1% ao ano, e não ao mês, como restou consignado na r. sentença à fl. 1.617. (fls. 1.720/1.735)

Irresignadas, apelam ambas as partes.

A ré, Caixa Econômica Federal, em suas razões de apelação (fls. 1656/1719), sustenta a reforma parcial da r. sentença de primeiro grau pelos seguintes fundamentos:

- a apreciação do agravo retido de fls. 485/489;

- reconhecimento do litisconsórcio passivo necessário da União, na qualidade de representante do Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, tendo em vista que o contrato de mútuo *sub judice* tem por objeto recursos advindos do referido Fundo;

- a ocorrência de prescrição quanto às parcelas referentes aos juros, correção monetária e acessórios (prêmios de seguro) anteriores a 16 de dezembro de 1993, conforme disposto no artigo 178, § 10, III, do CC/1916, vigente à época dos fatos;

- os juros do contrato de financiamento na fase de carência não foram incorporados ao saldo devedor;

- não houve atraso, por parte da CEF, na liberação das parcelas, que cumpriu com os créditos e também liberações de parcelas em seus respectivos prazos contratuais e sim descumprimento das obrigações contratuais pela Construtora desde o início da obra;

- a diferença entre o valor de empréstimo contratado e o valor de empréstimo liberado, apurado pela perícia contábil, equivalente a 20.521,80144 UPF, aplicada a quota de financiamento de 85,606% em cada item financiável, refere-se basicamente ao item Seguro MIP, previsto na composição do valor do investimento, mas não foi liberado, pois a comercialização prévia das unidades na fase de construção não teve a interveniência da CEF;

- o atraso na conclusão das obras do empreendimento foi causado exclusivamente pela falta de gerenciamento da autora, que adiantou demais a obra no início, o que acabou comprometendo o fluxo de caixa da Construtora para cumprir com os compromissos futuros;

- as unidades não puderam ser comercializadas no prazo previsto devido a defeitos construtivos apontados em março de 1993 e por pendência de documentação, que somente possibilitou o início do desligamento das unidades em Julho de 1993;

- a prorrogação do prazo para entrega das obras, por culpa exclusiva da Construtora, não lhe causou prejuízos, ao contrário, auferiu lucro, já que as unidades foram vendidas em valor superior ao inicialmente avaliado;

- afastamento da condenação ao pagamento dos custos indiretos e juros compensatórios, tendo em vista que a conclusão das obras e o término do repasse das unidades foi causado exclusivamente pela Construtora, que descumpriu a Cláusula de Desembolsos, principalmente o parágrafo segundo "d" (documentos de encargos fiscais e trabalhistas), fazendo incidir o Parágrafo Nono (creditamento, mas liberação somente se cumpridas as obrigações pela Construtora);

- majoração da condenação em honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00, tendo em vista a complexidade da causa e o benefício econômico pleiteado pela autora.

A autora, CONSTRUTORA KHOURI, em suas razões de apelação, (fls. 1.776/1.818) requer a reforma parcial da r. sentença monocrática nos pontos seguintes:

- condenação da CEF ao ressarcimento do efetivo aumento de custo direto da obra, gerado pelo prolongamento do prazo de execução após o 15º mês, em consequência da não liberação dos valores no tempo e modo contratados, e decorrentes da diferença entre a variação entre a UPF e o INCC (custos da construção);

- reconhecimento das perdas geradas pela rescisão contratual de promessas de compra e venda, por força da dúplice mora da CEF, em especial atinente aos custos de corretagem e nova comercialização;

- perdas financeiras derivadas da alocação, a alto custo, junto ao mercado financeiro, de parte dos recursos que foram sonegados à obra em virtude da liberação a menor do mútuo consensual contratado;

- perdas e danos por lucros cessantes, à taxa de 1% ao mês a titulo de juros remuneratórios, tendo em vista a indisponibilização dos recursos próprios por prazo excedente, além de outras verbas devidas, o que implicou na impossibilidade de investimento de tais valores em outras atividades rentáveis da empresa ou mesmo aplicação no mercado financeiro, deixando, portando de auferir renda;

- restituição integral dos encargos cobrados pela CEF sobre o valor da primeira parcela e seguintes do empréstimo durante o período que restaram bloqueadas;

- expurgo dos encargos cobrados pela CEF desde sua incidência em mora;

- restituição dos valores pagos a título de seguro desde a mora da CEF, ou sucessivamente, após o 18º mês;

- restituição do indébito auferido pela CEF por conta da capitalização de encargos;

- inversão do ônus da sucumbência, com fixação dos honorários advocatícios em percentual de 10% a 20% do valor da condenação, ou, reconhecimento da sucumbência recíproca.

Com contrarrazões da autora às fls. 1.878/1.926 e da ré às fls. 1.929/1.946, os autos foram remetidos a este E. Tribunal.

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora):

Inicialmente, examino o agravo retido interposto pela CEF contra a decisão de fls. 475/476, que indeferiu a preliminar de litisconsórcio passivo necessário da União.

Não merece prosperar a irresignação da empresa ré.

Com efeito, o contrato de mútuo objeto da presente demanda envolve recursos advindos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Assim, dispõem os artigos 4º e 7º da Lei 8.036/90:

> "Art. 4º A gestão da aplicação do FGTS será efetuada pelo Ministério da Ação Social, cabendo à Caixa Econômica Federal (CEF) o papel de agente operador."

e

> "Art. 7º À Caixa Econômica Federal, na qualidade de agente operador, cabe:

I - centralizar os recursos do FGTS, manter e controlar as contas vinculadas, e emitir regularmente os extratos individuais correspondentes às contas vinculadas e participar da rede arrecadadora dos recursos do FGTS;
II - expedir atos normativos referentes aos procedimentos administrativo-operacionais dos bancos depositários, dos agentes financeiros, dos empregadores e dos trabalhadores, integrantes do sistema do FGTS;
III - definir os procedimentos operacionais necessários à execução dos programas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana, estabelecidos pelo Conselho Curador com base nas normas e diretrizes de aplicação elaboradas pelo Ministério da Ação Social;
IV - elaborar as análises jurídica e econômico-financeira dos projetos de habitação popular, infra-estrutura urbana e saneamento básico a serem financiados com recursos do FGTS;
V - emitir Certificado de Regularidade do FGTS;
VI - elaborar as contas do FGTS, encaminhando-as ao Ministério da Ação Social;
VII - implementar os atos emanados do Ministério da Ação Social relativos à alocação e aplicação dos recursos do FGTS, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Curador.
VIII - (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.491, de 1997)
IX - garantir aos recursos alocados ao FI-FGTS, em cotas de titularidade do FGTS, a remuneração aplicável às contas vinculadas, na forma do caput do art. 13 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.491, de 2007)
Parágrafo único. O Ministério da Ação Social e a Caixa Econômica Federal deverão dar pleno cumprimento aos programas anuais em andamento, aprovados pelo Conselho Curador, sendo que eventuais alterações somente poderão ser processadas mediante prévia anuência daquele colegiado."

Depreende-se da leitura dos dispositivos acima transcritos que cabe à Caixa Econômica Federal a responsabilidade exclusiva sobre a aplicação dos recursos oriundos do FGTS, com o repasse de verbas deles decorrentes, por intermédio de contrato de mútuo firmado com Construtoras, bem como a fiscalização da execução da obra contratada, assumindo as obrigações dele decorrentes, sendo responsável pela cobrança do adimplemento pela empresa mutuária.

A União não faz parte das relações jurídicas em que regulam direitos e obrigações decorrentes do FGTS, restringindo-se a sua atuação à elaboração legislativa genérica, e à fiscalização, por meio do Ministério Público da Ação Social, não possuindo legitimidade passiva para compor a presente ação.

Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO DE EMPREITADA - FINANCIAMENTO COM RECURSOS DO FGTS - DISCUSSÃO ACERCA DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL PARA COMPOR A LIDE - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA CORTE DE ORIGEM SOB O ENFOQUE ASSIM DEFENDIDO PELA AGRAVANTE - NÃO OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS NA INSTÂNCIA DE ORIGEM - PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO - AUSÊNCIA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 211/STJ - ESCÓLIO JURISPRUDENCIAL DESTE EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DE AÇÃO ONDE SE DISCUTE INADIMPLÊNCIA NO REPASSE DE VALORES ORIUNDOS DO FGTS - RECURSO IMPROVIDO."
> (STJ, AgRg no REsp 160.621/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 06/11/2009)

> "CIVIL. FINANCIAMENTO PARA CONSTRUÇÃO DE

CASAS POPULARES. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. UNIÃO. ILEGITIMIDADE. RESCISÃO CONTRATUAL. CAUSAS. SÚMULA 7.

1. Está a Caixa Econômica Federal, segundo entendimento pretoriano, legitimada na qualidade de agente operador do FGTS a figurar no pólo passivo de ação onde debatida inadimplência no repasse de valores relativos a empréstimos destinados a construção de moradias populares, não se configurando neste caso o litisconsórcio com a União, excluída corretamente da lide.

2. O debate sobre as causas ensejadoras da suspensão dos repasses de parcelas do empréstimo à construtora é matéria que, a par de não prequestionada, encontra óbice na súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, pois sua elucidação reclama investigação probatória.

3. Recurso especial não conhecido."

(STJ, 4ª Turma, REsp 645.175/CE, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 19.04.2005, DJe 23.05.2005)

"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DENUNCIAÇÃO SUCESSIVA. ADMISSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 73, CPC - UNIÃO FEDERAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM'.

A lei processual não proíbe a denunciação sucessiva. Antes, admite-a, atribuindo ao magistrado a faculdade de deferi-la ou não, segundo seu convencimento acerca da possibilidade de acarretar prejuízo, ou não, com a demora na solução da lide.

2. A União Federal não é parte legítima para figurar no pólo passivo de causas, cujo objeto seja a inadimplência do repasse das verbas pela Caixa Econômica Federal, referente a empréstimo de recursos provenientes do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço."

(TRF 3ª Região, Ag 96.03.071181-6, 5ª Turma, Rel. Des. Federal RAMZA TARTUCE, j. 03.03.1997, DJ 08.04.1997)

Assim sendo, nego provimento ao agravo retido.

Inicialmente, examinarei questões preliminares e de ordem processual, argüidas pela CEF em seu recurso, para então, adentrar no mérito da presente demanda.

SENTENÇA PARCIALMENTE CONDICIONAL

Não procede a alegação da Caixa de que a sentença é parcialmente condicional, ao remeter para a fase de liquidação de sentença a indenização dos prejuízos decorrentes do aumento das despesas indiretas da obra, em afronta ao disposto no artigo 460, parágrafo único, do CPC.

De fato, a determinação de se apurar o *quantum* devido em liquidação de sentença em nada afasta a higidez do r. *decisum*, pois reconheceu o direito pleiteado pela Construtora nesta parte, condenando a CEF ao pagamento de indenização e ordenando, apenas, a respectiva apuração em momento futuro, cujos métodos e critérios serão devidamente definidos.

OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE

Igualmente, não merece acolhida a alegação da ré/apelante de que o r. *decisum* de primeiro grau foi proferido de maneira genérica, sem apresentar os fundamentos.

Deveras, o fato de o MM. Juiz singular valer-se do laudo pericial para alicerçar seu entendimento de procedência parcial do pedido da autora não caracteriza ausência de fundamentação a justificar a nulidade da r. sentença.

In casu, o Magistrado, apesar de maneira sucinta, reconheceu o direito à reparação do prejuízo decorrente das despesas indiretas suportadas pela autora em razão do prolongamento do prazo de execução das obras e comercialização das unidades do empreendimento imobiliário, tendo-se em vista o inadimplemento da CEF, utilizando-se do trabalho técnico apenas para corroborar a sua convicção.

Trago à colação ementa de aresto, corroborando este posicionamento:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. RECORRENTE QUE NÃO DEFINE EM QUE CONSISTE A OMISSÃO. SÚMULA Nº 284/STF. ARTIGO 458 DO CPC. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO. INOCORRÊNCIA. INSTALAÇÃO DE HIDRÔMETRO. INEXEQUIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. INTERRUPÇÃO. INCABIMENTO NO CASO DE DÍVIDAS PRETÉRITAS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> (...)
> 3. *Inexiste a violação do artigo 458 do Código de Processo Civil se o acórdão, embora sucintamente, mostra motivação suficiente, abrangendo a matéria que lhe era própria, de modo a permitir a exata compreensão da controvérsia, sendo certo que a apreciação de modo contrário ao interesse da parte não configura ausência de fundamentação.*
> 4. Reconhecido no acórdão impugnado que a recorrente não logrou êxito em comprovar a inexequibilidade da instalação do hidrômetro, a afirmação em sentido contrário, a motivar insurgência especial, requisita exame do acervo fáctico-probatório, vedado na instância excepcional.
> 5. É firme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido da impossibilidade de suspensão de serviços essenciais, tais como o fornecimento de energia elétrica e água, em função da cobrança de débitos pretéritos.
> 6. Agravo regimental improvido." (grifos meus)
> (STJ, AgRg no Ag 1.207.818/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, j. 17.12.2009, DJe 02.02.2010)

ÔNUS DA PROVA

Assevera a CEF que a r. sentença debatida negou vigência ao disposto no artigo 333, inciso I, do CPC, eis que a empresa autora não se desincumbiu do ônus da prova do fato constitutivo de seu direito.

Não assiste razão à ré/apelante.

Conforme leciona o i. Professor Cássio Scarpinella Bueno em sua obra *Curso sistematizado de direito processual civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 3. Ed. rev. e atual., 2010, v. 2, Tomo I, "(...) o ônus da prova é do autor quanto ao fato constitutivo de seu direito. Fato constitutivo é o suporte fático a partir do qual pretende o autor a tutela jurisdicional de seu direito. Ele é extraído da 'causa de pedir'. (...) Desincumbir-se do ônus da prova significa a produção adequada das provas em juízo, sempre com observância dos ditames legais e judiciais, com vistas à formação do convencimento do magistrado a favor da pretensão daquele que as produz." (pp. 274/275)

Pois bem, na presente ação, pleiteia a autora o ressarcimento dos prejuízos por ela sofridos decorrentes do descumprimento, pela CEF, do contrato firmado entre as partes.

Instruindo a exordial, a Construtora anexou documentos comprobatórios dos fatos constitutivos do direito pretendido e requereu a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pericial, aptos a corroborar as pretensões requeridas.

Constato que a decisão do e. Juiz singular foi embasada nas provas produzidas durante a instrução processual, especialmente o laudo pericial requerido pela parte autora, provas estas objeto de apreciação e impugnação pela ré, com pleno exercício de seu direito de defesa, não havendo se falar em inversão dos ônus da prova, tampouco em ausência de comprovação pela Construtora autora.

PRESCRIÇÃO

Melhor sorte não assiste à recorrente ao sustentar a prescrição

do direito quanto aos juros, correção monetária e demais consectários, tendo em vista o decurso do lapso temporal de 5 (cinco) anos previsto no artigo 178, § 10, do Código Civil de 1916, vigente à época da contratação.

Dispunha o referido dispositivo legal:

> "Art. 178. Prescreve:
> (...)
> § 10. Em 5 (cinco) anos:
> (...)
> III - Os juros, ou quaisquer outras prestações acessórias pagáveis anualmente, ou em períodos mais curtos."

Na hipótese dos autos, os prejuízos requeridos pela autora em razão do inadimplemento da CEF também alcançam os valores pagos a título de juros e demais consectários, o que descaracteriza a natureza acessória das referidas verbas, afastando-se, assim, a aplicação do artigo 178, § 10, do CC/1916.

Nem se diga quanto à inaplicabilidade da prescrição quinquenal sobre os valores referentes à correção monetária, por não se tratar de "plus", tampouco acessório do principal, mas sim manutenção do poder de compra da moeda.

Passo a enfrentar a questão de mérito debatida nestes autos, analisando conjuntamente ambas as apelações.

O contrato de mútuo em exame foi firmado em 19 de julho de 1991 entre a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - mutuante - e CONSTRUTORA KHOURY LTDA. - mutuária, para concessão de empréstimo no valor de CR$ 2.533.739.200,00 (dois bilhões e quinhentos e trinta e três milhões e setecentos e trinta e nove mil e duzentos cruzeiros), com recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e no âmbito do "Plano Empresário Popular", para construção do conjunto habitacional "Residencial San Remo", com 576 unidades, na cidade de Marília/São Paulo.

O prazo de carência do mútuo foi fixado em 18 (dezoito) meses, contados a partir de julho de 1991, com término em janeiro de 1993 (Cláusula Segunda).

Para conclusão do empreendimento foram previstas 15 etapas mensais, iniciando-se em julho de 1991 e terminando em outubro de 1992 (Cláusula Oitava), com repasse do valor mutuado a cada etapa mensal concluída, conforme Cronograma de Desembolso de fls. 258, sem, contudo, especificação de dia certo para realização de tais pagamentos.

Considerando que a questão nodal para deslinde da presente demanda é a caracterização de mora por parte dos contratantes no momento de liberação dos recursos mutuados, não me parece razoável a ausência contratual de dia certo para realização dos repasses dos valores mutuados, constituindo verdadeira afronta ao princípio do *pacta sunt servanda*, norteador das obrigações contratuais bilaterais.

Para resolver esta lacuna, recorro à Circular Normativa nº 156/90, instituidora e reguladora do Plano Empresário Popular, que deu ensejo à presente contratação. (fls. 194/234)

Em seu item 14.2.2, a referida Circular determina que "as parcelas serão creditadas no dia de aniversário do contrato, entendendo-se como tal a efetivação do crédito da 1ª parcela, que deverá ocorrer em período nunca inferior a 30 (trinta) dias contados da data de assinatura do contrato de empréstimo."

Depreende-se da leitura do dispositivo acima transcrito, que o dia de liberação da primeira parcela será considerado como o dia de aniversário do contrato, data em que deverão ocorrer os creditamentos dos demais valores mutuados mensais.

De outra parte, o parágrafo segundo da Cláusula Terceira do contrato em comento preconiza que:

> "A CEF promoverá a liberação da primeira parcela do Cronograma de Desembolso, no prazo mínimo de 30 (trinta) dias após a assinatura deste Contrato e após o atendimento das seguintes exigências:
> a) constituição das garantias mencionadas nas Cláusulas Quarta e Quinta;
> b) apresentação do presente Contrato devidamente registrado no competente Cartório do Registro de Imóveis;

c) apresentação do Certificado de matrícula da obra (C. M.) expedido pelo INSS;
d) apresentação de documentos que comprovem a satisfação dos encargos trabalhistas, previdenciários e de regularidade fiscal, inclusive certificado de regularidade de situação para com o FGTS e o PIS;
e) manter em local visível, obrigatória e permanentemente, placa de acordo com o modelo oficial fornecido pelo Ministério da Ação Social;
f) manutenção, no local da obra, em lugar visível, de placa indicativa da participação da CEF. Deverá também constar na placa da obra a divulgação dos empréstimos e dos empreendimentos a frase: 'obras e operações financiadas com recursos do FGTS, um patrimônio do trabalhador'.
g) manutenção no local da obra, à disposição do órgão de engenharia da CEF, das plantas, especificações e memoriais aprovados pelos órgãos públicos competentes.
h) certidão de Registro do Memorial de Incorporação.
i) projeto de distribuição interna (ramais e sub ramais) de água fria, prevendo-se os registros necessários ao bom funcionamento do sistema."

Constata-se, pois, que a primeira parcela do mútuo só poderia ser liberada se atendidas duas condições: a) prazo mínimo de 30 dias após a assinatura do contrato, e b) o cumprimento das exigências elencadas nos itens "a" a "i" do parágrafo segundo da Cláusula Terceira.

No entanto, a 1ª parcela foi creditada em 21 de agosto de 1991 e bloqueada por descumprimento de exigências contratuais, situação informada à Construtora por meio de Ofício DIHAB/BU nº 159/91, datado de 26 de agosto de 1991.

Ora, assim procedendo, a CEF descumpriu a Cláusula Terceira do contrato, pois, ao antecipar a liberação da primeira parcela fez com que, a partir desse momento, os encargos contratuais passassem a ser contabilizados, porém com bloqueio dessa mesma parcela, a Construtora não usufruiu dos valores sobre os quais

os encargos financeiros já passaram a incidir. Ou seja, a CEF creditou os valores da primeira parcela, mas não os liberou, impondo à Construtora o ônus dos juros sobre o saldo devedor no período de 21 de agosto a 12 de setembro de 1991, como restou constatado pelo laudo pericial à fl. 751:

> "Em procedimento irregular, a CEF procedeu a liberação parcial da 1ª parcela, bloqueando-a em função de pendências documentais da Construtora, previstas no Parágrafo Segundo da Cláusula Terceira do contrato. Este procedimento da CEF foi irregular na medida em que o previsto na norma contratual destacada seria liberar a parcela apenas após o cumprimento das exigências destacadas. Desta forma, a CEF imputou à Construtora um ônus não previsto contratualmente, na medida em que a Autora suportou encargos contratuais (juros) sobre o valor da parcela indisponível que passou a compor o saldo devedor irregularmente. Caso a parcela fosse liberada apenas após o cumprimento das exigências contratuais (como prevê o contrato), a Construtora teria os recursos da 1ª parcela disponíveis na mesma data (12/09/81 de acordo com informação do documento de fls. 253 dos autos) e não teria suportado os juros sobre o valor parcial desta parcela no período de 21/08 a 12/09/1991."

Diante disso, a r. sentença monocrática, quanto a este ponto, merece reforma, tendo em vista o descumprimento pela CEF no previsto na aludida Cláusula Terceira, devendo, por isso, restituir à Construtora a totalidade dos encargos cobrados sobre a primeira parcela do empréstimo, relativos ao período de 21 de agosto a 12 de setembro de 1991, recalculando-se o saldo devedor a partir da efetiva liberação da 1ª parcela, qual seja, 12.09.1991.

Pois bem, o presente contrato de empréstimo foi firmado por conta do chamado "Plano Empresário Popular", objetivando o financiamento da produção e comercialização de unidades

habitacionais a preço de mercado, visando a população de baixa renda, dispondo o Parágrafo Segundo da Cláusula Primeira que: "O valor estimado do investimento é de Cr$ 3.250.523.254,89 (três bilhões, duzentos cinqüenta milhões, quinhentos e vinte e três mil, e duzentos e cinqüenta e quatro cruzeiros e oitenta e nove centavos), sendo que R$ 716.764.054,89 (setecentos e dezesseis milhões, setecentos e sessenta e quatro mil, cinqüenta e quatro cruzeiros e oitenta e nove centavos) são relativos à participação do DEVEDOR, com recursos próprios."

Conforme dispõe a Cláusula Primeira do contrato "o desembolso do empréstimo ora contratado [Cr$ 2.533.739.200,00] será efetuado pela CEF, em moeda corrente nacional, segundo o Cronograma de Desembolso (Anexo I) que ora aprovado e rubricado pelas partes integra este instrumento, de acordo com as normas vigentes na CEF."

Assim sendo, o repasse do valor mutuado é feito da seguinte forma: realizada a inspeção na obra pela CEF, e verificada a conclusão da etapa mensal da obra, procede-se ao creditamento do montante mensal contratado na data prevista para liberação da parcela (coincidente com o dia em que realizada o repasse da primeira parcela).

Todavia, se for constatado atraso na conclusão da etapa da obra, ou problemas de documentação, o respectivo valor é bloqueado, ficando indisponível para utilização pelo mutuário, e somente após a regularização das pendências indicadas é que ocorre o desbloqueio da importância contratada.

É o que determina a Cláusula Terceira, parágrafo nono, *in verbis*:

> "Parágrafo nono: Vencidos os prazos previstos no Cronograma, para desembolso das parcelas do empréstimo e não concluídas as respectivas etapas de obras, os correspondentes valores serão lançados a débito na conta do DEVEDOR para efeito de vencimento de juros e reajuste. Uma vez creditados em sua conta na CEF, esses valores somente poderão ser levantados após a conclusão das etapas a que correspondam, mediante autorização da CEF."

Destaque-se que, mesmo com o bloqueio da prestação mensal, os juros e demais encargos contratuais são debitados de imediato, havendo a apuração do saldo devedor com a respectiva correção monetária.

De fato, para conclusão do empreendimento imobiliário, imprescindível a observância e cumprimento dos prazos constantes do Cronograma de Desembolso (fls. 249), bem como do Cronograma Físico-Financeiro por ambos os contratantes.

O laudo pericial, em seu Anexo 20 (fls. 749/783), fez uma análise detalhada do andamento das obras e dos valores liberados pela CEF em montante menor do aquele efetivamente contratado.

Foi apurado que até dezembro de 1991 (5ª etapa), a Construtora estava em dia com o andamento das obras, "com execução de 28,02% das obras, referente a 100% da 1ª a 5ª etapas e 0,2% da 6ª etapa." (fl. 754)

Por outro lado, apurou o senhor Perito que "De acordo com o DRP - Documento de Pagamento/Recebimento - documento nº 06 do Anexo 23, a CEF efetuou a liberação de parcela do financiamento no valor de 65.565,37 UPF, totalizando a liberação de 244.775,17 UPF, referente a 100,0% da 1ª à 4ª etapas e 51,7% da 5ª etapa, representando uma inadimplência na liberação de recursos do financiamento de 48,3% da 5ª etapa, equivalente a 37.912,93 UPF (R$ 639.970,345 em valores atualizados para 12.2.001 pelas regras contratuais.)"

Todavia, constatei que o Senhor Perito, nos cálculos para apuração dos montantes mensais a serem repassados à Construtora, não procedeu ao desconto de juros e encargos previstos em contrato, quais sejam, os juros na carência, à taxa de 8,4075% a. a. (cláusula 2ª, parágrafo único, do contrato), a taxa de risco de crédito, de 1% sobre o valor da parcela (cláusula 3ª, parágrafo quinto), bem o desconto, na 1ª parcela, do percentual de 0,3% do valor de avaliação do empreendimento, a título de contribuição ao PRODEC, além da contribuição ao FUNDHAB.

Assim sendo, entendo que o montante a ser ressarcido pela CEF à Construtora é aquele decorrente da diferença havida entre os valores mensais constantes do Cronograma de Desembolso,

convertidos em UPFs e devidamente atualizados, com as deduções dos juros e encargos legais constantes do contrato, e entre valor efetivamente repassado, observado o percentual de conclusão da etapa mensal da obra correspondente, a ser apurado em liquidação de sentença.

Demais disso, a forma de correção monetária do saldo devedor do mútuo está prevista em sua Cláusula Décima Sexta, a se realizar no dia 1º de cada mês, tendo como coeficiente de atualização das parcelas liberadas à mutuária era realizada no dia 1º do mês, enquanto o efetivo repasse era realizado em data posterior no respectivo mês.

Ora, a utilização, pela Caixa Econômica Federal, de critérios diversos de atualização monetária - mensal, no dia 1º de cada mês, para a liberação dos recursos do financiamento - e diária - *pro rata die*, para a apuração do saldo devedor, provocou um desequilíbrio econômico-financeiro na relação contratual em comento.

Isto porque, se os valores mutuados eram corrigidos e apurados mensalmente, pela UPF do 1º dia do mês corrente, com o respectivo repasse em data posterior, sem nova correção, evidente o prejuízo sofrido pela Construtora, levando à maior participação de capital próprio para conclusão do empreendimento, pois à época da contratação e realização da obra (1991-1993) a inflação era altíssima, e a corrosão da moeda era diária.

A respeito do tema, assim se manifestou o Sr. Perito, em resposta a quesito formulado pela própria CEF:

> "Quesito 16. A CAIXA utilizou metodologia diferente da prevista contratualmente para a liberação dos recursos e atualização do saldo devedor?
> Resposta: Independente dos valores apontados por ambas as partes, em documentos produzidos e juntados aos autos, a perícia adotou como parâmetro atualizar as liberações de pagamentos e a apuração do saldo devedor pela variação da UPF, que foi o indexador eleito pelo contrato firmado entre as partes.

De forma geral, a CEF utilizou as metodologias previstas contratualmente para atualização monetária, contudo descumpriu uma condição implícita ao contrato relativa à liberação das parcelas do financiamento, levando a reduzir efetivamente sua participação no financiamento do empreendimento.

Conforme previsto contratualmente, as parcelas do financiamento foram atualizadas monetariamente no dia 1º de cada mês. Porém, o contrato de empréstimo não é explícito quanto ao dia do mês em que as parcelas do financiamento seriam liberadas. Contudo, para cumprimento das determinações da Cláusula Primeira e Cláusula Décima Sexta, torna-se implícito ao contrato que as parcelas do financiamento deveria ser liberadas no dia da atualização monetária, ou seja, no dia 1º de cada mês. Caso contrário, estaria sendo efetivamente reduzido o valor do financiamento. Para o caso de necessidade de liberação das parcelas do financiamento em dias diferentes do dia 1º do mês, para haver o cumprimento da Cláusula Primeira e Cláusula Décima Sexta. Há de se considerar implícito ao contrato que o valor de liberação das parcelas do financiamento deveriam ser atualizadas monetariamente 'pro rata die' até a data da efetiva liberação.

A CEF adotou o procedimento de efetuar as liberações das parcelas do financiamento, de forma geral, nos últimos dias de cada mês, sem atualização 'pro rata die', promovendo uma expressiva redução dos seus valores pela supressão da correção monetária do período entre o dia 1º do mês e o dia da efetiva liberação dos recursos. Tal procedimento resultou na transferência, para a Construtora, de parte da obrigação de financiar o empreendimento assumido contratualmente pela CEF (1.008.000,00 UPF - 830.292,23 UPF = 177.707,77 UPF), obrigando-a a empregar recursos próprios em montantes superiores ao previsto contratualmente para conclusão do empreendimento.

> O saldo devedor foi, conforme contratado, atualizado monetariamente 'pro rata die' para qualquer evento, ou seja, para cálculo de encargos, juros e amortizações."

A Circular Normativa nº 156/90, reguladora do Plano Empresário Popular, traça as diretrizes que devem ser observadas pelos contratos firmados sob sua égide, devidamente previstas em minuta de Contrato de Empréstimo - Anexo III.

A Cláusula Décima-Sexta da aludida minuta tem a seguinte redação:

> "REAJUSTE MONETÁRIO DO CONTRATO - O saldo devedor e todos os demais valores constantes deste Contrato, excluídos aqueles relativos às amortizações extraordinárias, liquidações antecipadas e encargos de que trata a Cláusula Vigésima-Quinta, serão reajustados mensalmente, no dia de aniversário deste contrato, entendido como tal, o dia do crédito da primeira parcela do Cronograma de Desembolso, mediante aplicação de coeficiente de atualização monetária idêntico ao utilizado para reajustamento das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.
> PARÁGRAFO ÚNICO: O coeficiente de atualização, independentemente da data prevista para reajustamento dos valores do contrato, será o mesmo apurado para o reajustamento das contas vinculadas do FGTS no primeiro dia em que as contas sofrerem reajuste."

No entanto, a correspondente cláusula no contrato em questão sofreu alteração em sua redação, restando consignado que:

> "CLÁUSULA DÉCIMA-SEXTA: O saldo devedor e todos os demais valores deste contrato serão atualizados mensalmente, no dia primeiro cada mês, mediante a utilização de coeficiente de remuneração básica aplicável às contas vinculadas no FGTS.

> PARÁGRAFO PRIMEIRO: Na apuração do saldo devedor, para qualquer evento, será aplicada a atualização proporcional, com base nas taxas diárias que comporão a taxa de remuneração básica aplicável aos saldos das contas vinculadas do FGTS, no período compreendido entre a data de assinatura do contrato, ou do último reajuste contratual, se já ocorrido, e a data do evento."

Constata-se que a CEF, na elaboração do contrato em testilha, modificou cláusula previamente determinada pela Instrução Normativa nº 156/90, para estabelecer critério de atualização monetária a ela mais favorável, ferindo de morte o princípio da comutatividade e boa fé que devem nortear as relações contratuais, causando prejuízos à Construtora.

Portanto, é de rigor o reconhecimento de danos materiais sofridos pela Construtora decorrentes dos critérios discrepantes de correção monetária dos valores mutuados e do saldo devedor.

Nesse sentido:

> "ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. INOCORRÊNCIA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. PARCELAS DO FINANCIAMENTO. UPF. ATRASO NA LIBERAÇÃO DAS PARCELAS.
> 1. Para a liberação dos valores mutuados, que foram previamente transformados em unidades de referência, é necessário que seja considerada, para a reconversão em moeda, a situação monetária do dia em que a referida operação for realizada. Situação em que restou comprovado que o cronograma pactuado no mútuo para liberação de recursos foi desobedecido pela CEF, e que os valores disponibilizados foram incorretamente atualizados a menor.
> 2. Não observar tal procedimento em situação de economia inflacionária, sob o pretexto de que o contrato contém cláusula estipulando que a conversão deve ser feita de acordo com os valores de mercado do primeiro dia do mês, independentemente da data da disponibilização da verba,

significa privilegiar cláusula reconhecidamente ilícita, tendo em vista que já antecipa a ocorrência de prejuízo para o mutuário. Se a verba era convertida no dia 29/30, e a UPF do dia 1º, não há duvida sobre ocorrência de defasagem. 3. Apelo provido em parte."
(TRF 4ª Região, AC 1999.70.03.012862-4, 3ª Turma, Rel. Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, j. 12.01.2009, DE 11.03.2010)

"EMBARGOS INFRINGENTES. ATRASO NO ADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL PELA CEF. CORREÇÃO MONETÁRIA *PRO RATA DIE*.
O descumprimento, pelo agente financeiro, do contrato pactuado, pode acarretar o ônus de pagamento de indenização relativa aos prejuízos comprovadamente sofridos, acrescido de multa moratória e correção monetária. Não merece modificação o entendimento que declarou que o valor da prestação, tal como acordado, era devido exclusivamente se pago no dia fixado. Em sendo entregue em momento posterior, ocasionando atraso no andamento da obra prevista, deve sobre o valor incidir atualização monetária, *pro rata die, no período entre a data acordada e a efetiva entrega. O fato de tal forma de correção não estar prevista no acordo não implica em qualquer ilegitimidade da condenação, eis que no contrato também não estava previsto o atraso tal como ocorrido no caso. A correção monetária acordada diz respeito exclusivamente aos aspectos mencionados no termo, cabendo ao Judiciário complementar omissão, com base na legislação aplicável*."
(TRF 4ª REGIÃO, EInf 2002.70.05.005633-4, 2ª Seção, Rel. Des. Federal MARIA LÚCIA LEIRIA, j. 14.05.2009, DE 29.06.2009)

Entendo que merece acolhida a pretensão da construtora ao pagamento de remuneração pelos recursos próprios que foram

obrigados a empregar além dos valores estimados em contrato.

O laudo pericial aponta a tomada de empréstimos pela autora/apelante, conforme manifestação do Sr. Perito Judicial às fls. 665/666, a seguir transcrito:

> "Quesito 23. Para evitar paralisações das obras e proceder à conclusão das mesmas, a empresa construtora necessitou aplicar à obra um volume de Recursos Próprios muito superior ao previsto contratualmente. Tendo em vista que, de forma geral, não dispunha de Recursos Próprios em caixa para promover os vultuosos (*sic*) *aportes financeiros, a Construtora recorreu a empréstimos bancários. Pode o Sr. Perito constatar junto a Autora Construtora Khouri Ltda. a existência de empréstimos bancários realizados pela própria Ré CEF durante o mesmo período com taxa de juros no mínimo de 4% ao mês + TR (Taxa Referencial)?*
> Resposta: Pode-se constatar uma série de empréstimos captados junto a entidades financeiras no período de execução e comercialização do empreendimento, conforme relação com os dados principais constante do ANEXO 14 [fls. 726/730] deste Laudo. A efetivação destes empréstimos e os encargos suportados pela Construtora decorrentes dos mesmos foram confirmados junto aos livros contábeis da Autora.
> Sim, foi constatada a existência de 'Contrato de Mútuo em Dinheiro com Obrigação e Garantia Fidejussória' firmado entre a CEF e a Construtora Khouri Ltda., em julho/1993, no montante de Cr$ 11.837.000.000,00 (onze bilhões, oitocentos e trinta e sete milhões de cruzeiros), sobre o qual incidiriam juros de 4% ao mês (48% ao ano) e atualização monetária com base nas taxas da TR. Em valores atualizados para o mês de dezembro/2001 pelas regras contratuais, o montante do empréstimo seria equivalente a aproximadamente R$ 410.000,00 (quatrocentos e dez mil reais)."

Ainda que a construtora não tenha trazido os referidos

contratos por ocasião da propositura da demanda, fato é que o Sr. Perito Judicial, para fazer as assertivas acima transcritas, teve acesso a toda essa documentação, restando comprovado que os aludidos empréstimos foram utilizados para continuação da obra. Acrescente-se que não houve a integralização do total do empréstimo pela CEF, conforme apurado pelo laudo pericial, e, apesar disso, a Construtora concluiu o empreendimento, fazendo uso de mais capital de giro do que aquele inicialmente estimado, o que implicou em obter recursos junto ao mercado financeiro, aliado à discrepância entre a atualização do saldo devedor - todo dia 1º de cada mês - e dos repasses das parcelas do mútuo em data diferente - por volta do dia 21 -, sem a correção *pro rata die*.

Quanto às taxas financeiras obtidas pela Construtora junto ao mercado financeiro para a efetivação desses empréstimos, embora o Sr. Perito Judicial as identifique, uma a uma, tenho que não podem ser consideradas para fins de ressarcimento pela CEF à Construtora.

Isto porque, as taxas médias de mercado são aquelas balizadas pelo Banco Central do Brasil e eventuais flutuações, a maior ou a menor, levam em conta particularidades que não cabem ser discutidas nesta sede. Ora, é notório que um tomador com maior risco de inadimplência obterá taxas mais elevadas do que aquele que apresenta menor risco; um cliente habitual de uma determinada instituição financeira poderá ser beneficiado com vantagens não oferecidas a um cliente esporádico; as garantias contratuais também poderão interferir sobremaneira nas taxas do contrato. Em suma, são variações que não cabem ser perquiridas nesta sede e sequer podem ser consideradas.

Assim, para a apuração da efetiva perda financeira decorrente da tomada de recursos junto ao mercado financeiro, deverá ser observada a taxa oficial praticada pelo Banco Central do Brasil no período respectivo, conforme valor a ser individualizado em liquidação de sentença, na qual o MM. Juiz poderá solicitar as necessárias informações, se necessário, ao próprio Banco Central do Brasil.

Conclui-se, pois, que os prejuízos financeiros sofridos pela

Construtora decorreram do repasse do empréstimo em montante menor do que contratado, bem como pela sistemática de correção monetária do saldo devedor e das parcelas mensais.

Trago à colação ementas de julgados das Cortes Regionais adotando o entendimento ora esposado:

> "EMBARGOS INFRINGENTES. CONTRATO DE MÚTUO PARA CONSTRUÇÃO DE EMPRRENDIMENTO IMOBILIÁRIO. ATRASO NA LIBERAÇÃO DAS PARCELAS DO FINANCIAMENTO. DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES.
> 1. Firmado contrato de mútuo, e comprometendo-se o mutuante a entregar determinadas importâncias em prazos definidos (desde que cumprida pelo mutuário a sua parte), na proporção do andamento das obras e observado o cronograma físico-financeiro aprovado, é certo que deve responder pelos efeitos deletérios de sua mora.
> 2. Comprovado o dano, bem como o nexo de causalidade entre o prejuízo e a inexecução culposa por parte do devedor, tem-se o dever de indenizar."
> (TRF 4ª Região, EInf 2000.70.00.022966-2, 2ª Seção, Rel. Des. Federal MARIA LÚCIA LEIRIA, j. 13.08.2009, DE 03.09.2009)

> "EMBARGOS INFRINGENTES. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. PERDAS E DANOS. COMPROVAÇÃO.
> • Do reconhecimento judicial de que a CEF não cumpriu o pactuado, passando a liberar os recursos prometidos com atraso e em quantia inferior ao estabelecido no contrato de financiamento, resulta o prejuízo da construtora que teve de captar recursos por outros meios para adimplir a obrigação com os adquirentes dos imóveis.
> • Presença do nexo causal verificada entre a conduta da CEF e o prejuízo sofrido pela autora.

• Prevalência do entendimento majoritário.
• Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir.
• Embargos infringentes improvidos."
(TRF 4ª Região, EInf em AC 2002.04.01.052598-9, Rel. Des. Federal SILVIA GORAIEB, j. 14.06.2007, DE 09.07.2007)

"CIVIL. CONTRATO DE MÚTUO. CONSTRUÇÃO DE IMÓVEIS. ANATOCISMO. VEDADO. ATRASO NAS LIBERAÇÕES DAS PARCELAS DE MÚTUO E REPASSES A MENOR. CRONOGRAMA DAS OBRAS PREJUDICADO. DANOS MATERIAIS. RESSARCIMENTO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PARTE MÍNIMA DO PEDIDO.
É vedado o Anatocismo efetuado pela Ré, ainda que expressamente convencionado, salvo se autorizado por lei específica. (Súmula 121 STF);
Inadimplemento da Ré caracterizado pelo atraso dos repasses das parcelas do mútuo e repasses efetuados a menor, e conseqüente prejuízo no cronograma das obras da Autora;
Danos materiais com manutenção e conservação da obra 'Nova Cupria' provados e necessidade de ressarcimento à Autora, demais danos materiais e morais não caracterizados;
Decaimento de parte mínima do pedido pela Autora e ônus sucumbenciais em sua integralidade a serem suportados pela Ré (art. 21, parágrafo único, CPC).
Apelação improvida e Recurso Adesivo provido em parte."
(TRF 5ª Região, AC 2005.05.00.036540-3, 1ª Turma, Rel. Des. Federal FRANCISCO WILDO, j. 26.01.2006, DJ 15.02.2006)

Portanto, o cálculo do montante a ser ressarcido pela CEF à Construtora será feito em liquidação de sentença, observando-se as premissas abaixo elencadas:

- a data de aniversário do contrato, para fins de repasse dos valores mensais mutuados e de correção monetária do saldo

devedor, é fixada todo dia 12 de cada mês, tendo em vista que 1ª parcela do financiamento deveria ter sido feita no dia 12 de setembro de 1991;

- as parcelas mensais mutuadas serão convertidas em UPFs, conforme laudo pericial à fl. 711, e atualizadas pela TR, índice de correção das contas vinculadas ao FGTS, conforme disposição contratual;

- do referido valor, serão deduzidos os juros remuneratórios, bem como demais encargos previstos em contrato;

- o valor liberado será correspondente ao percentual de evolução da obra, conforme determina o Parágrafo Nono da Cláusula Terceira do contrato;

- não realizado o total da etapa prevista na obra, a diferença deverá ser bloqueada, e apenas o montante liberado será lançado a débito e sofrer a correspondente atualização;

- a taxa de risco de crédito (1%) deverá incidir sobre o valor efetivamente liberado, e não sobre o total aprovisionado;

- nos meses em que for constatado o repasse a menor da parcela mensal por parte da CEF, mesmo com a realização da etapa da obra dentro do previsto no Cronograma Físico-Financeiro, a diferença apurada será considerada como recurso da Construtora não previsto em contrato, incidindo sobre ela a taxa oficial praticada pelo Banco Central do Brasil no período respectivo, até o repasse efetivo pela CEF.

DAS PERDAS FINANCEIRAS DECORRENTES DAS DIFERENÇAS ENTRE A VARIAÇÃO DOS CUSTOS DE CONSTRUÇÃO APÓS O 15 MÊS

Quanto ao pedido de ressarcimento pelas perdas financeiras decorrentes das variação dão UPF e do INCC, representando real aumento de custo direto para a Construtora, não merece reparo a r. sentença monocrática, que bem decidiu a referida questão, conforme se depreende de trecho a seguir transcrito:

"Prossegue ela (Construtora), afirmando que a dúplice

> mora da ré causou-lhe prejuízos, em decorrência da defasagem entre os valores da Unidade Padrão de Financiamento - UPF (utilizada como indexador do saldo devedor e do mútuo) e do Índice Nacional da Construção Civil (empregado para corrigir os custos de material e mão de obra), aumentada em virtude da prorrogação do contrato. Ora, ao firmar a avença, a autora tinha plena ciência de que essa defasagem de índices existia e de que seus efeitos teriam de ser suportados até que o empréstimo fosse integralmente amortizado. Ademais, não há que se louvar pretensão ressarcitória lastreada na evolução do INCC, visto que esse indexador refere-se unicamente à variação dos preços dos insumos de construção civil, nada tendo a ver com as obrigações pecuniárias contraídas pelas partes e decorrentes do contrato em tela." (fl. 1.611)

Deveras, ao firmar o contrato de empréstimo, a Construtora tinha prévio conhecimento de que os valores mutuados sofreriam reajuste por índice diverso ao INCC, assumindo, portanto, o risco de eventuais diferenças, tanto para mais quanto para menos, e com a premissa de conclusão da obra no prazo previsto.

Além, a Construtora será ressarcida dos prejuízos advindos do atraso no repasse dos valores mutuados e da forma de correção monetária indevida, por todo o período para conclusão da obra, nos termos expendidos neste voto.

Por fim, não merece acolhimento o pleito da Construtora em indenização por lucros cessantes.

De fato, os lucros cessantes correspondem ao que razoavelmente deixou a Construtora de lucrar no momento da contratação, cabendo a ela a demonstração, de plano, deste *quantum*.

Não é possível a presunção de lucros cessantes, é imprescindível a demonstração do que se deixou de ganhar, direta e imediatamente, do inadimplemento, não se considerando ganhos hipotéticos decorrentes da atividade empresarial prejudicada.

Conforme o disposto no parágrafo único do artigo 1.059 e do *caput* do artigo 1.060 do Código Civil de 1916:

"O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação."

"Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e ou lucros cessantes por efeito dela direto e imediato."

A propósito, veja-se os seguintes arestos:

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AMPLIAÇÃO DE PARQUE INDUSTRIAL COM RECURSOS DO FCO (FUNDO CONSTITUCIONAL DO CENTRO-OESTE) E DO BNDES (BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL). AUSÊNCIA DE REPASSE DOS RECURSOS PELO BANCO RÉU, AGENTE FINANCEIRO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES, QUE NÃO PODEM SER CARACTERIZADOS COMO DANOS HIPOTÉTICOS E SEM SUPORTE NA REALIDADE CONCRETA EM EXAME.
I - Correspondem os lucros cessantes a tudo aquilo que o lesado razoavelmente deixou de lucrar, ficando condicionado, portanto, a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos. A condenação a esse título pressupõe a existência de previsão objetiva de ganhos na data do inadimplemento da obrigação pelo devedor. No caso, os lucros alegados decorrem de previsões baseadas em suposta rentabilidade de uma atividade empresarial que nem mesmo se iniciou. Assim sendo, não se pode deferir reparação por lucros cessantes se estes, em casos como o dos autos, configuram-se como dano hipotético, sem suporte na realidade em exame, da qual não se pode ter a previsão razoável e objetiva de lucro, aferível a partir de parâmetro anterior e concreto capaz de configurar a potencialidade de lucro.

II - Recurso Especial parcialmente provido."
(STJ, REsp 846.455/MS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 22/04/2009)

"CIVIL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. CONSTRUÇÃO PARCIAL. ATRASO NA LIBERAÇÃO DAS PERCELAS DE FINANCIAMENTO CONTRATADAS. OPÇÃO DA CONSTRUTORA PELA RESCISÃO DA AVENÇA. DIREITO AO PAGAMENTO DE TUDO QUANTO REALIZADO E DOS DANOS INSTRUMENTAIS COMPROVADOS. AUSÊNCIA DE DIREITO AO RECOLHIMENTO DE PERCENTUAL, SOBRE O VALOR POSSÍVEL DAS UNIDADES NÃO CONSTRUÍDAS, A TÍTULO DE LUCROS CESSANTES. EMBARGOS INFRINGENTES IMPROVIDOS.
1. Constitui demasia deferir à construtora, a título de lucros cessantes, percentual significativo (cerca de 12%) do valor das casas não edificadas, para compensar os lucros que possivelmente seriam obtidos se a obra fosse concluída e as casas vendidas com a lucratividade esperada;
2. O lucro de construtora deve ser visto como o resultado de suas atividades. E recebendo como indenização, consoante já deferido pela unanimidade da Turma, o valor integral, previsto no contrato, das unidades construídas, já recolheu o lucro embutido no preço delas.
(...) *Lucros cessantes são os certos,decorrentes de atos já praticados pelo credor e não a aposta em futuro e incerto sucesso de empreendimento sequer iniciado*;
4. Embargos Infringentes desprovidos." (grifos meus)
(TRF 5ª Região, EInf em AC 2004.05.00.031251-0, Pleno, Rel. p/ acórdão Des. Federal PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, j. 08.07.2009, DE 29.07.2009)

"CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE MÚTUO. CONSTRUÇÃO DE OBRA. CORREÇÃO DAS PARCELAS.

REPASSE A MENOR. INDENIZAÇÃO.
(...)
Obrigando-se o mutuário a buscar novos recursos financeiros para concluir as obras, tendo em vista a insuficiência das valores liberados, é claro seu direito de receber indenização a ser paga pela mutuante que se obrigou a fornecer os recursos necessários e não o fez na forma e época própria.
Indenização deve ser equivalente à diferenças entre os juros pactuados e os juros pagos pela empresa nas operações de créditos extraordinárias.
Descabida a indenização por lucros cessantes e danos emergentes, eis que comprovada a conclusão dos empreendimentos imobiliários. A inexistência de lucro ou, ainda, o eventual prejuízo são inerentes à atividade empresarial e não podem ser imputados ao procedimento da mutuante na atualização monetária das parcelas.
Apelações providas parcialmente." (grifos meus)
(TRF 4ª Região, AC 2003.04.01.056426-4, 3ª Turma, Rel. Juiz Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, j. 24.10.2006, DE 13.12.2006)

No tocante aos juros de mora, entendo que foram devidamente fixados pela r. sentença monocrática, não merecendo reparos.

Por tais fundamentos, nego provimento ao agravo retido e à apelação da Caixa Econômica Federal, e dou parcial provimento ao recurso da autora, nos termos constantes do voto, invertendo-se os ônus sucumbenciais, para condenar a CEF ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, e ao pagamento das custas processuais.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0001261-48.1999.4.03.6100
(1999.61.00.001261-8)

Apelante: JOFEL DO BRASIL IND. E COM. LTDA.
Sucedida: M Z R TRADE COM. IMP. EXP. E REPRESENTAÇÃO LTDA.
Apelados: INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI E MELHORAMENTOS PAPÉIS LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ROBERTO JEUKEN
Classe do Processo: AC 961660
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/11/2010

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA. MARCAS E PATENTES. NULIDADE. PROCESSUAL. DOMÍNIO PÚBLICO. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO (CPC: ART. 462) A ESVAZIAR O INTERESSE DE AGIR, ERIGIDO EM CONDIÇÃO DA IMPETRAÇÃO QUE RESTA PREJUDICADA.
1 - O objeto da ação ordinária era a nulidade da Patente MI - 5200213-6, de 09.03.1992.
2 - Contudo, referida patente caiu em domínio público no curso da demanda, o que implica na perda de objeto desta ação, em face do art. 462 e 267, inc. VI do CPC.
3. Apelo da autoria a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, a Segunda Turma, por maioria, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do senhor Juiz Federal Convocado relator, acompanhado pelo voto do senhor Desembargador Federal Cotrim Guimarães, vencida a senhora Desembargadora Federal Cecilia Mello que, em voto-vista, dava provimento ao recurso, tornando insubsistente a sentença, negar provimento ao apelo da autoria, nos termos do relatório e voto,

que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN (Relator): Trata-se de apelação da autoria em ação ordinária na qual se busca a nulidade da Patente MI - 5200213-6, de 09.03.1992, título "DISPENSADOR", expedida em 04.02.1997 em nome de MELHORAMENTOS PAPÉIS LTDA.

Afirma que o Modelo Industrial supra citado, não tem qualquer embasamento fático ou jurídico que o sustente como tal, já que a patente em tela não possui o seu requisito primordial, que é a novidade, eis que anteriormente representada pela patente européia EPO nº 0372781, de 28.11.1989, pleiteada pela empresa inglesa Kinberly-Clark Limited, que já protegia, há muito tempo, *design* idêntico para o mesmo produto, ou seja, um dispensador de papel, compreendido pelo denominado "estado da técnica".

Explica que a patente européia foi depositada em 1989, sem que o correspondente pedido no Brasil tivesse aproveitado o prazo de prioridade e assim, a MI - 5200213-6, depositada somente em 1992, reproduzindo o aspecto visual da patente estrangeira, obteve indevidamente a garantia de um direito sobre um objeto já considerado legalmente de domínio público em território brasileiro.

A r. sentença extinguiu o feito sem resolução de mérito, por entender que a ação perdeu seu objeto, já que a patente questionada caiu em domínio público em 09.03.2002, nos termos do parágrafo único do art. 78, da Lei nº 14.05.1996. Deixou de condenar em honorários, ante a ausência superveniente de litigiosidade.

Apelou a autora, requerendo a reforma da sentença, argumentando que tramita pela 8ª Vara Cível do Foro Regional de Osasco, o processo nº 1883/01, proposto pela requerida em face da requerente, pedindo perdas e danos em decorrência da alegada violação da patente, cuja nulidade foi aqui requerida. No mais, repisa os argumentos dantes tangenciados.

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 da autoria em face de sentença que extinguiu sem resolução de mérito a ação ordinária na qual se busca a nulidade da Patente MI - 5200213-6, de 09.03.1992, título "DISPENSADOR", expedida em 04.02.1997 em nome de MELHORAMENTOS PAPÉIS LTDA, tendo em vista que a mesma caiu em domínio público.

A autoria, além das razões expostas na inicial, argumenta em seu apelo que a ação não poderia ser extinta, já que remanesce seu interesse na nulidade da patente por conta de outra ação proposta pela ré, em que a mesma busca perdas e danos, já que a autoria teria violado a patente em testilha.

Todavia, tendo a Patente MI - 5200213-6, caído em domínio público em 09.03.2002, nos termos do parágrafo único do art. 78, da Lei nº 14.05.1996, de fato, perdeu a autoria o seu interesse de agir neste pleito, em que se busca, tão-somente, a nulidade da patente. É certo que o interesse poderá remanescer na outra ação, onde a discussão em causa poderia se colocar, não sendo viável contudo, transferir o interesse processual inerente àquele processo para este, em uma verdadeira condição reflexa da ação.

Com efeito, o interesse de agir, na linha do art. 462, do Código de Processo Civil, haverá de ser aferido pela sua necessidade e utilidade, devendo estar presente no momento da decisão, consoante o escólio de Nelson Nery Júnior, *in Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor* - 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1997, *verbis*:

> "10. Momento do exame das condições da ação. Já no exame da peça vestibular deve o juiz verificar a existência das condições da ação. Se a parte for manifestamente ilegítima

ou carecer o autor de interesse processual (CPC 295 II e III). Quando a ilegitimidade de parte não for manifesta, mas depender de prova, o juiz não poderá indeferir a inicial (Nery, RP 64/37). A impossibilidade jurídica do pedido é causa de inépcia da petição inicial (CPC 295 par. ún. III), acarretando também o indeferimento da exordial (CPC 295 I). Caso existentes quando da propositura da ação, mas faltante uma delas durante o procedimento, há carência superveniente ensejando a extinção do processo sem julgamento do mérito. A recíproca é verdadeira, pois ausente uma das condições da ação quando de seu ajuizamento, mas implementada no curso do processo, o juiz deve proferir sentença de mérito, sendo-lhe vedado extinguir o processo sem julgamento do mérito (Liebman, Manuale, 74, 144/145; Nery, RP 64/37-38). Como não há preclusão *pro judicato* para as questões de ordem pública, como o são as condições da ação, o juiz pode decidir de novo a respeito desta matéria, até proferir sentença, quando não mais poderá inovar no processo. V. coment. 5 a 7 CPC 295. (pág. 535)

Indeferimento da petição inicial. Preclusão. VI ENTA 23: 'A circunstância de não ter o juiz indeferido liminarmente a inicial não o impede de extinguir posteriormente o processo'. Aplicação do CPC 267 § 3º. (pág. 536)

Preclusão *pro judicato*. Condições da ação. Ilegitimidade de parte. 'É nula a sentença que reaprecia matéria já decida no despacho saneador (*sic*), de que não houve recurso, precluindo a matéria para o juiz' (RT 600/158). No mesmo sentido: JTJ 164/140. Essa jurisprudência é equivocada, pois a matéria relativa a condições da ação (CPC 267 VI) não se encontra sujeita à preclusão, podendo ser redecidida pelo juiz (CPC 267 § 3º e 301 § 4º) (pág. 537)".

Desse modo, verifica-se que a demanda perdeu seu objeto, o que deságua na falta de interesse de agir superveniente.

Confira-se:

> "PROCESSO CIVIL. CARÊNCIA SUPERVENIENTE. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE PATENTE DE INVENÇÃO. PRAZO DE VIGÊNCIA DO PRIVILÉGIO EXPIRADO. RENÚNCIA. 1. Trata-se de ação em que se pleiteia a declaração de nulidade da concessão de patente de invenção de bastonete popularmente conhecido como cotonete. Como o direito de privilégio expirou em dezembro de 1986, caindo em domínio público; a autora renunciou ao direito que supunha ter em relação a esta lide, bem ainda que até 1994 nenhum terceiro apresentou qualquer reclamação administrativa ou ação de nulidade, hoje não remanesce utilidade na prolação de qualquer decisão judicial. 2. A carência superveniente de interesse jurídico leva à extinção do processo sem julgamento de mérito, na conformidade do art. 267, VI, do CPC. 3. Como no presente caso foi a demora na prestação jurisdicional que levou à falta de utilidade do processo, nenhuma das partes pode ser responsabilizada pelos ônus da sucumbência que, em verdade, não existiu. Desse modo, cada qual deverá arcar com as despesas processuais que adiantou e com os honorários de seu respectivo patrono. 4. Recurso não conhecido." (AC 94030955570, JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCELO DUARTE, TRF3 - TURMA SUPLEMENTAR DA PRIMEIRA SEÇÃO, 11/03/2010)

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao apelo da autoria, para manter a sentença, nos termos supra citados.

É o voto.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO: Cuida-se de apelação interposta JOFEL DO BRASIL IND. E COM. LTDA, sucessora de M. Z. R. TRADE COM. IMP. EXP. E REPRESENTAÇÃO LTDA., contra a r. sentença prolatada às fls. 184/187,

em ação ordinária na qual se busca a nulidade da Patente MI - 5200213-6, de 09.03.1992, título: "DISPENSADOR", expedida em 04.02.1997 em nome de MELHORAMENTOS PAPÉIS LTDA.

A r. sentença recorrida extinguiu o feito sem resolução de mérito ao fundamento de que a ação perdeu seu objeto pelo fato de a mencionada patente ter caído "em domínio público em 09.03.2002, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 78 da Lei nº 9.279, de 14.05.1996." (fls. 184)

Em seu voto, o e. relator, Juiz Federal Convocado Roberto Jeuken, negou provimento à apelação, mantendo íntegra a sentença.

Em que pese a brilhante fundamentação lançada pelo e. Juiz Federal Relator, ouso divergir de Sua Excelência, pelas seguintes razões.

Ora, a presente demanda é uma ação declaratória de nulidade proposta por M. Z. R. Trade Comércio, Importação, Exportação e Representação Ltda. frente o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, em 13 de janeiro de 1999, conforme se verifica às fls. 02.

Na sentença prolatada em 27 de novembro de 2003 entendeu o i. magistrado sentenciante que as condições da ação desapareceram no transcurso da lide, asseverando: "As condições da ação devem existir quando da sua propositura e perdurar no momento da sentença."

E conclui o MM. Juiz *a quo*:

> "Tendo a ação esgotado o seu objeto, dado que a patente caiu em domínio público, declaro extinto o processo sem julgamento do mérito, com supedâneo no art. 267, VI e XI c/c artigo 462 do CPC."

Ora, a sentença foi prolatada mais de 03 anos após a propositura da demanda, tendo sido apresentadas contestações e réplica pelas partes litigantes e, ademais, havendo protesto pela produção de provas.

Não foi facultada às partes a produção de qualquer prova, inclusive perícial.

Outrossim, saliento que, conforme refere a apelante, pende contra si ação ordinária promovida pela Melhoramentos Papéis Ltda onde "são pedidos perdas e danos em decorrência da alegada violação da patente cuja nulidade foi aqui requerida", a qual tramita perante a 8ª Vara Cível do Fórum de Osasco/SP, encontrando-se suspensa até final solução desta ação de nulidade.

Observo, por oportuno, que o art. 56, *caput* da Lei nº 9279/96 estabelece que:

> "Art. 56. A ação de nulidade poderá ser *proposta a qualquer tempo da vigência da patente*, pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse."

Pois bem, consta dos autos que a patente em questão (MI 5200213) foi depositada em 09.03.1992 (fls. 15) e esta ação, como mencionei anteriormente, foi ajuizada em 13 de janeiro de 1999, estando a patente, à época, em pleno vigor, tendo caído em domínio público apenas em 09.03.2002.

Destarte, depreende-se que o autor da presente demanda propôs a ação no prazo devido, pois tem contra si pendente ação perante a Justiça Estadual, demanda na qual pode vir a ser compelido a indenizar a ré desta ação pela comercialização de objeto, cujo registro da patente entende nulo.

Nessa linha de orientação, entendo que este possui legítimo interesse em ver elucidada a questão atinente à regularidade ou não do registro da patente questionada, eis que tal registro, regular ou não, produziu efeitos no mundo jurídico ao longo do tempo.

A contrario senso, eventual declaração de nulidade da patente questionada retroage no tempo, eis que o ato administrativo que se consubstancia no registro da patente será anulado desde que se realizou, ou seja, a decisão possuirá efeitos *ex tunc*.

Trago à colação julgados que, ao tratar de matéria análoga à que ora se apresenta, apreciaram a questão atinente ao prazo para ajuizamento de ações da mesma natureza que esta demanda e respectivos efeitos da declaração de nulidade.

"PROPRIEDADE INDUSTRIAL - PATENTE DE INVENÇÃO CONCEDIDA NOS TERMOS DA LEI Nº 5.771/72 - PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE - ACORDO TRIPS.
(....)
V - A Ação foi proposta em 26.03.1999, quando ainda não havia caído em domínio público o objeto das patentes em tela, que foram depositadas em 30.12.87 (PI 8707235-1) e 17.10.89 (PI 8905260-9), pelo que cabe a prorrogação da sua vigência, com fundamento no art. 33 do TRIP's e no art. 40 da Lei nº 9.279/96.
V - Recurso provido, por maioria."
(TRF - 2ª Região, AC nº 2001.02.01.040021-7, rel. Des. Fed. MESSOD AZULAY NETO, j. 24/05/2006, m. v., DJ 21/05/2007)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. ANULAÇÃO DE REGISTRO DE MODELO DE UTILIDADE.
(....)
II - O escoamento do prazo legal de 10 (dez) anos para a caracterização da decadência da patente *não impede a produção de efeitos no tempo, em especial diante de possível indenização resultante de danos pelo uso desautorizado*.
(....)
V - Recurso conhecido e, na forma do art. 515, § 3º do Código de Processo Civil, provido para julgar procedente o pedido, com a conseqüente invalidação do modelo de utilidade impugnado."
(TRF - 2ª Região, AC nº 9002234929, j. 13/11/2002, v. u., rel. Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, DJ 08/05/2007)

"DIREITO COMERCIAL. ADMINISTRATIVO. NULIDADE DE PATENTE DE INVENÇÃO. CADUCIDADE, RECONVENÇÃO. VERBA HONORARIA.
1. NÃO TEM CABIMENTO ANULAR-SE PATENTE DE

> INVENÇÃO SE A PROVA PERICIAL PRODUZIDA E AS TESTEMUNHAS OUVIDAS LEVAM A CRER QUE O AUTOR DA INVENÇÃO É, REALMENTE, QUEM PROMOVEU O REGISTRO NO INPI, INCLUSIVE HAVENDO COINCIDÊNCIA ENTRE A LETRA USADA NA PATENTE E A INICIAL DE SEU PRENOME.
> 2. PROCEDE RECONVENÇÃO OBJETIVANDO OBRIGAR A INDENIZAR AQUELE QUE FAZ USO DO BEM OBJETO DE PATENTE DE INVENÇÃO.
> 3. *O FATO DE TER CADUCADO A PATENTE NÃO IMPLICA EM EFEITOS PRETERITOS, MAS, TÃO SOMENTE, A PARTIR DE TAL DATA.*
> 4. REVELA-SE ADEQUADA A COMPLEXIDADE DA CAUSA A VERBA HONORARIA QUE FIXA O PERCENTUAL DE 15% PARA A AÇÃO E MAIS 15% PARA A RECONVENÇÃO."
> (TRF - 4ª Região, AC 8904179360, j. 14/06/1991, v. u., rel. VLADIMIR PASSOS DE FREITAS, DJ 07/08/1991)

Aliás, por oportuno transcrevo trecho do voto proferido em um dos precedentes anteriormente citados, por adequar-se à questão aqui posta:

> "Vale ainda asseverar que existe concreto interesse em se determinar se a atuação do INPI foi ou não adequada, e se foi validamente deferido o modelo, já que efeitos obrigacionais serão produzidos necessariamente. Sabe-se que o prazo legal de 10 (dez) anos para a decadência da patente já se escoou, de acordo com informações prestadas pela própria autarquia (Revista da Propriedade Industrial nº 942, p. 48 da diretoria de patentes). Ocorre que isto não impede a produção de efeitos pretéritos quanto à decretação ora mencionada. Consta dos autos informação de que tramita na 1ª Vara Cível Regional de Jacarepaguá ação movida pela apelada em face da apelante, na qual se pede a condenação em perdas e danos causados pela utilização

indevida do modelo ora objurgado (de nº 00.00.02267-86). O feito se encontra arquivado sem baixa na distribuição (como é aliás afirmado na petição do recurso, e se confirma pela consulta à movimentação eletrônica), mas sem que haja qualquer decisão extintiva.

Por conseguinte, a coisa julgada aqui gerada (já que aqui são processadas as ações nas quais o INPI intervenha) irá influir decisivamente em qualquer julgamento futuro. Há, portanto, interesse na análise da questão." (TRF - 2ª Região, AC nº 90.02.023492-9)

Por fim, entendo inaplicável à espécie o disposto no art. 330 do C. P. C., uma vez que a matéria ventilada na lide não é exclusivamente de direito, devendo ser oportunizada às partes a produção de provas tidas por cabíveis, as quais, as partes expressamente protestaram por realizar.

Diante destas considerações e, com a devida *venia* do eminente Relator, voto para dar provimento ao apelo, tornando insubsistente a sentença recorrida e determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para regular processamento do feito, com a devida instrução e final apreciação do mérito.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0058458-58.1999.4.03.6100
(1999.61.00.058458-4)

Apelante: BANCO FIAT S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 23ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA SILVIA ROCHA
Classe do Processo: AMS 284819
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/11/2010

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PLANO DE SAÚDE COM DIVERSAS COBERTURAS. NÃO ISENÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. ARTIGO 28, *CAPUT*, INCISO I, E § 9º, ALÍNEA "Q" DA LEI Nº 8.212/91, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.528/97.

1. A isenção concedida pela legislação alcança apenas os valores pagos a título de assistência médica com cobertura abrangente à totalidade dos empregados. A impetrante contratou plano de saúde com três modalidades diversas de cobertura. Apenas a cobertura básica é oferecida a todos os empregados, sendo que se algum empregado optar pela cobertura mais cara, deverá arcar pessoalmente com os custos. Diretores, gerentes e coordenadores recebem as coberturas mais caras, sem qualquer desconto. A assistência médica não abrange a todos os empregados de maneira igualitária. A existência de várias modalidades de planos em que apenas alguns se beneficiam da melhor opção sem qualquer desconto adicional fere a idéia da norma. A hipótese de isenção quando o plano abrange a totalidade de empregados e dirigentes traz em sua razão o tratamento uniforme entre uns e outros. Apenas o valor pago pela cobertura abrangente a todos os empregados encontra-se ao alcance de norma isentiva, como corretamente entendeu

a fiscalização e a r. sentença apelada.

2. Apelação desprovida. Agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, *ACORDAM* os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do voto da Relatora e na conformidade da minuta de julgamento, que ficam fazendo parte integrante deste julgado.

São Paulo, 09 de novembro de 2010.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Banco Fiat S/A contra ato de autoridade do Instituto Nacional do Seguro Social, em que se objetiva o reconhecimento da inexigibilidade da dívida referente a contribuições sociais constantes da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 32.696.745-1, nos períodos de junho de 1991 a dezembro de 1998, totalizando o valor de R$ 84.522,24. Afirma a impetrante que a dívida decorre do não pagamento da diferença entre o valor do plano básico de saúde e os planos master e especial, oferecidos, respectivamente, para funcionários e dirigentes.

A liminar foi indeferida (fls. 140/141).

Processado o feito, sobreveio sentença que denegou a segurança. Condenou a impetrante em custas. Sem honorários de advogado.

O Banco Fiat S/A apela. Reitera as alegações constantes na inicial, no sentido de que “não integra o salário-de-contribuição o valor relativo à assistência médica (plano de saúde), desde que

tal benefício se estenda à totalidade dos funcionários, situação esta, como visto, em que se encontra a apelante" (fl. 266), não sendo necessário que os planos de saúde sejam idênticos a todos os funcionários da empresa. Aduz que o artigo 37, § 9º, alínea *s*, do Decreto-lei nº 2.173/97, não proíbe a concessão de planos de saúde diferenciados.

Sem contrarrazões da autoridade do INSS.

Às fls. 327/334, a impetrante requereu a antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que o presente recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

Às fls. 336/338, foi proferida decisão por este Relator que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Contra a referida decisão o Banco Fiat interpôs agravo regimental (fls. 348/354).

É o relatório.

Dispensada a revisão nos termos regimentais.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA (Relatora):

A impetrante foi autuada pelas seguintes razões:

> "A empresa tem como política salarial, pagar 100% do valor do plano de saúde para todos os empregados, o que é muito louvável e esta fiscalização nada teria a comentar a respeito, não fossem os planos diferenciados dados sem quaisquer contraprestações para alguns funcionários, claramente oferecidos como um benefício salarial a mais, e que sem dúvida deixa de ser um benefício abrangente, que cobre a totalidade dos empregados e dirigentes, conforme exige o Decreto 2.173 de 05/03/97.
>
> Conforme declara no decreto 2.173, art. 37, parágrafo 9º, aliena 's', o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por

> ela conveniado, não integrará o salário de contribuição, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa. Acontece que a cobertura oferecida a todos os funcionários sem distinção é apenas a cobertura básica, sendo que se algum empregado quiser ter cobertura MASTER ou ESPECIAL terá que optar pela diferença, exceto se este funcionário pertencer ao alto escalão, pois então ele terá essa cobertura MASTER, nas capitais, e ESPECIAL, no interior do país, graciosamente. Tendo em vista que o art. 28, inciso I da Lei 8.212 de 24.07.91 que define salário de contribuição do empregado como sendo 'a remuneração recebida ou creditada a qualquer título, durante o mês, em uma ou mais empresas, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades', e considerando o pagamento pela empresa da diferença entre os valor do plano básico de saúde e dos planos MASTER e ESPECIAL aos empregados contemplados com tal liberalidade, esta fiscalização está notificando a empresa acima identificada para pagar ou recorrer do pagamento das contribuições incidentes sobre os valores identificados mês a mês nas tabelas anexadas a este relatório, referentes à diferença entre aos valores pagos pela matriz e por cada filial, a título de PLANO DE SAÚDE BÁSICO, para todos os funcionários e os valores pagos pelos planos MASTER, nas capitais do país, e ESPECIAL, no interior do país, aos beneficiados (diretores, gerentes e coordenadores)."

A impetrante argumenta que oferece a todos os seus funcionários plano de assistência médica, atendendo portanto aos ditames legais, e que o fato de haver planos diferenciados entre os diferentes setores da empresa não desvirtua de modo algum o objeto inerente do benefício.

Estabelece o artigo 28, *caput* e seu inciso I e § 9º, alínea "q" da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.528/97 (grifos meus):

> "Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:
> I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, *os ganhos habituais sob a forma de utilidades* e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;
> § 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:
> q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, *desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa*;"

Assim, da análise da legislação e dos documentos trazidos aos autos, conclui-se que a isenção concedida pela legislação alcança apenas os valores pagos a título de assistência médica com cobertura abrangente à totalidade dos empregados.

Ocorre que, conforme incontroverso nos autos, a impetrante contratou plano de saúde com três modalidades de cobertura: básica, especial e master. Apenas a cobertura básica é oferecida a todos os empregados, sendo que, se algum empregado optar pela cobertura mais cara, deverá arcar pessoalmente com os custos. Contudo, diretores, gerentes e coordenadores recebem as coberturas mais caras, sem qualquer desconto.

Dessa constatação, portanto, conclui-se que a assistência médica não abrange a todos os empregados de maneira igualitária. A existência de várias modalidades de planos em que apenas alguns se beneficiam da melhor opção sem qualquer desconto adicional fere a idéia da norma. A hipótese de isenção quando o

plano abrange a totalidade de empregados e dirigentes traz em sua razão o tratamento uniforme entre uns e outros.

Dessa forma, apenas o valor pago pela cobertura abrangente a todos os empregados encontra-se ao alcance de norma isentiva, como corretamente entendeu a fiscalização e a r. sentença apelada.

Com relação ao agravo regimental interposto de fls. 348/354, entendo restar prejudicado, uma vez que passo a decidir definitivamente a demanda.

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação e julgo prejudicado o agravo regimental interposto às fls. 348/354.

É o voto.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0001538-70.2000.4.03.9999
(2000.03.99.001538-3)

Apelante: JOSE GONCALVES DIAS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 9ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO FERNANDO GONÇALVES
Classe do Processo: AC 562720
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/11/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. SUSPEITA DE FRAUDE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. OBSERVÂNCIA. DIREITO ADQUIRIDO INEXISTENTE.

I - Incabível falar-se em prescrição, porquanto o ato administrativo de concessão de benefício, lastreado em supostos fatos evidenciados por documentos inidôneos, resultantes de práticas fraudulentas, possui vício em seu nascedouro, fulminando-o em sua origem, não se convalescendo com o decorrer do tempo.

II - Tendo em vista que autora teve ciência do fato apontado como irregular, de forma pormenorizada, e a oportunidade de contraditar tal irregularidade, não há que se cogitar em violação ao contraditório e à ampla defesa.

III - Não há direito adquirido ao benefício previdenciário, pois sua concessão se deu com base em fato inexistente, cuja aparência se sustentou por meio de documento inidôneo, originado de prática fraudulenta, não incidindo, portanto, qualquer conseqüência jurídica, desde sua origem.

IV - Caracterizada a alteração da verdade dos fatos, prevista no artigo 17, inciso II, do Código de Processo Civil, como conduta a ensejar a aplicação de pena por litigância de má-fé, nos exatos termos em que decidiu o eminente magistrado de primeiro grau.

V - Preliminar de prescrição rejeitada. Apelação da parte autora a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Turma E do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *rejeitar a preliminar de prescrição e, no mérito, negar provimento à apelação da parte autora*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES (Relator): Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face de sentença que julgou improcedente seu pedido de restabelecimento de benefício de aposentadoria por tempo de serviço, cancelado pelo INSS por verificação de fraude na sua concessão. A sentença recorrida condenou, ainda, a parte autora a pagar ao INSS o equivalente a 20% do valor dado a causa por litigância de má-fé, uma vez que a parte autora omitiu o fato de que o benefício foi suspenso por fraude. Sem condenação em custas ou honorários, em face da gratuidade.

Objetiva o apelante a reforma de tal decisão, requerendo, preliminarmente, seja reconhecida a prescrição, consistente na impossibilidade da autarquia rever seus processos administrativos, tendo em vista que o benefício previdenciário de que ora se trata foi suspenso quando já havia se passado mais de 05 anos da sua concessão, em conformidade com o art. 207 do Decreto nº 89.312/84. No mérito, sustenta que a autarquia previdenciária, ao deferir o benefício na esfera administrativa, em regular processo, examinou os pressupostos do ato de concessão, vinculando-se a

eles e criando uma situação jurídica, cujo rompimento sumário importa em violação do direito adquirido; que não se observou o devido processo legal, porquanto a autarquia sequer baixou portaria competente, constando as supostas irregularidades, devidamente descritas, onde permitiria o exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição da República.

Contra-razões do réu à fl. 84/88, nas quais este pugna pela confirmação da sentença recorrida.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES (Relator): De início, afasto a preliminar de prescrição, porquanto o ato administrativo de concessão de benefício lastreou-se em supostos fatos que posteriormente evidenciaram-se, por documentos inidôneos, como sendo resultante de práticas fraudulentas, motivo pelo qual o ato administrativo de concessão do benefício está eivado de vício em seu nascedouro, fulminando-o em sua origem, não se convalescendo com o decorrer do tempo. Portanto, tem a autarquia previdenciária o poder-dever de corrigi-lo, pois, não o fazendo, estará violando seus deveres funcionais. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

> "PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. SUSPENSÃO. PRESCRIÇÃO. ART. 207, DECRETO Nº 89.312/84.
> A revisão do processo de aposentadoria efetuada pelo INSS não consubstancia mera faculdade, mas um poder-dever da autoridade pública competente, no zelo pelo erário público e pela lisura dos procedimentos administrativos.
> Precedentes do STF e STJ.

Recurso especial conhecido e provido."
(STJ; Resp nº 437845/RJ - 2002/0066224-7; 6ª Turma; Rel Ministro Vicente Leal; v. u.; j. 11.03.2003; DJ 07.04.2003; pág. 353)

No mérito, conforme se depreende dos autos, a parte autora pleiteou administrativamente junto ao INSS a concessão de benefício previdenciário, sendo que lhe foi concedida aposentadoria por tempo de serviço, a contar de 11.07.1984 (fl. 09).

Posteriormente, a Inspetoria Geral do MPAS procedeu à revisão do benefício em questão, conforme documentos que acompanham a contestação do INSS.

Uma vez notificada, a parte autora compareceu ao posto do INSS, foi ouvido em declarações, apresentou sua justificativa para a ocorrência da fraude apurada, teve vista dos autos administrativo e acesso a todas as provas produzidas, culminando o processo administrativo com a decisão de cancelamento do benefício e encaminhamento de cópias para as providências penais cabíveis.

Da análise de todo o processado, conclui-se que houve observância do contraditório e da ampla defesa, pois o apelante teve ciência do fato apontado como irregular, de forma pormenorizada, e a oportunidade de contraditar tal irregularidade. De outra parte, não há que se falar em direito adquirido, pois a concessão do benefício se deu com base em fato inexistente, cuja aparência se sustentou por meio de documento inidôneo, originado de prática fraudulenta, não incidindo, portanto, qualquer conseqüência jurídica, desde sua origem, ou seja, não se constituiu o direito ao benefício previdenciário em tela.

É relevante, por outro lado, o fato de que a parte autora foi assistida, no processo administrativo destinado a apurar a fraude na concessão do benefício, pela mesma advogada que ingressou com a presente ação, deixando a referida advogada, nesta ação, de mencionar a existência da fraude na concessão do benefício e dos atos praticados no processo administrativo, como se houvesse a parte autora sido surpreendida pela decisão de cancelamento do benefício, sem que houvesse prévio processo administrativo.

Desse modo, está caracterizada a alteração da verdade dos fatos, prevista no artigo 17, inciso II, do Código de Processo Civil, como conduta a ensejar a aplicação de pena por litigância de má-fé, nos exatos termos em que decidiu o eminente magistrado de primeiro grau.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de prescrição e, no mérito, voto por negar provimento à apelação da autora.

Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - Relator

- Sobre a inexistência de direito adquirido a benefício concedido por meio de fraude, veja também o seguinte julgado: EInf AC 91.03.016944-8/SP, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes, publicados na RTRF3R 92/361.

APELAÇÃO CÍVEL
0003646-17.2000.4.03.6105
(2000.61.05.003646-5)

Apelante: DIRCE FERREIRA BERTOLIM
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO NELSON PORFÍRIO
Classe do Processo: AC 938623
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/12/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PAGAMENTO MEDIANTE DAÇÃO DE APÓLICE DA DÍVIDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.
1. Considerando-se que a pretensão da autora é a de pagar contribuição previdenciária, que tem inequívoca natureza de tributo, somente poderá fazê-lo em dinheiro, a teor do disposto nos arts. 3º e 162 do Código Tributário Nacional.
2. A única dação em pagamento prevista naquele diploma legal é a do inciso XI do art. 156, que se refere apenas a "bens imóveis" e, mesmo assim, na forma e condições estabelecidas em lei.
3. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Turma B 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, 29 de novembro de 2010.
Juiz Federal Convocado NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NELSON PORFÍRIO (Relator): 1. *Decisão recorrida*: Sentença proferida em ação ordinária, julgando improcedente o pedido de pagamento de contribuições previdenciárias mediante dação em pagamento de apólice da dívida pública federal, emitida com base no Decreto 24.233, de 12.5.1934. Entendeu o I. Magistrado que o título em questão não tem valor expressável em moeda corrente, está prescrito e é de duvidosa autenticidade (fls. 104/111).

2. *Razões da apelante*: O título é perfeitamente válido e não está prescrito, uma vez que é "inquestionável" a sua "perpetuidade"; possui majoração monetária que supera até mesmo os índices inflacionários, circunstâncias que imprimem-lhe perfeita circulação e aceitação (fls. 123/127).

3. *Contra-razões do apelado*: não apresentadas.

Juiz Federal Convocado NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NELSON PORFÍRIO (Relator): Não prospera o apelo.

Considerando-se que a pretensão da autora é a de *pagar contribuição previdenciária*, que tem inequívoca natureza de *tributo*, somente poderá fazê-lo *em dinheiro*, a teor do disposto nos artigos 3º e 162 do Código Tributário Nacional. A única possibilidade de dação em pagamento prevista naquele diploma legal é a do inciso XI do art. 156, que se refere apenas a "bens imóveis" e, mesmo assim, na forma e condições estabelecidas *em lei*. Nesse sentido, a posição pacífica do E. Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS COM TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O débito tributário deve, necessariamente, ser pago 'em moeda ou cujo valor nela se possa

exprimir'. A dação em pagamento, para o fim de quitação de obrigação tributária, só é aceita em hipóteses elencadas legalmente. 2. *Mutatis mutandis*, em se tratando de dívida tributária indisponível à Autoridade Fazendária, não há como se admitir a dação em pagamento por via de título da dívida pública, porquanto este procedimento escapa à estrita legalidade. 3. Agravo regimental desprovido" (STJ, 1ª Turma, AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 691996, Rel. LUIZ FUX, DJ DATA: 20/03/2006 PG: 00200).

Despiciendas, portanto, quaisquer considerações sobre a validade, a autenticidade ou o valor da apólice oferecida em pagamento do débito fiscal.

Do exposto, voto por *NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO*.

Juiz Federal Convocado NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004581-60.2000.4.03.6104
(2000.61.04.004581-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: GILBERTO SOLANO FILHO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTOS - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA GISELLE FRANÇA
Classe do Processo: AC 863823
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/01/2011

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. BENEFÍCIO CONCEDIDO NO PERÍODO DENOMINADO BURACO NEGRO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. ARTIGO 202 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 144, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 8.213/91. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO - ARTIGO 741, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SOPESAMENTO.

À época da propositura da ação de conhecimento e do seu julgamento, era bastante controvertida na doutrina e jurisprudência pátrias a possibilidade de aplicação imediata da norma inscrita no artigo 202 da Constituição Federal.

A aplicabilidade do artigo 202 da Constituição da República de 1988 somente ocorreu a partir do advento da Lei nº 8.213/91, conforme posicionamento emanado pela Suprema Corte, quando do julgamento de Recurso Extraordinário nº 193456-5.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a norma é constitucional, não havendo possibilidade de cobrança dos créditos relativos ao período de outubro/88 a maio/92 (RE 193.456, Pleno 26.02.97).

O parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.232/2005, considera inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo

declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

A Constituição Federal assegura não só a coisa julgada, mas também o direito fundamental à previdência social, prescrevendo expressamente que as receitas e despesas a ela relativas integram o orçamento específico da Seguridade Social (artigo 195, *caput*) e que "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total" (§ 5º do artigo 195). Sobretudo a partir da Emenda Constitucional nº 20/98, o Regime Geral de Previdência Social tem assumido uma feição notadamente contributiva, devendo observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (vide *caput* do artigo 201 CF, introduzido pela EC 20). Cabe ao órgão judicial sopesar a proteção constitucional do direito adquirido com os demais direitos e garantias ali assegurados.

Não há justificativa sustentável a amparar o prosseguimento de título executivo manifestamente inconstitucional, quer porque assim já o declarou o Supremo Tribunal Federal, quer por conferir tratamento desigual a segurados vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, ferindo, em última instância, o princípio da solidariedade, seu pilar de sustentação.

Apelação do INSS provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de novembro de 2010.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA (Relatora): Trata-se de recurso de apelação interposto pelo INSS contra a sentença de fls. 79/81 que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução e determinou o prosseguimento da execução no valor apurado pelo Contador Judicial às fls. 55/59.

Em seu recurso de apelação, alega a autarquia previdenciária que o benefício do Embargado, concedido no período denominado "buraco negro", já foi revisado na esfera administrativa, na forma do artigo 144 da Lei nº 8.213/91, não havendo diferenças a executar. Ademais, foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal a aplicação do artigo 58 ADCT.

Subiram os autos, com contrarrazões.

É o breve relatório.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA (Relatora): A sentença proferida na fase de conhecimento condenou o INSS a aplicar ao benefício da parte Autora a equivalência salarial.

Foi dado provimento à apelação do Autor e determinada a revisão da renda mensal inicial, mediante correção dos 36 (trinta e seis) salários-de-contribuição, mantida, no mais, a condenação de primeiro grau.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal acolheu o Recurso Extraordinário interposto pelo INSS e afastou a utilização do critério inscrito no artigo 58 ADCT ao benefício em questão, eis que concedido após a promulgação da Constituição de 1988.

O trânsito em julgado ocorreu em 14/09/1998.

A parte Autora apresentou sua conta de liquidação, no valor de R$ 39,161,51 (em janeiro/2000), apurando as diferenças relativas ao período de 02/89 a 05/92.

Citado, o INSS interpôs os presentes embargos apontando

a inexistência de créditos a executar.

A questão que se coloca é saber se a Embargada tem direito a receber os créditos decorrentes da aplicação do artigo 202 da Constituição Federal.

Segundo consta, o benefício foi concedido em 11/02/1989, no período denominado "buraco negro" (de 05/10/1988 a 05/04/1991).

À época da propositura da ação de conhecimento e do seu julgamento, era bastante controvertida na doutrina e jurisprudência pátrias a possibilidade de aplicação imediata da norma inscrita no artigo 202 da Constituição Federal.

A aplicabilidade do artigo 202 da Constituição da República de 1988 somente ocorreu a partir do advento da Lei nº 8.213/91, conforme posicionamento emanado pela Suprema Corte, quando do julgamento de Recurso Extraordinário nº 193456-5, cuja ementa cito a seguir:

> "CONSTITUCIONAL - PREVIDENCIÁRIO - AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 202 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. SUPERVENIÊNCIA DAS LEIS 8.212/91 E 8.213/91. INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.
> 1 - O art. 202, 'caput', da Constituição Federal não é auto-aplicável, por necessitar de integração legislativa, para complementar e conferir eficácia ao direito nele inserto.
> 2 - Superveniência das Leis nºs 8.212/91 e 8.213/91, normas sem as quais a vontade da Lei Maior não se cumpria. Recurso Extraordinário não conhecido.".
> *(Rel. Min. Mauricio Correa; julg. em 26.02.97)*

Nesse mesmo sentido, colaciono entendimento jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "PREVIDENCIÁRIO - CÁLCULO DA RENDA MENSAL DO BENEFÍCIO - C. F., ART. 202 - LEI 8.213/91, ART. 144, PARÁGRAFO ÚNICO.

1. Por decisão plenária, o STF concluiu pela não auto-aplicabilidade do art. 202 da Constituição Federal, cuja eficácia foi adquirida apenas com a edição da Lei nº 8.213/91. Tem-se, como perfeitamente aplicável o parágrafo único do art. 144, desta lei. (RE nº 193456, DF de 05.03.97).
2. É devida a inclusão dos índices inflacionários dos diversos planos governamentais na correção monetária dos débitos em atraso, por se tratar de mera recomposição do valor da moeda.
3. Recurso parcialmente conhecido e provido."
(STJ; REsp nº 173047/SP; Relator Min. Edson Vidigal; 5ª T.; j. 20.08.98)

"PREVIDENCIÁRIO - BENEFÍCIO - RENDA MENSAL INICIAL - CÁLCULO.
- Salário-de-contribuição. Jurisprudência revista pelo STJ, em face da corretiva proclamada pelo STF, agora uniformizada no sentido de que não é auto-aplicável o artigo 202 da CF/88 (RESP 105.066, *IN* DJ 02.06.97)."
(STJ; REsp nº 166188/SP; Relator Min. José Dantas; 5ª T.; j. 04.06.98)

Entretanto, nesse lapso de tempo entre a promulgação da Constituição da República (05/10/1988) e a regulamentação do artigo 202 através da Lei nº 8.213/91 (05 de abril de 1991), ocorreu um *vacatio legis*, já que aos benefícios concedidos nesse período, já não mais era devida a aplicação dos critérios anteriormente utilizados, mas também não haviam sido regulados os novos critérios instituídos pela nova Carta Magna.

Com o advento da Lei nº 8.213/91, através de seu artigo 144, deu-se solução ao impasse, o qual determinou o recálculo das rendas mensais iniciais dos benefícios concedidos nesse período.

Transcrevo, para ilustração, o artigo 144 da Lei nº 8.213/91:

"Art. 144. Até 1º de junho de 1992, todos os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social,

> entre 5 de outubro de 1988 e 5 de abril de 1991, devem ter sua renda mensal inicial recalculada e reajustada, de acordo com as regras estabelecidas nesta lei.
> Parágrafo único. A renda mensal recalculada de acordo com o disposto no *caput* deste artigo, substituirá para todos os efeitos a que prevalecia até então, não sendo devido, entretanto, o pagamento de quaisquer diferenças decorrentes da aplicação deste artigo referentes às competências de outubro de 1988 a maio de 1992."

O impasse que daí surgiu centrou-se na possível inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 144 que, embora tenha reconhecido o direito ao recálculo do benefício, limitou seus efeitos financeiros a partir da competência de junho/92.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a norma é constitucional, não havendo possibilidade de cobrança dos créditos relativos ao período de outubro/88 a maio/92 (RE 193.456, Pleno 26.02.97).

Não obstante a jurisprudência consolidada acerca do tema, no caso concreto foi proferida decisão, transitada em julgada, assegurando o pagamento de tais valores.

O parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.232/2005, considera inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Este Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região já se pronunciou várias vezes, pelas quatro Turmas que compõem a 3ª Seção, pela imediata aplicação do dispositivo, ainda que o trânsito em julgado tenha ocorrido antes da alteração da lei processual, como demonstram as seguintes ementas:

> "PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - CONFLITO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS - REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - RENDA MENSAL

INICIAL - COISA JULGADA E RELATIVIZAÇÃO.
1. Em tema de segurança jurídica não é dado ao magistrado, em nome da supremacia da coisa julgada (artigo 5º, XVI da CF), fechar os olhos aos demais princípios constitucionais, como aqueles que regem a administração pública (artigo 37, *caput*, da CF).
2. A supremacia da constituição constitui horizonte norteador do aplicador de direito e deve informar o exercício da função jurisdicional. Tal entendimento restou consagrado no novo parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi conferida pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que, acolhendo o princípio constitucionalista, erigiu como hipótese de inexigibilidade do título a sua incompatibilidade com a Constituição Federal.
3. O art. 586 do CPC estabelece que a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível. Se o título não for exigível a execução é nula (art. 618, I, CPC).
4. No que pertine à revisão do valor da renda mensal inicial dos benefícios concedidos no período que se convencionou chamar de 'buraco negro', o Supremo Tribunal Federal tem decidido que os princípios estabelecidos nos artigos 201, § 3º, e 202 da Constituição não são auto-aplicáveis e, portanto, na apuração do seu valor, deve ser observada a regra prevista na Lei 8213/91, ou seja, atualiza-se monetariamente todos os salários-de-contribuição, mas os efeitos financeiros se iniciam somente a partir de junho/92 (art. 144).
5. Inexigibilidade do título que se declara de ofício. Recurso prejudicado."
(TRF 3ª Região, AC 1999.03.99.084395-0, DJU 28/06/2007, p. 610, 9ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos).

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REVISIONAL

DE BENEFÍCIO. AGRAVO LEGAL. URP DE FEVEREIRO/89. APLICAÇÃO DO INPC COMO FATOR DE CORREÇÃO DO BENEFÍCIO DURANTE TODO O PERÍODO DO CÁLCULO. TÍTULO INCOMPATÍVEL COM A ORDEM CONSTITUCIONAL. INEXIGIBILIDADE. ART. 741 DO CPC.
(...)
IV - O título judicial fundado em interpretação incompatível com a ordem constitucional revela-se inexigível, nos termos do inciso II e do § único do art. 741 do CPC.
V - Todas as Turmas (7ª, 8ª, 9ª e 10ª) da 3ª Seção têm decidido de modo uniforme quanto à possibilidade e aplicar-se o parágrafo único do art. 741 o CPC em hipóteses semelhantes a destes autos.
(...)"
(TRF 3ª Região, AC 2000.03.99.053219-5, DJF3 27/01/2009, p. 795, 8ª Turma, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante)

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO CONCEDIDO APÓS A CF/88. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA. ARESTO QUE CONCEDEU REAJUSTE DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA E CONSIDEROU A CORREÇÃO MONETÁRIA DOS 36 (TRINTA E SEIS) ÚLTIMOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO E A APLICAÇÃO DO ART. 58 DO ADCT, CONTRARIANDO ENTENDIMENTO DO STF. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO (ART. 741, II, § ÚNICO, DO CPC). ABONOS ANUAIS PAGOS A PARTIR DE 1990. INDEVIDAS DIFERENÇAS PRETÉRITAS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PARTE EMBARGADO NÃO BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA.
O artigo 741, inciso II, parágrafo único, *in fine*, do Código de Processo Civil, na redação da Lei 11.232/05, viabilizou a reapreciou de título judicial, isto é, decisão transitada em julgado, quando fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal

Federal ou cuja aplicação ou interpretação sejam incompatíveis com texto constitucional, que assume contornos de inexigibilidade, mediante flexibilização da coisa julgada.
Não auto-aplicabilidade do artigo 202 da Constituição Federal (RE 193.456-5/RS, STF, Pleno, Rel. Min. Maurício Côrrea, JU 07-11-97). Não incidência do art. 58 do ADCT a benefícios concedidos após a CF/88.
Sentença que determinou a correção dos 36 (trinta e seis) salários de contribuição e a aplicação do art. 58 do ACT, em interpretação desconforme à Constituição Federal, segundo orientação 1990, já contaram com o devido pagamento na esfera administrativa, nos exatos termos pretendidos pela parte embargada. Indevidas diferenças pretéritas.
Fixados os honorários advocatícios pela parte embargada em R$ 400,00 (quatrocentos reais), (artigo 20, parágrafo 4º, do CPC), porquanto não beneficiária da Justiça Gratuita.
Improcedência do pedido na ação subjacente.
Sentença reformada de ofício. Flexibilização da coisa julgada. Apelação prejudicada."
(TRF 3ª Região, AC 97.03.024114-0, DJF3 CJ2 01/09/2009, p. 612, Oitava Turma, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky)

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO. COISA JULGADA. CÁLCULO DA RMI. BENEFÍCIOS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO DE 1988. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO TÍTULO JUDICIAL. INDISPONIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS. INEXIGIBILIDADE.
Incabível aplicação da anterior redação do art. 202, *caput*, da Constituição Federal, é de se reconhecer a impossibilidade jurídico-constitucional do título judicial, considerada a significativa relevância da indisponibilidade dos bens da autarquia previdenciária tão elevada quanto a coisa julgada. Doutrina de Cândido Rangel Dinamarco. A aplicação

da Súmula ex-TFR 260 se exaure em março/89 com a entrada da vigência do art. 58 do ADCT. Se o título judicial se funda em aplicação tida por incompatível com a Constituição, também se considera inexigível. CPC, art. 741, parágrafo único. MPV 2.180-35, de 24.08.01. Obrigação de restituir o valor recebido a maior. Apelação provida. Erro material corrigido de ofício."
(TRF 3ª Região, APELREE 2008.03.99.061155-0, DJF3 CJ2 01/04/2008, p. 828, Relator Desembargador Federal Castro Guerra).

É certo que a tese abraçada pelos julgados referidos, e por este juízo também acolhida, encontra resistência na doutrina processualista, ao fundamento de que o trânsito em julgado da decisão ocorreu antes da alteração da legislação processual, razão pela qual não tem o efeito de alcançá-la.

Ressalte-se, no entanto, que a Constituição Federal assegura não só a coisa julgada, mas também o direito fundamental à previdência social, prescrevendo expressamente que as receitas e despesas a ela relativas integram o orçamento específico da Seguridade Social (artigo 195, *caput*) e que "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total" (§ 5º do artigo 195).

Sobretudo a partir da Emenda Constitucional nº 20/98, o Regime Geral de Previdência Social tem assumido uma feição notadamente contributiva, devendo observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (*vide caput* do artigo 201 CF, introduzido pela EC 20).

Desta feita, não deve o órgão judicial apenas ater-se à proteção constitucional do direito adquirido, mas sopesá-la com os demais direitos e garantias ali assegurados.

Não há justificativa sustentável a amparar o prosseguimento de título executivo manifestamente inconstitucional, quer porque assim já o declarou o Supremo Tribunal Federal, quer por conferir tratamento desigual a segurados vinculados ao Regime

Geral de Previdência Social, ferindo, em última instância, o princípio da solidariedade, seu pilar de sustentação.

Isto posto, *DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS*, reconhecendo a inexistência de créditos a executar.

Sem condenação do Embargado nos ônus da sucumbência, por ser beneficiário da Justiça Gratuita (STF, RE 313.348/RS, Min. Sepúlveda Pertence).

É o voto.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

- Sobre a inaplicabilidade imediata da norma inscrita no art. 202 da Constituição Federal, veja também os seguintes julgados: EInf AC 92.03.062461-9/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicados na RTRF3R 74/330; AC 94.03.007403-5/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicada na RTRF3R 76/232; EDcl AC 96.03.019061-6/SP, Relatora Juíza Federal Valéria Nunes, publicados na RTRF3R 78/351 e AC 2002.61.83.000299-4/SP, Relatora designada para o Acórdão Desembargadora Federal Vera Jucovsky, publicada na RTRF3R 83/248.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0000080-81.2001.4.03.6119
(2001.61.19.000080-0)

Apelantes: KIMBERLY-CLARK KENKO IND. E COM. LTDA. E UNIÃO FEDERAL
Apeladas: AS MESMAS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO WILSON ZAUHY
Classe do Processo: ApelReex 854800
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/12/2010

EMENTA

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E TRABALHISTA. MULTA TRABALHISTA. REDUÇÃO DO INTERVALO DE REPOUSO E ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR. ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO. 1. A redução do intervalo destinado à alimentação do trabalhador, ao contrário do que diz a sentença, não conta com previsão constitucional, admitindo a Constituição Federal, no artigo 7º, inciso XIII tão somente a redução da jornada de trabalho diária, segundo acordo ou convenção coletiva. 2. O Egrégio TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, por Turma Suplementar, já teve oportunidade de afirmar a indispensabilidade de autorização ministerial para a redução do intervalo destinado à refeição do trabalhador.
3. Apelação da União Federal e remessa oficial providas. Prejudicada a análise do apelo da parte autora.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA C do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à Remessa oficial e à apelação da União Federal e julgar prejudicada a apelação

da autora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY (Relator):

Trata-se de remessa oficial e de apelações interpostas pela Kimberly-Clark Kenko Indústria e Comércio Ltda. e pela União Federal contra sentença que julgou extinto o processo sem resolução do mérito com relação ao auto de infração nº 253502, procedente o pedido para anular os autos de infração nºs 4137060, 4341139 e 4341201 e por conseqüência condenar a União federal na devolução dos valores recolhidos a esse título e improcedente o pedido de declarar legítima a redução dos intervalos para refeição mediante negociação coletiva, além de condenar a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00.

A recorrente Kimberly-Clark Kenko Indústria e Comércio Ltda., em suas razões, defende a reforma parcial da sentença com o decreto de procedência a fim de declarar legítima a redução do intervalo para refeições via acordo coletivo.

A União Federal, por sua vez, defende a reforma da sentença quanto à anulação dos autos de infração, por entender que o ato administrativo é juridicamente válido, na medida que respeitou os requisitos legais para sua concepção.

Com contrarrazões, 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 reformada.

A redução do intervalo destinado à alimentação do trabalhador, ao contrário do que diz a sentença, não conta com previsão constitucional.

O que o artigo 7º, inciso XIII, da CF admite é tão só a redução da jornada de trabalho diária, segundo acordo ou convenção coletiva, como se lê de sua redação, *verbis*:

> "Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> ...
> XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho".

Como se vê a CF não diz que a redução do horário normal de trabalho possa ser objeto de acordo ou convenção coletiva, como posto pela sentença.

Deveria a autora, para dar foros de validade e legalidade à redução da jornada de trabalho, solicitar à autoridade competente - Delegado do Trabalho - a concessão de autorização para que a jornada de trabalho fosse reduzida; não se desincumbindo dessa providência expôs-se a autora à autuação fiscal trabalhista.

O Egrégio TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, por Turma Suplementar, já teve oportunidade de afirmar a indispensabilidade de autorização ministerial para a redução do intervalo destinado à refeição do trabalhador, *verbis*:

> "DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO DO TRABALHO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MULTA TRABALHISTA. REDUÇÃO DO INTERVALO DE REPOUSO E ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO. ARTIGO 71, § 3º, DA CLT. PROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO. SENTENÇA REFORMADA.

1. No caso dos autos, a sentença foi proferida por Juiz Federal, em data anterior à modificação de redação do artigo 114, inciso III, da Constituição Federal, introduzida pela Emenda Constitucional 45, de 2004, restando confirmado pela jurisprudência que remanesce a competência do tribunal respectivo nestes casos, onde a sentença fora proferida antes da promulgação daquela emenda.
2. No mérito, a autora firmou com os seus empregados, com a participação do sindicato dos trabalhadores nas indústrias químicas e farmacêuticas e de material plástico de Suzano/SP, acordo coletivo de trabalho, com vigência no período de 16 de dezembro de 1999 a 15 de dezembro de 2001 (fls. 214/215), inclusive para reduzir de sessenta minutos para quarenta minutos, o intervalo para repouso e alimentação, tendo remetido o acordo, em dezembro de 1999, para a Delegacia Regional do Trabalho em Guarulhos (fls. 214). Consta, também, convenção coletiva firmada com a FIESP, com vigência de um ano, a contar de 01.11.2000, na qual convencionaram a adoção da redução de tal intervalo em até trinta minutos.
3. Ocorre que a autora foi alvo de inspeções realizadas por Auditor Fiscal do Trabalho, em 13/04/2000, 31/01/2001 e 14/02/2004, tendo este constatado que a empresa, apesar das reiteradas autuações, ainda vem incorrendo na infração de reduzir o interstício mínimo para refeição ou repouso sem autorização expressa da autoridade competente.
4. Da inteligência das normas contidas no artigo 71, *caput*, e § 3º, da CLT, verifica-se que, em qualquer atividade contínua, que exceda de seis horas de duração, a empresa obriga-se a conceder aos seus empregados um intervalo mínimo de uma hora para repouso ou alimentação, sendo certo que este interstício somente poderá ser de duração inferior ao mínimo legal se, atendidas as exigências de lei, a autoridade competente do Ministério do Trabalho, ouvido o Departamento Nacional de Segurança e Higiene do Trabalho, autorizar, expressamente, a redução.

5. Em que pese a Constituição Federal de 1988, ter retirado o Estado da seara das negociações entre empregados e empregadores, por evidente, não retirou das normas de ordem pública, contidas na matéria, a sua capacidade de gerar efeitos e isso significa que os acordos e as convenções coletivas do trabalho deverão, necessariamente, ser reverentes à lei, tendo sido, sob essa ótica, recepcionado o artigo 71 e seus parágrafos, da CLT, daí a legitimidade da exigência de prévia autorização do Ministério do Trabalho para a redução do intervalo de repouso e alimentação para período inferior a uma hora.
6. Na hipótese, os autos de infração e imposição de multa foram regularmente aplicados, bem como legal a sua confirmação, por meio do procedimento administrativo próprio, pois a autora reconhece que infringiu a regra inscrita no artigo 71, § 3º, da CLT, ao implementar a redução, para meia hora, do intervalo para repouso e alimentação de seus empregados, sem a autorização emanada da autoridade competente, não bastando o constante de acordo ou convenção coletiva, pois a competência é da autoridade pública.
7. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento." (APELREE 200161190000812. Rel. Juiz Valdeci dos Santos. Terceira Turma. DJF3 CJ118/08/2009. pg. 55).

Assim, dou provimento ao apelo da União Federal e à remessa para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido; prejudicado o conhecimento do recurso interposto pela autora, invertidos os encargos de sucumbência.

É como voto.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0027374-68.2001.4.03.6100
(2001.61.00.027374-5)

Apelante: UNIÃO FEDERAL - MEX
Apelado: FRANCISCO JOSE PEREIRA DAS NEVES BOLONHA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RUBENS CALIXTO
Classe do Processo: AMS 268777
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/12/2010

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AUTORIZAÇÃO PARA COLEÇÃO DE ARMA PROIBIDA. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE. ATO UNILATERAL, DISCRICIONÁRIO E PRECÁRIO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE DA NORMA QUE CONDICIONA A MANUTENÇÃO DA AUTORIZAÇÃO AOS CASOS EM QUE A ARMA FOI ADQUIRIDA EM ALIENAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS (PORTARIA DMB 24/2000). DISCRIMINAÇÃO JURIDICAMENTE INADMISSÍVEL. CONSERVAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO.

1. Apelação e remessa oficial contra sentença que concedeu a segurança para o fim de afastar as exigências contidas no ofício 706/SFPC/2, recebido pelo impetrante, bem como a Portaria Ministerial nº 767/98 e a Portaria do Departamento de Material Bélico nº 24/2000, preservando-se o seu direito de manter em coleção armas automáticas fabricadas nos últimos 50 anos.

2. O registro de armas proibidas ou de uso restrito segue normas específicas, não seguindo os paradigmas do registro de armas cujo porte é permitido.

3. Os art. 16 e 17 da Lei 9.437/97, antes de sua revogação pela Lei 10.826/2003, atribuíam ao Ministério do Exército a competência para autorizar, em caráter excepcional, a aquisição de armas de fogo de uso restrito ou proibido, bem como a sua classificação legal e técnica.

4. Incabível a alegação de direito adquirido ao registro e conseqüente coleção de arma de uso proibido ou restrito, posto que sua manutenção se dá através de *autorização*, ato administrativo de caráter unilateral, discricionário e precário.
5. Destarte, poderia o Ministério do Exército revogar autorização anteriormente concedida, sem que isso caracterize ofensa a direito adquirido do colecionador.
6. A Portaria DMB 024, de 25 de outubro de 2000, assim como já fazia a sua predecessora Portaria DMB 002/2000, vedava a coleção de armas automáticas de qualquer calibre fabricadas há menos de 50 anos e ressalvava a possibilidade de serem mantidas por colecionador aquelas já possuídas, porém, *se tivessem sido adquiridas em alienações feitas pelas Forças Armadas* e devidamente registradas.
7. Não se consegue entender a razoabilidade da distinção entre a arma ter sido ou não adquirida em alienações feitas pelas Forças Armadas, que poderia implicar em favorecimento aos que são oriundos da corporação.
8. Se o adquirente está de boa fé e sempre teve o registro da arma, é irrelevante que esta tenha sido ou não adquirida em alienação das Forças Armadas, razão pela qual esta condição acaba consistindo em odiosa discriminação.
9. Toda e qualquer discriminação, para ser juridicamente admissível, deve estar fundada em critério racional e razoável, que justifique o tratamento diferenciado entre sujeitos de direito, o que não ocorre no caso concreto.
10. Apelação e remessa oficial improvidas.

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 e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam

fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de dezembro de 2010.

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. 142/145 que concedeu a segurança para o fim de afastar as exigências contidas no ofício 706/SFPC/2, recebido pelo impetrante, bem como a Portaria Ministerial nº 767/98 e a Portaria do Departamento de Material Bélico nº 24/2000, no tocante ao armamento discriminado às fls. 08 dos autos, preservando-se o seu direito de propriedade quanto aos referidos apetrechos bélicos (armas automáticas fabricadas nos últimos 50 anos), desde que observadas pelo impetrante as demais normas incidentes sobre a matéria, inclusive a necessidade de renovação constante do registro concedido, conforme dispuser a legislação própria.

Em suas razões de recurso (fls. 157/161), diz a União Federal que a autoridade impetrada simplesmente procurou dar cumprimento ao disposto na Lei 9.437, de 20 de fevereiro de 1997; no Decreto 2.222, de 08 de maio de 1997; na Portaria Ministerial 767, de 04 de dezembro de 1998; no Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000; e na Portaria 024-DMB, de 25 de outubro de 2000. Sustenta que a autorização administrativa pode ser revogada, segundo a conveniência e oportunidade do ato e do interesse público. Afirma que o Certificado do Registro de Colecionador não se confunde com o Certificado de Registro de Arma de Fogo, sendo este último necessário para todas as armas. Salienta que cabe ao Ministro do Exército autorizar o registro de armas proibidas ou de uso restrito (art. 16 e 17 da Lei 9.437/97), sendo que o impetrante concordou com as restrições impostas na ocasião da revalidação do seu Certificado de Registro. Diz, ainda, que algumas das armas em poder do impetrante têm grande poder de fogo, capaz de atingir aviões e veículos pesados. Pré-questiona os art.

3º, 4º, 7º e 10 da lei 9.347/96 e art. 46 do Decreto 2.222/97, bem como o art. 37 da Constituição Federal.

Contra-razões às fls. 186/196.

A douta Procuradoria-Regional da República opinou pela reforma da sentença (fls. 201/206).

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

VOTO

O Exmo Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator):

Verifica-se que o impetrante possuía Certificado de Registro de Colecionar de Armas e Munições de Uso Permitido e Proibido, expedido em 24 de novembro de 1999 e com validade para o biênio 2000/2002 (fls. 24), ocasião em que relacionou mais de uma centena de armas de colacionar (fls. 24/39).

Contudo, em setembro de 2001, recebeu o Ofício nº 706-SFPC/2 (fls. 40/41) que determinava a entrega de armas automáticas de qualquer calibre, cujo lote houvesse sido fabricado nos últimos 50 anos, mesmo que registradas, com possibilidade de restituição ao colecionador após a inutilização definitiva para o tiro automático.

O comunicado estava fundado na Portaria 024-DMB, de 25 de outubro de 2000, cujo art. 9º, em seu inciso I, vedava a coleção de armas com aquela descrição.

No caso, compete à União Federal a competência exclusiva para legislar sobre material bélico (inciso XXI do art. 22 da Constituição Federal de 1988).

Importante frisar que o registro de armas proibidas ou de uso restrito segue normas específicas, não seguindo os paradigmas do registro de armas cujo porte é permitido.

Assim, não socorrem ao impetrante as normas sobre o registro e porte de armas de porte permitido.

A Lei 9.437/97, antes de sua revogação pela Lei 10.826/2003, atribuía ao Ministério do Exército a competência para autorizar, em caráter excepcional, a aquisição de armas de fogo de uso

restrito ou proibido, bem como a sua classificação legal e técnica, a saber:

> "Art. 16. Caberá ao Ministério do Exército autorizar, excepcionalmente, a aquisição de armas de fogo de uso proibido ou restrito.
> Parágrafo único. O disposto no 'caput' não se aplica às aquisições dos Ministérios Militares.
> Art. 17. A classificação legal, técnica e geral das armas de fogo e demais produtos controlados, bem como a definição de armas de uso proibido ou restrito são de competência do Ministério do Exército."

Por sua vez, o § 1º do art. 9º do Decreto 2.222/97, que regulamentou a Lei 9.437/97, dispôs que as armas de fogo de uso restrito ou proibido deveriam ser registradas no Ministério do Exército.

Nos termos do art. 21 do Decreto 3.665/2000, compete às Regiões Militares, por meio dos Serviços de Fiscalização de Produtos Controlados (SFPC), a fiscalização de produtos controlados.

Do ponto de vista formal, portanto, não há qualquer irregularidade com Ofício nº 706-SFPC/2, ora impugnado.

Naquilo que é pertinente ao direito substantivo, penso ser incabível a alegação de direito adquirido ao registro e conseqüente coleção de arma de uso proibido ou restrito, posto que sua manutenção se dá através de *autorização*, ato administrativo de caráter unilateral, discricionário e precário, conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello (*In Curso de direito administrativo*, Malheiros, 25. ed, 2008, p. 430).

Destarte, poderia o Ministério do Exército revogar autorização anteriormente concedida, sem que isso caracterize ofensa a direito adquirido do colecionador.

No caso, a Portaria DMB 024, de 25 de outubro de 2000, assim como já fazia a sua predecessora Portaria DMB 002/2000, vedava a coleção de armas automáticas de qualquer calibre fabricadas há menos de 50 anos e ressalvava a possibilidade de serem

mantidas por colecionador aquelas já possuídas, porém, *se tivessem sido adquiridas em alienações feitas pelas Forças Armadas* e devidamente registradas (parágrafo único do art. 11).

A inovação da Portaria DMB 024, neste caso, consistiu em condicionar a posse de arma automática à aquisição em alienações feitas pelas Forças Armadas.

Não se consegue entender a razoabilidade da distinção entre a arma ter sido ou não adquirida em alienações feitas pelas Forças Armadas, que poderia implicar em favorecimento aos que são oriundos da corporação.

Se o adquirente está de boa fé e sempre teve o registro da arma, é irrelevante que esta tenha sido ou não adquirida em alienação das Forças Armadas, razão pela qual esta condição acaba consistindo em odiosa discriminação.

Em conhecida obra (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*), Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que toda e qualquer discriminação, para ser juridicamente admissível, deve estar fundada em critério racional e razoável, que justifique o tratamento diferenciado entre sujeitos de direito.

Não é o que ocorre na presente hipótese.

Daí porque entendo que a sentença deve ser mantida, embora sob outros fundamentos.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e à remessa oficial.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL 0000113-52.2002.4.03.6114 (2002.61.14.000113-8)

Apelante: INSTITUTO DE RADIOLOGIA FREI GASPAR S/C LTDA.
Apelado: CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA DA 5ª REGIÃO - CRTR/SP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SANTORO FACCHINI
Classe do Processo: AC 1144661
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/11/2010

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - AUTUAÇÃO - CONSELHO DE RADIOLOGIA - INFRAÇÃO PREVISTA EM RESOLUÇÃO - ILEGITIMIDADE DO PODER DE POLÍCIA.

1. O ilícito administrativo configurou-se pela afronta ao artigo 2º da lei 7.394/85, regulamentada pelo Decreto 92.790/86 e também por infringência ao artigo 14 da Resolução Conter 10/98.

2. Ainda que o apelado detenha competência para fiscalizar o exercício da profissão de técnico em radiologia, não consta da lei (7.394/85), nem do regulamento respectivo, que possa autuar empresas “pelo acobertamento e/ou contratação de pessoa não habilitada ao exercício dessa profissão”.

3. Pelo que se extrai dos autos, a infração estaria prevista em simples resolução do apelado, o que não legitima, no caso, o exercício do poder de polícia.

4. Inversão do ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação,

nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de novembro de 2010.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI (Relator): Trata-se de apelação, tirada pelo embargante, contra sentença que julgou improcedentes embargos à execução fiscal, condenando-o em honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado do débito.

Nas razões de recurso, em apertada síntese, alega o apelante que foi autuado porque sua funcionária, com formação superior na área de saúde, operava equipamento de raios-x (mamógrafo).

Sustenta que o apelado não pode autuar indiscriminadamente, invadindo a competência de outros Conselhos Profissionais, e que sua funcionária, biomédica, estava legalmente autorizada a operar o equipamento de radiografia, conforme previsto na lei 6684/79 e respectivo regulamento.

Discorda, outrosssim, do fundamento utilizado na sentença, porque não caberia ao apelado verificar se a atuação da funcionária do apelante estava ou não sendo supervisionada por médico, mas, sim, sua competência se resume a fiscalizar serviços realizados pelos técnicos em radiologia.

Pretende o provimento do apelo, com inversão do ônus da sucumbência.

Em contrarrazões, sustenta o apelado as disposições da Resolução CONTER e do Decreto 92.790/86, para justificar a sua competência para a imposição da sanção em tela, realçando os perigos do manuseio de equipamentos de raios-x, sem a necessária qualificação técnica. Aduz que é comum a utilização indevida de profisisonais de biomedicina para tal mister, sem preparo adequado e com carga horária excessiva, restando ausente a fiscalização do Conselho Profissional respectivo.

Repisa que os biomédicos não podem manusear tais equipamentos, operação que é restrita aos técnicos em radiologia, amoldando-se a espécie ao que prevê o artigo 5º inciso XII e artigo 22, ambos da C. F.

Postula a manutenção da sentença monocrática.

Regularmente processado o recurso, vieram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI (Relator): Nos termos do que consta no auto de infração, o ilícito administrativo configurou-se pela afronta ao artigo 2º da lei 7.394/85, regulamentada pelo Decreto 92.790/86 e também por infringência ao artigo 14 da Resolução Conter 10/98, nestes termos: "contratação e/ou acobertamento de pessoa que não é qualificada para o exercício da profissão, inclusive auxiliar de câmara clara e escura".

Desponta, aqui, mais uma vez, os conflitos de regência entre dois ou mais conselhos profissionais. De um lado, é certo que a lei 6.684/79, alterada pela lei 7.0127/92, e respectivo regulamento - Decreto 88.439/83 - permitem, em seu artigo 4º, inciso II ao biomédico "realizar serviços de radiografia, excluída a interpretação", ao passo que a lei 7.394/95 prevê que o exercício da profissão de técnico em radiologia esteja restrita às pessoas com habilitação profissional regulada pelo ora apelado.

De qualquer modo, não decorre, da fundamentação utilizada no auto de infração, que o apelado detivesse competência legal para autuar o apelante. Veja-se: ainda que o apelado detenha competência para fiscalizar o exercício da profissão de técnico em radiologia, não consta da lei (7.394/85), nem do regulamento respectivo, que possa autuar empresas "pelo acobertamento e/ou contratação de pessoa não habilitada ao exercício dessa profissão".

Pelo que se extrai dos autos, a infração estaria prevista em simples resolução do apelado, o que não legitima, no caso, o exercício do poder de polícia.

No mesmo sentido, colhe-se, aqui, precedente das Cortes Federais, *in verbis*:

> "ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO EM DECORRÊNCIA DO DESEMPENHO DE ATIVIDADE DE TÉCNICO EM RADIOLOGIA SEM INSCRIÇÃO OU REGISTRO NO CONSELHO. MULTA ADMINISTRATIVA INSTITUÍDA PELA RESOLUÇÃO Nº 27/2001 DO CONTER. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE.
> 1. Apelação interposta pela CLÍNICA DE DIAGNÓSTICO ULTRASONOGRÁFICO DO CEARÁ S/C LTDA em face da sentença que julgou improcedente o pedido inicial por entender como legítimo o auto de infração nº 10/2002, lavrado com fundamento na Resolução nº 27/2001, em desfavor da parte autora por ausência de registro de alguns dos seus empregados junto ao referido Conselho.
> 2. Ausência de expressa autorização para a aplicação de multa administrativa pelos Conselhos Regionais de Técnicos em Radiologia ou pelo Conselho Nacional na Lei nº 7.394/85, que regula o exercício da profissão de técnico em radiologia, nem no Decreto nº 92.790/86, que a regulamenta.
> 3. Impossibilidade da penalidade pecuniária ser instituída e, ainda, ter os seus valores fixados em mero ato administrativo, qual seja, a Resolução do CONTER nº 27/2001. Violação ao princípio da reserva legal. Precedente da Primeira Turma.
> 4. Apelação provida para reconhecer a nulidade do Auto de Infração nº 10/2002, do Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 2ª Região."
> (TRF 1ª Região, AC 388828, Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, DJE 17/05/2010)

Tais fundamentos mostram-se suficientes para autorizar o provimento da apelação.

Em face do exposto, voto pelo provimento da apelação, com a inversão do ônus da sucumbência.

É como voto.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0001055-86.2003.4.03.6102
(2003.61.02.001055-4)

Apelante: BRASNORT - PORTARIA E LIMPEZA S/C LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
Classe do Processo: AMS 255448
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/12/2010

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. EMPRESA DE ZELADORIA, PORTARIA, VIGIA E ATIVIDADES CONGÊNERES. INAPLICABILIDADE DO § 4º, DO ART. 10, DA LEI Nº 7.102/83.
1. Estão sujeitas à fiscalização do Ministério da Justiça, através do Departamento de Polícia Federal, tanto as empresas que executam propriamente os serviços vigilância ostensiva, quanto aquelas que, embora não tenham este objeto social, mas que, por força da norma de extensão (art. 10, § 4º, da Lei nº 7.102/83), mantêm quadro funcional específico para execução dessas atividades (serviços orgânicos de segurança - art. 31, § 1º, do Decreto 1.592/95).
2. Os funcionários da impetrante restringiam-se a executar atividades de zeladoria, portaria, orientador de loja, isto é, vigilância discreta, sem uso de uniformes e emprego de armas de fogo, donde se conclui pela descaracterização de empresa de vigilância ostensiva, atividade repressiva e parapolicial por natureza, sendo razoável, pois, a decisão, afastando a incidência do art. 10, § 4º, da Lei nº 7.102/83.
3. Apelação provida.

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 à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relator

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora).

Trata-se de apelação em face de sentença que denegou a ordem em mandado de segurança impetrado por BRASNORTE - PORTARIA E LIMPEZA S/C LTDA. a fim de garantir o livre exercício da profissão de portaria e de vigia, independente da autorização e fiscalização do Ministério da Justiça - Departamento de Polícia Federal.

Juntou documentos às fls. 16/46.

Informações prestadas (fls. 56/59), esclarecendo que compete ao Departamento de Polícia Federal fiscalizar e controlar qualquer tipo de atividade de segurança privada, armada ou não.

A liminar foi indeferida (fl. 61).

Sobreveio sentença, denegando a ordem (fls. 72/75), considerando a atividade exercida pela empresa como de segurança privada.

Apela a impetrante, requerendo a reforma da decisão. Baseia seus argumentos no fato de que não atua no ramo de vigilância ostensiva, a depender de autorização de funcionamento emitida pelo Departamento Especializado da Polícia Federal, segundo a Lei nº 7.102/83. Ao contrário, alega ter por objeto social a exploração de prestação de serviços de limpeza em geral, portaria, vigia, secretaria e outros.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Eg. Corte.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento da apelação.

É o relatório.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora).

Presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, adentro ao mérito.

As empresas privadas que prestam serviço de segurança ostensiva, vigilância e transporte de valores submetem-se às exigências da lei nº 7.102/83.

Entende-se por segurança privada o serviço cuja finalidade seja de "proceder a vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas; II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga" (art. 10, *caput*, da lei nº 7.102/83).

Estabelece também as empresas que "utilizem pessoal de quadro funcional próprio, para execução dessas atividades", ficam obrigadas ao cumprimento do disposto nesta Lei (art. 10, § 4º, da Lei nº 7.102/83), *ainda que* possuam objeto econômico *diverso* da vigilância ostensiva e do transporte de valores.

Assim, estão sujeitas à fiscalização do Ministério da Justiça, através do Departamento de Polícia Federal, tanto as empresas que executam propriamente os serviços vigilância ostensiva, quanto aquelas que, embora não tenham este objeto social, mas que, por força da norma de extensão (art. 10, § 4º, da Lei nº 7.102/83), mantêm quadro funcional específico para execução dessas atividades (serviços orgânicos de segurança - art. 31, § 1º, do Decreto nº 1.592/95).

Transcrevo à título ilustrativo o artigo 10 da lei acima mencionada:

> "Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de:
> I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados,

bem como a segurança de pessoas físicas;
II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.
§ 1º Os serviços de vigilância e de transporte de valores poderão ser executados por uma mesma empresa.
§ 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do *caput* deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas.
§ 3º Serão regidas por esta lei, pelos regulamentos dela decorrentes e pelas disposições da legislação civil, comercial, trabalhista, previdenciária e penal, as empresas definidas no parágrafo anterior.
§ 4º As empresas que *tenham objeto econômico diverso* da vigilância ostensiva e do transporte de valores, que utilizem pessoal de quadro funcional próprio, para execução dessas atividades, ficam *obrigadas ao cumprimento do disposto nesta lei* e demais legislações pertinentes"

O ponto nevrálgico dos autos, portanto, está em saber se a impetrante enquadra-se no conceito de empresa de vigilância ostensiva propriamente dita (art. 10, *caput*) ou por equiparação (art. 10, § 4º).

Pelo conjunto fático-probatório dos autos, não se pode afirmar que há similitude entre as atividades da impetrante e aquelas desempenhas pelo serviço de vigilância ostensiva, própria de atividade para-policial com emprego de arma de fogo, na maioria das vezes. Ao revés, a impetrante presta serviços de vigilâncias de portarias e de estabelecimentos, orientação de clientes e etc., isto é, execução de serviços em geral, tendo sido contratada para tais serviços, de forma terceirizada, conforme documentos de fls. 31/37.

Ensina Valentin Carrion que "(...) *vigia* é o que somente

exerce tarefas de observação e fiscalização do local. *Vigilante* é o empregado contratado por estabelecimento financeiro ou empresa especializada em prestação de serviços de vigilância ou transporte de valores, vigilância de outros estabelecimentos, públicos ou privados, inclusive residências" (*In* "Comentários à CLT", Ed. Saraiva, 23ª ed., 1998).

Para esclarecer definitivamente este ponto, colaciono os requisitos necessários à caracterização da função de vigilante, previstos nos arts. 16 e 17 da Lei nº 7.102/83, *in verbis*:

> "Art. 16 - Para o exercício da profissão, o vigilante preencherá os seguintes requisitos:
> I - ser brasileiro;
> II - ter idade mínima de 21 (vinte e um) anos;
> III - ter instrução correspondente à quarta série do primeiro grau;
> IV - ter sido aprovado, em curso de formação de vigilante, realizado em estabelecimento com funcionamento autorizado nos termos desta lei. (Redação dada pela Lei nº 8.863/94)
> V - ter sido aprovado em exame de saúde física, mental e psicotécnico;
> VI - não ter antecedentes criminais registrados; e
> VII - estar quite com as obrigações eleitorais e militares.
> Parágrafo único - O requisito previsto no inciso III deste artigo não se aplica aos vigilantes admitidos até a publicação da presente Lei.
> Art. 17 - O exercício da profissão de vigilante requer prévio registro na Delegacia Regional do Trabalho do Ministério do Trabalho, que se fará após a apresentação dos documentos comprobatórios das situações enumeradas no artigo anterior. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.184-23 de 24.8.01).
> Parágrafo único - Ao vigilante será fornecida Carteira de Trabalho e Previdência Social, em que será especificada a atividade do seu portador."

Certo, portanto, que o *preenchimento* desses requisitos, *junto* com próprio *desempenho* do serviço de vigilância patrimonial ou de transporte de valores (art. 10, incisos I e II, da Lei nº 7.102/83), traduz-se em elemento essencial à caracterização da atividade de vigilante, que não se confunde com a de vigia.

Nesta quadra, o STJ, dirimindo antiga controvérsia acerca da interpretação do § 4º, do art. 10, da lei nº 7.102/83, firmou entendimento no sentido de que a citada lei não se aplica aos casos de prestação de serviços de vigilância *não ostensiva*, sobretudo no caso de segurança desarmada, não havendo pois subsunção de tais fatos à abstratividade legal.

Neste diapasão, as seguintes ementas:

> "ADMINISTRATIVO. EMPRESA DE VIGILÂNCIA. LEI Nº 7.102/83. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA.
> 1. As normas contidas na Lei nº 7.102/83 aplicam-se às empresas que prestam serviços de segurança e vigilância a instituições financeiras e a transporte de valores, bem como as que, embora tendo objeto econômico diverso, utilizam seu pessoal para executar aquelas atividades. Não estão sujeitas à sua disciplina outras empresas privadas de segurança, que simplesmente se dedicam a atividades de vigilância residencial ou comercial, sem a utilização de arma de fogo. Precedente: RESP 347603/RS, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 06.04.2006.
> 2. Recurso especial a que se nega provimento."
> (REsp 645152/PB, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/10/2006, DJ 06/11/2006 p. 296).

> "ADMINISTRATIVO. LEI Nº 7.102/1983. EMPRESA DE SEGURANÇA NÃO ESPECIALIZADA. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.
> 1. A Primeira Seção deste Superior Tribunal firmou o entendimento de que a Lei nº 7.102/1983 é aplicável às empresas prestadoras de serviços de vigilância a instituições

financeiras e de transporte de valores, o que não inclui as empresas privadas de segurança que realizam tão-somente vigilância comercial e residencial, sem uso de arma de fogo. Precedentes do STJ.
2. Hipótese em que o Tribunal *a quo* consignou que a recorrida presta serviço de segurança não especializado e não se enquadra no âmbito de incidência da citada norma.
3. Agravo Regimental não provido."
(AgRg no REsp 379635/RS, Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 09/03/2009)

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA DESARMADA DE EVENTOS. NÃO APLICAÇÃO DA LEI Nº 7.102/83.
1. A Lei nº 7.102/83 se aplica às empresas que prestam serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, bem como àquelas que, embora tenham objeto econômico diverso da vigilância ostensiva e do transporte de valores, utilizam pessoal de quadro funcional próprio para execução dessas atividades.
2. Há interesse meramente local, de competência das Secretarias Estaduais de Segurança Pública, na fiscalização de empresas particulares desarmadas que exploram serviços de segurança e vigilância em geral, excluído o de valores. Não seria razoável que ao Ministério da Justiça, ou a órgão federal competente, fosse conferida a atribuição de autorizar o funcionamento de toda e qualquer empresa de segurança privada em funcionamento no país.
3. Recurso especial não-provido."
(Resp 347.603 - RS, MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**,** Segunda Turma, 7 de março de 2006)

"LEI Nº 7.102/83. SUPERMERCADO. INAPLICABILIDADE.
1. A Lei nº 7.102/83 regula a segurança para estabelecimentos financeiros, e estabelece normas para constituição e

> funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores.
> 2. A Recorrida é empresa do ramo de supermercados, a qual, como é de sabença, não se equipara a estabelecimento financeiro, ou de guarda e movimentação de valores, tampouco presta serviços de transporte ou vigilância dos mesmos.
> *3. O art. 10, § 4º, da Lei nº 7.102/83 dispõe que as empresas que exerçam atividade diversa das de vigilância ostensiva e do transporte de valores, mas que utilizam pessoal de quadro funcional próprio, para execução dessas atividades, ficam obrigadas ao cumprimento do seu teor. Referido dispositivo deve ser analisado sob a exegese sistemática, ou seja, à luz do contexto da norma em questão. Assim sendo, o art. 10, § 4º, da citada lei destina-se às empresas que velam pela guarda e movimentação de valores, categoria na qual não se insere a Recorrida, posto participante do comércio no ramo de supermercados. À falta de determinação legal expressa neste sentido, imiscui a ordem no plano de afronta à legalidade.*
> 4. É defeso conferir-se à norma extensão diversa da *mens legis*, *maxime* em se tratando de imposição de penalidades, como a autuação por infração e conseqüente aplicação de multa (Precedentes ROMS nº 1.874/MT, REsp nº 444.192/RS).
> 5. Recurso especial a que se nega provimento."
> (REsp 615050/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 29/11/2004 p. 246)

Por fim, quando do debate travado na Primeira Seção do C. STJ, esclareceu o Ministro Relator (REsp 645152/PB), Teori Albino Zavascki, que o art. 10, § 4º, da Lei nº 7.102/83 deve ser interpretado da seguinte forma, consoante o seguinte trecho do voto, abaixo transcrito:

> "a divergência entre as Turmas se estabelece, na verdade, na interpretação do § 4º do art. 10 da Lei, segundo o qual 'As empresas que tenham *objeto* econômico *diverso* da

vigilância ostensiva e do transporte de valores, que utilizem pessoal de quadro funcional próprio para execução dessas atividades, ficam *obrigadas* ao cumprimento do disposto nesta lei e demais legislações pertinentes'. No entender da *1ª Turma*, o dispositivo estaria submetendo à disciplina da Lei todas as empresas de vigilância particular. Não penso que seja essa a melhor interpretação. O *âmbito* de *abrangência* do *dispositivo* está *limitado* pelo pressuposto da prestação de 'vigilância ostensiva e do transporte de valores', quando prestado por empresas com outro 'objeto econômico'. *Não estão por ele abrangidas empresas*, como no caso dos autos, *que não têm por objeto* e *nem utilizam* o seu *pessoal nessa atividades, já que* apenas *prestam serviços* de *vigilância* de *áreas residenciais* e *comerciais sem* utilização de *arma* de fogo." (grifei)

Sob este prisma, diante dos documentos juntados (fls.16/37), considerando que os funcionários da impetrante se restringiam a executar atividades de portaria, de orientador de loja, isto é, vigilância discreta, sem emprego de armas de fogo, donde se conclui pela descaracterização de empresa de vigilância ostensiva, atividade repressiva e parapolicial por natureza, conclui-se pela inaplicabilidade do art. 10, § 4º, da Lei nº 7.102/83, no caso concreto.

Ante o quadro, *dou provimento* à apelação.

É o voto.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0003485-05.2003.4.03.6104
(2003.61.04.003485-0)

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ANTONIO GUARNIERI, ALMERINDA CABRAL DE OLIVEIRA E OUTROS
Sucedido: JOAQUIM AUGUSTO DE OLIVEIRA (falecido)
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SILVA NETO
Classe do Processo: AMS 256893
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/12/2010

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - IRPF - LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS CONFIGURADA, POIS A RETER O IMPOSTO NA FONTE, PARA O POSTERIOR REPASSE A UNIÃO, PORTANTO A POSSUIR CAPACIDADE DE FAZER CESSAR O DESCONTO - ANISTIADOS POLÍTICOS - PENSÃO E APOSENTADORIA EXIMIDAS DAQUELE TRIBUTO, COM O ADVENTO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 9º DA LEI Nº 10.559/02, COERENTEMENTE REGRADO PELO § 1º DO ART. 1º DO DECRETO 4.897/2003 - ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA A NÃO PROTEGER A INTENÇÃO FAZENDÁRIA POR COBRANÇA - CONCESSÃO DA SEGURANÇA.
1 - Matéria de ordem pública a legitimidade *ad causam*, § 4º e inciso X, do artigo 301, CPC, apresenta insurgência o INSS quanto à sua legitimidade para ser demandado neste *mandamus*.
2 - O CTN, por meio do parágrafo único de seu artigo 45, fixa possa caber à fonte o papel de descontar IR e recolher junto aos cofres estatais.
3 - O mecanismo da responsabilidade tributária por substituição, a significar a localização legislativa do terceiro, antes mesmo que o fato ocorra, em lugar do contribuinte,

se representa conforto ao Estado, na eficiência arrecadatória, também lhe atribui este elementar ônus de perseguir ao terceiro que, como se afirma no contexto, venha a desobedecer a seu mister, deduzindo o IR e não o repassando ao Erário.
4 - Incontroverso que o tributo em xeque a ser de competência da União: todavia, a retenção e posterior repasse a ser de incumbência da fonte pagadora, no caso em tela o INSS, daí a brotar sua legitimidade passiva *ad causam*, pois a possuir a autoridade coatora poderes para cessar o desconto, vindicado na presente impetração. Precedente.
5 - Decorre a tributação do Imposto de Renda - IR da conquista, pela pessoa, de acréscimo patrimonial pecuniário (este o interessante ao particular) decorrente ou de proventos de qualquer natureza, cláusula residual expressiva, ou de renda, esta fruto do trabalho, do capital ou da combinação de ambos, art. 43, do CTN.
6 - Têm as Cortes Pátrias firmado entendimento pela não-tributação, sob tal rubrica, dos ganhos fruídos em tom de recompensa, assim de cunho indenizatório.
7 - "Briga" o Poder Público consigo mesmo, vênias todas de que merecedor, tanto que "dá todas as voltas" a União, em seu assim desenhado apelo, para não abordar ato de suas próprias entranhas, ato administrativo normativo em precisa consonância com o inciso I, do art. 100 CTN, o Decreto 4.897/2003, cujo § 1º de seu art. 1º coerentemente autoriza a dispensa de tributação, ao encontro do já estatuído pelo único parágrafo do art. 9º, Lei nº 10.559/02, contexto normativo todo este que a inexigir tributação do Imposto de Renda (IR) sobre pensões nem aposentadorias, fruídos por anistiados políticos.
8 - Em tema de legalidade estrita, em esfera tributária, incisos I, do art. 150, Lei Maior, como I, do art. 97, CTN, com razão se posiciona a torrencial jurisprudência nacional, adiante em destaque, firmando não recai IR a tanto, exatamente nos termos da r. sentença apelada. Precedentes.

9 - Sem relação com o presente *mandamus* o tema atinente à repetição de indébito (com ele o âmbito prescricional, pois sim), como ventilado pela União em seu apelo, pois não litigou em tal sentido o pólo impetrante, unicamente a ter almejado, com a presente ação, fosse cessado o desconto do IR sobre as cifras percebidas pelos demandantes, tendo-se em vista a condição de serem anistiados.

10 - Improvimento às apelações e à remessa oficial. Procedência ao *mandamus*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto, que integram o presente julgado.

São Paulo, 12 de novembro de 2010.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVA NETO (Relator):

Cuida-se de apelações e de remessa oficial, em ação de mandado de segurança, impetrada por Joaquim Augusto de Oliveira, Antônio Guarnieri, Ary Esteves Fernandes, Elisa Mendes Pereira Ramos, Ignez Lencione Nowill e Marilda de Souza Di Giacomo em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e do Delegado da Receita Federal em Santos.

A r. sentença, fls. 118/122, concedeu a segurança vindicada, asseverando que o Gerente do INSS possui legitimidade passiva, porquanto a ser a fonte pagadora e o responsável pela retenção do IR. Em mérito, considerou ilegal a incidência de Imposto de Renda sobre os proventos de caráter indenizatório, resultantes dos efeitos civis da anistia, cabendo aos impetrados a

cessação dos descontos de referido tributo sobre aquelas verbas. Sem honorários.

Apelou o INSS, fls. 146/152, alegando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, pois o debate a girar em torno de tributo da União, sendo esta a única legitimada passiva. Em sede de mérito, expõe ser legítimo o desconto e o recolhimento do Imposto de Renda, portanto nenhuma ilegalidade a ter sido cometida pela autarquia.

Apelou a União, fls. 168/176, alegando, em síntese, ser legal a incidência de IR sobre as aposentadorias dos impetrantes, vez que os anistiados, de que trata a Lei 6.683/79, não percebem reparação econômica, de caráter indenizatório, mas aposentadoria especial sem natureza de indenização, permitindo a Lei 10.559/2002 a substituição do pagamento da aposentadoria/pensão aos já anistiados pelo regime de prestação mensal e continuada instituído pela MP 2.151-3/2001, a ser suportado pelo Tesouro Nacional. Por fim, aduz ocorrência de prescrição de parcelas vencidas, não havendo de se falar em repetição de indébito.

Apresentadas as contra-razões, fls. 186/192, sem preliminares, subiram os autos a esta C. Corte.

Apresentou o *Parquet* parecer pelo improvimento às apelações, fls. 197/199.

Dispensada a revisão, na forma regimental (inciso VIII de seu artigo 33).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVA NETO (Relator):

Por primeiro e fundamental, matéria de ordem pública a legitimidade *ad causam*, § 4º e inciso X, do artigo 301, CPC, apresenta insurgência o INSS quanto à sua legitimidade para ser demandado neste *mandamus*.

Com efeito, o CTN, por meio do parágrafo único de seu

artigo 45, fixa possa caber à fonte o papel de descontar IR e recolher junto aos cofres estatais.

Aliás, cumpre salientar, as implicações para o empregador são extremamente sérias, até em esfera criminal, ao eventualmente praticar apossamento ou inversão da detenção de dinheiro alheio.

O mecanismo da responsabilidade tributária por substituição, a significar a localização legislativa do terceiro, antes mesmo que o fato ocorra, em lugar do contribuinte, se representa conforto ao Estado, na eficiência arrecadatória, também lhe atribui este elementar ônus de perseguir ao terceiro que, como se afirma no contexto, venha a desobedecer a seu mister, deduzindo o IR e não o repassando ao Erário.

Desta forma, incontroverso que o tributo em xeque a ser de competência da União: todavia, a retenção e posterior repasse a ser de incumbência da fonte pagadora, no caso em tela o INSS, daí a brotar sua legitimidade passiva *ad causam*, pois a possuir a autoridade coatora poderes para cessar o desconto, vindicado na presente impetração.

Deste sentir e por símile ao caso vertente, o Excelso Pretório:

> RMS 26959/DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - Relator(a): Min. EROS GRAU - Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO - Julgamento: 26/03/2009 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno "Recurso em mandado de segurança. Anistia política. Pensão militar. Imposto retido na fonte. Lei nº 10.559/02. Autoridade coatora. Legitimidade.
> 1. A folha de pagamento dos militares corre à conta do Ministério do Exército. O Ministro de Estado da Defesa e o Comandante do Exército, portanto, detêm o poder de determinar a interrupção dos descontos relativos ao imposto de renda feitos nos proventos da recorrente, exatamente o objeto da impetração. Legitimidade, assim, das citadas autoridades para figurar no pólo passivo do mandado de segurança.

2. Recurso ordinário provido para reconhecer a legitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras e determinar a devolução dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para a apreciação do mérito do mandado de segurança, inaplicável o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil."

Em continuação, como de sua essência, decorre a tributação do Imposto de Renda - IR da conquista, pela pessoa, de acréscimo patrimonial pecuniário (este o interessante ao particular) decorrente ou de proventos de qualquer natureza, cláusula residual expressiva, ou de renda, esta fruto do trabalho, do capital ou da combinação de ambos, art. 43, do CTN.

Também estrutural ao tributo em questão, por sua abrangência ou força impositiva, consagrado resta somente não incida sua força, embora um ou outro signo de riqueza a se verificar em concreto, quando a lei assim o exprimir, exemplos muitos traduzidos nos incisos do art. 6º, da Lei 7.713/88.

Da mesma forma, têm as Cortes Pátrias firmado entendimento pela não-tributação, sob tal rubrica, dos ganhos fruídos em tom de recompensa, assim de cunho indenizatório.

Neste passo, "briga" o Poder Público consigo mesmo, vênias todas de que merecedor, tanto que "dá todas as voltas" a União, em seu assim desenhado apelo, para não abordar ato de suas próprias entranhas, ato administrativo normativo em precisa consonância com o inciso I, do art. 100 CTN, o Decreto 4.897/2003, cujo § 1º de seu art. 1º coerentemente autoriza a dispensa de tributação, ao encontro do já estatuído pelo único parágrafo do art. 9º, Lei nº 10.559/02, contexto normativo todo este que a inexigir tributação do Imposto de Renda (IR) sobre pensões nem aposentadorias, fruídos por anistiados políticos.

Realmente, em tema de legalidade estrita, em esfera tributária, incisos I, do art. 150, Lei Maior, como I, do art. 97, CTN, com razão se posiciona a torrencial jurisprudência nacional, adiante em destaque, firmando não recai IR a tanto, exatamente nos termos da r. sentença apelada:

STJ - AGRESP 201000903007 - AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1195017 - ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA TURMA - FONTE: DJE DATA: 08/09/2010 - RELATOR: HUMBERTO MARTINS

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ANISTIA POLÍTICA - LEI Nº 6.683/1979 - IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - ISENÇÃO - ART. 1º, § 1º, DO DECRETO Nº 4.897/2002 - PRECEDENTES DO STJ - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - COMPROVAÇÃO.

O Imposto de Renda e a Contribuição Previdenciária não incidem sobre os proventos de aposentadoria e de pensão de anistiados políticos, nos termos da Lei nº 10.559/2002, em face da natureza indenizatória. Agravo regimental improvido."

TRF2 - AMS 200451010049876 - AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 61537 - ÓRGÃO JULGADOR: QUARTA TURMA ESPECIALIZADA - FONTE: E-DJF2R - Data: 25/05/2010 - Página: 119/120 - RELATOR: Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. ANISTIA POLÍTICA. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ISENÇÃO EM RELAÇÃO AOS ANISTIADOS POLÍTICOS PELA LEI Nº 6.683/79. A Lei nº 6.683/79, ampliada pela E. C. nº 26/85, e regulada pelo art. 8º do ADCT/CF, visa garantir os direitos daqueles que foram atingidos por atos de exceção, institucionais ou complementares, em decorrência de perseguição por motivação política. A Lei nº 10.559, de 13/11/2002, que veio regulamentar o art. 8º do ADCT/CF/88, é mais abrangente e benéfica para os anistiados. Do *caput* do dispositivo assinalado, sobre os valores pagos não pode haver desconto de contribuições para caixas de assistência ou fundos de pensão. Com o advento do Decreto nº 4.897/2003, que veio regulamentar o parágrafo único do

art. 9º da Lei nº 10.559/02, a questão foi elucidada. Portanto, pela leitura da legislação supra, conclui-se que tal benefício foi concedido a todos os anistiados políticos, inclusive àqueles declarados anistiados antes da Lei nº 10.559/2002. Negado provimento à remessa necessária e à apelação da União Federal."

TRF3 - AMS 200361040034862 - AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 261204 - ÓRGÃO JULGADOR: SEXTA TURMA - FONTE: DJF3 CJ1 DATA: 29/03/2010 PÁGINA: 413 - RELATOR: JUIZ MAIRAN MAIA
"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - APOSENTADORIA, RECEBIDA POR ANISTIADOS POLÍTICOS EM VIRTUDE DA LEI Nº 6.683/79 - ISENÇÃO - ALCANCE DA LEI Nº 10.559/02 E DECRETO Nº 4.897/03.
1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de os anistiados políticos, civis ou militares, anteriores à Lei nº 10.559/2002 terem direito ao benefício fiscal previsto no art. 9º, parágrafo único da referida legislação, cujo dispositivo fora regulamentado pelo Decreto nº 4.897/2003.
2. O entendimento pacificado naquela Seção foi no sentido de estender a isenção tributária e previdenciária a todos os recebimentos de pensões, proventos e indenizações, na medida em que a Lei 10.559/02 transformou em indenização o que vinha sendo pago a outro título, não sendo demais lembrar os precisos termos do art. 19, o qual igualou todos os valores referentes à indenização por anistia.
3. Diante da mudança legislativa, inteiramente permitida, naturalmente que se viabilizou a isenção, sem ofensa alguma à Lei Maior. (EDMS nº 10.897/DF, rel. Ministra Eliana Calmon, DJ de 11/09/2006)."

TRF5 - AMS 200183000158876 - AMS - Apelação em Mandado de Segurança - 92382 - ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA - FONTE: DJE - Data: 24/09/2009 - Página:

157 - RELATOR: Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão
"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ANISTIA POLÍTICA. ART. 8º DO ADCT. REPARAÇÃO ECONÔMICA. CARÁTER INDENIZATÓRIO. IMPOSTO DE RENDA. NÃO INCIDÊNCIA.
1. A reparação econômica devida, nos termos do art. 8º do ADCT, aos anistiados, seja ela em prestação única ou em prestação mensal, permanente e continuada, tem natureza claramente indenizatória, razão pela qual não é devida a incidência de imposto de renda sobre os valores pagos a esse título, conforme precedentes do STF.
2. A não incidência acima reconhecida é, ademais, inerente à própria natureza indenizatória das verbas em questão, que, portanto, não se constituem em renda, sendo irrelevante para seu reconhecimento a delimitação temporal e material da abrangência eficacial do regime de isenção previsto na Lei nº 10.559/03 e no Decreto nº 4.897/03.
3. Provimento da apelação para reformar a sentença apelada, concedendo a segurança pleiteada para afastar a incidência de imposto de renda sobre as aposentadorias excepcionais de anistiado recebidas pelos Apelantes."

Por sua vez, sem relação com o presente *mandamus* o tema atinente à repetição de indébito (com ele o âmbito prescricional, pois sim), como ventilado pela União em seu apelo, pois não litigou em tal sentido o pólo impetrante, unicamente a ter almejado, com a presente ação, fosse cessado o desconto do IR sobre as cifras percebidas pelos demandantes, tendo-se em vista a condição de serem anistiados, fls. 07, itens 10 e 11.

Por conseguinte, consoante todo o cenário encartado nos autos, sepulta de insucesso a si mesmo o pleito fazendário, ante a natureza da verba envolvida, como supra aclarado, afigurando-se ilegítima a incidência de Imposto de Renda, nos moldes aqui delineados.

Portanto, refutados se põem os demais ditames legais

invocados em pólo vencido, tais como os artigos 133, § 3º, 153 e 195, CF, artigo 267, VI, CPC, Lei 6.683/79, Lei 7.713/88, Lei 9.250/95, Lei 10.559/2002, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado pólo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, *pelo improvimento às apelações e à remessa oficial*, mantida a r. sentença, tal qual lavrada.

É como voto.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004202-14.2003.4.03.6105
(2003.61.05.004202-8)

Apelantes: P W ENLONAMENTOS E SERVICOS GERAIS LTDA. - ME E OUTROS
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO CONRADO
Classe do Processo: AC 1012530
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2011

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA. NULIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA. SIMPLES. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS.

I - Rejeitada a preliminar de nulidade da r. sentença, posto que os fundamentos que lhe assentam imbricam com o mérito e assim devem ser apreciados.

II - A prestação de serviços de locação de mão de obra temporária é disciplinada pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974 e pelo Decreto nº 73.841/74. De acordo com o disposto no art. 4º do mencionado diploma legal, "compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos". (...) Considerando a circunstância de que os empregados recrutados e selecionados pela empresa de trabalho temporário passam a prestar serviços às empresas tomadoras ou clientes, que são as verdadeiras beneficiárias do trabalho desses empregados locados, cabe a elas o pagamento de seus salários e demais encargos sociais cabíveis (...). A Lei nº 6.019 determina que as empresas de trabalho temporário deverão remunerar os empregados locados. Por esta razão, cabe a elas o pagamento dos salários

e encargos, embora sejam as tomadoras ou clientes que arquem economicamente com ônus dessas verbas porque o trabalho dos empregados locados se reverte em benefício delas. (...)" (Alessandra Machado Brandão Teixeira. PIS e COFINS: locação de mão de obra temporária. *IN* "REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO", nº 94, jul/2003, p. 7-17)

III - Insustentável a alegação de inconstitucionalidade da exclusão de algumas atividades, nos termos do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996.

IV - "(...) 1. O escopo da Lei 9.317/96, em consonância com o art. 179 da CF, foi o de incentivar as pessoas jurídicas mencionadas em seus incisos com a previsão de carga tributária mais adequada, simplificação dos procedimentos burocráticos, protegendo as micro-empresas e retirando-as do mercado informal, daí as ressalvas do inciso XIII do art. 9º do mencionado diploma, cuja constitucionalidade foi assentada na ADIn 1.643/DF, excludentes dos profissionais liberais e das empresas prestadoras dos serviços correspectivos e que, pelo cenário atual, dispensam essa tutela especial do Estado (...)." (REsp 617995/RS - 2003/0236404-7 - Rel. Min. LUIZ FUX - J. 17/08/2004 - DJ 27/09/2004, p. 257)

V - Quanto à alegação de ausência de responsabilidade dos sócios, descabido seu exame diante de sua ilegitimidade para, em nome próprio, falar sobre questão pertinente ao patrimônio jurídico de terceiro.

VI - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA A 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, 14 de dezembro de 2010.
Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO (Relator):

Apelação de r. sentença que extinguiu sem julgamento de mérito ação de embargos oposta por P W Enlonamentos e Serviços Gerais Ltda. contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, com fundamento no artigo 267, IV e VI, do Código de Processo Civil, por superveniente carência de interesse de agir.

Os embargos foram julgados por conexão, em face da prévia apresentação de ação ordinária de anulação de débito fiscal, ação essa julgada improcedente diante da impossibilidade de a parte autora optar pelo SIMPLES.

Em suas razões recursais, alega a apelante i) ser nula a sentença, porquanto deixou de apreciar o mérito dos embargos, ii) caracterizar-se sua atividade como de prestação de serviços, e não como de locação de mão de obra, iii) a inconstitucionalidade da vedação da opção pelo SIMPLES, nos termos do artigo 9º, XII, *f*, da Lei nº 9.317/1996, IV) a não responsabilidade dos sócios pelo débito em execução.

Contra-arrazoados, subiram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO (Relator):

De pronto, rejeito a preliminar de nulidade da r. sentença, posto que os fundamentos que lhe assentam imbricam com o mérito e assim devem ser apreciados.

Avanço, pois, nessa direção.

Sobre a alegação da apelante de que se configuraria como empresa prestadora de serviços, e não como cedente de mão de obra: para os fins processo, tal distinção é inexistente, à medida que prestação de serviços se afigura como gênero do qual é espécie a locação de mão de obra; consulte-se:

> "A prestação de serviços de locação de mão de obra temporária é disciplinada pela Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974 e pelo Decreto nº 73.841/74. De acordo com o disposto no art. 4º do mencionado diploma legal, 'compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos'. (...) Considerando a circunstância de que os empregados recrutados e selecionados pela empresa de trabalho temporário passam a prestar serviços às empresas tomadoras ou clientes, que são as verdadeiras beneficiárias do trabalho desses empregados locados, cabe a elas o pagamento de seus salários e demais encargos sociais cabíveis (...). A Lei nº 6.019 determina que as empresas de trabalho temporário deverão remunerar os empregados locados. Por esta razão, cabe a elas o pagamento dos salários e encargos, embora sejam as tomadoras ou clientes que arquem economicamente com ônus dessas verbas porque o trabalho dos empregados locados se reverte em benefício delas. (...)" (Alessandra Machado Brandão Teixeira. PIS e COFINS: locação de mão de obra temporária. *IN REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO*, nº 94, jul/2003, p. 7-17)

Ademais disso, de se registrar que o enquadramento da empresa embargante na categoria em debate em nada altera o fato gerador das contribuições devidas.

Acertada, portanto, a r. decisão do MM. Juízo *a quo*.

No tocante à alegação de inconstitucionalidade da exclusão

de algumas atividades, nos termos do artigo 9º da Lei nº 9.317/1996, insustentável. Senão, veja-se:

> "TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES (SIMPLES). EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO ELÉTRICA. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 9º, XIII DA LEI 9.317/96 RECONHECIDA PELO STF.
> 1. O escopo da Lei 9.317/96, em consonância com o art. 179 da CF, foi o de incentivar as pessoas jurídicas mencionadas em seus incisos com a previsão de carga tributária mais adequada, simplificação dos procedimentos burocráticos, protegendo as micro-empresas e retirando-as do mercado informal, daí as ressalvas do inciso XIII do art. 9º do mencionado diploma, cuja constitucionalidade foi assentada na ADIn 1.643/DF, excludentes dos profissionais liberais e das empresas prestadoras dos serviços correspectivos e que, pelo cenário atual, dispensam essa tutela especial do Estado.
> (...)
> 3. Precedentes: RESP 403568/SC; deste relator, DJ de 27/05/2002; RESP 380761/PR; Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 08/04/2002.
> 4. Recurso especial improvido."
> (REsp 617995/RS - 2003/0236404-7 - Rel. Min. LUIZ FUX - J. 17/08/2004 - DJ 27/09/2004, p. 257)

Quanto à derradeira alegação da apelante, referente à ausência de responsabilidade dos sócios, descabido seu exame diante de sua ilegitimidade para, em nome próprio, falar sobre questão pertinente ao patrimônio jurídico de terceiro.

Posto isso, nego provimento à apelação, mantendo integralmente a r. sentença do MM. Juízo *a quo*.

É o voto.

Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004472-02.2003.4.03.6117
(2003.61.17.004472-7)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelada: SOLVEN SOLVENTES E QUÍMICOS LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AC 1008495
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/12/2010

EMENTA

RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS CONTRA A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CHEQUE ADMINISTRATIVO FURTADO NO INTERIOR DA AGÊNCIA E RECEBIDO POR EMPRESA COMO FORMA DE PAGAMENTO - NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - AUSÊNCIA DE CONDUTA CONCORRENTE DA EMPRESA RECEPTORA DA CÁRTULA - SENTENÇA MANTIDA.
1. A instituição bancária pode responder pelo dano material sofrido pela empresa que recebe em pagamento um "cheque administrativo" da Caixa Econômica Federal, o qual não é honrado por ter sido objeto de furto dentro de uma das agências (Barra Bonita/SP). Negligência da Caixa Econômica Federal na guarda da cártula.
2. Alegação de concorrência de "culpa" atribuída à vítima, pela Caixa Econômica Federal, que se repele por duas razões: (a) a apelada é empresa e tem sede social na cidade de Hortolância/SP, cuja distância de Barra Bonita/SP é de aproximadamente *200 quilômetros*; assim, os gerentes da empresa autora não teriam sequer como supor que a agência da Caixa Econômica Federal fora invadida por ladrões; (b) não tem qualquer vestígio de bom senso impor a quem quer que seja o encargo de consultar a agência bancária para saber se a origem de cada cheque recebido como

pagamento é boa ou não; basta avaliar o quanto isso entravaria as relações econômicas.

3. Nem se pode falar na existência de caso fortuito, consistente no furto, uma vez que essa ocorrência criminosa é constante no meio bancário brasileiro há décadas. Cabia a instituição bancária aparelhar-se para evitar a ocorrência.

4. Apelação improvida.

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, 23 de novembro de 2010.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de ação de indenização por danos materiais proposta por Solven Solventes e Químicos Ltda em face da Caixa Econômica Federal sob o fundamento de que em 28/11/2002 realizou a venda de mercadorias para Pedro Luis Lorenzetti e outros, emitindo a nota fiscal nº 039659, no valor de R$ 23.625,00, recebendo como pagamento *um cheque administrativo de emissão da Caixa Econômica Federal*, nº 629209, Série AAA, Conta 93001209-1, Agência 1209 - Barra Bonita/SP, datado de 28/11/2002. No entanto, o referido cheque foi devolvido pelo motivo "28" - Devolução de Cheque com Boletim de Ocorrência (sustação por furto ou roubo) - uma vez que *fazia parte de um talonário que havia sido roubado do interior da agência da requerida*. Afirma, ainda, que consultou o SERASA sobre o referido cheque e não constatou qualquer ocorrência. Requereu, por fim, a condenação

da requerida no pagamento dos danos materiais no importe de R$ 27.645,09 (valor corrigido até abril/2003), acrescido de correção monetária e juros de mora até o efetivo pagamento.

A ação foi ajuizada em 29/04/2003 (fls. 02) e foi dado à causa o valor de R$ 27.645,09 (fls. 07).

A Caixa Econômica Federal foi regularmente citada e apresentou contestação (fls. 37/41).

Na sentença de fls. 67/71 o MM. Juiz Federal julgou *procedente* o pedido, condenando a Caixa Econômica Federal a pagar em benefício da parte autora o valor de *R$ 27.645,09* (vinte e sete mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e nove centavos), acrescido de correção monetária e juros a partir da citação até a data do efetivo pagamento. Condenação na verba honorária fixada em 10% sobre o valor atualizado da condenação. Custas na forma da lei.

A parte autora interpôs embargos de declaração alegando que a sentença foi omissa, uma vez que não teria especificado os juros de mora a serem aplicados, requerendo que fossem fixados em 1% ao mês (fls. 73/75).

Apelou a Caixa Econômica Federal requerendo a reforma da r. decisão de primeiro grau alegando que *não agiu com negligência*, uma vez que somente teve ciência que os talonários haviam sido furtados algum tempo depois do fato, momento em que realizou a sustação dos mesmos, razão porque não teria sido feita nenhum tipo de "Comunicação à Praça", pois esses cheques não possuíam a indicação de qualquer número de conta ou nome/CPF de cliente, o que impossibilitou, inclusive, a comunicação ao SERASA. Afirmou, também, que a quadrilha autora do roubo tinha um grande aparato tecnológico que possibilitou a inserção dos caracteres complementares, como número de contas, nomes de clientes, CPF/CGC, dando a falsa impressão de legitimidade aos mesmos. Por fim, alegou que a parte autora também agiu com negligência pois deveria ter consultado a agência local para certificar-se da procedência do cheque, uma vez que o roubo na agência da Caixa Econômica Federal era fato notório na cidade de Barra Bonita e região (fls. 77/83).

Na sentença de fls. 85 o d. Juiz sentenciante deu parcial provimento aos embargos de declaração para suprir a omissão e fixar os juros em 6% ao ano. A sentença foi publicada na imprensa oficial (fls. 86vº).

Deu-se oportunidade para resposta.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

O pedido de indenização está amparado na responsabilidade civil do artigo 159 do Código Civil de 1916, então vigente à época dos fatos, e artigo 5º, V e X, da Constituição Federal.

Com efeito, a responsabilidade civil na época tinha sua fonte no Código Civil, cujo *caput* do art. 159 preceituava que:

> "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."

A Constituição Federal em seu art. 5º, incisos V e X, garante a reparação do dano da seguinte forma:

> "Art. 5º .....
> .....
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
> .....
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

É subjetiva ou aquiliana a responsabilidade quando se esteia

na ideia de culpa em sentido lato (dolo e culpa *stricto sensu*), a qual é imprescindível para que o dano seja indenizável.

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.

No caso dos autos estão presentes esses pressupostos, quais sejam: a existência de uma ação ou omissão, o nexo de causalidade entre a conduta da ré e o dano causado ao autor.

O que se verifica no caso dos autos é que o autor recebeu um cheque administrativo emitido pela Caixa Econômica Federal que foi objeto de furto no interior da agência da requerida, que foi sustado pelo motivo "28" (por motivo de furto ou roubo).

Tenho certo que o banco é responsável pelos danos sofridos pelo autor, ora apelado, que recebeu cheque como forma de pagamento, mas não obteve o desconto do título em face de ser oriundo de talonário furtado ainda sob a guarda da instituição financeira.

A culpa da Caixa Econômica Federal decorre da sua negligência na guarda dos talonários de cheques, sem atendimento aos cuidados exigidos. Nem se pode falar na existência de caso fortuito, consistente no furto, uma vez que essa ocorrência criminosa é constante no meio bancário brasileiro há décadas. Cabia a instituição bancária aparelhar-se para evitar a ocorrência, a qual é freqüente no âmbito da atividade econômica a que se dedica a ré/apelante.

Destaco também que é desprovida de fundamentação a alegação da Caixa Econômica Federal de que a firma apelada também "agiu com negligência" pois deveria ter consultado a agência local para certificar-se sobre a procedência do cheque, uma vez que o "roubo" era fato notório em toda a cidade de Barra Bonita e região.

A assertiva é despropositada por duas razões: (a) a apelada é empresa e tem sede social na cidade de Hortolândia/SP (fls.

13), cuja distância de Barra Bonita/SP é de aproximadamente *200 quilômetros*; assim, os gerentes da empresa autora não teriam sequer como supor que a agência da Caixa Econômica Federal fora invadida por ladrões - (b) não tem qualquer vestígio de bom senso impor a quem quer que seja o encargo de consultar a agência bancária para saber se a origem de cada cheque recebido como pagamento é boa ou não; basta avaliar o quanto isso entravaria as relações econômicas.

Na singularidade do caso a apelada foi, sim, diligente, pois consultou o SERASA sobre o cheque e foi informada que não havia qualquer empecilho em relação a cártula; a empresa foi, sim, cuidadosa, pois "confiou" na higidez de um cheque administrativo de emissão da Caixa Econômica Federal, o que em tese traria maior segurança para o seu negócio.

A matéria já encontrou apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL. CHEQUE RECUSADO. TALONÁRIO SOB A GUARDA DO BANCO. FURTO. CULPA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. NEGLIGÊNCIA. COMERCIANTE. RECEBIMENTO DO CHEQUE SEM A MÍNIMA CAUTELA. CULPA CONCORRENTE. ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.
> I - Na linha da jurisprudência deste Tribunal, pode o banco responder pelos danos sofridos por comerciante, quando recebe cheque como forma de pagamento, posteriormente devolvido por ser de talonário furtado ainda sob a guarda da instituição financeira.
> II - (...).
> III - (...)."
> (RESP 435230, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 14/04/2003)

> "RESPONSABILIDADE CIVIL. CHEQUE. TALONARIO SOB A GUARDA DO BANCO. FURTO. LEGITIMIDADE

DO BANCO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA LEI FEDERAL. DISSIDIO NÃO DEMONSTRADO. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO.
I - Pode a instituição financeira responder pelos danos sofridos por comerciante, quando esse, tomando todas as precauções, recebe cheque como forma de pagamento, posteriormente devolvido pela instituição financeira por ser de talonário furtado de dentro de uma das suas agências.
II - Para caracterização do dissídio, necessário o cotejo analítico das bases fáticas que sustentam as teses em conflito." (REsp 56502, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira, DJ 04/03/97)

Ante o exposto, *nego provimento à apelação*.
É como voto.
Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0012369-35.2003.4.03.6100
(2003.61.00.012369-0)

Apelante: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO - SP
Apelados: CONSELHO REGIONAL DE FONOAUDIOLOGIA E SINDICATO DOS FONOAUDIÓLOGOS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 20ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS
Classe do Processo: AMS 297297
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2010

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ISS. LEI Nº 13.476/2002 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. MAJORAÇÃO DO TRIBUTO. AUTONOMIA MUNICIPAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, VEDAÇÃO DE CONFISCO, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. Não há falar em inadequação da via eleita, em face da viabilidade da impetração e diante da evidente utilidade que o provimento deverá proporcionar aos inscritos e associados dos impetrantes.

2. Não configura hipótese de perda superveniente do objeto da ação a edição de lei que concedeu desconto de quarenta por cento sobre o valor do tributo lançado, conquanto a controvérsia quanto à legitimidade da exigência ainda persiste nos autos.

3. A repartição de competência tributária, prevista na Constituição Federal, decorre do reconhecimento, por parte do legislador constituinte originário, do Município como ente político da Federação, inscrito, como tal, no artigo 1º, *caput*, da Carta Política, com autonomia assegurada nos termos dos artigos 18, 29 e 30, desde que atendidos os princípios e limites estabelecidos pelo constituinte federal.

4. Assim sendo, descabida qualquer alegação de afronta ao princípio da autonomia municipal, pois, como sabido, esta encontra balizamento na Constituição da República, devendo a instituição e cobrança de tributos, por parte do município, ser reverente às normas e princípios constitucionais que tratam da atuação dos entes federados, bem como das limitações ao poder de tributar, que se constituem em garantias asseguradas ao contribuinte, sendo certo que, em nenhum momento foi objetado o exercício da competência tributária do município, e, sim, vedada a exigência de tributo em face de sua ilegalidade.
5. No caso dos autos, o valor do ISS exigido pelo Município de São Paulo, no exercício de 2003, dos profissionais fonoaudiólogos que prestam serviços pessoais sofreu, em relação ao exercício anterior, majoração de 296,28%, e, no caso de sociedade de profissionais, majoração de 592,56%.
6. Certamente, reajustes tão exacerbados não se justificavam em quadratura de inflação controlada, ainda que sob a alegação de readequação dos valores exigidos com a realidade. Aliás, somente pode se tratar de realidade orçamentária, pretexto para a majoração constante de tributos no país, já que nunca se cogita de contenção de despesa, pois, a realidade salarial da categoria dos fonoaudiólogos, naquele ano de 2003, era de um piso salarial de R$ 740,00, quer dizer, a exigência do tributo somente seria satisfeita com a destinação de praticamente uma remuneração mensal, tratando-se, pois, de majoração excessiva de imposto, que não resiste mesmo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
7. Na verdade, a Lei nº 13.476/2002, ao estabelecer valores fixos do ISS para profissionais da mesma categoria, ou seja, entre aqueles que prestam serviços pessoais e aqueles que trabalham em sociedade de profissionais, acabou por estabelecer tratamento diferente a contribuintes em situação análoga, violando, assim, o princípio da isonomia, que assegura igualdade de tratamento àqueles que se encontrem em situação equivalente.

8. Não bastasse, a mesma lei, ao majorar a alíquota fixa do ISS, exigível dos profissionais que prestam serviços sob a forma de trabalho pessoal, acabou por violar os princípios da capacidade contributiva e da vedação do confisco, pois, como visto, a tributação extrairia do contribuinte parcela de renda sem levar em conta as suas condições pessoais. Atesta isso, de forma veemente, a edição da Lei nº 13.656/2003, que concedeu desconto de 40% sobre o valor do ISS lançado naquele exercício a todos os profissionais aqui representados pelos impetrantes.

9. Convenhamos que se a tributação não tivesse sido exacerbada e com índole confiscatória, não haveria necessidade da concessão de desconto como meio de mitigar os excessos da lei anterior, operando-se, assim, por via indireta, uma redução do imposto exigido.

10. Em suma, os impetrantes comprovaram, de plano, o direito líquido e certo alegado, merecendo, pois, ser confirmada a sentença que concedeu a ordem postulada.

11. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 09 de novembro de 2010.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator):

Trata-se de apelação e remessa oficial, tida por submetida,

em sede de mandado de segurança, ajuizado com a finalidade de obter provimento jurisdicional para assegurar aos inscritos e associados que integram os quadros dos impetrantes o direito de não se sujeitarem ao recolhimento do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, nos termos da Lei nº 13.476/2002, do Município de São Paulo, vez que a exigência fere vários princípios, dentre os quais os da proporcionalidade, razoabilidade, isonomia, capacidade contributiva e proibição de confisco, permitindo seja recolhido o tributo pela alíquota fixada para o exercício de 2002, bem como sejam dispensados do cumprimento das novas obrigações acessórias previstas na referida lei, determinando-se à autoridade impetrada que se abstenha de aplicar qualquer penalidade aos profissionais de fonoaudiologia e respectivas sociedades, pelo não recolhimento da exação em comento.

A r. sentença (fls. 212/217) julgou procedente o pedido, concedendo a ordem postulada e resolvendo o mérito do processo, nos termos da legislação processual pertinente.

Apelou o Município de São Paulo (fls. 230/249), argüindo, preliminarmente, a perda superveniente do objeto da ação, uma vez que sobreveio a Lei nº 13.656, de 13 de outubro de 2003, a qual concedeu, a teor do disposto no seu artigo 2º, inciso I, desconto de 40% (quarenta por cento) sobre o valor do imposto em questão, para o exercício de 2003, devido pelos contribuintes referidos nos artigos 3º e 4º da Lei nº 10.423/87, abrangendo, entre outras, a categoria defendida pelos apelados, aduzindo, ainda, a inadequação da via eleita. No mérito, sustentou a legalidade dos atos praticados, pois, a exigência decorre de lei, não havendo qualquer vedação para majoração do tributo e, não restando caracterizado o confisco, não se poderá falar na falta de razoabilidade, sendo certo que o mero aumento em patamar superior ou até muito superior ao da inflação não é suficiente para aquilatar a falta de proporcionalidade, mormente se os valores estavam aviltados (fls. 234). Assim, alega que a majoração do tributo apenas readequou os valores ínfimos anteriormente lançados, refletindo um imposto mais adequado e próximo da realidade, após estudos e conclusões de grupo de trabalho instituído para tanto.

Ademais, levantamento efetuado apurou que até o exercício de 2002 os valores do ISS alíquota fixa do município estavam entre os mais baixos do país, inclusive em comparação com os valores exigidos por municípios do interior do Estado de São Paulo, e, entretanto, a remuneração dos profissionais da área de fonoaudiologia atuantes na Capital está entre as mais elevadas do país, devendo o tributo ser readequado em observância à justiça fiscal e ao princípio da capacidade contributiva.

Alegou, ainda, a possibilidade de fixação de alíquota fixa, em razão do serviço, sem qualquer violação à lei ou ao princípio da isonomia tributária, sendo possível, também, diferenciar tal importância quando se tratar de profissional autônomo ou sociedade de profissionais, tendo em vista a distinção econômica fática existente entre eles, aduzindo, ainda, que a sentença recorrida infringiu a própria autonomia municipal, sendo certo que o montante fixado pela lei atendeu aos princípios da capacidade contributiva e da igualdade tributária.

Quanto à obrigação acessória argüiu a perda de objeto, vez que a mesma tal não foi imposta aos profissionais autônomos e sociedades de profissionais, nos termos do artigo 2º, inciso III, do Decreto nº 44.209/2003.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 256/267) ao recurso interposto.

O Ministério Público Federal opinou apenas pelo prosseguimento do feito (fls. 270/277).

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator):

Senhores Julgadores, primeiramente, cabe registrar que não há falar em inadequação da via eleita em face da viabilidade da impetração e diante da evidente utilidade que o provimento deverá

proporcionar aos inscritos e associados dos impetrantes, restando claro que referidos aspectos fazem-se presentes na hipótese dos autos.

Quanto à argüição de perda superveniente do objeto da ação, em face de legislação que concedeu desconto de quarenta por cento sobre o valor do tributo exigido no exercício de 2003, verifico que a controvérsia quanto à legitimidade da exigência ainda persiste nos autos. Aliás, isso pode ser verificado em razão do inconformismo do próprio apelante, não havendo, pois, falar em perda do objeto da ação.

Adentrando ao exame do mérito da causa, anoto, de início, que a Constituição Federal de 1988, no artigo 156, inciso III, outorga competência para o município instituir imposto incidente sobre serviços de qualquer natureza, desde que não compreendidos no artigo 155, inciso II, definidos em lei complementar, no caso, o Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, vigente à época da propositura da ação, e, após, passando a matéria a ser regida pela Lei Complementar nº 116, de 31 de dezembro de 2003, tendo o tributo função essencialmente fiscal, ou arrecadatória, constituindo-se em importante fonte de receita tributária para os municípios, incidindo, como o próprio nome diz, sobre a prestação de serviços de qualquer natureza previstos, na forma da lei, para a incidência do tributo.

Ora, essa repartição de competência tributária decorre do reconhecimento, por parte do legislador constituinte originário, do Município como ente político da Federação, inscrito, como tal, no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal, com autonomia assegurada nos termos dos artigos 18, 29 e 30, da mesma Carta Política, desde que atendidos os princípios e limites estabelecidos pelo constituinte federal.

Assim sendo, rechaça-se, desde logo, a alegação de afronta ao princípio da autonomia municipal, pois, como sabido, esta encontra balizamento na Constituição da República, devendo a instituição e cobrança de tributos, por parte do município, ser reverente às normas e princípios constitucionais que tratam da

atuação dos entes federados, bem como das limitações ao poder de tributar, que se constituem em garantias asseguradas ao contribuinte, sendo certo que, em nenhum momento foi objetado o exercício da competência tributária do município, e, sim, vedada a exigência de tributo em face de sua ilegalidade.

Compulsando os autos, verifico que o valor do ISS, exigido no exercício de 2002, dos profissionais fonoaudiólogos, atingiu a soma de R$ 202,54 (duzentos e dois reais) (fls. 07), e, no caso de sociedade de profissionais, o valor decorreu do produto da multiplicação do número destes pela importância devida por cada um. Todavia, com o advento da Lei Municipal nº 13.476/2002, para o exercício de 2003, foi exigido o valor de R$ 600,00 (seiscentos reais) de cada profissional e de R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) multiplicado pelo número de profissionais habilitados no caso de sociedades, sócios, empregados ou não, que prestassem serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

Ora, em sendo assim, de fato, a lei promoveu, para o exercício de 2003, aumento do ISS nos percentuais apontados na petição inicial, ou seja, de 296,28%, no caso de profissional, e de 592,56%, no caso de sociedade de profissionais, e, certamente, reajustes tão exacerbados não se justificavam em quadratura de inflação controlada, ainda que sob a alegação de readequação dos valores exigidos com a realidade. Aliás, somente pode se tratar de realidade orçamentária, pretexto para a majoração constante de tributos no país, já que nunca se cogita de contenção de despesa, pois, a realidade salarial da categoria dos fonoaudiólogos, naquele ano de 2003, era de um piso salarial de R$ 740,00 (fls. 266), quer dizer, a exigência do tributo somente seria satisfeita com a destinação de praticamente uma remuneração mensal, tratando-se, pois, de majoração excessiva de imposto, que não resiste mesmo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Na verdade, a Lei nº 13.476/2002, ao estabelecer valores fixos do ISS para profissionais da mesma categoria, ou seja, entre aqueles que prestam serviços pessoais e aqueles que trabalham em sociedade de profissionais, acabou por estabelecer tratamento

diferente a contribuintes em situação análoga, violando, assim, o princípio da isonomia, que assegura igualdade de tratamento àqueles que se encontrem em situação equivalente.

Como preleciona Hugo de Brito Machado (*Curso de Direito Tributário*, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 30), "o princípio de igualdade é a projeção, na área tributária, do princípio geral da isonomia jurídica, ou princípio pelo qual todos são iguais perante a lei. Apresenta-se aqui como garantia de tratamento uniforme, pela entidade tributante, de quantos se encontrem em condições iguais. Como manifestação desse princípio, temos, em nossa Constituição, a regra da uniformidade dos tributos federais em todo o território nacional."

Não bastasse, a Lei nº 13.476/2002, ao majorar a alíquota fixa do ISS, exigível dos profissionais que prestam serviços sob a forma de trabalho pessoal, acabou por violar os princípios da capacidade contributiva e da vedação do confisco, pois, como visto, a tributação extrairia do contribuinte parcela de renda sem levar em conta as suas condições pessoais. Atesta isso, de forma veemente, a edição da Lei nº 13.656/2003, que concedeu desconto de 40% sobre o valor do ISS lançado naquele exercício a todos os profissionais aqui representados pelos impetrantes.

Convenhamos que se a tributação não tivesse sido exacerbada e com índole confiscatória, não haveria necessidade da concessão de desconto como meio de mitigar os excessos da lei anterior, operando-se, assim, por via indireta, uma redução do imposto exigido.

No sentido do quanto acima exarado, trago à colação, da jurisprudência desta Egrégia Corte Regional, o seguinte julgado: "CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. LEI MUNICIPAL Nº 13.476/2002. ALTERAÇÕES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 1. A Lei Municipal nº 13.476/2002, ao estabelecer importâncias fixas diferenciadas para profissionais pertencentes a mesma categoria, estabeleceu tratamento diferenciado a contribuintes em situações equivalentes, ferindo frontalmente o

princípio da isonomia. 2. Por outro lado, também é forçoso reconhecer que as alterações introduzidas pela referida lei, ao efetivar a majoração da alíquota fixa do Imposto sobre Serviços - ISS, devidos pelos profissionais prestadores de serviços sob a forma de trabalho pessoal, contrariou os princípios da vedação do confisco e da capacidade contributiva, expressamente previstos no inciso IV, do art. 5º, e parágrafo 1º, do art. 145, da Constituição Federal. 3. Não há como negar, outrossim, o malferimento ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, pois a majoração da alíquota fixa do Imposto em tela, promovida pela Lei Municipal nº 13.476/2002, por certo sobrecarrega parte considerável dos rendimentos dos contribuintes. 4. Agravo de instrumento improvido." (AG nº 185.365/SP, rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, 6ª Turma, DJU 01.07.2005, p. 582).

Quanto à obrigação acessória, consistente na obrigatoriedade de emissão de notas fiscais de prestação de serviços, por parte de sociedades de profissionais, o próprio apelante afirma (fls. 240) que a obrigação não fora imposta aos autônomos e às sociedades de profissionais e os apelados, após observarem tratar-se de ônus descabido, anotam que o Decreto nº 44.209/2003, alterou o anterior Decreto 42.836, do mesmo ano, que tratava da questão, restando, pois, excluídos do seu cumprimento. De qualquer forma, não existia mesmo correlação entre a obrigação acessória instituída e o fim colimado, restando desatendido o disposto no artigo 113, § 2º, do Código Tributário Nacional.

Em suma, os impetrantes comprovaram, de plano, o direito líquido e certo alegado, merecendo, pois, ser confirmada a sentença que concedeu a ordem postulada.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial, para manter na íntegra a decisão recorrida.

É como voto.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0017207-21.2003.4.03.6100
(2003.61.00.017207-0)

Apelante: RODRIGO MONTEFERRANTE RICUPERO
Apelados: ALOÍZIO MERCADANTE E UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA
Classe do Processo: AC 1166221
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/12/2010

EMENTA

PROCESSO CIVIL. INTERPELAÇÃO JUDICIAL. LEGÍTIMO INTERESSE. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO SEM EXAME DE MÉRITO.

1. O apelante ajuizou ação cautelar de notificação judicial em face de Aloízio Mercadante e da União Federal, para que prestassem informações sobre a utilização da verba parlamentar de gabinete, instituída pela Resolução nº 62, aprovada pela Mesa da Câmara dos Deputados em 5.4.2001. A inquina de ilegal e indica, como ação principal, à cautelar presente, ação popular.

2. O conceito de interesse processual é composto pelo binômio necessidade-adequação, refletindo aquela a indispensabilidade do ingresso em juízo para a obtenção do bem da vida pretendido e se consubstanciando esta na relação de pertinência entre a situação material que se tenciona alcançar e o meio processual utilizado para tanto.

3. Em que pese qualificar-se o procedimento de notificação como de "jurisdição voluntária", não se perca de perspectiva que, conquanto seja meramente administrativa a função exercida nessas hipóteses pelo Juízo, toda e qualquer pretensão deduzida perante órgãos jurisdicionais deve atender a requisitos mínimos para sua procedibilidade.

4. Petição inicial não aponta especificamente os fatos e fundamentos demonstrativos da necessidade/utilidade do provimento jurisdicional pretendido. A notificação, tal

como ajuizada, não apresenta o requisito da utilidade, uma vez que, ao que se dessume da linha argumentativa do autor, nada acrescentaria à tese defendida de ilegalidade da Resolução 62/2001.

5. Ainda, os termos do artigo 1º, §§ 4º e 5º da lei 4.717 de 29 de junho de 1965, indicam que a providência pretendida por essa ação pode, simplesmente, ser intentada nos autos da ação popular. Não há necessidade de ajuizamento desta prévia ação com o intuito de se realizar atos previstos e possíveis de se realizarem nos autos da própria ação popular. Por esse motivo, carece o autor de interesse processual, ante a ausência de utilidade e necessidade processual da demanda. Nesse sentido, inclusive, os precedentes desta C. Corte.

6. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, DECIDE a 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, 22 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): Trata-se de apelação contra a r. sentença que extinguiu o feito sem exame de mérito, com base nos artigos 267, VI e 869 do CPC, por falta de comprovação de interesse legítimo à notificação judicial.

Foram apresentadas contra-razões.

Dispensada a revisão, na forma regimental (inciso VIII de seu artigo 33).

É o relatório.
Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): O apelante ajuizou ação cautela de notificação judicial em face de Aloízio Mercadante e da União Federal, para que prestassem informações sobre a utilização da verba parlamentar de gabinete, instituída pela Resolução nº 62, aprovada pela Mesa da Câmara dos Deputados em 5.4.2001. A inquina de ilegal e indica, como ação principal à cautelar presente, ação popular.

A sentença merece ser mantida.

O conceito de interesse processual é composto pelo binômio necessidade-adequação, refletindo aquela a indispensabilidade do ingresso em juízo para a obtenção do bem da vida pretendido e se consubstanciando esta na relação de pertinência entre a situação material que se tenciona alcançar e o meio processual utilizado para tanto (comentário nº 3, ao art. 3º, do CPC, *in*: Negrão, Theotonio e Gouvêa, José Roberto F.; *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*; 39ª ed. rev. e atual. até 16 de janeiro de 2007; São Paulo: Saraiva; 2007; p. 116).

Não merece reparos a sentença que indeferiu a inicial por ausência de interesse de agir ou, mais especificamente, ausência de legítimo interesse.

O protesto, a notificação e a interpelação, regulados nos arts. 867 e ss. do CPC, constituem procedimentos judiciais não contenciosos, que, em verdade, ostentam índole meramente conservativa de direitos do requerente, mediante manifestação formal de sua vontade ou intenção em juízo, sendo bem certo, ainda, que ditos procedimentos têm por finalidade a produção de determinados efeitos resultantes da própria cientificação do requerido.

Da literalidade do art. 867 do CPC, extrai-se que ditas medidas dirigem-se à prevenção da responsabilidade do requerente, à conservação e ressalva de seus direitos ou, ainda, à manifestação formal de sua vontade ou intenção.

Em que pese qualificar-se o procedimento do protesto/notificação/interpelação como de "jurisdição voluntária", não se perca de perspectiva que, conquanto seja meramente administrativa a função exercida nessas hipóteses pelo Juízo, toda e qualquer pretensão deduzida perante órgãos jurisdicionais deve atender a requisitos mínimos para sua procedibilidade.

Com efeito, se, por um lado, o atendimento dos requisitos genericamente exigíveis para a petição inicial de demanda (*v. g.*, CPC, arts. 282 e 283) devem ser mitigados em sede de procedimentos não contenciosos, por outro lado, disso não se infira que para a propositura de ditos procedimentos inexistam quaisquer requisitos a serem atendidos pelo promovente. Tanto assim o é que os próprios arts. 868 e 869 do CPC condicionam a viabilidade de manejo do procedimento de protesto/notificação/interpelação à exposição, pelo requerente, dos respectivos fatos e fundamentos, assim como à evidência do legítimo interesse na providência administrativo-judicial vindicada.

No caso em epígrafe, a petição inicial não aponta especificamente os fatos e fundamentos demonstrativos da necessidade/utilidade do provimento jurisdicional pretendido. A notificação, tal como ajuizada, não apresenta o requisito da utilidade, uma vez que, ao que se dessume da linha argumentativa do autor, nada acrescentaria à tese defendida de ilegalidade da Resolução 62/2001. Se não há especificidade sobre a necessidade da notificação (as alegações contra a Resolução não dependem da documentação pedida, ou, se dependem, tal dependência não foi demonstrada pela inicial), não há como se vincular este procedimento a uma hipotética ação popular que surgiria a partir dele. Daí porque mantido o pagamento em custas.

Apenas à guisa ilustrativa, *vide* julgado:

Processo
AC 9805336425
AC - Apelação Civel - 141737
TRF5 - AC 9805336425
Relator(a) Desembargador Federal Geraldo Apoliano

Sigla do órgão TRF5
Órgão julgador Terceira Turma
Fonte DJ - Data: 20/09/2000 - Página: 1080
Decisão UNÂNIME
"Ementa
PROCESSUAL CIVIL. INTERPELAÇÃO JUDICIAL. LEGÍTIMO INTERESSE. OBJETO. 1. O JUIZ INDEFERIRÁ O PEDIDO QUANDO INDEMONSTRADO O LEGÍTIMO INTERESSE DO INTERPELANTE NA MEDIDA (ARTIGO 869 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). 2 (...). 3. APELAÇÃO IMPROVIDA."
Data da Decisão
27/04/1999
Data da Publicação
20/09/2000

Ainda, os termos do artigo 1º, §§ 4º e 5º da lei 4.717 de 29 de junho de 1965, indicam que a providência pretendida por essa ação pode, simplesmente, ser intentada nos autos da ação popular. Não há necessidade de ajuizamento desta prévia ação com o intuito de se realizar atos previstos e possíveis de se realizarem nos autos da própria ação popular. Por esse motivo, carece o autor de interesse processual, ante a ausência de utilidade e necessidade processual da demanda.

Nesse sentido, inclusive, os precedentes desta C. Corte, que transcrevo:

"PROCESSUAL CIVIL. NOTIFICAÇÃO JUDICIAL PREPARATÓRIA DE AÇÃO POPULAR. INDEFERIMENTO DA INICIAL. INADEQUAÇAO DA VIA ELEITA. 1. O pedido de notificação dos requeridos para que sejam fornecidas informações acerca da utilização pelo parlamentar de verba prevista no Ato da Mesa nº 62 de 5 de abril de 2002, pode ser deduzido diretamente em ação popular, nos termos do art. 1º, §§ 4º e 5º da Lei nº 4.717/65, sendo inadequado o ajuizamento de Medida Cautelar de notificação. 2.

Ausência de interesse processual, art. 295, III do CPC".
(TRF3 Órgão julgador SEXTA TURMA Processo AC 200361000139030 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 943557 Relator(a) JUIZ MAIRAN MAIA Data da Decisão 25/03/2010 Data da Publicação 14/04/2010)

"PROCESSO CIVIL - CAUTELAR DE NOTIFICAÇÃO PREPARATÓRIA DE AÇÃO POPULAR - DESNECESSIDADE - PRECEDENTES - IMPROVIMENTO À APELAÇÃO DO AUTOR POPULAR. 1. Impondo o ordenamento porte a preambular descritivo fático e postulação suficientes à compreensão do quanto se conduz em compreensão ao Judiciário, realmente, conteria a preambular os mínimos requisitos intrínsecos e extrínsecos impostos pelo sistema, como decorre de seu teor. 2. Cuidando-se de cautelar preparatória, também sinaliza dita preambular sobre a discussão de fundo, a ação popular que a notificação em pauta almeja instruir. 3. Nem se há de se cogitar de incompetência Jurisdicional Federal, ante a presença, no pólo passivo, da própria União e de Deputado Federal, concitado a esclarecer sobre verba identificada na inicial. 4. Deveria incidir sobre o caso vertente o dogma de amplo acesso ao Judiciário (art. 5º CF), ensejando a devida tramitação do feito cautelar em pauta. 5. Ausentes vícios que viessem a inviabilizar a tramitação sobre recurso, imperativo se imporia o provimento ao apelo, para retorno dos autos à origem, para o devido processamento pelo E. Juízo *a quo*, aqui se observando consta apenas uma contra-fé dos autos, embora dois os demandados, consoante a inicial. 6. Ante a repetitividade de feitos em situação similar, unanimemente vaticinou esta E. Turma no sentido da desnecessidade da via eleita, ao entender de que na própria ação popular se poderia tal providência, adota este relator referido entendimento como seu conhecimento. Precedentes. 7. Improvimento à apelação."
(TRF3 Órgão julgador TERCEIRA TURMA Processo AC

200361000171891 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1013735 Relator(a) JUIZ SILVA NETO Fonte DJF3 DATA: 07/05/2008 Data da Decisão 13/12/2006 Data da Publicação 07/05/2008)

Por estes fundamentos, nego provimento à apelação.
É como voto.
Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0022749-20.2003.4.03.6100
(2003.61.00.022749-5)

Apelantes: MARIA NILZA MIZAEL DOS SANTOS E ANTONIO GRIGORIO DOS SANTOS
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ALESSANDRO DIAFERIA
Classe do Processo: AC 1565825
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/12/2010

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. CEF. OPERAÇÕES BANCÁRIAS QUESTIONADAS. APLICABILIDADE DO CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. Nos termos da Súmula nº 297 do E. Superior Tribunal de Justiça, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 14 estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor pela falha no serviço, havendo, inclusive, a possibilidade da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do mesmo diploma legal, desde que exista verossimilhança nas alegações ou a qualidade de hipossuficiente do consumidor.

2. Os autores afirmam não terem solicitado ajuda de terceiros para movimentar sua conta bancária e que nunca permitiram que outras pessoas efetuassem saques ou conhecessem a senha, bem como atestam que os cartões magnéticos sempre estiveram eu seu poder (*vide* depoimentos às fls. 168/171). Não há nos autos qualquer indício ou razão para se duvidar da idoneidade dos autores ou da veracidade de suas alegações, do que se conclui ser verossímil a versão apresentada de que as três movimentações mencionadas foram efetuadas irregularmente, sem sua permissão ou conhecimento.

3. Não seria razoável exigir-se dos autores que comprovassem

que a transferência e os saques indevidos decorreram de ato praticado por algum dos funcionários ou por defeito de equipamentos do caixa automático da CEF. Sendo as alegações dos autores verossímeis, deve ser invertido, na forma do art. 6º, VIII, do CDC, o ônus da prova, a fim de que este encargo incumba à empresa pública.

4. A instituição financeira não demonstrou ter se aprofundado nas investigações, a fim de apurar eventual fraude nas movimentações questionadas pela correntista. Sequer menciona ter procedido a qualquer tentativa de contatar Maria Cecília Lopes dos Santos, beneficiária da transferência eletrônica questionada. Além disso, incumbia à CEF, detentora das fitas de vídeo contendo a filmagem dos saques indevidos, exibi-las, a fim de reforçar sua versão de que a culpa pela transferência e pelos saques indevidos teria sido dos próprios autores.

5. É da instituição financeira o dever de assegurar a confiabilidade dos serviços que disponibiliza. Diante da fundada suspeita de ter havido falha na segurança dos serviços automatizados disponibilizados pela CEF, é a empresa pública, e não o correntista (hipossuficiente na relação de consumo), quem deverá arcar com os prejuízos financeiros decorrentes das operações bancárias questionadas.

6. Devida, portanto, a indenização pelo dano material sofrido pelos apelantes, que deverão ser ressarcidos da quantia correspondente à transferência e aos dois saques questionados, acrescida dos juros e correção monetária até a data do pagamento.

7. Quanto aos danos morais, tratando-se de relação de consumo e constatada a hipossuficiência das pessoas envolvidas, entendo cabível a condenação da CEF ao pagamento de indenização de dois salários mínimos, já que não se pode classificar como mero dissabor o fato de ter sido frustrada a confiança que os autores depositavam na instituição financeira, à qual entregavam suas economias.

8. É evidente o sofrimento causado aos autores pelo fato

de terem sido privados, injustamente, de reserva em dinheiro que poderia ser utilizada para cobrir eventuais despesas básicas e urgentes da família. Além disso, não se pode ignorar o sofrimento que lhes causou a circunstância de a instituição financeira (por meio de seus prepostos) ter, na época, duvidado de sua palavra e deixado de se mobilizar para investigar a fraude relatada, atitude que os deixou desamparados, já que não tinham meios de investigar por conta própria.

9. Apelação a que se dá provimento, a fim de condenar a CEF ao ressarcimento dos valores correspondentes às três operações bancárias questionadas, com incidência de juros e correção monetária até a data do pagamento, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor de dois salários mínimos. Prejudicados os agravos retidos. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

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 provimento à apelação e julgar prejudicados os agravos retidos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2010.

Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA (Relator): Trata-se de apelação (fls. 264/283) interposta por MARIA NILZA MIZAEL DOS SANTOS e ANTONIO GRIGORIO DOS SANTOS em face da r. sentença (fls. 244/248) que julgou

improcedente pedido de condenação da CEF ao pagamento de indenização por danos material e moral, decorrentes de saques indevidos realizados em conta poupança de titularidade dos autores.

Às fls. 147/150, os autores agravaram, na forma retida, da decisão que indeferiu a inversão do ônus de prova e a produção de prova pericial (*vide* fls. 138/139). Também foi interposto agravo retido da decisão que indeferiu antecipação parcial dos efeitos da tutela, conforme consta do Termo de Audiência (fls. 165/167).

Recorrem os autores pugnando, preliminarmente, pelo conhecimento e provimento dos agravos retidos e, no mérito, pela aplicabilidade do CDC, a fim de que haja a reversão do julgado, com a condenação da CEF.

Com contrarrazões (fls. 292/299), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA (Relator): Apurou-se terem sido efetuadas três movimentações bancárias supostamente indevidas: uma transferência feita a Maria Cecília Lopes dos Santos no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), um saque no valor de R$ 800,00 (oitocentos reais), ambas movimentações ocorridas no dia 29/11/2002, na agência do bairro de Vila Mariana em São Paulo/SP, e outro saque no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais), este ocorrido no dia 09/12/2002, em caixa 24h situado na Avenida Paulista em São Paulo/SP (fl. 15).

Os autores afirmam não terem solicitado ajuda de terceiros para movimentar sua conta bancária e que nunca permitiram que outras pessoas efetuassem saques ou conhecessem a senha, bem como atestam que os cartões magnéticos sempre estiveram eu seu poder (*vide* depoimentos às fls. 168/171).

Não há nos autos qualquer indício ou razão para se duvidar da idoneidade dos autores ou da veracidade de suas alegações,

do que se conclui ser verossímil a versão apresentada de que as três movimentações mencionadas foram efetuadas irregularmente, sem sua permissão ou conhecimento.

Nos termos da Súmula nº 297 do E. Superior Tribunal de Justiça, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 14 estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor pela falha no serviço, havendo, inclusive, a possibilidade da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do mesmo diploma legal, desde que exista verossimilhança nas alegações ou a qualidade de hipossuficiente do consumidor.

Não seria razoável exigir-se dos autores que comprovassem que a transferência e os saques indevidos decorreram de ato praticado por algum dos funcionários ou por defeito de equipamentos do caixa automático da CEF. Sendo as alegações dos autores verossímeis, deve ser invertido, na forma do art. 6º, VIII, do CDC, o ônus da prova, a fim de que este encargo incumba à empresa pública.

A instituição financeira não demonstrou ter se aprofundado nas investigações, a fim de apurar eventual fraude nas movimentações questionadas pela correntista. Sequer menciona ter procedido a qualquer tentativa de contatar Maria Cecília Lopes dos Santos, beneficiária da transferência eletrônica questionada. Além disso, incumbia à CEF, detentora das fitas de vídeo contendo a filmagem dos saques indevidos, exibi-las, a fim de reforçar sua versão de que a culpa pela transferência e pelos saques indevidos teria sido dos próprios autores.

É da instituição financeira o dever de assegurar a confiabilidade dos serviços que disponibiliza. Diante da fundada suspeita de ter havido falha na segurança dos serviços automatizados disponibilizados pela CEF, é a empresa pública, e não o correntista (hipossuficiente na relação de consumo), quem deverá arcar com os prejuízos financeiros decorrentes das operações bancárias questionadas.

Devida, portanto, a indenização pelo dano material sofrido pelos apelantes, que deverão ser ressarcidos da quantia correspondente à transferência e aos dois saques questionados, acrescida dos juros e correção monetária até a data do pagamento.

"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. SAQUES INDEVIDOS EM CONTA CORRENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INSCRIÇÃO EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. 1. As instâncias ordinárias, assentadas nos elementos fático-probatórios trazidos aos autos, consideraram que 'diante da inversão do ônus da prova e da falta de produção probatória da CEF, quando lhe foi dada a oportunidade (fls. 47/49), revela-se imperativo reconhecer que os saques realizados foram fraudulentos. Destarte, tendo a CEF se mostrado negligente nesse ponto, e, ainda, se omitindo em produzir a prova de que incumbe à autora a responsabilidade pelos saques, torna-se nítida a sua responsabilidade pelos fatos noticiados na exordial' (fls. 87/88).
2. Dissídio jurisprudencial não comprovado, nos moldes dos arts. 541, § único, do CPC, e 255 e parágrafos, do Regimento Interno desta Corte. 3. Recurso não conhecido." (STJ, QUARTA TURMA, RESP 200501612688, julg. 12/12/2005, Rel. JORGE SCARTEZZINI, J DATA: 01/02/2006 PG: 00572)

"PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TROCA DO CARTÃO MAGNÉTICO. SAQUES INDEVIDOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. REGRA DE JULGAMENTO. DANO MORAL. QUANTIFICAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. CONDENAÇÃO INFERIOR À PLEITEADA. INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. A responsabilidade civil das instituições financeiras por danos causados aos seus clientes é objetiva tendo em vista a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 2. É perfeitamente possível ao juiz inverter o ônus da prova em prol do consumidor no momento da prolação da sentença, tendo em vista que a

inversão é regra de julgamento. Precedentes do E. STJ e desta C. Turma. 3. Hoje são tantas as possibilidades de fraude no sistema bancário que atribuir ao consumidor a prova negativa da não realização dos saques contestados seria equivalente a negar a própria existência do Código de Defesa do Consumidor. 4. Os elementos probatórios constantes dos autos evidenciam a verossimilhança das alegações da apelada. Isto porque os supostos saques efetivamente ocorreram, em curto espaço de tempo (2 dias), praticamente esgotando o saldo existente na sua conta poupança. 5. No caso em tela impõe-se a salvaguarda do equilíbrio da relação jurídica estabelecida entre o usuário dos serviços e a Caixa Econômica Federal. Isto porque o sistema é passível de falhas que podem ocasionar prejuízos ao consumidor e, sendo assim, o mínimo que se pode exigir é que a instituição financeira ofereça segurança aos seus clientes, com a implantação de mecanismos hábeis a comprovar o verdadeiro autor dos saques contestados. 6. Quanto ao valor da indenização por danos morais, objeto de apelação da autora, sentença mantida porque fixou indenização em R$ 10.000,00 (dez mil reais), valor suficiente para indenizar o dano experimentado. 7. De acordo com a Súmula 326 do STJ 'Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca'. 8. Condenação da CEF ao pagamento integral de custas e honorários. 9. Apelação da CEF improvida. 10. Apelação da autora parcialmente provida."
(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AC 200261140013876, julg. 27/10/2009, Rel. COTRIM GUIMARÃES, DJF3 CJ1 DATA: 05/11/2009 PÁGINA: 55)

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SAQUE INDEVIDO EM CONTA POUPANÇA. FALHA DO SERVIÇO.

DEVER DE INDENIZAR. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO POR DANO MORAL. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. É perfeitamente possível a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII do CDC) na ocorrência de saques indevidos perpetrados por terceiros de má-fé, competindo à CEF o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da Autora, já que esta não dispõe dos meios para comprovar se a instituição financeira ré tomou todas as medidas de segurança necessárias para evitar o golpe. Inteligência do enunciado da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o qual 'o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras'.

2. Através da análise da documentação carreada aos autos, infere-se que a Autora efetuava depósitos com regularidade, mas não havia realizado sequer um saque antes da seqüência de saques fraudulentos. Esta particularidade - a não utilização do cartão bancário para a realização de transações - aliada à forma como os saques foram realizados, levam à conclusão de que houve falha por parte da CEF na prestação do serviço oferecido.

3. A atividade bancária é eminentemente sujeita a risco e toda empresa que exerce atividade de risco tem que naturalmente assumir os ônus consequentes de sua atividade. Não pode uma empresa gerar risco com sua atividade e simplesmente imputar a consumação de risco em dano aos clientes, sem prova de culpa exclusiva destes.

4. Inegável também o fato de que qualquer subtração fraudulenta do patrimônio de uma pessoa é causa suficiente a ensejar transtornos e abalo psíquico, ainda mais no caso dos autos, no qual o valor furtado é de monta considerável.

5. Diante deste contexto, entendo por comprovada a falha na prestação do serviço a legitimar a pretensão deduzida, ficando afastada a hipótese de culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Todo aquele que exerce atividade econômica está sujeito a suportar os riscos inerentes ao

desempenho de seu trabalho e, por isso, deve acautelar-se para evitar que danos desnecessários sejam suportados por aqueles que usufruem o serviço prestado. Efetivamente, a CEF deve assumir as falhas e fraudes decorrentes do sistema que por ela foi implantado e adotado para esse tipo de operação.

6. Considerando o valor excessivo da condenação por danos morais (R$ 15.000,00 - quinze mil reais) e tendo em mira a orientação jurisprudencial deste egrégio Tribunal Regional Federal da Primeira Região em casos análogos, a indenização deve ser reduzida para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), quantia que se afigura razoável, pois concilia a pretensão reparatória com o princípio do não enriquecimento ilícito.

7. Conforme entendimento sumulado pelo Eg. STJ, 'na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca' (Súmula nº 326).

8. Apelação da CEF parcialmente provida apenas para reduzir o valor do dano moral."

(TRF 1ª Região, QUINTA TURMA, AC 200332000033770, julg. 20/01/2010, Rel. JUIZ FEDERAL PEDRO FRANCISCO DA SILVA (CONV.), e-DJF1 DATA: 26/03/2010 PÁGINA: 333)

Quanto aos danos morais, tratando-se de relação de consumo e constatada a hipossuficiência das pessoas envolvidas, entendo cabível a condenação da CEF ao pagamento de indenização de dois salários mínimos, já que não se pode classificar como mero dissabor o fato de ter sido frustrada a confiança que os autores depositavam na instituição financeira, à qual entregavam suas economias.

É evidente o sofrimento causado aos autores pelo fato de terem sido privados, injustamente, de reserva em dinheiro que poderia ser utilizada para cobrir eventuais despesas básicas e urgentes da família. Além disso, não se pode ignorar o sofrimento que lhes causou a circunstância de a instituição financeira (por

meio de seus prepostos) ter, na época, duvidado de sua palavra e deixado de se mobilizar para investigar a fraude relatada, atitude que os deixou desamparados, já que não tinham meios de investigar por conta própria.

> "PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. SAQUES INDEVIDOS EM CONTA POUPANÇA. DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. REGRA DE JULGAMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. DANOS MORAIS. DESNECESSIDADE DE PROVA DO EFETIVO PREJUÍZO. APELAÇÃO IMPROVIDA.
> I. Trata-se de ação ordinária proposta em face de CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, objetivando indenização por danos materiais e por danos morais, tendo em vista a realização de saques indevidos em conta poupança.
> II. A jurisprudência desta Corte Regional, bem como do C. Superior Tribunal de Justiça, tendem a adotar o entendimento de que a inversão do ônus da prova, insculpida no artigo 6º, inciso VIII, do CDC é regra de julgamento, sem qualquer ofensa ao direito ao contraditório e à ampla defesa. Precedentes: TRF 3ª Região, AC 2003.61.00.027625-1, 2ª Turma, Rel. Des. Federal NELTON DOS SANTOS, j. 05.05.2009, DJ 21.05.2009; e STJ, REsp 727.843/SP, 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 15.12.2005, DJ 01.02.2006.
> III. Não há como afastar a responsabilidade da CEF em indenizar a autora pelos saques realizados indevidamente em sua conta poupança, eis que é prestadora de serviços bancários e responde, objetivamente, pelos danos infligidos aos consumidores, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor, diploma legal aplicável aos contratos bancários, assim considerado o ajuste *sub judice*, o Código de Defesa do Consumidor, questão pacificada em nossa jurisprudência com a edição da Súmula 297 pelo C. Superior Tribunal de Justiça, publicada no DJ de 09.09.2004,

in verbis: 'O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.'
IV. Caracterizada a relação de consumo, torna-se irrelevante a apuração da culpa do agente financeiro, ante a presunção imposta pelo artigo 14 do CDC, bastando para tanto ficar demonstrado o dano e o nexo causal, cabendo o ônus da prova da inocorrência do dano à Caixa Econômica Federal - CEF, posto que a parte contrária é hipossuficiente em face da empresa pública, o que, na hipótese, não ocorreu, conforme restou demonstrado. Precedente: TRF 3ª Região, AC 2004.61.00.012425-0, 2ª Turma, Rel. Des. Federal COTRIM GUIMARÃES, j. 20.10.2009, DJ 29.10.2009.
V. Na hipótese de realização de saques indevidos em conta corrente, a instituição bancária é responsável pelo pagamento de indenização a título de danos morais independentemente da prova do efetivo prejuízo, bastando a comprovação do evento danoso. Precedentes: STJ, REsp 835.531/MG, 3ª Turma, Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. 07.02.2008, DJ 27.02.2008; TRF 3ª Região, AC 2003.61.13.003370-6, 2ª Turma, Rel. Des. Federal NELTON DOS SANTOS, j. 06.03.2007, DJ 16.03.2007. VI. Apelação improvida, mantida a r. sentença monocrática, nos termos constantes do voto."
(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, AC 200261260135810, julg. 01/12/2009, Rel. CECILIA MELLO, DJF3 CJ1 DATA: 17/12/2009 PÁGINA: 254)

"RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. SAQUE INDEVIDO EM CONTA DE POUPANÇA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - Os bancos, como prestadores de serviço, submetem-se ao Código de Defesa do Consumidor, *ex vi* do disposto no § 2º do artigo 3º da referida Lei 8078, de 1990. Logo, há que se concluir pela inversão do ônus da prova, com fulcro no art. 6º III, do CDC, competindo à CEF afastar sua responsabilidade, eis

que nos termos do art. 14 da mesma Lei a responsabilidade contratual do banco é objetiva, cabendo ao mesmo indenizar seus clientes. - Comprovado o dano, referente ao valor sacado de forma indevida, em conta poupança, exsurge o dever da CEF de indenizar por tal prejuízo, além de arcar com a indenização por danos morais. - Segundo precedentes do Eg. STJ, em casos como este, o dever de indenizar prescinde da demonstração objetiva do abalo moral sofrido, exigindo-se como prova apenas o fato ensejador do dano, ou seja, os saques indevidos por culpa da instituição ora recorrida: 'a exigência de prova do dano moral se satisfaz com a comprovação do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam'. - Recurso improvido."
(TRF 2ª Região, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, AC 200051070007273, julg. 07/10/2009, Rel. FERNANDO MARQUES, DJU - Data: 16/10/2009 - Página: 133)

Com tais considerações, *DOU PROVIMENTO* à apelação dos autores, a fim de condenar a CEF ao ressarcimento dos valores correspondentes às três operações bancárias questionadas, com incidência de juros e correção monetária até a data do pagamento, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no valor de dois salários mínimos. Condeno a CEF ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação. Prejudicados os agravos retidos.

É o voto.

Juiz Federal Convocado ALESSANDRO DIAFERIA - Relator

- Sobre a responsabilidade da instituição bancária por saques indevidos, veja também os seguintes julgados: AC 2000.61.04.006420-8/SP, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, publicada na RTRF3R 69/201; AC 2000.61.04.003789-8/SP, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, publicada na RTRF3R 89/173 e AC 2003.61.00.027625-1/SP, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, publicada na RTRF3R 95/216.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0018222-88.2004.4.03.6100
(2004.61.00.018222-4)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: TEAM WORK PRODUÇÕES FOTOGRÁFICAS LTDA. - EPP
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: AMS 269734
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/12/2010

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. COMERCIALIZAÇÃO E PRODUÇÃO DE FILMES CINEMATOGRÁFICOS, *VIDEO-TAPE* E FOTOGRAFIA. ART. 9º, XIII, DA LEI Nº 9.317/96. AUSÊNCIA DE SIMILARIDADE COM ATIVIDADE DE PRODUÇÃO DE ESPETÁCULO. MANUTENÇÃO NO REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

1. Um dos princípios fundamentais da ordem econômica em nosso sistema constitucional é o tratamento favorecido a empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País (CF, art. 170, IX, com redação da EC nº 06/95).

2. A Lei nº 9.317/96 instituiu o sistema tributário denominado SIMPLES, prevendo requisitos a serem preenchidos pelas micro e pequenas empresas beneficiárias do sistema: faixa de renda bruta (art. 2º); a inscrição no CNPJ; não enquadramento nas situações do art. 9º. Portanto, utilizou o legislador um critério qualitativo, referente à espécie de atividade da empresa, e não apenas um critério quantitativo, a receita bruta, admitindo-se, assim, que a lei tributária pode discriminar por motivo extrafiscal, ramos de atividade econômica.

3. A impetrante tinha por atividade econômica *a comercialização e produção de filmes cinematográficos,* video-tape

e fotografia, tendo alterado seu objeto social em 17/12/2003 para *produção fotográfica, computação gráfica e artes gráficas através de computação, editoração eletrônica e comércio de produtos fotográficos e fitas de vídeo inerentes ao ramo explorado*, conforme consta do objeto social descrito 4ª alteração de seu contrato social, tendo optado pelo SIMPLES em 01/01/1997 e sido excluída desse sistema em 30/07/1999, ao fundamento de exercer atividade econômica vedada.

4. Trata-se de empresa de pequeno porte, de capital reduzido, sendo que os serviços prestados pela autora não reclamam necessariamente a atuação de profissionais legalmente habilitados ou especializados nem se enquadram na categoria dos "assemelhados", conforme previsto no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

5. 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, 09 de dezembro de 2010.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de remessa oficial e de apelação em mandado de segurança, objetivando assegurar à impetrante o recolhimento de tributos segundo o regime do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, visto que foi indevidamente excluída do sistema sob o fundamento de que exerce atividade vedada.

O pedido liminar foi deferido (fls. 131/133).

A impetrada interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado seguimento (fl. 192).

O MM. Juízo *a quo* concedeu a segurança, ao argumento de que o art. 9º da Lei nº 9.317/96 é inconstitucional, pois não poderia ter diferenciado microempresas e empresas de pequeno porte, em função da atividade exercida, impedindo-as de beneficiarem-se de tratamento constitucional diferenciado previsto para a totalidade das microempresas e empresas de pequeno porte (fls. 162/167).

A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Apela a União Federal (Fazenda Nacional), aduzindo que "a lei tributária pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável", o que ocorre no caso em apreço, visto que as atividades excluídas do sistema, por suas peculiaridades, não se encontram entre aquelas que o legislador constituinte pretendeu beneficiar (fls. 179/182).

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Manifestou-se o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso de apelação.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

Um dos princípios fundamentais da ordem econômica em nosso sistema constitucional é o tratamento favorecido a empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País (CF, art. 170, IX, com redação da EC nº 06/95).

Em consonância com tal vetor constitucional, dispõe especificamente o art. 179 da Carta Federal, norma de eficácia limitada:

"Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os

> Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei."

Foi assim instituído, através da Medida Provisória nº 1.526/96, convertida na Lei nº 9.317/96, o sistema tributário das micro e pequenas empresas, denominado SIMPLES, de adesão facultativa (art. 3º), e caracterizado, como o próprio nome sugere, pela simplificação, eliminação ou redução das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias: autoriza o pagamento único dos tributos (IRPJ, PIS, CSLL, COFINS, IPI e contribuições para a seguridade social) com aplicação de uma determinada alíquota sobre o valor da receita bruta auferida, respeitando-se a destinação constitucional das espécies tributárias incluídas no sistema.

A norma constitucional deixou para a legislação ordinária não apenas a definição do critério para a empresa ser considerada micro ou pequena empresa, mas também o estabelecimento de outros critérios e parâmetros a serem igualmente por ela observados, a fim de, querendo, fazer jus à opção pelo SIMPLES.

A Lei nº 9.317/96 dispõe um rol de requisitos para a inscrição das micro e pequenas empresas nesse sistema de incentivo ao desenvolvimento; o primeiro é uma faixa de renda bruta (art. 2º); o segundo, a inscrição no CGC, atualmente CNPJ; o terceiro, não se encontrar a empresa em nenhuma das situações do art. 9º.

No momento em que o contribuinte opta pela inscrição no SIMPLES, deve se sujeitar às condições e requisitos estabelecidos na Lei nº 9.317/96.

Portanto, pode se inscrever no SIMPLES quem se encontrar não apenas nas faixas de renda estipuladas no art. 2º da Lei nº 9.317/96, mas, sim, quem, além disso, esteja cadastrado no CGC, atualmente CNPJ, e atenda aos critérios do art. 9º - uma vez que não é função desse diploma conceituar micro ou pequena

empresa, mas, sim, criar um sistema fiscal especial, que beneficiará a empresa que se enquadrar no rol de qualificações da lei.

Portanto, utilizou o legislador um *critério qualitativo*, referente à *espécie de atividade da empresa*, e não apenas um *critério quantitativo*, *a receita bruta*, admitindo-se, assim, que a lei tributária pode discriminar por motivo extrafiscal, ramos de atividade econômica.

Tal escolha, como já mencionado, não afronta o comando constitucional programático do artigo 179 da Carta Magna. Em sua redação encontramos a proposição "assim definida em lei", para a determinação da micro empresa que deve fazer jus aos benefícios previstos por esta norma. Cabe ao legislador ordinário, pois, avaliar e determinar quem usufruirá do "tratamento jurídico diferenciado".

A Lei nº 9.317/96, em seu art. 9º, XIII, assim dispõe:

> "Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:
> .....
> XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida;"

A Corte Suprema afastou a alegação de inconstitucionalidade do inc. XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96, quando do julgamento da ADIn nº 1.643-DF, nos seguintes termos:

> "ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS

DE PEQUENO PORTE. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS PROFISSÕES LIBERAIS. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOAS JURÍDICAS IMPEDIDAS DE OPTAR PELO REGIME. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Há pertinência temática entre os objetivos institucionais da requerente e o inciso XIII do artigo 9º da Lei 9317/96, uma vez que o pedido visa a defesa dos interesses de profissionais liberais, nada obstante a referência a pessoas jurídicas prestadoras de serviços.

2. Legitimidade ativa da Confederação. O Decreto de 27/05/54 reconhece-a como entidade sindical de grau superior, coordenadora dos interesses das profissões liberais em todo o território nacional. Precedente.

3. Por disposição constitucional (CF, artigo 179), as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela 'simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas' (CF, artigo 179).

4. Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do SIMPLES aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente." (Plenário, ADIn nº 1.643-DF, Rel. Min. Maurício Correia, j. 05/12/2002, DJ 14/03/2003)

No caso vertente, verifica-se que a impetrante tinha por atividade econômica a *comercialização e produção de filmes cinematográficos*, video-tape *e fotografia*, tendo alterado seu objeto social em 17/12/2003 para *produção fotográfica, computação gráfica e artes gráficas através de computação, editoração eletrônica e comércio de produtos fotográficos e fitas de vídeo*

inerentes ao ramo explorado, conforme consta do objeto social descrito 4ª alteração de seu contrato social (fls. 13/19), tendo optado pelo SIMPLES em 01/01/1997 e sido excluída desse sistema em 30/07/1999, ao fundamento de exercer atividade econômica vedada (fl. 30).

Trata-se de empresa de pequeno porte, de capital reduzido, sendo que os serviços prestados pela impetrante não reclamam necessariamente a atuação de profissionais legalmente habilitados ou especializados nem se enquadram na categoria dos "assemelhados", conforme previsto no inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317/96.

As atividades desenvolvidas pela impetrante não possuem similaridade nem podem ser equiparadas aos serviços profissionais prestados por diretor ou produtor de espetáculos, restringindo-se, conforme descrito em seu contrato social, a realização de filmes e fotografias, de sorte que não incidem na vedação contida no art. 9º, XIII da Lei nº 9.317/96.

Configura-se, nesse sentido, precedente desta C. 6ª Turma e dos Tribunais Regionais Federais da 4ª e da 5ª Região:

> "PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. ATIVIDADES DE *SOUND DESIGNER*. PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE. PRODUÇÃO E EXECUÇÃO DE SONS E TRILHA SONORA. AUSÊNCIA DE SIMILARIDADE. SERVIÇOS PRESTADOS POR ATORES, CANTORES OU MÚSICOS. MANUTENÇÃO NO REGIME DE TRIBUTAÇÃO.
> (...)
> 2. Um dos princípios fundamentais da ordem econômica em nosso sistema constitucional é o tratamento favorecido a empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País (CF, art. 170, IX, com redação da EC nº 06/95).

3. A Lei nº 9.317/96 instituiu o sistema tributário denominado SIMPLES, prevendo requisitos a serem preenchidos pelas micro e pequenas empresas beneficiárias do sistema: faixa de renda bruta (art. 2º); a inscrição no CNPJ; não enquadramento nas situações do art. 9º. Portanto, utilizou o legislador um critério qualitativo, referente à espécie de atividade da empresa, e não apenas um critério quantitativo, a receita bruta, admitindo-se, assim, que a lei tributária pode discriminar por motivo extrafiscal, ramos de atividade econômica.
4. No caso vertente, a autora tem por atividade econômica a prestação de serviços auxiliares a produção musical, tais como a criação, edição, mixagem, produção e execução de sons e trilha sonora, exercendo ainda a atividade de *sound designer* e o comércio de cds, conforme declaração de firma individual, tendo optado pelo SIMPLES, em maio/2001, e dele excluída, conforme Ato Declaratório Executivo DRF/GUA nº 471.212, de 07/08/2003, ao fundamento de exercer atividade econômica vedada.
5. Trata-se de microempresa, de capital reduzido, sendo que os serviços prestados pela autora não reclamam necessariamente a atuação de um profissional legalmente habilitado ou especializado, não possuem similaridade nem podem ser equiparadas aos serviços profissionais prestados por atores, cantores ou músicos, nem se enquadram na categoria dos 'assemelhados', de sorte que não incidem na vedação contida no art. 9º, XIII da lei nº 9.317/96.
6. Apelação provida. Inversão do ônus da sucumbência." (TRF da 3ª Região, 6ª Turma, AC nº 2004.61.19.003023-4, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, DJ 21/09/2010)

"TRIBUTÁRIO. INCISO XIII DO ART. 9º DA LEI 9.317/96. INTERPRETAÇÃO EM HARMONIA COM O TEXTO CONSTITUCIONAL. EMPRESA NÃO EXECUTANTE DE ATIVIDADE TÍPICA DE PUBLICITÁRIO. LEGALIDADE DA PERMANÊNCIA NO REGIME TRIBUTÁRIO

FAVORECIDO SIMPLES. 1. A interpretação do inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96, inclusive em harmonia com o Texto Constitucional, é evitar que o profissional liberal escape da tributação normal mais elevada para as pessoas físicas em relação à aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte a título do regime tributário Simples, mediante a criação de uma empresa que se confunde com o exercício de uma profissão liberal típica. 2. A empresa cuja atividade é a produção de vídeos comercias não realiza atividade típica de publicitário, não se confundindo as incumbências empresariais dessa organização com o exercício dessa profissão referida, o que evidencia a legalidade da permanência no regime tributário favorecido SIMPLES."
(TRF da 4ª Região, 2ª Turma, ApelReex nº 200672010038100, Rel. Des. Fed. Eloy Bernst Justo, v. u., DE 03/02/2008)

"TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DA EMPRESA DO SIMPLES. AUSÊNCIA DE PRÉVIA OPORTUNIDADE PARA DEFESA. NULIDADE DO ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 9º, XIII DA LEI 9.317/96. IMPOSSIBILIDADE. RESTRIÇÃO DE DIREITOS. ATIVIDADE DE PRODUÇÃO DE FILMES E VÍDEOS. SEMELHANÇA COM A DE PRODUÇÃO DE ESPETÁCULOS. INEXISTÊNCIA. AGRAVO DA FAZENDA IMPROVIDO.
(...)
3. A atividade desenvolvida pelo contribuinte de produção de filmes destina-se à concretização e materialização do roteiro de publicidade e propaganda, já anteriormente elaborado pelo publicitário, não praticando, assim, qualquer ato de criação, razão pela qual não se confunde com a produção de espetáculo, que é a organização de eventos públicos, dentre os quais se inclui a reprodução da imagem criada pelo publicitário.
4. AGTR a que se nega provimento."
(TRF da 5ª Região, 2ª Turma, AG nº 200405000247025, Rel. Des. Fed. Napoleão Maia Filho, p. m., DJ 25/04//2007, p. 570)

Em face de todo o exposto, *nego provimento à apelação e à remessa oficial*.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0000156-34.2006.4.03.6183
(2006.61.83.000156-9)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: ERTIS PEREIRA DE ALMEIDA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MÁRCIA HOFFMANN
Classe do Processo: ApelReex 1288224
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/12/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE AUDITAGEM PEDIDO DE CONCLUSÃO. LEI Nº 9.784/1999 E 8.213/91 - NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E EFICIÊNCIA.
- Ao INSS cumpre zelar pelo patrimônio público, o que inclui não fazer pagamentos indevidos de valores que, posteriormente, não poderá recuperar, porém não tem a eternidade para rever seus próprios atos, sob pena de causar grave dano à segurança que deve permear as relações jurídicas.
- Deixando a entidade autárquica de concluir o procedimento administrativo de auditagem e de liberar o pagamento referente aos valores atrasados gerados na concessão do benefício em período razoável, resta configurada a ilegalidade.
- Remessa oficial e apelação parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, sendo que o Desembargador Federal Newton De Lucca o fazia em menor extensão, pois não aplicava a Lei nº 11.960/09, acompanhando, no mais, o voto da Relatora.

São Paulo, 06 de dezembro de 2010.
Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN (Relatora):

ERTIS PEREIRA DE ALMEIDA propôs a presente demanda, sob o procedimento ordinário, em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL visando à condenação do réu na liberação e no pagamento das parcelas em atraso de seu benefício referentes ao período de 28.06.1998 e 31.01.2000.

Pedido julgado procedente. Sentença sujeita ao reexame necessário.

O INSS apelou, pleiteando a reforma integral da sentença. Afirma, ainda, que as parcelas cobradas estão prescritas. Se vencido, pugna pela redução dos juros de mora e dos honorários advocatícios.

Com contrarrazões.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN (Relatora):

A parte autora veio, a juízo, pleitear a liberação e pagamento dos valores em atraso de seu benefício, referentes ao período entre a DER e a data da concessão (especificamente 28.06.1998 e 31.01.2000).

De fato, enquanto autarquia federal, cumpre, ao INSS, zelar pelo patrimônio público, o que inclui não fazer pagamentos indevidos de valores que, posteriormente, não poderá recuperar.

Nesse sentido, dispunha o artigo 178 do Decreto nº 3.048/99, com a redação dada pelo Decreto 3.625/99:

> "Art. 178. O pagamento mensal de benefícios sujeitar-se-á a expressa autorização do Chefe da Agência da Previdência Social, do Chefe da Divisão/Serviço de Benefício ou do Gerente-Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social, de acordo com os valores a serem estabelecidos periodicamente pelo Ministério da Previdência e Assistência Social."

Tal artigo foi alterado diversas vezes, até chegar à redação a seguir:

> "Art. 178. O pagamento mensal de benefícios de valor superior a vinte vezes o limite máximo de salário-de-contribuição deverá ser autorizado expressamente pelo Gerente-Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social, observada a análise da Divisão ou Serviço de Benefícios. (Redação dada pelo Decreto nº 5.545, de 2005)
> Parágrafo único. Os benefícios de valor inferior ao limite estipulado no *caput*, quando do reconhecimento do direito da concessão, revisão e manutenção de benefícios, serão supervisionados pelas Agências da Previdência Social e Divisões ou Serviços de Benefícios, sob critérios pré-estabelecidos pela Direção Central. (Redação dada pelo Decreto nº 5.545, de 2005)".

Ademais, a teor do princípio da autotutela, a Administração Pública tem o dever de anular os atos que haja praticado em desconformidade com as prescrições legais.

Especificamente no caso da Previdência Social há que se mencionar, a propósito desse princípio, o artigo 69 da Lei nº 8.212/91, que determinou a implantação de um programa permanente de revisão dos benefícios, a fim de apurar eventuais irregularidades e falhas existentes.

Ocorre que a Previdência Social não tem a eternidade para rever seus próprios atos, sob pena de causar grave dano à segurança que deve permear as relações jurídicas.

Daí que a Lei nº 9.784/99 tivesse previsto o prazo de 05 anos para revisão do ato, salvo se comprovada má-fé, conjugando o princípio da autotutela com o princípio da segurança das relações jurídicas (artigo 54).

Depois, sobreveio a Lei nº 10.839/2004, que acrescentou o artigo 103-A à Lei nº 8.213/91, abaixo transcrito:

> "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. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004)
> § 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004)
> § 2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004)."

Note-se, de outra parte, que o § 6º do artigo 41 da Lei nº 8.213/91 diz que o primeiro pagamento de renda mensal do benefício deve ser efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão.

Tal preceito foi revogado e substituído pelo abaixo reproduzido:

> "Art. 41-A. O valor dos benefícios em manutenção será reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, *pro rata*, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (Incluído pela Lei nº 11.430, de 2006).
> (...)
> § 3º. O 1º (primeiro) pagamento de renda mensal do

> benefício será efetuado até 45 (quarenta e cinco) dias após a data da apresentação pelo segurado da documentação necessária a sua concessão. (Incluído pela Lei nº 11.430, de 2006)."

Ora, se há uma regra determinando que o primeiro pagamento da renda mensal será efetuado nesse prazo de até 45 dias, subentende-se que o que exceder a isso é exceção.

No caso em questão, o benefício da parte autora foi concedido *após 01 ano e 9 meses* de análise junto ao INSS e, passados *mais de 06 anos* da percepção do primeiro pagamento, ainda não foram pagas as diferenças atrasadas.

Sendo assim, concluo que não é razoável submeter o segurado a esperar ainda mais do que já esperou para a concessão do benefício para perceber os valores atrasados, merecendo acolhimento, portanto, seu pedido.

De outro lado, não merece acolhida a alegação de prescrição, pois a própria entidade autárquica, em correspondência encaminhada ao autor após o ajuizamento da demanda (fl. 42), ou seja, 14.03.2006, informa que a liberação dos valores está condicionada a apresentação das carteiras profissionais, fato que demonstra a pendência do procedimento de auditagem, circunstância que impede o curso do prazo prescricional.

Além disso, não é legítimo que a entidade autárquica se beneficie da sua própria morosidade, para não dizer torpeza, deixando de pagar as parcelas devidas ao segurado, fato que caracteriza evidente enriquecimento ilícito.

A manutenção da sentença, portanto, é medida que se impõe.

Os juros de mora são devidos à razão de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil. A partir da vigência do novo Código Civil, Lei nº 10.406/2002, deverão ser computados nos termos do artigo 406 deste diploma, em 1% (um por cento) ao mês, nesse caso até 30/06/2009. A partir desta data, incidirão, uma única vez, até a conta final que servir de base para a expedição do precatório, para fins de atualização monetária e juros, os índices

oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte precedente:

> "AGRAVO LEGAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. LEI Nº 11.960/2009. APLICABILIDADE IMEDIATA.
> - Firmou-se na 3ª Seção deste Tribunal o entendimento de que a Lei nº 11.960, de 29/06/2009 (publicada em 30/06/2009), que alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, determinando a incidência nos débitos da Fazenda Pública, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança, aplica-se imediatamente aos feitos de natureza previdenciária.
> - Agravo legal desprovido."
> (TRF da 4ª Região; APELREEX 2002.70.00.073393-2; 5ª Turma; Rel. Juiz Federal Hermes Siedler da Conceição Júnior; j. 08.06.2010; D. E.: 14.06.2010)

Com relação aos honorários advocatícios, reduzo-os para 10% do valor da condenação, observando-se a regra da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação, para modificar os critérios de incidência dos juros de mora e reduzir os honorários advocatícios, nos termos acima preconizados.

É o voto.

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0000917-11.2006.4.03.6104
(2006.61.04.000917-0)

Apelante: PLATINUM LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO SARNO
Classe do Processo: AMS 301385
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/11/2010

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. AUTOPEÇAS E PNEUS. ALÍQUOTA. REDUÇÃO DE 40%. LEI Nº 10.782/01, ARTIGO 5º. AGRAVO RETIDO.

Prejudicada a análise do agravo retido que ataca decisão denegatória da liminar, questão superada pela sentença.

Tratando-se de imposto de importação, hígido o ato do executivo que retirou da tabela de fundamentação legal do SISCOMEX a redução de 40% do imposto de importação, prevista na Lei nº 10.182/01, face ao princípio previsto no artigo 237 da Constituição Federal.

Por meio do Decreto nº 5.663, de 09.01.2006, foi prorrogada a aplicação do 31º Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica nº 14, assinado pela República Federativa do Brasil e República da Argentina, que trata da política automotiva comum entre esses países, razão pela qual o artigo 5º da Lei nº 10.182/2001 teve sua vigência suspensa até o termo final desse Protocolo.

Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e julgar prejudicado o agravo retido, nos termos do relatório

e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de outubro de 2010.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO SARNO (Relator).

Cuida de recurso de apelação interposto de sentença proferida em autos de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Inspetor de Alfândega do Porto de Santos, objetivando assegurar à impetrante o direito de continuar importando e desembaraçando autopeças e pneus mediante o recolhimento do Imposto de Importação com redução de 40% conforme previsto no art. 5º da Lei nº 10.182/01, nas importações futuras e nas importações que aguardam desembaraço, afastando-se as restrições constantes do 30º e 31º Protocolos Adicionais ao Acordo de Complementação nº 14 e exteriorizadas através da Nota Técnica Conjunta Coana/Cosit nº 198/05 e do Parecer PGFN/CAT nº 1442/05.

Da decisão proferida às fls. 304/305, que indeferiu a liminar pleiteada, interpôs a impetrante Agravo de Instrumento (processo nº 2006.03.00.020844-9), o qual foi convertido em retido (art. 527, II, do CPC) nos termos da decisão proferida às fls. 383 daqueles autos.

A sentença proferida denegou a segurança.

Apela a impetrante aduzindo a mesma matéria da inicial, a inconstitucionalidade formal dos 30º e 31º Protocolos firmados entre o Brasil e Argentina; a ilegalidade da Nota Técnica Coana/Cosit bem assim como o Parecer da PGFN, por se fundarem no Tratado de Montevidéu. Alega ainda que ocorreu violação aos princípios da segurança jurídica, da legalidade e da moralidade.

Sem contrarrazões subíramos autos.

Nesta Corte o Ministério Público Federal deixou de se manifestar por entender não caracterizado o interesse público,

colacionando no entanto acórdão deste Tribunal desfavorecendo a tese da apelante.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO SARNO (Relator).

Dou por prejudicado o agravo retido, pois se insurgiram contra a denegação de liminar, questão superada pela sentença, que ora se encontra sob análise, em razão da interposição do apelo.

Não merece provimento o recurso da impetrante.

A recorrente tinha a seu favor sentença proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara federal de Santos declarando seu direito de usufruir a redução de 40% do II incidente na importação de produtos previstos no art. 5º da Lei nº 10.182/01, condicionando entretanto esse direito à sua habilitação específica no sistema SISCOMEX - Sistema Integrado de Comércio exterior, tal como determina o art. 6º da mesma lei.

No entanto, é certo que a recorrente não usufruiu da declaração judicial, pois não se habilitou especificamente no SICOMEX como determinado no art. 6º da mesma Lei nº 10.182/01, que exigia que a solicitação fosse encaminhada á Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, acompanhada da comprovação de regularidade de pagamento de todos os tributos e contribuições sociais federais e cópia da inscrição no CNPJ.

Portanto, é certo que voluntariamente a empresa deixou de cumprir parte da sentença, para que pudesse usufruir o benefício da redução de 40% do Imposto de Importação.

A outra questão trazida nos autos a debate e avocada em razões de apelação firma-se na constitucionalidade do 30º e 31º Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica nº 14 firmado entre os Governos do Brasil e da Argentina, face à Lei nº 10.182/2001.

A Lei nº 10.182/2001, preceitua no art. 5º:

> "Art. 5º- Fica reduzido em 40% o imposto de importação incidente na importação de partes, peças, componentes, conjunto e subconjuntos, acabados e semi-acabados e pneumáticos.
> § 1º O disposto no *caput* aplica-se exclusivamente às importações destinadas aos processos produtivos das *empresas montadoras e fabricantes de*"

E segue a legislação listando quais os produtos dessas montadoras e fabricantes que estariam sob a hipótese de incidência legal, para logo depois no art. 6º impor as condições que as empresas devem obedecer para a fruição do benefício.

Ora, a empresa recorrente tem por objeto social a comercialização de autopeças, rolamento automotivos e industriais, bombas, produtos de limpeza, dentre outros, atividade agropecuária, pastoril e granjeira, compra, venda, loteamento, incorporação, etc. (fls. 41).

É evidente que não faz jus à redução prevista em lei e ainda que fizesse, o que se admite apenas em tese, é certo que, não providenciou a documentação necessária para que pudesse usufruir do benefício nos termos do art. 6º da mesma norma legal.

Mais ainda, em matéria de comércio exterior, exatamente porque as questões estão imbricadas com o interesse entre países integrantes do comercio internacional, os regramentos tributários não devem obséquio ao princípio da anterioridade e firmar acordos internacionais é da competência privativa do Chefe do Poder Executivo, no interesse nacional e da preservação das relações internacionais.

Podia, sim, validamente ser suspensa a regra isentiva, pois quem concede pode igualmente suspender, cancelar ou adiar o benefício fiscal.

Não existe direito à isenção, cuja interpretação é sempre restritiva e literal se o contribuinte não se encontra inserto na hipótese de incidência legal que o beneficia.

Este o caso da impetrante, pois o art. 98 do CTN é regra específica que se sobrepõe à genérica. Esse o sistema constitucional

que vem traçado no art. 84, inciso VIII , CF, c/c art. 96 e art. 98, do CTN.

Significa dizer que os tratados e convenções internacionais estão contidos no conceito de legislação tributária, enquanto versarem sobre tributos e relações a eles pertinentes e, mais ainda, que esses atos revogam ou modificam a legislação tributária interna e deverão esses tratados e convenções ser observados, ainda que sobrevenha outra legislação.

Quanto ao Tratado de Montevidéu, correta a posição da União Federal, já que é de todo interesse do país, em relação aos do cone sul americano, a formação de mercado comum que se estabilize e ganhe concretude econômica para fazer face às intervenções e subsídios de membros de outros mercados, visando a preservação não apenas do mercado nacional, mas dos próprios membros do MERCOSUL.

Assim considerando, que a impetrante não tem direito adquirido a usufruir dessa redução do II, e considerando que os atos contra os quais se volta foram legítima e constitucionalmente editados, a r. sentença merece ser mantida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e julgo prejudicado o agravo retido.

É como voto.

Juiz Federal Convocado PAULO SARNO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0004515-70.2006.4.03.6104
(2006.61.04.004515-0)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: DEGENAL FERREIRA DA SILVA FILHO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: AC 1155550
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/12/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ALVARÁ. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO. SEGURO DESEMPREGO. LEVANTAMENTO DE PARCELAS NÃO RECEBIDAS EM RAZÃO DO RECOLHIMENTO DO SEGURADO À PRISÃO.

I - Se já estavam à disposição do requerente as três parcelas do benefício, por óbvio que a CEF já havia examinado o cumprimento dos requisitos legais, sendo, por isso, desnecessária a sua citação por não ter interesse jurídico a defender.

II - O requerente não alegou recusa da CEF para o pagamento do seguro desemprego, mas sim, a impossibilidade de receber o benefício em razão de seu recolhimento à prisão.

III - Não havia pretensão resistida, razão pela qual a jurisdição voluntária é adequada ao pedido de levantamento do benefício.

IV - O requerente não pretendeu transferir o benefício para sua procuradora, mas sim, pelo Alvará, obter o levantamento que o recolhimento à prisão o impediu de fazer pessoalmente.

V - Preliminares rejeitadas. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima

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

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Trata-se de Alvará para levantamento de parcelas não recebidas do benefício de seguro desemprego por ter sido o requerente recolhido à prisão.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 5/8.

Justiça gratuita concedida às fls. 10.

A Juíza de Primeiro Grau determinou a expedição de ofício à Caixa Econômica Federal, requisitando informações.

A CEF informou que o requerente sacou somente a primeira parcela do seguro desemprego, no valor de R$ 300,00 (trezentos reais), do total de 3 (três) parcelas (fls. 18).

Diante da impossibilidade de reconhecimento da firma do requerente aposta na procuração outorgada à sua advogada, a Juíza de Primeiro Grau determinou a constatação, por oficial de justiça, do estado prisional, para a assinatura do preso no referido mandato e confirmar o requerimento.

O mandado foi cumprido, tendo sido lavrado o respectivo auto de constatação (fls. 22/23).

A sentença determinou a expedição de Alvará Judicial para cumprimento na Caixa Econômica Federal - PAB Justiça Federal de Santos - SP, para fins de serem liberadas ao requerente, representado por sua procuradora, as duas parcelas do seguro desemprego que não pode receber.

Embargos de declaração do requerente (fls. 34/36) rejeitados (fls. 42/43).

Alvará expedido às fls. 51.

Apelou a Caixa Econômica Federal (fls. 53/59). Sustentou que não foi citada, em afronta ao disposto no art. 1.105 do CPC, o que tornou nulo o processo por ofensa ao devido processo legal, devendo ser anulada a sentença. Arguiu a falta de interesse de agir do requerente porque o procedimento de jurisdição voluntária não é adequado ao atendimento do pedido. Não foi comprovada a recusa da CEF em liberar o montante depositado pra o autor. Se recusa houvesse, a jurisdição contenciosa se adequaria ao pedido. Pediu a extinção do processo sem julgamento do mérito.

No mais, a CEF sustentou que o seguro desemprego é pessoal e intransferível, o que inviabiliza o levantamento por procuradora constituída. A CEF está vinculada ao princípio da legalidade, razão pela qual não pode liberar qualquer quantia fora das hipóteses legais.

Requereu, por fim, o recebimento do recurso no duplo efeito, e, a final, o provimento do recurso para extinguir o processo sem julgamento do mérito, ou para julgar improcedente o pedido, ou, ainda, para remeter os autos à origem para novo pronunciamento após obediência ao devido processo legal.

Recurso recebido apenas no efeito devolutivo (fls. 67).

Sem contrarrazões, subiram os autos.

Às fls. 72/73, a Desembargadora Federal Vesna Kolmar declinou da competência e determinou a redistribuição a uma das Turmas da Terceira Seção.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

A argüição de nulidade por falta de citação da apelante não merece guarida.

O art. 1.105 do CPC determina a citação dos interessados nos procedimentos de jurisdição voluntária.

Embora pacífica a jurisprudência no sentido de que a Caixa

Econômica Federal é parte nos processos em que se questiona o seguro desemprego, penso que essa não é a hipótese dos autos.

Neste caso, o pedido de alvará de levantamento do benefício tem por fundamento a prisão do requerente, que chegou a receber a primeira parcela do seguro desemprego. Ou seja, o benefício já lhe fora concedido e só não foi por inteiro recebido em razão de seu recolhimento à prisão.

Não se questiona o direito ao seguro desemprego, mas sim, o requerente apenas quis, pela via do alvará, levantar as quantias já depositadas pela CEF.

Se já estavam à disposição do requerente as três parcelas do benefício, por óbvio que a CEF já havia examinado o cumprimento dos requisitos legais, sendo, por isso, desnecessária a sua citação por não ter interesse jurídico a defender.

A CEF também sustenta que o procedimento de jurisdição voluntária não é adequado ao atendimento da pretensão do requerente porque não houve recusa no pagamento do benefício, caso em que o pedido deveria ser feito pela via contenciosa.

Também esta alegação é de ser rejeitada. O requerente não alegou recusa da CEF para o pagamento do seguro desemprego, mas sim, a impossibilidade de receber o benefício em razão de seu recolhimento à prisão.

Por óbvio, não havia pretensão resistida, razão pela qual a jurisdição voluntária é adequada ao pedido de levantamento do benefício.

Quanto ao mérito, a apelação também não pode ser acolhida.

O seguro desemprego é benefício personalíssimo, característica própria das coberturas previdenciárias.

Porém, não é disso que se trata. O requerente não pretendeu transferir o benefício para sua procuradora, mas sim, pelo Alvará, obter o levantamento que o recolhimento à prisão o impediu de fazer pessoalmente.

Diante do exposto, rejeito as preliminares e nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL (AMS) 0006356-15.2006.4.03.6100 (2006.61.00.006356-6)

Apelantes: CLAUDIA IGARASHI LARA E OUTROS
Apelado: CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREF4SP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: AMS 283468
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/12/2010

EMENTA

CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA - AGRAVO RETIDO - CUMPRIMENTO DE CARGA HORÁRIA MÍNIMA PARA A OBTENÇÃO DE LICENCIATURA, DE GRADUAÇÃO PLENA, NO TOTAL DE 3 ANOS - REGISTRO PROFISSIONAL NO QUAL CONSTA EDUCAÇÃO BÁSICA - LEGALIDADE.

1. Agravo retido com pedido de concessão dos benefícios de justiça gratuita formulado na inicial, cuja apreciação foi requerida em preliminar de apelação.

2. Nos termos do Art. 4º da Lei nº 1.060/50, redação dada pela Lei nº 7.510/86, a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

3. Pedido de concessão de liminar prejudicado, diante do julgamento do recurso de apelação.

4. Homologo o pedido de desistência do recurso de apelação formulado pelo impetrante Vilmar Ivan da Silva às fls. 231 e 239.

5. De acordo com os art. 1º e 4º da Resolução CFE nº 3/1987 do então Conselho Federal de Educação havia duas modalidades de formação dos profissionais de educação física, o bacharelado, restrito às áreas não formais, como

academias, clubes, hotéis, sem possibilidade de atuação em instituições de ensino e a licenciatura plena, com possibilidade de exercício tanto na educação básica, como em áreas não formais, tendo ambos duração de 04 (quatro) anos e carga horária mínima de 2880 horas/aula.

6. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação diferenciou os cursos destinados à formação superior em duas áreas, a graduação, também denominado bacharelado, disposta no art. 44, II e a licenciatura, prevista no art. 62 da Lei nº 9.394/1996.

7. A Resolução CNE/CP nº 1/2002, instituiu as diretrizes curriculares nacionais para a formação de professores da educação básica em nível superior, curso de licenciatura, de graduação plena, em consonância com o art. 62, da Lei nº 9.394/1996, diferindo da disciplina anteriormente disposta na Resolução CFE nº 3/1987, na medida em que a licenciatura plena permitia o exercício dos profissionais formados em Educação Física nas áreas formal e não formal, ao passo que a licenciatura de graduação plena, regulamentada posteriormente na Resolução CNE/CP nº 1/2002 permite ao profissional atuar tão-somente no ensino básico, qual seja, na área formal.

8. Posteriormente, foi editada a Resolução CNE/CP nº 2/2002 a qual, regulamentando a duração e a carga horária dos cursos de licenciatura, de graduação plena, de formação de professores da educação básica em nível superior determinou o período mínimo de 3 anos e a carga de 2.800 horas para sua conclusão.

9. A Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação editou a Resolução CNE/CES nº 7/2004, que tratando especificamente dos cursos de graduação/bacharelado em Educação Física, nada dispôs acerca da duração do curso e quantidade de horas/aulas.

10. Diante dessa lacuna aplicava-se a Resolução CFE nº 3/1987, a qual determinava que os curso de graduação/bacharelado teria duração mínima de (04) anos e carga

horária 2.880 horas/aula, nos moldes do art. 4º.
11. Editada a Resolução CNE/CES nº 4/2009 que disciplinou para os estudantes de Educação Física tempo mínimo de (04) quatro anos e carga horária mínima de 3.200 horas/aula, mantido o prazo mínimo de conclusão em (04) anos para o bacharelado.
12. Atualmente há duas modalidades de cursos para profissionais de educação física, quais sejam, os cursos de licenciatura, de graduação plena para a atuação na educação básica e duração mínima de 3 anos e os cursos de graduação/bacharelado em educação física, para atuação em áreas não formais, com duração mínima de 4 anos.
13. Concluído o curso de educação física ministrado pela UNICID, devidamente reconhecido pela Portaria MEC nº 1.578/1992 e cumprida a carga horária mínima para a obtenção da licenciatura, de graduação plena, no total de 3 anos, não há ilegalidade na conduta do CREF4 de fazer constar nos registros profissionais a atuação *educação básica*, visto que a inscrição do profissional nos quadros do Conselho Regional de Educação Física deve se dar de acordo com a formação concluída.
14. Firmado Termo de Ajustamento de Conduta nº 09/2010 entre o Ministério Público Federal e a UNICID, pelo qual obrigou-se a Universidade a deixar claras aos vestibulandos as distinções entre o curso de bacharelado e a licenciatura, de graduação plena.

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, acolher em parte o agravo retido para conceder os benefícios de justiça gratuita aos impetrantes, homologar o pedido de desistência do recurso formulado pelo impetrante Vilmar Ivan da Silva e negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo

parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de dezembro de 2010.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Cuida-se de mandado de segurança em que os impetrantes, formados no curso de licenciatura plena em educação física, com duração de três anos, objetivam assegurar o pleno exercício das atividades, nas áreas esportiva e acadêmica, sem as restrições impostas pelo CREF4/SP de trabalharem somente no ensino básico.

A liminar foi indeferida.

Os impetrantes interpuseram agravo retido e requereram a concessão dos benefícios da justiça gratuita e a concessão da liminar.

A sentença julgou improcedente o pedido.

Em apelação, os impetrantes reiteraram requereram a reforma da sentença.

Sem contrarrazões de apelação, os autos foram remetidos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator):

Inicialmente, aprecio o pedido de concessão dos benefícios de justiça gratuita formulado na inicial e no agravo retido, cuja apreciação foi requerida em preliminar de apelação.

Nos termos do Art. 4º da Lei nº 1.060/50, redação dada pela Lei nº 7.510/86, a parte gozará dos benefícios da assistência

judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

O pedido de concessão de liminar fica prejudicado, diante do julgamento do recurso de apelação.

Homologo o pedido de desistência do recurso de apelação formulado pelo impetrante Vilmar Ivan da Silva às fls. 231 e 239.

Passo à apreciação da matéria de fundo.

Pretendem os impetrantes lhes seja assegurada a expedição de carteira profissional pelo CREF4 sem a limitação de que somente podem trabalhar no ensino básico.

De acordo com o art. 1º da Resolução CFE nº 3/1987 do então Conselho Federal de Educação "a formação dos profissionais de Educação Física será feita em curso de graduação que conferirá o título de Bacharel e/ou Licenciado em Educação Física".

Nos termos do art. 4º da aludida Resolução, a duração dos cursos em epígrafe era de (04) quatro anos com carga horária mínima de 2.880 horas/aula.

Da leitura dos dispositivos em comento, constata-se a coexistência de duas modalidades de formação dos aludidos profissionais, o bacharelado, restrito às áreas não formais, como academias, clubes, hotéis, sem possibilidade de atuação em instituições de ensino e a licenciatura plena, com possibilidade de exercício tanto na educação básica como em áreas não formais, acima referidas, tendo ambos a mesma carga horária.

Com a superveniência do art. 22, XXIV da Constituição Federal foi promulgada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação nº 9.394/1996, que diferenciou os cursos destinados à formação superior em duas áreas, a graduação, também denominado bacharelado, disposta no art. 44, II e a licenciatura, prevista no art. 62, *verbis*:

> "Art. 44. A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas:
> II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo;

...

Art. 62. A formação de docentes para atuar na educação básica far-se-á em nível superior, em curso de licenciatura, de graduação plena, em universidades e institutos superiores de educação, admitida, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil e nas quatro primeiras séries do ensino fundamental, a oferecida em nível médio, na modalidade Normal."

A partir daí foi criada outra modalidade de formação, qual seja, a licenciatura, de graduação plena, curso destinado à diplomação de egressos com conhecimentos especializados para atuar na educação básica, no exercício do magistério na educação infantil e nas quatro primeiras séries do ensino fundamental, sem possibilidade de exercer atribuições do bacharel ou graduado naquela determinada área do conhecimento.

O art. 5º do Decreto nº 3.276/99, regulamenta a matéria da seguinte forma:

"Art. 5º: Conselho Nacional de Educação, mediante proposta do Ministro de Estado da Educação, definirá as diretrizes curriculares nacionais para a formação de professores da educação básica.

§ 1º: As diretrizes curriculares nacionais observarão, além do disposto nos artigos anteriores, as seguintes competências a serem desenvolvidas pelos professores que atuarão na educação básica:

I - comprometimento com os valores estéticos, políticos e éticos inspiradores da sociedade democrática;

II - compreensão do papel social da escola;

III - domínio dos conteúdos a serem socializados, de seus significados em diferentes contextos e de sua articulação interdisciplinar;

IV - domínio do conhecimento pedagógico, incluindo as novas linguagens e tecnologias, considerando os âmbitos do ensino e da gestão, de forma a promover a efetiva

aprendizagem dos alunos;
V - conhecimento de processos de investigação que possibilitem o aperfeiçoamento da prática pedagógica;
VI - gerenciamento do próprio desenvolvimento profissional.
§ 2º: diretrizes curriculares nacionais para formação de professores devem assegurar formação básica comum, distribuída ao longo do curso, atendidas as diretrizes curriculares nacionais definidas para a educação básica e tendo como referência os parâmetros curriculares nacionais, sem prejuízo de adaptações às peculiaridades regionais, estabelecidas pelos sistemas de ensino. (Retificado no D. O. de 8.12.1999)"

O art. 6º, da Lei nº 4.024/1961, com a redação dada pela Lei nº 9.131/1995, que está em vigor por força do art. 92, da Lei nº 9.394/1996, assevera competir ao Ministério da Educação exercer as atribuições do Poder Público Federal em matéria da educação, devendo contar, no desempenho de suas funções, com a colaboração do Conselho Nacional de Educação - CNE.

Assim, o Conselho Pleno do Conselho Nacional de Educação editou a Resolução CNE/CP nº 1/2002, instituindo as *diretrizes curriculares nacionais para a formação de professores da educação básica, em nível superior, curso de licenciatura, de graduação plena*.

Verifica-se que a Resolução CNE/CP nº 1/2002 está em consonância com o art. 62, da Lei nº 9.394/1996, na medida em que ambas cuidam exclusivamente da educação básica, diferindo, portanto, da disciplina anteriormente disposta na Resolução CFE nº 3/1987, na medida em que a licenciatura plena, permitia o exercício dos profissionais formados em Educação Física nas áreas formal e não formal, ao passo que a licenciatura de graduação plena, regulamentada posteriormente na Resolução CNE/CP nº 1/2002 permite ao profissional atuar tão-somente no ensino básico, qual seja, na área formal.

Posteriormente, o mesmo Conselho Pleno do Conselho

Nacional de Educação editou a Resolução CNE/CP nº 2/2002 a qual, regulamentando "a duração e a carga horária dos cursos de licenciatura, de graduação plena, de formação de professores da Educação Básica em nível superior", determinou o período mínimo de 3 anos e a carga de 2.800 horas para sua conclusão, *verbis*:

> "Art. 1º A carga horária dos cursos de Formação de Professores da Educação Básica, em nível superior, em curso de licenciatura, de graduação plena, será efetivada mediante a integralização de, no mínimo, 2800 (duas mil e oitocentas) horas, nas quais a articulação teoria-prática garanta, nos termos dos seus projetos pedagógicos, as seguintes dimensões dos componentes comuns: (...)"
>
> "Art. 2º A duração da carga horária prevista no Art. 1º desta Resolução, obedecidos os 200 (duzentos) dias letivos/ano dispostos na LDB, será integralizada em, no mínimo, 3 (três) anos letivos."

Por fim, a Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação editou a Resolução CNE/CES nº 7/2004, que tratando especificamente dos cursos de graduação/bacharelado em Educação Física, assim dispôs:

> "Art. 1º A presente Resolução institui as Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Educação Física, em nível superior de graduação plena, assim como estabelece orientações específicas para a licenciatura plena em Educação Física, nos termos definidos nas Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação de Professores da Educação Básica."

Saliente-se, contudo, não dispor a Resolução CNE/CES nº 7/2004 acerca da duração do curso e quantidade de horas/aulas, apenas enunciando que:

> "Art. 14. A duração do curso de graduação em Educação Física será estabelecida em Resolução específica da Câmara de Educação Superior."

Diante dessa lacuna aplicava-se a Resolução CFE nº 3/1987, a qual determinava que os curso de graduação/bacharelado teria duração mínima de (04) anos e carga horária 2.880 horas/aula, nos moldes do art. 4º.

A Câmara de Educação Superior editou a Resolução CNE/CES nº 4/2009 que ao versar os procedimentos relativos à integralização e duração de diversos cursos de graduação/bacharelado, disciplinou para os estudantes de Educação Física tempo mínimo de (04) quatro anos e carga horária mínima de 3.200 horas/aula, consoante o art. 2º, inciso III, "a", c/c Anexo. Por conseguinte, não obstante tenha sido aumentada a carga horária para 3.200 horas/aula, foi mantido o prazo mínimo de conclusão em (04) anos para o bacharelado.

Da análise da disciplina normativa que rege a matéria, constata-se haver atualmente duas modalidades de cursos para profissionais de educação física, quais sejam, os cursos de licenciatura - de graduação plena para a atuação na educação básica e duração mínima de 3 anos - e os cursos de graduação/bacharelado em educação física - para atuação em áreas não formais, com duração mínima de 4 anos.

Assim, para o profissional que pretenda atuar de forma plena, nas áreas formais e não-formais, necessária a conclusão dos cursos de graduação/bacharelado e licenciatura, por serem cursos distintos, com disciplinas e objetivos particulares.

In casu, os impetrantes concluíram o curso de educação física ministrado pela UNICID, devidamente reconhecido pela Portaria MEC nº 1.578/1992 e cumpriram a carga horária mínima para a obtenção da licenciatura, de graduação plena, no total de 3 anos. É o que se extrai da análise dos documentos acostados às fls. 29/38.

Submetem-se, portanto às regras do art. 62, da Lei nº 9.394/1996 e à regulamentação disposta na Resolução CNE/CP nº

2/2002, que disciplina a formação de professores, com formação dirigida ao ensino em sala de aula e duração mínima de (03) anos e carga de 2.800 horas.

Com efeito, as Resoluções do Conselho Nacional de Educação foram emitidas com fundamento no art. 6º, da Lei nº 4.024/1961, com a redação dada pela Lei nº 9.131/1995, em vigor por força do art. 92, da Lei nº 9.394/1996. As Resoluções do Conselho Nacional de Educação nada mais fizeram que dispor sobre as características das modalidades de cursos previstos expressamente na Lei nº 9.394/1996, que expressamente disciplina a divisão dos cursos em bacharelado e licenciatura.

Por conseguinte, não há ilegalidade na conduta do CREF4 de fazer constar nos registros profissionais a atuação *educação básica*, visto que a inscrição do profissional nos quadros do Conselho Regional de Educação Física deve se dar de acordo com a formação concluída.

Pondere-se, inclusive, o Termo de Ajustamento de Conduta nº 09/2010 firmado entre o Ministério Público Federal e a UNICID, acostado às fls. 281/284, pelo qual obrigou-se a Universidade a deixar claras aos vestibulandos as distinções entre o curso de bacharelado e a licenciatura, *verbis*:

> "Há diferença na atuação profissional de licenciados e bacharelados em Educação Física. Os licencidos, tendo concluído curso de duração mínima de três anos, estão qualificados para atuar como professores na educção física básica (ensino fundamental e médio). Os bacharelados, depois de concluído curso de duração mínima de quatro anos, poderão atuar exclusivamente em clubes esportivos, academias de ginástica, como *personal trainer*, e assemelhados, não podendo atuar como professores na educação física."

Por fim, trago à colação decisões deste Tribunal, inclusive da Sexta Turma:

"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. LEI Nº 9.696/1.998. EXPEDIÇÃO DA CARTEIRA DE IDENTIDADE PROFISSIONAL COM A RUBRICA 'ATUAÇÃO PLENA'. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. RECURSO ADESIVO. Remessa oficial tida por submetida, nos termos do art. 475, inciso I, do CPC. Agravo retido não conhecido. Os autores não requereram, nas contrarrazões, a sua apreciação por este E. Tribunal, deixando de atender ao requisito de admissibilidade estabelecido no art. 523, § 1º, do CPC. A licenciatura plena, instituída pela Resolução CFE nº 3/1987, que permitia o exercício dos profissionais formados em Educação Física nas áreas formal e não formal, difere da licenciatura de graduação plena, instituída pela Resolução CNE/CP nº 1/2002, a qual possibilita ao profissional atuar apenas no ensino básico (área formal). O Conselho Pleno do Conselho Nacional de Educação editou a Resolução CNE/CP nº 2/2002 a qual, regulamentando 'a duração e a carga horária dos cursos de licenciatura, de graduação plena, de formação de professores da Educação Básica em nível superior', determinou o período mínimo de 3 anos e a carga de 2.800 horas para sua conclusão. A Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação editou a Resolução CNE/CES nº 7/2004, tratando especificamente sobre os cursos de graduação e de licenciatura em Educação Física. O curso de Educação Física ministrado à impetrante concedeu-lhe a formação em licenciatura de graduação plena, habilitando-a ao exercício de professora da educação básica. Corretamente que no seu registro profissional conste a atuação 'educação básica'. Precedentes desta Turma. Não há violação ao princípio da legalidade nos atos normativos expedidos. As Resoluções do Conselho Nacional de Educação foram emitidas com fundamento no art. 6º, da Lei nº 4.024/1961, com a redação dada pela Lei nº 9.131/1995, que está em vigor por força do art. 92,

da Lei nº 9.394/1996, tendo, por conseguinte, base legal. A divisão dos cursos em graduação/bacharelado e licenciatura está prevista na Lei nº 9.394/1996, sendo certo que as Resoluções do Conselho Nacional de Educação apenas especificaram as características de cada modalidade. A Lei nº 9.696/1998, que regula a profissão de Educação Física, deve ser interpretado de acordo com o inciso XIII, do art. 5º, da CF/1988, que dispõe ser 'livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer'. Tendo em vista o reconhecimento de que o procedimento adotado pelo CREF 4/SP é regular, improcede qualquer pretensão à condenação em danos morais e materiais veiculada no recurso adesivo. Condenação dos autores ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa, respeitado o disposto no art. 12, da Lei de Assistência Judiciária Gratuita. Apelação e remessa oficial, tida por submetida, providas. Recurso adesivo não provido." (AC nº 2006.61.00.000217-6, TERCEIRA TURMA, Relator Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO, DJF3: 20/09/2010)

"LEI Nº 9.696/98 - CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA - EXPEDIÇÃO DA CARTEIRA DE IDENTIDADE PROFISSIONAL COM A RUBRICA ATUAÇÃO PLENA 1. A Lei nº 9.161/95 confere competência ao Ministério da Educação e da Cultura - MEC para que exerça atribuições do Poder Público Federal em matéria de Educação, em parceria com o Conselho Nacional de Educação - CNE 2. A Resolução 2/2002, também do CNE, especifica que a carga horária mínima aos cursos de formação de profissionais de educação física destinados a atuação junto ao Ensino Básico, deverá ser de no mínimo 3 anos. 3. Para a atuação como bacharel em Educação Física, a Resolução nº 3/87 do CNE determina que o curso de graduação em Educação Física deverá ter duração mínima de 4

anos. 4. O curso oferecido e cursado pela apelada teve duração de 3 (três) anos (fls. 215), o que evidencia que a formação oferecida é aquela de licenciatura e não de atuação plena. 5. Recurso improvido".
(AMS nº 2008.61.00.015752-1, Quarta Turma, Relator Desembargador Federal Roberto Haddad)

"APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA - INSCRIÇÃO PARA ATUAÇÃO PLENA - IMPOSSIBILIDADE - GRADUAÇÃO EM LICENCIATURA. 1 - A Lei nº 9.696/98 criou o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Educação Física, com o objetivo maior de fiscalizar as referidas atividades profissionais. 2 - Quanto às diretrizes e bases da educação, cuidou a Lei nº 9.394/96, diferenciando os cursos destinados à formação de professores, conforme as normas do Título VI. Nesse sentido, quem conclui curso credenciado no Ministério da Educação como licenciatura de graduação plena poderá atuar profissionalmente apenas no exercício do magistério na educação infantil e nas quatro primeiras séries do ensino fundamental, não estando apto a exercer as atribuições do bacharel ou graduado naquela determinada área do conhecimento. 3 - Já o bacharelado destina-se à formação de profissionais que desejem atuar no mercado de trabalho em geral, ou seja, não há nesta modalidade, disciplinas concernentes ao desempenho de atividades voltadas à educação. Por outro lado, estão previstas outras que não se exigem na licenciatura. 4 - A inscrição do profissional nos quadros do Conselho Regional de Educação Física deve se dar de acordo com a formação concluída pelas apelantes. Logo, tendo cursado licenciatura de graduação plena, a inscrição deve se ater ao exercício profissional previsto no artigo 62 da Lei nº 9.394/96 e demais disposições legislativas aplicáveis. 5 - O histórico escolar das apelantes mostra que o curso por elas frequentado teve 3 anos de duração, graduando-as na

licenciatura de graduação plena, havendo, por tal razão, impossibilidade de se registrar as apelantes junto ao conselho profissional na forma por elas pretendida. 6 - Apelação a que se nega provimento."
(AMS 2006.61.00.016269-6, Sexta Turma, Relator Desembargador Federal LAZARANO NETO, DJF3: 19/07/2010)

Ante o exposto, voto por acolher em parte o agravo retido para conceder os benefícios de justiça gratuita aos impetrantes, homologar o pedido de desistência do recurso formulado pelo impetrante Vilmar Ivan da Silva às fls. 231 e 239 e negar provimento à apelação.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0014738-45.2007.4.03.6105
(2007.61.05.014738-5)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: MATEUS PINHEIRO (incapaz) E ADILSON DE CASTRO JUNIOR (incapaz)
Representante: DENIZIA DE LOURDES TEOFILO PINHEIRO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MARISA CUCIO
Classe do Processo: ApelReex 1459360
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/12/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHOS MENORES. QUALIDADE DE SEGURADA DA GENITORA COMPROVADA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. ART. 10, II, "B", DO ADCT. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRORROGAÇÃO DO PERÍODO DE GRAÇA. ART. 15, II E § 2º, DA LEI 8.213/91. DEVIDA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. TERMO INICIAL. ART. 198, I C/C ART. 3º, I, DO CÓDIGO CIVIL (LEI Nº 10.406/02). CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

I. A pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, e independe de carência (Lei 8.213/91, Art. 74 e Art. 26).

II. Para a concessão do benefício são requisitos a qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito, bem como a comprovação da qualidade de segurado do falecido, ou, independentemente da perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para concessão da aposentadoria (Lei 8.213/91, Art. 15 e Art. 102, com redação dada pela Lei 9.528/97; Lei 10.666/03).

III. A dependência econômica do filho não emancipado, de

qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido é presumida, consoante se infere do disposto no Art. 16, § 4º da Lei 8.213/91 e, na espécie, está comprovada pela cópia da certidão de nascimento dos autores Mateus Pinheiro e Adilson de Castro Junior, às fls. 16/17.
IV. A estabilidade da empregada gestante impede a sua demissão no período entre a confirmação da gravidez até o A teor do Art. 15, II e § 2º, da Lei 8.213/91, mantém a qualidade até doze meses, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, acrescendo-se a este prazo outros doze meses, desde que comprovada a situação de desemprego.
V. Impende salientar, que o registro da situação de desemprego no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social não é único meio hábil a comprová-la, conforme jurisprudência desta Colenda Corte *(TRF3, DÉCIMA TURMA, AC 2005.61.13.001450-2, relator DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, Data do Julgamento 22.01.08, DJU 06.02.08, P. 711).*
VI. "In casu", a genitora dos autores não perdeu sua qualidade de segurada, uma vez que a cópia da CTPS, às fls. 29/35, demonstra que sua última contribuição foi vertida aos cofres públicos em 06.07.93, ao passo que a certidão de nascimento do autor Mateus Pinheiro lavrada em 04.04.94, à fl. 16, demonstra que ela estava grávida há época da dispensa, fazendo jus à estabilidade garantida no Art. 97, parágrafo único, do Decreto 3.048/99 e no Art. 10, II, "b", do ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
VII. Ademais, cumpre ressaltar o conteúdo do Art. 15, I, da Lei 8.213/91: "Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício". Assim, a genitora dos autores, no período em que esteve ou deveria estar em gozo do benefício de salário-maternidade, manteve a qualidade de segurada até 04.09.94.

VIII. A teor do Art. 15, II e § 2º, da Lei 8.213/91, a genitora manteria a qualidade de segurada até 04.09.96. Desta forma, o prazo de 24 (vinte e quatro) meses ainda não se esgotara quando faleceu Liliany Helena Pinheiro em 09.11.95 (fl. 19), pelo que se mostra evidente o direito à pensão por morte.
IX. Diante disso, os autores fazem jus à concessão do benefício de pensão por morte, nos termos do Art. 201, § 2º, da CF.
X. No que tange ao termo inicial de implantação do benefício de pensão por morte, observo que Mateus Pinheiro (04.04.94) e Adilson de Castro Junior (17.07.95) são absolutamente incapazes.
XI. O Art. 198, I c/c Art. 3º, I, do Código Civil (Lei nº 10.406/02), protege o absolutamente incapaz da prescrição ou decadência, exatamente como ocorria na vigência do Código Civil de 1916 (Art. 169, I), sendo aplicável em quaisquer relações de direito público ou privado, inclusive em face da Fazenda Pública.
XII. Em que pese o previsto no Art. 74, I, da Lei 8.213/91 com a nova redação dada pela Lei 9.528/97, este não se aplica ao caso em tela, a teor do previsto no Art. 79 e parágrafo único do Art. 103 da Lei 8.213/91. Assim, embora a pensão por morte não tenha sido requerida no prazo de 30 dias do óbito, fixo como termo inicial a data do evento morte, ou seja, 09.11.95.
XIII. Acerca dos consectários, o Art. 31, da Lei 10.741/03, prescreve que "o pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento."
XIV. O Art. 41-A, da Lei nº 8.213/91, acrescentado pela Medida Provisória nº 316, de 11.08.06, convertida na Lei nº

11.430/06, dispõe que o valor dos benefícios é reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, *pro rata*, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC.

XV. Desta forma, por força do Art. 31 da Lei 10.741/03 c. c. o Art. 41-A da Lei 8.213/91, o IGP-DI deve ser substituído, a partir de 11.08.06, pelo INPC na atualização dos débitos previdenciários.

XVI. Quanto ao índice de atualização monetária prevista na novel legislação (TR), não se aplica ao caso em tela, pois a especialidade da disposição prevista na Lei nº 10.741/03 - Estatuto do Idoso (Art. 31. O pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento) não pode ser derrogada por lei geral, consoante princípio segundo o qual apenas a lei especial revoga a geral (*lex specialis derrogat lex generali*).

XVII. A despeito dos juros moratórios, não se aplica ao caso dos autos o Art. 5º da Lei 11.960, que deu nova redação ao Art. 1º-F da Lei no 9.494/97, tendo em vista que a ação foi ajuizada em 06.12.07, portanto, em data anterior à Lei 11.960 de 29.06.09.

XVIII. Os juros de mora incidem, a partir da citação, de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor (RPV).

XIX. A taxa de juros será de 0,5% ao mês até 10.01.03 quando então passa a ser de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do Art. 406, do novo Código Civil, c. c. o Art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, retornando a

0,5% a partir de 30.06.2009, quando entrou em vigor a Lei nº 11.960/09.

XX. Os juros de mora não incidirão entre a data dos cálculos definitivos e data da expedição do precatório, bem como entre essa última data e a do efetivo pagamento no prazo constitucional. Havendo atraso no pagamento, a partir do dia seguinte ao vencimento do respectivo prazo incidirão juros de mora até a data do efetivo cumprimento da obrigação (REsp nº 671172/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 21.10.04, DJU 17.12.04, p. 637).

XXI. Noutro ângulo, o percentual da verba honorária merece ser mantido em 10%, porquanto fixado de acordo com os §§ 3º e 4º, do Art. 20 do CPC, e a base de cálculo está conforme com a Súmula STJ 111, segundo a qual se considera apenas o valor das prestações até a data da sentença.

XXII. Apelação do INSS e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 07 de dezembro de 2010.

Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO (Relatora): Tratam-se de reexame necessário e de recurso de apelação interpostos em face da sentença proferida pelo MM. Juiz *a quo* em ação previdenciária em que se pleiteia a concessão de pensão por morte na qualidade de filhos.

Mateus Pinheiro e Adilson de Castro Junior, menores

impúberes, requereram a concessão do benefício de pensão por morte, em virtude do falecimento de sua mãe, a partir da data do óbito, com o pagamento das parcelas vencidas e vincendas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora até a data do efetivo pagamento.

O Ministério Público Federal interveio nos autos e opinou pelo deferimento do pedido, às fls. 127/129.

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido e condenou o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS na concessão do benefício de pensão por morte, fixado a partir do óbito (09.11.95). Juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a data da prolação da sentença. Custas na forma da lei. Determinou, ainda, a implantação imediata do benefício. Reexame necessário na forma da lei.

Inconformado, o INSS interpôs recurso de apelação pedindo a reforma da sentença. Sustentou, em suma, a ausência de qualidade de segurada da instituidora Liliany Helena Pinheiro. Insurgiu-se, eventualmente, contra o montante arbitrado para a verba honorária sucumbencial.

Os autores apresentaram suas contra-razões e os autos foram remetidos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do e. Procurador Regional da República Paulo Thadeu Gomes da Silva, opinou pelo provimento do recurso do INSS e da remessa oficial.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO (Relatora): A controvérsia se restringe a comprovação da qualidade de segurada de Liliany Helena Pinheiro.

A pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes

do segurado que falecer, aposentado ou não, e independe de carência (Lei 8.213/91, Art. 74 e Art. 26).

Para a concessão do benefício são requisitos a qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito, bem como a comprovação da qualidade de segurado do falecido, ou, independentemente da perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para concessão da aposentadoria (Lei 8.213/91, Art. 15 e Art. 102, com a redação dada pela Lei 9.528/97; Lei 10.666/03).

A dependência econômica do filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido é presumida, consoante se infere do disposto no Art. 16, § 4º da Lei 8.213/91 e, na espécie, restou comprovado os autores Mateus Pinheiro e Adilson de Castro Junior, menores impúberes, eram filhos de Liliany Helena Pinheiro, conforme as cópias das certidões de nascimento anexadas às fls. 16/17.

Noutro vértice, restou comprovada a qualidade de segurada da falecida.

No caso dos autos, a cópia da CTPS da genitora dos autores, juntada às fls. 29/35, demonstra que sua última contribuição foi vertida aos cofres públicos em 06.07.93, ao passo que a certidão de nascimento do autor Mateus Pinheiro lavrada em 04.04.94, à fl. 16, demonstra que ela estava grávida há época da dispensa, fazendo jus à estabilidade garantida no Art. 10, II, "b", do ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A saber:

> "Art. 10 - ADCT. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição:
> (...)
> II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:
> (...)
> b) *da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.*" (grifo nosso).

Além da proteção constitucional, o Art. 97, parágrafo único, do Decreto 3.048/99, também estabelece regras para o período de graça da gestante:

> "Art. 97 - Decreto 3.048/99. O salário-maternidade da segurada empregada será devido pela previdência social enquanto existir relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa.
> Parágrafo único. Durante o período de graça a que se refere o art. 13, a segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário-maternidade nos casos de demissão antes da gravidez, ou, *durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido*, situações em que o benefício será pago diretamente pela previdência social." (grifo nosso).

Ademais, cumpre ressaltar o conteúdo do Art. 15, I, da Lei 8.213/91. A saber:

> "Art. 15. *Mantém a qualidade de segurado*, independentemente de contribuições:
> I - *sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício*;
> (...)" (grifo nosso).

Assim, a genitora dos autores no período em que esteve ou deveria estar em gozo do benefício de salário-maternidade, manteve a qualidade de segurada durante os cinco meses posteriores ao parto (04.09.94).

Nesse sentido é a orientação jurisprudencial desta Egrégia Corte:

> "PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. TRABALHADORA RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL.
> - *O salário-maternidade é benefício previdenciário devido a segurada gestante* durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de sua ocorrência ou, ainda, à mãe adotiva ou guardiã para fins de adoção, durante 120 dias em se tratando de criança de até 1 ano de idade, 60 dias, se entre 1 e 4 anos e 30 dias, de 4 a 8 anos (inovação introduzida pela Lei nº 10.421/02).

- A concessão do benefício independe de carência, nos termos do artigo 26, inciso VI, da Lei nº 8.213/91.
- Qualidade de segurada comprovada por meio de início razoável de prova material, corroborado por prova testemunhal.
- A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições é do empregador, com fundamento no § 2º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91.
- Juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do artigo 406 do novo Código Civil, conjugado com o artigo 161 do Código Tributário Nacional.
- Com relação aos honorários advocatícios, mantenho-os em 10% sobre o valor da condenação, consoante o disposto no artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença.
- Agravo legal a que se nega provimento." (grifo nosso).
(TRF3, OITAVA TURMA, AC 200903990322684, relator JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, Data do Julgamento 12.04.10, DJF3 CJ1 DATA 27.04.10, p. 629).

Irresigna-se o INSS quanto à prorrogação do período de graça alegando que não houve recolhimento de 120 contribuições. Contudo, a hipótese é outra, a do desemprego. Com efeito, nos termos do Art. 15, II e § 2º, da Lei 8.213/91, mantém a qualidade até doze meses, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, acrescendo-se a este prazo outros doze meses, desde que comprovada a situação de desemprego.

Impende salientar, que o registro da situação de desemprego no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social não é único meio hábil a comprová-la, conforme jurisprudência desta Colenda Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CONDIÇÃO DE DEPENDENTES. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO DO 'DE CUJUS'. INOCORRÊNCIA. ART. 15, § 2º, DA

LEI Nº 8.213/91. APLICABILIDADE. TERMO INICIAL. VERBAS ACESSÓRIAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS. IMPLANTAÇÃO IMEDIATA.

I - Comprovada nos autos a condição de esposa do falecido, a dependência econômica é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91.

II - A ausência de contrato de trabalho na CTPS posteriormente a fevereiro de 1997 faz presumir a situação de desemprego do 'de cujus', razão pela qual é de se reconhecer que a manutenção da qualidade de segurado se estendeu por mais 12 meses, vale dizer, até fevereiro de 1999, nos termos do art. 15, § 2º, da Lei nº 8.213/91, afigurando-se desnecessário o registro perante o Ministério do Trabalho.

III - Sendo o óbito posterior à edição da Medida Provisória nº 1.596-14, de 10/11/97, convertida na Lei nº 9.528/97, que alterou a redação original do artigo 74 da Lei nº 8.213/91, havendo requerimento administrativo, o termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data de tal requerimento.

IV - A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 27.12.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da 'retro' aludida data (27.12.2006) em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c. c. o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.430, de 26.12.2006.

V - Os juros moratórios devem ser calculados, de forma globalizada para as parcelas anteriores à citação e de forma decrescente para as prestações vencidas após tal ato processual, à taxa de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil e do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, incidindo tais juros até a data da conta de liquidação, caso este seja pago no prazo estabelecido pelo art.

> 100 da CF/88 (AI-aGr 492779 - Rel. Min. Gilmar Mendes - DJ de 3.3.2006; p. 76).
> VI - Esta 10ª Turma firmou entendimento no sentido de que os honorários advocatícios devem ser fixados em 15% do valor das prestações vencidas até a presente data, uma vez que o pedido foi julgado improcedente no Juízo 'a quo'.
> VII - A autarquia previdenciária está isenta de custas e emolumentos.
> VIII - O benefício deve ser implantado de imediato, tendo em vista o 'caput' do artigo 461 do CPC.
> IX - Apelação da autora provida." (grifo nosso)
> (TRF3, DECIMA TURMA, AC 2005.61.13.001450-2, relator DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, Data do Julgamento 22/01/2008, DJU 06/02/2008, P. 711).

No mesmo sentido, convém trazer à colação a doutrina de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior (*in Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, 9ª edição, editora Livraria do Advogado, p. 92/93):

> "Na eventualidade de o segurado estar desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e Emprego, os prazos do inciso II ou do § 1º serão ampliados pelo § 2º em mais doze meses. O TRF da 4ª R. vem entendendo, porém, que é inexigível o referido registro, sendo suficientes, para a comprovação da condição de desempregado, a apresentação da carteira de trabalho."

Então, a teor do Art. 15, II e § 2º, da Lei 8.213/91, a genitora manteria a qualidade de segurada até 04.09.96. Desta forma, o prazo de 24 (vinte e quatro) meses ainda não se esgotara quando faleceu Liliany Helena Pinheiro em 09.11.95 (fl. 19), pelo que se mostra evidente o direito à pensão por morte.

Diante do exposto, os autores fazem jus à concessão do benefício de pensão por morte, nos termos do Art. 201, § 2º, da CF.

No que tange ao termo inicial de implantação do benefício de pensão por morte, observo que Mateus Pinheiro (04.04.94) e Adilson de Castro Junior (17.07.95) são absolutamente incapazes.

Com efeito, o Art. 198, I c/c Art. 3º, I, do Código Civil (Lei nº 10.406/02), protege o absolutamente incapaz da prescrição ou decadência, exatamente como ocorria na vigência do Código Civil de 1916 (Art. 169, I), sendo aplicável em quaisquer relações de direito público ou privado, inclusive em face da Fazenda Pública.

Em que pese o previsto no Art. 74, I, da Lei 8.213/91 com a nova redação dada pela Lei 9.528/97, este não se aplica ao caso em tela, a teor do previsto no Art. 79 e parágrafo único do Art. 103 da Lei 8.213/91. Assim, embora a pensão por morte não tenha sido requerida no prazo de 30 dias do óbito, fixo como termo inicial a data do evento morte, ou seja, 09.11.95.

Nesse sentido também é a orientação jurisprudencial desta Egrégia Corte:

> "PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557 DO CPC. PENSÃO POR MORTE. MENOR. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO. TERMO INICIAL. DATA DO ÓBITO. 'REFORMATIO IN PEJUS'. INOCORRÊNCIA.
> I - A intervenção do Ministério Público Federal no presente feito tem assento no art. 82, I, do CPC (nas causas em que há interesse de incapazes) e, nessa linha, atua como 'custos legis', objetivando a correta aplicação da lei em consonância com o interesse do menor que se quer proteger. Na verdade, sua participação não visa tão somente a tutela de interesse privado, mas também a tutela de interesse público, consubstanciado na defesa do incapaz, que se encontra em posição desvantajosa frente à parte contrária.
> *II - O parecer do Órgão Ministerial, não obstante não tenha a natureza de recurso, tem o condão de dirigir o pronunciamento jurisdicional para a devida aplicação da norma legal, de modo a preservar o interesse público em*

jogo. A rigor, a manutenção do julgado que estabeleceu a data da citação como termo inicial do benefício de pensão por morte em relação aos autores menores (incapazes) implicaria ofensa ao interesse público, não havendo que se falar, assim, em 'reformatio in pejus'.
III - Agravo desprovido." (grifo nosso).
(TRF3, DÉCIMA TURMA, AC 2008.03.99.050754-0, relator DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, Data do julgamento 09/06/2009, DJF3 24/06/2009, p. 457).

No mesmo sentido, é a decisão desta Décima turma, na Apelação Cível nº 2003.61.10.000686-5, de Relatoria do E. Juiz Federal David Diniz (Data do julgamento 15/07/2008, DJF3 20/08/2008).

Acerca dos consectários, o Art. 31, da Lei 10.741/03, prescreve que "o pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento."

O Art. 41-A, da Lei nº 8.213/91, acrescentado pela Medida Provisória nº 316, de 11.08.2006, convertida na Lei nº 11.430/2006, dispõe que o valor dos benefícios é reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, *pro rata*, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC.

Desta forma, por força do Art. 31 da Lei 10.741/03 c. c. o Art. 41-A da Lei 8.213/91, o IGP-DI deve ser substituído, a partir de 11.08.2006, pelo INPC na atualização dos débitos previdenciários.

Quanto ao índice de atualização monetária prevista na novel legislação (TR), não se aplica ao caso em tela, pois a especialidade da disposição prevista na Lei nº 10.741/03 - Estatuto do Idoso (*Art. 31. O pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos*

dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento) não pode ser derrogada por lei geral, consoante princípio segundo o qual apenas a lei especial revoga a geral (*lex specialis derrogat lex generali*).

A despeito dos juros moratórios, não se aplica ao caso dos autos o Art. 5º da Lei 11.960, que deu nova redação ao Art. 1º-F da Lei no 9.494/97, tendo em vista que a ação foi ajuizada em 06.12.07, portanto, em data anterior à Lei 11.960 de 29.06.09.

Esse o entendimento consolidado nas turmas que integram a 3ª Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. JUROS DE MORA. AÇÃO PROPOSTA APÓS A VIGÊNCIA DA MP. Nº 2.180-35/01. PERCENTUAL DE 6% AO ANO. ART. 5º, LEI 11.960/09. INAPLICABILIDADE.
> I - Os juros moratórios devem ser fixados em 6% ao ano nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias a servidores públicos, no caso de demanda ajuizada após o início da vigência da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-F à Lei nº 9.494/97. Precedentes deste e. STJ.
> II - O art. 5º da Lei 11.960/09, que alterou o critério do cálculo de juros moratórios previsto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, possui natureza instrumental material. Assim, não pode incidir sobre processos já em andamento. Precedente: AgRg no REsp 1.127.652/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), DJe 22/02/2010.
> Agravo regimental desprovido."
> (STJ, QUINTA TURMA, AgRg nos EDcl no REsp 1136266/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, julgado em 17/06/2010, DJe 02/08/2010).

> "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. JUROS DE MORA. FAZENDA PÚBLICA. LEI Nº 11.960/2009.

> 1. A superveniente Lei nº 11.960/09, que alterou o critério de cálculo dos juros de mora, não deve incidir nos processos em andamento, por causar repercussão na esfera patrimonial das partes. Idêntica fundamentação foi adotada para impedir a aplicação imediata da alteração introduzida pela MP nº 2180-35/01. Precedentes.
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (STJ, SEXTA TURMA, AgRg no REsp 1062441/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 20/04/2010, DJe 10/05/2010).

Assim, os juros de mora incidem, a partir da citação, de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor (RPV).

A taxa de juros será de 0,5% ao mês até 10.01.2003 quando então passa a ser de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do Art. 406, do novo Código Civil, c. c. o Art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Os juros de mora não incidirão entre a data dos cálculos definitivos e data da expedição do precatório, bem como entre essa última data e a do efetivo pagamento no prazo constitucional. Havendo atraso no pagamento, a partir do dia seguinte ao vencimento do respectivo prazo incidirão juros de mora até a data do efetivo cumprimento da obrigação (REsp nº 671172/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 21/10/2004, DJU 17/12/2004, p. 637).

Noutro ângulo, o percentual da verba honorária merece ser mantido, porquanto fixado de acordo com os §§ 3º e 4º, do Art. 20 do CPC, e a base de cálculo está conforme com a Súmula STJ 111, segundo a qual se considera apenas o valor das prestações até a data da sentença.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e à apelação do INSS.

Presentes os requisitos, mantenho a tutela anteriormente concedida, e independentemente do trânsito em julgado desta

decisão, determino seja enviado e-mail ao INSS, instruído com os documentos dos pensionistas Mateus Pinheiro e Adilson de Castro Junior, a fim de que se adotem as providências cabíveis à imediata implantação do benefício de pensão por morte, com data de início - DIB em 09.11.95 (óbito), e com renda mensal inicial - RMI a ser calculada pelo INSS, com observância, inclusive, das disposições do Art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC.

Síntese do julgado:

a) nome dos beneficiários: Mateus Pinheiro e Adilson de Castro Junior;

b) benefício: pensão por morte;

c) renda mensal: RMI a ser calculada pelo INSS;

d) DIB: desde a data do óbito - 09.11.95;

e) Número do Benefício: a ser indicado pelo INSS.

É como voto.

Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0001306-74.2008.4.03.6120
(2008.61.20.001306-3)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSE LUIZ MOLINA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL EVA REGINA
Classe do Processo: AC 1560734
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. - REVISÃO DE RMI - APLICAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL DECENAL DO ARTIGO 103 DA LEI Nº 8.213/91 AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTERIOR E POSTERIORMENTE À EDIÇÃO DA MP 1.523-9/1997. POSSIBILIDADE. LÓGICA INTERPRETATIVA DECORRENTE DO JULGAMENTO DO RESP REPETITIVO 1114938/AL E DE PRECEDENTES DO TRF 2ª E 5ª REGIÕES, TURMAS RECURSAIS DA BAHIA, PARANÁ, TRU DOS JEFS DA 2ª REGIÃO E TNU. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA E APELAÇÃO AUTÁRQUICA PROVIDAS. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE EM RAZÃO DO TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL DECENAL.
- A sentença que julgou procedente o pedido da parte autora sujeita-se ao duplo grau obrigatório de jurisdição, por força do disposto na Medida Provisória 1.561, de 17.01.1997, convertida na Lei nº 9.469 de 10/07/97.
- Tratando-se de norma de direito público, tem aplicação imediata a regra estatuída pelo artigo 103 da LBPS que instituiu o prazo decadencial decenal para revisão de benefício previdenciário.
- Não se confunde o efeito no presente, imediato, pronto, com o efeito no passado. (Pontes de Miranda, *in Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, *apud* Vicente

Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, Ed. Revista dos Tribunais, vol. I, São Paulo: 1997, p. 379)

- Alcance dos benefícios concedidos anteriormente à data de instituição do prazo decadencial decenal, com início de sua contagem, contudo, a partir da vigência da norma que inseriu o instituto no ordenamento previdenciário.

- O prazo decadencial decenal, muito embora tenha sido reduzido em razão da vigência da Lei nº 9.711/98, que introduziu o prazo decadencial quinquenal, foi reintroduzido no ordenamento pela MP nº138/2003 antes que se completasse o prazo quinquenal, de modo que nenhum benefício foi atingido pelo prazo reduzido. Nesse sentido, o entendimento de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, em Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social - 9ª edição revista e atualizada - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2009, páginas 365 e 366s. 294, "a Lei 9.711, publicada no DOU de 21.11.1998, em seu art. 30, convalidou os atos praticados com base na MP nº 1.663-14, de 24 de setembro de 1998, razão pela qual a norma restritiva introduzida pela MP 1663-15 formalmente não foi convalidada. Este fato nos conduz à conclusão de que a redução do prazo vigoraria apenas a partir da edição da Lei 9.711/98. Entretanto, houve restabelecimento do prazo original com a edição da MP 138/03, convertida na Lei 10.839/04".

- Tomando, por analogia, o raciocínio utilizado pelo STJ na interpretação do art. 54 da Lei 9.784/99 (REsp repetitivo nº 1114938/AL), no caso dos benefícios concedidos anteriormente à entrada em vigência da medida provisória (MP nº 1.523-9/97), deve ser tomado como termo a quo para a contagem do prazo decadencial decenal, não a DIB (data de início do benefício), mas a data da entrada em vigor do diploma legal que introduziu o instituto.

- O ordenamento jurídico brasileiro não é afeito a situações imutáveis pela imprescritibilidade já que repele a existência de pretensões eternas.

- O prazo decadencial estabelecido no art. 103 da LBPS tem, portanto, aplicação aos benefícios concedidos anteriormente. Contudo, o cômputo do lapso decenal, para esses benefícios, tem início a partir da vigência da lei instituidora no novo instituto, isto é, a partir de 28/06/1997, data em que foi publicada a nona edição da Medida Provisória nº 1.523, sucessivamente reeditada, com o referido dispositivo, até converter-se na Lei nº 9.528/97 (note-se que a MP nº 138/2003 tornou absolutamente ineficaz a redução introduzida pela Lei nº 9.711/98, ao revogar norma específica antes da consumação do prazo decadencial quinquenal).
- Desse modo, a partir de 28/06/2007, está atingido pela decadência o direito de revisar a renda mensal inicial dos benefícios concedidos há mais de dez anos (a contagem dos prazos estipulados em anos expira no dia e no mês iguais aos do início da contagem, ao que se depreende da norma do art. 132, § 3º, do Código Civil/2002 e do art. 1º da Lei nº 810/1949).
- O prazo de dez anos não está, desse modo, a ser aplicado retroativamente, não incidindo desde a época da concessão do benefício, mas tão somente a contar da data do início da vigência do diploma que o instituiu. Precedentes da TNU, TRFs da 2ª e 5ª Regiões, Turmas Recursais da Bahia, Paraná, Turma Regional de Uniformização dos JEFs da 2ª Região e julgamento de recurso especial repetitivo do STJ em hipótese e interpretação análoga (REsp 1114938/AL).
- Na revisão dos benefícios concedidos a partir da vigência da MP nº 1523-09/1997, o prazo decenal é contado a partir "do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo", de acordo com o texto legal.
- No caso dos autos, tratando-se de pedido de recálculo de RMI de benefício com DIB 07/01/93, concedido em 15/11/93, tendo sido a ação revisional proposta em

22/02/2008, é manifesta a decadência do direito à revisional. - Remessa oficial tida por interposta e apelação do INSS providas. Pedido julgado improcedente em razão do reconhecimento da decadência, porquanto ultrapassado o prazo decadencial decenal.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 13 de dezembro de 2010.

Desembargadora Federal EVA REGINA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal EVA REGINA (Relatora):

Trata-se de apelação interposta pela autarquia federal e de remessa oficial, tida por interposta, em face da sentença que julgou procedente pedido formulado na ação previdenciária, proposta em 22/02/2008, em face do INSS, em que se pretende o recálculo da RMI do benefício previdenciário da parte autora (DIB 07/01/93), concedido e deferido em 15/11/93, mediante a inclusão dos valores dos 13º salários - sobre os quais foram efetuadas contribuições previdenciárias - nos salários de contribuição referentes às competências de dezembro que fizeram parte da base de cálculo do benefício, com reflexos nas rendas mensais seguintes, atualização da renda mensal do benefício, bem como o pagamento das diferenças apuradas, acrescidas dos consectários legais.

Aduz o INSS inexistir previsão legal que ampare o pleito da parte autora. Pugna, pois, pela reforma integral da sentença.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este E. TRF da 3ª Região.

É o breve relato.
Desembargadora Federal EVA REGINA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal EVA REGINA (Relatora):

Da remessa oficial

Em relação à remessa oficial, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial (EREsp 934642/PR, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 30-06-2009), prestigiou a corrente jurisprudencial que sustenta ser inaplicável a exceção contida no § 2º, primeira parte, do art. 475 do CPC aos recursos dirigidos contra sentenças ilíquidas, relativas a relações litigiosas sem natureza econômica, declaratórias e constitutivas/desconstitutivas insuscetíveis de produzir condenação certa ou de definir objeto litigioso de valor certo (*v. g.*, REsp. 651.929/RS).

Assim, em matéria previdenciária, as sentenças proferidas contra o Instituto Nacional do Seguro Social só não estarão sujeitas ao duplo grau obrigatório se a condenação for de valor certo (líquido) inferior a sessenta salários mínimos. Não sendo esse o caso dos autos, conheço da remessa oficial tida por interposta.

A remessa oficial, tida por interposta, e a apelação autárquica merecem ser providas em razão da ocorrência da decadência, pelas razões e nos termos que passo a expor.

Até recentemente parecia pacífico, no âmbito do STJ, 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, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/1997, por se tratar de instituto de direito material, surtia efeitos apenas sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor, entendimento que até recentemente perfilhava.

Contudo, o entendimento então sufragado vem sendo reformulado por nossos Tribunais, inclusive no âmbito do próprio

STJ, neste, parece-me, de forma oblíqua.

Recentemente, a Procuradoria Federal em Salvador/BA (PF/BA/PGF) obteve importante precedente junto à 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais daquele Estado em prol do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Nessa decisão, que julgou em conjunto vários processos sobre o tema (tendo como referência o processo nº 2009.33.00.707940-6), a turma firmou entendimento no sentido de que o instituto da decadência, previsto no art. 103 da Lei de nº 8.213/91, aplica-se de forma imediata, inclusive aos benefícios concedidos antes do advento da MP 1523/97; pois, "tratando-se de norma de direito público, tem aplicação imediata a regra encartada no art. 103, da Lei 8213/91, que instituiu prazo de decadência para revisão de benefício previdenciário."

Transcrevo aqui, ementa do julgado proferido pela Turma Recursal da Bahia:

> "EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. MEDIDA PROVISÓRIA 1523-9/97, CONVERTIDA NA LEI 9528/97. ART. 103, DA LEI 8213/91. NORMA DE DIREITO PÚBLICO. APLICAÇÃO IMEDIATA. PRECEDENTE DE OUTRAS TURMAS RECURSAIS E DA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO.
> 1. Tratando-se de norma de direito público, tem aplicação imediata a regra encartada no art. 103, da Lei 8213/91, que instituiu prazo de decadência para revisão de benefício previdenciário.
> 2. Não se confunde o efeito no presente, imediato, pronto, com o efeito no passado (Pontes de Miranda, *in Comentários à Constituição Brasileira de 1946, apud* Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, Ed. Revista dos Tribunais, vol. I, São Paulo: 1997, p. 379).
> 3. Alcance dos benefícios concedidos anteriormente à data de instituição do prazo, com início de sua contagem a partir de sua vigência.
> 4. Preliminar de decadência acolhida. Extinção do processo, com resolução do mérito (art. 269, IV, do CPC)."

Em suas razões de decidir, que aqui adoto, assim se manifestou o Relator Juiz Federal Fábio Ramiro, nos autos do processo 2009.33.00.707940-6:

> "Argúi o INSS a preliminar de decadência do direito do segurado em requerer a revisão do ato de concessão de seu benefício, com base no art. 103, da Lei 8213/91, que assim dispõe:
> 'Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 10.839, de 2004)
> Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)'
> *Firme na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que reiteradamente vem negando a incidência dessa norma aos benefícios concedidos anteriormente à edição da Medida Provisória 1.523-9/97, que foi convertida na Lei 9.528/97, vinha decidindo nesse mesmo sentido, rejeitando a preliminar aventada pela autarquia previdenciária*. Todavia, cabe registrar que, *nada obstante se deva louvar o acompanhamento do que resta decidido pelos tribunais uniformizadores, conferindo maior relevância à segurança e previsibilidade jurídicas, a posição do STJ não convence, mostrando-se frágil ante sólidos e consistentes argumentos expendidos pelo recorrente e que têm sido abonados por extensa maioria das Turmas Recursais dos*

Juizados Especiais Federais, e, mais recentemente, da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) (Incidente de Uniformização 2008.72.50.002989-6, acórdão pendente de publicação).

Antes de expor os motivos que me fazem dar guinada em posicionamento anteriormente adotado, faço breve digressão acerca da instituição de prazo decadencial de revisão de ato concessivo de benefício previdenciário, na vigência da Lei 8213/91.

A redação original do art. 103 previa apenas a prescrição quinquenal do direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes.

Editou-se, em 28 de junho de 1997, Medida Provisória 1523-9/97, que restou convertida na Lei 9.528, naquele mesmo ano, com o seguinte teor:

'Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)'

O advento da MP 1663-15, de 1998, convertida na Lei 9711/98, reduziu o prazo para cinco anos:

'Art. 103. É de cinco anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)'

Mais uma vez, desta feita em 2003, com a MP 138, posteriormente convertida na Lei 10.839/04, houve alteração da redação do referido artigo, que exibe a redação acima transcrita.

O ponto fulcral da controvérsia reside na possibilidade, ou não, de aplicação de norma que crie prazo de decadência a benefícios concedidos anteriormente à edição da lei instituidora.

O INSS sustenta que, de acordo com o art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, os atos normativos que entram em vigor têm efeito imediato e geral, passando a abranger as relações jurídicas em manutenção, respeitando-se o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada material. Diz, mais, que a lei deve ter aplicação imediata e futura.

De fato, *não há aplicação retroativa da lei, de modo que se impediria o direito à revisão daqueles benefícios concedidos antes de 1997. Não há. O que se defende, com razão, é que devem ser submetidas as concessões anteriores ao mesmo prazo decadencial que regerá os benefícios concedidos a partir da vigência da lei, aplicando-se o prazo decenal, sempre a partir da entrada em vigor da lei para os benefícios que se encontravam em manutenção naquela data.*

A doutrina abalizada há muito defende a aplicação imediata das normas de direito público. Nesse sentido, cabe transcrever o comentário de Pontes de Miranda, citado por Vicente Ráo, em sua obra *O Direito e a Vida dos Direitos* (Ed. Revista dos Tribunais, vol. I, São Paulo: 1997, p. 379): 'A cada passo se diz que as normas de direito público - administrativo, processual e de organização judiciária - são retroativas, ou que contra elas não se podem invocar direitos adquiridos. Ora, o que acontece é que tais normas não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. E o efeito que se lhes reconhece é normal, o efeito no presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo, que é anormal. Já no direito privado, o efeito imediato nos deixa, por vezes, a ilusão da retroatividade. O que se passa no direito público é que esses casos de só

aparente retroatividade são a regra'.

Especificamente sobre o tema em apreço, interessa colacionar o ensinamento do Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, do Tribunal Federal da Quarta Região:

'Para espanto da comunidade jurídica, a jurisprudência posterior à instituição legal da decadência do direito à revisão dos benefícios previdenciários não viu, nessa sucessão de normas conflitantes no tempo, nenhum problema, pois assentou, de forma simplista, que não há cogitar do perecimento do direito à revisão de benefício previdenciário concedido antes da vigência da lei que instituiu o prazo decadencial, sob pena de retroatividade [...]. Em outras palavras, para essa incipiente orientação pretoriana, a decadência do direito à revisão do benefício regular-se-á pela lei vigente à data em que foi concedido, não se lhe aplicando quaisquer leis supervenientes, ainda que o prazo decadencial flua sob a vigências dessas últimas.

A estranheza a essa nova orientação jurisprudencial decorreu de que nunca antes se entendera, quer em nível legal, quer em nível doutrinário, quer em nível jurisprudencial, que, vindo a lume lei instituidora de prazo de decadência ou prescrição, ela não se aplicasse, a partir de sua vigência, a situações jurídicas constituídas anteriormente, como tampouco se entendera que, vindo a lume lei ampliadora do prazo de decadência ou prescrição, ela não pudesse aplicar-se, a partir de sua vigência, a situações jurídicas constituídas anteriormente'. (A decadência no âmbito do Direito Previdenciário: questões de direito intertemporal. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, ano 18, nº 65, p. 63).

Cabe, nesse passo, *fazer um paralelo com a questão atinente ao poder-dever da Administração de anular os seus próprios atos quando eivados de vícios*.

Anteriormente ao advento desta lei, a jurisprudência tanto do STF quanto do STJ orientava-se no sentido de que a Administração Pública tinha o poder-dever de anular seus

atos viciados a qualquer tempo, do que resultaram as súmulas 346 e 473.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, chegou-se a dar aplicação retroativa ao art. 54, da Lei 9784/99, contando-se o prazo nele previsto a partir da data da prática do ato eivado de nulidade, sem se questionar quanto à sua aplicação retroativa (MS 7.993/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 09/11/2005, DJ 23/11/2005 p. 155).

A Corte Especial do STJ, todavia, no julgamento do Mandado de Segurança 9112/DF, relatora a Min. Eliana Calmon, decidiu que o art. 54, da Lei 9.784/99 deve ter aplicação a partir de sua vigência, e não a contar da prática dos atos viciados, realizados antes do advento do referido diploma legal.

Em seu voto, disse a ministra relatora:

'Ora, até 1999, data da Lei 9.784, a Administração podia rever os seus atos, a qualquer tempo (art. 114 da Lei 8.112/90). Ao advento da lei nova, que estabeleceu o prazo de cinco anos, observadas as ressalvas constitucionais do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), a incidência é contada dos cinco anos a partir de janeiro de 1999. Afinal, a lei veio para normatizar o futuro e não o passado. Assim, quanto aos atos anteriores à lei, o prazo decadencial de cinco anos tem por termo a quo a data da vigência da lei, e não a data do ato.' (gn).

Nessa linha de intelecção, cumpre destacar excerto do voto proferido pelo min. Teori Zavascki, no REsp 603.135, *verbis*:

'É nessa perspectiva que deve ser interpretado e aplicado o artigo 54 da Lei 9.784, de 1999. Com efeito, se antes do advento dessa norma detinha a Administração o direito (e, diga-se, também o dever) de promover a qualquer tempo a anulação dos referidos atos (Súmula 473 do STF), é certo que a superveniente lei que criou prazo decadencial somente poderá incidir sobre o tempo futuro, jamais sobre o

passado, pena de ofensa ao direito adquirido (ainda não exercido). Portanto, a solução para o problema de direito intertemporal aqui posto só pode ser uma: relativamente aos atos nulos anteriores à nova lei, o prazo decadencial de cinco anos tem como termo inicial o da vigência da norma que o estabeleceu.'

Logo, é de se verificar que a jurisprudência que orienta o STJ acerca da aplicação de norma que institui prazo de decadência, com efetiva análise do direito intertemporal, permite sua aplicação imediata, a partir da data da vigência da lei.

Esse entendimento se coaduna com a melhor doutrina, de que é exemplo a referência feita pelo INSS, em seus memoriais, a Savigny, citado por KEMMERICH:

'Se a lei nova introduz prescrição ou usucapião desconhecida, aplica-se imediatamente, mas computando-se o prazo a partir de seu início de vigência'.

Os prazos de decadência e de prescrição encerram normas de ordem pública. E, como tais, são aplicáveis de imediato, de forma cogente, preservando-se, apenas, as situações consolidadas antes do início de sua vigência. Em outras palavras, aos benefícios concedidos anteriormente à MP 1523-9/97 é aplicável o prazo decenal de decadência dali para frente, como aplicável esse mesmo prazo aos benefícios que foram concedidos a partir de sua vigência.

Em acórdão relatado pela ministra Maria Thereza de Assis Moura, no AgRg no Ag 919.556/RS, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007 p. 362, consta citação doutrinária que defende a aplicação imediata da norma em apreço:

'Diante deste quadro de criação, diminuição e aumento do prazo decadencial para revisão do ato de concessão de benefício, parte da doutrina entendeu que, por se tratar de matéria de ordem pública, o referido prazo deveria ser observado imediatamente, no momento de sua criação ou de modificação da duração. Este é o entendimento, a título

de exemplo, do professor Társis Nametala Sarlo Jorge, em *Manual dos Benefícios Previdenciários*, Ed. Lumen Iuris, 2006, pp. 124/125, *in verbis*:

"Outro pormenor que se afigura assaz importante no estudo da decadência na seara dos benefícios da Previdência Social está ligado à questão da aplicação das normas decadenciais no tempo, mormente em virtude das alterações no prazo, conforme visto. *Tendo em conta o fato de não ter havido na redação originária da Lei 8.213/91 previsão de prazo decadencial, houve quem sustentasse que apara os benefícios concedidos até a data da MP 1.523/97 não estariam sujeitos a tal prazo. Não parece ser o melhor entendimento, no entanto, posto que as normas legais que tratam de prescrição [e decadência] são normas de ordem pública, isto é, regras jurídicas de interesse precípuo da sociedade, as quais extrapolam a mera perspectiva individual, devendo atingir a todos desde já. E ainda, que não há que se falar em direito adquirido a prazos prescricionais [ou a ausência de prazos prescricionais ou decadenciais]. Ao contrário do direito ao benefício, o prazo legal de prescrição [e de decadência] é previsão genérica de funcionamento do sistema previdenciário, sendo de pronto aplicável a todos. Complementa-se com a assertiva de que nestas hipóteses não prevalece o* tempus regit actum, *pois a norma que traz a prescrição ou mesmo a decadência é de ordem pública, sendo a retroatividade automática, aplicável a todas as situações alcançáveis pela medida, desde que não definitivamente constituídas*."'

Todavia, a conclusão do julgamento supra seguiu a jurisprudência daquela Corte Superior, que manifesta posicionamento que conflita com o que restou assentado acerca da aplicabilidade do art. 54, Lei 9.784/99 aos fatos jurídicos que a antecederam, conforme demonstrei acima. Ressalte-se que esse mesmo entendimento foi manifestado pelo STF (MS 26363/DF, relator ministro Marco Aurélio, DJE de 11.4.2008).

No âmbito dos Juizados Especiais Federais, a matéria caminha para a pacificação do entendimento de que o prazo decenal aplica-se também aos benefícios concedidos anteriormente à edição da MP 1523-9/97, contado da data de vigência do diploma legislativo.
A Turma Regional de Uniformização da 2ª Região aprovou enunciado nesse sentido (súmula 8) e a Turma Nacional de Uniformização, consoante demonstrado acima, alterou posicionamento anterior, que era consentâneo com o do STJ, para acolher a decadência do direito de pleitear revisão a benefício concedido anteriormente à instituição do prazo decadencial.
Logo, *manifestando concordância com esses posicionamentos, inclusive com o que restou pacificado no âmbito do STJ quando da apreciação do direito intertemporal em relação ao art. 54, da Lei 9784/99, altero entendimento que antes vinha manifestando neste colegiado, para decidir pela aplicação do art. 103, da Lei 8213/91 aos benefícios concedidos antes da edição da MP 1523/97.*
Ante o exposto, dou provimento ao recurso do INSS para acolher a prefacial de decadência, extinguindo o processo, com exame do mérito, com fundamento no art. 269, IV, do Código de Processo Civil".

A modificação do entendimento ocorreu em razão do acolhimento da tese apresentada pela defesa do INSS, já acatada e firmada pela Turma Nacional de Uniformização (TNU) no Incidente de Uniformização nº 2008.72.50.002989-6 que fora julgado em 08/02/2010 - acórdão publicado em 24/06/2010 cuja ementa transcrevo:

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APLICABILIDADE DO PRAZO DECADENCIAL DO ART. 103 DA LEI Nº 8.213/1991 AOS BENEFÍCIOS ANTERIORES E POSTERIORES À EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523-9/1997. POSSIBILIDADE.

1. *Tomando, por analogia, o raciocínio utilizado pelo STJ na interpretação do art. 54 da Lei 9.784/99 (REsp nº 658.130/SP), no caso dos benefícios concedidos anteriormente à entrada em vigência da medida provisória, deve ser tomado como termo a quo para a contagem do prazo decadencial, não a DIB (data de início do benefício), mas a data da entrada em vigor do diploma legal.*
3. *Em 01.08.2007, 10 anos contados do 'dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação' recebida após o início da vigência da Medida Provisória nº 1.523-9/1997, restou consubstanciada a decadência das ações que visem à revisão de ato concessório de benefício previdenciário instituído anteriormente a 26.06.1997, data da entrada em vigor da referida MP.*
3. Pedido de Uniformização conhecido e provido."
(TNU - Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal - Processo nº 2008.72.50.002989-6/SC - Juíza Federal Relatora Jacqueline Michels Bilhalva - Juiz Federal Otávio Port, Relator para lavratura do acórdão - Julgado em 08/02/2010 - Pedido de uniformização conhecido e provido, por maioria - Acórdão publicado em 24/06/2010)

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região vem assim também decidindo:

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523/97 QUE INSTITUIU PRAZO ESTIPULADO NO ART. 103 DA LEI 8.213. APLICAÇÃO, INCLUSIVE, EM RELAÇÃO AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE À ALUDIDA MP, A PARTIR DE SUA VIGÊNCIA. PROVIMENTO DO RECURSO.
1. Recurso de apelação interposto em face da sentença que julgou procedente o pedido de revisão da renda mensal

inicial de benefício previdenciário.
2. Hipótese em que o benefício foi concedido em 17//05/1979 (anteriormente à Medida Provisória nº 1.523/97 que alterou a redação do art. 103 da Lei nº 8.213/91 e instituiu prazo de dez anos para extinção do direito de rever o ato de concessão do benefício), ao passo que a ação foi ajuizada em 26/09/2007.
3. Reconhecimento da prescrição do fundo de direito, de acordo com o art. 103 da Lei nº 8.213/91, visto que a norma em tela deve ser aplicada, inclusive, em relação aos benefícios concedidos antes da alteração introduzida pela Medida Provisória nº 1.523/97, observando-se, no entanto, que a fluência do prazo, neste caso, ocorre a partir da vigência da aludida MP.
4. Ressalte-se que *mesmo antes da atual redação do art. 103 da Lei nº 8.213/91, já vigia o Decreto nº 29.910/32 que tratava de prazo prescricional para as ações contra as fazendas públicas, entre as quais se inclui o INSS que é autárquica federal, sendo certo que o prazo em questão é prescricional (fundo de direito).*
5. *O direito pátrio, portanto, jamais coadunou com a imprescritibilidade em face de lesões convalescentes de direito e inércia para recuperá-las, não podendo comportar exceções calcadas em mera casuística com que se venha a interpretar sucessão de leis no tempo, com afronta ao princípio da igualdade entre todos os segurados da Previdência Social.*
6. Correta, assim, a orientação que se extrai do *Enunciado de nº 16 do 1º Fórum Regional de Direito Previdenciário - FOREPREV* segundo o qual: '*Decai em 10 anos o direito de pleitear a revisão do ato concessório dos benefícios concedidos anteriormente a 28.06.97 (data da edição da MP 1.523-9), sendo o termo inicial o dia 01.08.97'.*
7. Perfilhando a mesma linha exegética, *a Súmula nº 8 da*

Turma Regional de Uniformização que dispõe que: 'Em 1/8/07 operou-se a decadência das ações que visem à revisão de ato concessório de benefício previdenciário instituído anteriormente a 28/6/97, data da edição da MP nº 1.523-9, que deu nova redação ao art. 103 da Lei nº 8.213/91.'

8. *O próprio Superior Tribunal de Justiça, em hipótese análoga (MS nº 9.157/CF, Corte Especial, DJ de 07/11/2005, p. 71), decidiu que o prazo instituído na Lei 9.784/99, no caso de invalidação de atos administrativos anteriores a sua vigência, tem início a partir do advento do aludido diploma, tendo em vista que, de acordo com a lógica interpretativa, não seria possível retroagir a referida norma para limitar a Administração em relação ao passado, exegese que, dada a inegável similitude com a hipótese em apreço, também deve se aplicar ao disposto no 103 da Lei 8.213/91.*

9. *Tendo a Administração que se submeter a prazo legal para anulação de seus próprios atos, inclusive em relação aos que foram constituídos antes da introdução do aludido prazo pela Lei 9.784/99, não se justifica, levando-se em conta o princípio da isonomia entre os segurados, que os benefícios concedidos antes da alteração promovida pela MP nº 1.523/97, não se sujeitem também ao estipulado no artigo 103 da Lei 8.213/91.*

10. Recurso de apelação conhecido e provido, acolhendo-se a prescrição do fundo de direito, a fim de julgar extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV do CPC."

(TRF da 2ª Região - Apelação e Reexame Necessário 471119 - Processo 2007.50.50.010263-8/RJ - Primeira Turma Especializada - Des. Fed. Relator Maria Helena Cisne - Julgado em 09/06/2010 - Publicado em E-DJF2R de 16/07/2010, página 32)

A 1ª Turma Recursal do Paraná passou a adotar a tese

defendida pela autarquia em razão do entendimento firmado pela TNU:

> "PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. DECADÊNCIA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. MP 1.523/97. APLICAÇÃO AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA SUA EDIÇÃO. PRAZO. INÍCIO EM 27.06.1997. PRECEDENTE DA TNU.1. O Superior Tribunal de Justiça orienta que 'a decadência pode ser reconhecida de ofício em sede de recurso ordinário, pois se trata de matéria de ordem pública' (RMS 29.439, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 13.10.2009). 2. Esta Turma Recursal alinhou-se à recente posição adotada pela Turma Nacional de Uniformização por ocasião do julgamento do PU 2006.70.50.007063-9 (Rel. p/ acórdão Juiz Federal Otávio Martins Port, j. 08.02.2010), em que se aplicou a regra de decadência - estabelecida pela Medida Provisória 1.523/97, de 27.06.1997 - do direito de revisão dos benefícios previdenciários do Regime Geral da Previdência Social, mesmo para os concedidos em tempo anterior à sua edição. Ressalva do entendimento do relator.
> 3. Para os benefícios concedidos antes da MP 1.523/97, o prazo decadencial de dez anos começa a correr a partir da sua entrada em vigor, ou seja, a partir de 27.06.1997.
> 4. A aposentadoria em questão foi concedida em 22.11.1989, de maneira que a presente ação para a revisão do benefício, protocolizada em 21.01.2009, foi fulminada pela decadência."
> (1ª Turma Recursal do Paraná - RCI Recurso de Sentença Cível - Processo 2009.70.54.000293-2 - Relator José Antonio Savaris - Julgado em 02/06/2010)

O TRF da 5ª Região, na mesma linha de entendimento (aplicação imediata das normas instituidoras da decadência com contagem do prazo a partir de suas vigências na revisão da RMI dos benefícios, mesmo aqueles com data de início anterior à

vigência de referidas normas) vem assim julgando, embora seus julgados mereçam a ressalva de que o restabelecimento do prazo decadencial decenal pela MP nº 138/2003 deu-se antes do término do prazo decadencial quinquenal introduzido pela Lei nº 9.711/98, que não chegou a se completar. É que, segundo Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, em *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social* - 9ª edição revista e atualizada - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2009, páginas 365 e 366s. 294, "a Lei 9.711, publicada no DOU de 21.11.1998, em seu art. 30, convalidou os atos praticados com base na MP nº 1.663-14, de 24 de setembro de 1998, razão pela qual a norma restritiva introduzida pela MP 1663-15 formalmente não foi convalidada. Este fato nos conduz à conclusão de que a redução do prazo vigoraria apenas a partir da edição da Lei 9.711/98. Entretanto, houve restabelecimento do prazo original com a edição da MP 138/03, convertida na Lei 10.839/04".

Nesse passo, verifica-se que a decadência da ação de que trata a ementa abaixo, restou consubstanciada, na realidade, em 28/06/2007, após o transcurso do prazo de 10 anos instituído pela MP 1.523-9/97, contados do "dia primeiro do mês seguintes ao do recebimento da primeira prestação".

> "PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. DIREITO À REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL (RMI). APLICAÇÃO DO IRSM DE FEV/94 (39,67%). DECADÊNCIA.1. AÇÃO EM QUE SE DISCUTE O DIREITO À REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL (RMI) DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO (DIB 11.07.1994), COM A APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE CORREÇÃO DE 39,67% (IRSM DE FEV/94) NOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO.
> 2. A DECADÊNCIA DO DIREITO À REVISÃO DO ATO CONCESSÓRIO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, ENTÃO INEXISTENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO, FOI INSTITUÍDA PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523-9 (DOU DE 28/06/1997), CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ESTABELECEU O PRAZO DE 10 ANOS. A

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.663-15 (DOU DE 23/10/1998), CONVERTIDA NA LEI Nº 9.711/98, REDUZIU O INTERSTÍCIO DECADENCIAL PARA 05 ANOS. POR FIM, A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 138 (DOU DE 20/11/2003), CONVERTIDA NA LEI Nº 10.839/03, RESTABELECEU O PRAZO DECENAL ORIGINÁRIO.

3. O BENEFÍCIO DO RECORRENTE FOI CONCEDIDO EM 11.07.94, QUANDO O DIREITO DE POSTULAR SUA REVISÃO NÃO SE SUJEITAVA À DECADÊNCIA. EM 28/06/1997, COM A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523-9, COMEÇOU A CORRER O PRAZO DECADENCIAL DE 10 ANOS. PORÉM, ANTES DE SEU INTEGRAL TRANSCURSO, EM 23/10/1998, ENTROU EM VIGOR A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.663-15, QUE O REDUZIU PARA 05 ANOS.

4. A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.663-15 NÃO INTRODUZIU INSTITUTO NOVO, APENAS REDUZIU O INTERSTÍCIO PARA SUA CONSUMAÇÃO. DIANTE DA PLURALIDADE DE REGRAS NO CURSO DO PRAZO DECADENCIAL, DEVE SER OBSERVADO O SEGUINTE PARA VERIFICAÇÃO DA DECADÊNCIA: 10 ANOS A PARTIR DE 28/06/1997 (PRAZO ANTIGO) OU EM 05 ANOS A CONTAR DE 23/10/1998 (PRAZO NOVO), VALENDO O QUE COMPLETAR PRIMEIRO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL E DO STJ SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/05 NO QUE SE REFERE À REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DE 10 PARA 05 ANOS DA PRETENSÃO À REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

5. CONTADOS 05 ANOS DE 23/10/1998, DATA DE INÍCIO DA VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.663-15, CONCLUI-SE PELO SEU TÉRMINO EM 23/10/2003, QUASE UM MÊS ANTES DA PUBLICAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 138 (20/11/2003), QUE RESTABELECEU A DECADÊNCIA DECENAL. AC Nº 491747/SE (A-2).

> 6. A DECADÊNCIA QÜINQÜENAL ESTABELECIDA NA PROVISÓRIA Nº 1.663-15/98 SE CONSUMOU ANTERIORMENTE AO RESTABELECIMENTO DO PRAZO DECADENCIAL DE 10 ANOS PREVISTO NA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 138/03, PELO QUE ESTE ÚLTIMO DIPLOMA NORMATIVO NÃO PODE SER APLICADO, SALVO SE POSSUÍSSE REGRA EXPRESSA EM SENTIDO CONTRÁRIO, O QUE NÃO POSSUI.
> 7. *IN CASU*, O DIREITO À REVISÃO DA RMI (DIB 11.07.94, FL. 25) COM A APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE CORREÇÃO DE 39,67% (IRSM DE FEV./94) NOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO SE ENCONTRA CADUCO, TENDO EM VISTA QUE A PRESENTE AÇÃO SOMENTE FOI AJUIZADA EM 30.06.2008. 8. REMESSA OFICIAL PROVIDA."
> (TRF da 5ª Região - REOAC Remessa *Ex Officio* 491747/SE - Processo 0002212-48.2008.4.05.8500 - Segunda Turma Especializada - Des. Fed. Relator Francisco Wildo - Julgado em 06/07/2010 - Publicado em Diário da Justiça Eletrônico de 14/07/2010, página 327)

Ademais, *essa é a lógica interpretativa que decorre do entendimento sufragado recentemente, em hipótese análoga, pelo próprio STJ no julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.938 - AL (2009/0000240-5),* julgado sob o procedimento dos recursos repetitivos (artigo 543-C do CPC) - Ministro Relator NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - recurso provido por unanimidade. STJ - 3ª Seção - Julgado em 14 de abril de 2010, cujo acórdão foi publicado em 02/08/2010:

> "*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 9.784/99. 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 beneficiários.

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."

(STJ - REsp 1114938/AL - Registro 2009/0000240-5 - Quinta Turma - Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho - Julgado em 14/04/2010- Publicado no DJE em 02/08/2010)

Transcrevo aqui, também, por elucidadora, parte do artigo referente ao assunto, intitulado "Decadência do direito à revisão da renda mensal inicial de benefício previdenciário: uma análise sob a ótica do direito intertemporal", da lavra do Juiz Federal Eduardo Gomes Philippsen, publicada na edição nº 20, de 29/10/2007, da *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre (disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao020/eduardo_philippsen.html):

> "*É certo que o segurado possui o direito a requerer a revisão do seu benefício que foi concedido erroneamente; e esse direito não foi retirado pela legislação, que apenas condicionou o seu exercício à observância de um lapso temporal*. Desse modo, *o direito à revisão não foi atingido; o que foi atingido, na verdade, foi o direito à revisão em qualquer tempo, implicitamente previsto na legislação que até então vigia. Cabe perquirir, então, se o segurado possuía um direito adquirido à revisão em qualquer tempo e que tenha sido indevidamente atingido pela nova redação do art. 103 da LBPS*.
> *Não há tal espécie de direito em nosso ordenamento jurídico - o direito à 'imunidade' a prazos decadenciais ou prescricionais -, porquanto a jurisprudência pátria é pacífica no sentido de considerar que 'não há direito adquirido a regime jurídico' e que as relações denominadas de 'estatutárias' ou 'institucionais' não são infensas a alterações, desde que não se modifiquem os atos já ocorridos no passado*.
> Sem adentrar na discussão ampla sobre a conceituação de tais relações, certo é que a relação entre segurado e autarquia previdenciária é uma relação estatutária ou institucional, de modo que o segurado não possui direito adquirido a determinado regime jurídico. Esse raciocínio é aplicado diuturnamente para várias questões relativas à sucessão de leis no direito previdenciário, e não haveria qualquer motivo para dar-se aplicação diversa no tocante à regra

decadencial instituída na nova redação do art. 103 da LBPS. Desse modo, entendemos que *não há qualquer óbice à aplicação imediata da regra decadencial estabelecida pela nova legislação, já que isso não configura aplicação irretroativa da lei e não viola o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*.

Somente haveria violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição caso se pretendesse efetuar a contagem do prazo decadencial retroativamente, isto é, com termo inicial antes da vigência da norma legal que o instituiu. Nesta hipótese, poderia ocorrer que, ao advento da norma legal, já teria se operado a decadência, o que é inadmissível.

Sobre esse ponto, é relevante transcrever trecho do voto do Min. Teori Albino Zavascki no julgamento do REsp 603.135/PE: 'Considerando tal princípio [do art. 5º, XXXVI, da Constituição], não há como dar aplicação retroativa a leis que fixem ou reduzam prazo prescricional ou decadencial. Também nesse domínio jurídico não se pode inovar, no plano normativo, conferindo eficácia atual a fato ocorrido no passado. *No que se refere especificamente a prazos decadenciais (ou seja, prazos para exercício do direito, sob pena de caducidade), admitir-se a aplicação do novo regime normativo (que reduz prazo) sobre período de tempo já passado, significaria, na prática, permitir que o legislador eliminasse, com efeito retroativo, a possibilidade de exercício do direito.* Ora, *eliminar, com eficácia retroativa, a possibilidade de exercício do direito é o mesmo que eliminar o próprio direito. E isso, é indispensável enfatizar, seria absolutamente inconstitucional*.'

(REsp 603135/PE, 1ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 21.06.2004.)

4. *Em que pese a instituição de prazos decadenciais ou prescricionais - e seus efeitos sobre as relações jurídicas constituídas anteriormente - seja tema novo na jurisprudência, o mesmo não se pode dizer do estabelecimento de*

novos prazos decadenciais ou prescricionais, geralmente menores que os anteriores. E, em relação a esse ponto, é relevante verificar qual o posicionamento adotado pela jurisprudência pátria, já que os princípios por ela adotados devem ser aproveitados para o caso em análise. Pois bem, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de firmar jurisprudência sobre os efeitos jurídicos da diminuição dos prazos de prescrição e de decadência, relativamente às situações constituídas anteriormente. Com efeito, o julgamento do RE 79.327-5/SP, em 03.10.1978, pela Primeira Turma, relatado pelo Min. Antonio Neder, foi assim ementado: '1. *Prescrição. Direito intertemporal. Caso em que o prazo prescribente fixado na lei nova é menor do que o prazo prescricional marcado na lei anterior. Feita a contagem do prazo prescribente marcado na lei nova (isso a partir da vigência dessa lei), e se ocorrer que ele termine antes de findar-se o prazo maior fixado na lei anterior, é de se considerar o prazo menor previsto na lei posterior, contado esse prazo a partir da vigência da segunda lei*. (...)' O julgamento do RE 93.689-0, pela Primeira Turma, ocorrido em 10.02.1981 e relatado pelo Min. Soarez Muñoz, foi assim ementado: 'AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. DIREITO INTERTEMPORAL. *Se o restante do prazo de decadência fixado na lei for superior ao novo prazo estabelecido pela lei nova, despreza-se o período já transcorrido para levar-se em conta, exclusivamente, o prazo da lei nova, a partir do início de sua vigência. Precedente*: AR 905. Incidência da Súmula 286. Recurso não conhecido.' É relevante destacar o seguinte trecho do voto do relator que transcreve parte da decisão recorrida: '(...) *Entretanto, quando há incidência de lei nova em prazos de prescrição ou decadência em curso, não há falar em direito adquirido, pois o entendimento predominante na doutrina, em direito intertemporal, como salienta CARLOS MAXIMILIANO, é o de que, "enquanto não se integra um lapso estabelecido, existe apenas uma*

esperança, uma simples expectativa; não há o direito de granjear as vantagens daquele instituto - no tempo fixado por lei vigente quando o prazo começou a correr. Prevalecem os períodos ulteriores, a partir do momento em que entraram em vigor" (*Dir. Intertemporal*, nº 212, p. 246/247). *Quando a lei nova dilata o prazo que está em curso, tem ela aplicação integral, sem maior problema, pois, como lembrado por CARLOS MAXIMILIANO, em tal hipótese, ao tempo já decorrido sob o império da lei anterior adiciona-se o saldo trazido pela lei nova (v. ob. cit., p. 247). Havendo, porém, encurtamento do prazo pela lei nova, surgem as dificuldades, decorrentes do confronto do princípio da aplicação imediata da lei nova com o princípio da não retroatividade, dificuldades que devem ser solucionadas tendo em vista resguardar os interesses em conflito: de um lado, o proprietário ou o credor; de outro, o prescribente ou devedor. E para que a apuração pura e simples do prazo menor a situações em curso não venha a prejudicar os interessados, apanhando-os de surpresa, é que SAVIGNY sugeriu a fórmula, hoje acolhida em doutrina como teoria intermédia, assim exposta por CARLOS MAXIMILIANO: "prevalece o lapso mais breve, estabelecido pela norma recente, a partir da entrada da mesma em vigor; não se conta o tempo transcorrido antes; porém, se ao sobrevir o novo diploma faltava, para se consumar a prescrição, trato menor do que o fixado pelos preceitos atuais, prefere-se o prazo determinado pela lei anterior." (...)'*

Vê-se, pois, *que a questão dos efeitos jurídicos da redução dos prazos de decadência e de prescrição não é nova e já foi enfrentada, ao menos, quando da alteração dos prazos de prescrição estabelecida pelo Código Civil de 1916 e quando da alteração do prazo da ação rescisória introduzida pelo atual Código de Processo Civil. Em qualquer desses casos e em todos outros análogos, jamais se utilizou o entendimento, com a devida vênia simplista, de*

que as modificações introduzidas pela legislação não se aplicariam às situações jurídicas já existentes quando da entrada em vigor daquelas; ao contrário, sempre se levou em consideração o princípio da incidência imediata da lei, com as devidas ponderações, caso a caso, para evitar que a lícita incidência imediata se convertesse em indevida aplicação retroativa da lei.

Poderia se argumentar, porém, que a orientação contida nos precedentes citados não tem aplicação ao caso em exame, porque eles tratam de diminuição de prazos decadenciais ou prescricionais, enquanto se está agora a tratar da instituição de prazo decadencial até então inexistente. Não vemos razão, porém, para tal espécie de objeção. Entendemos que *a instituição de um novo prazo de decadência ou de prescrição e a diminuição dos prazos já existentes se equivalem na essência. O princípio aplicado é o mesmo: a incidência imediata das leis, com os temperamentos necessários que a observância do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada exigem. Não haveria porque se considerar que não há direito adquirido aos prazos estabelecidos em lei (de acordo com a jurisprudência pacífica do STF) e, contraditoriamente, considerar-se que há direito adquirido à inexistência de prazos.*

5. Por fim, cabe observar que, *além de ser tecnicamente a mais adequada, não há qualquer injustiça na interpretação ora defendida. Injustiça*, salvo melhor juízo, *seria, por exemplo, considerar que alguém que tenha obtido um benefício previdenciário em 1980 tenha a eternidade para postular a sua revisão, enquanto aquele que obteve o benefício em 1999 só possa postular a revisão da renda mensal inicial até 2009. A interpretação contrária, então, além de não se mostrar a mais adequada, acabaria por estabelecer uma situação de total disparidade na situação jurídica dos segurados.*

6. Sendo assim, *concluímos que o prazo decadencial*

estabelecido no art. 103 da LBPS também tem aplicação aos benefícios concedidos anteriormente. Evidentemente, o cômputo do lapso decenal, para esses benefícios, só terá início a partir da vigência da lei instituidora no novo instituto, isto é, a partir de 28.06.1997, data em que foi publicada a nona edição da Medida Provisória nº 1.523, sucessivamente reeditada, com o referido dispositivo, até converter-se na Lei nº 9.528/97. Sendo assim, a partir de 28/06/2007, está atingido pela decadência o direito de revisar a renda mensal inicial dos benefícios concedidos há mais de dez anos. Note-se que a contagem dos prazos estipulados em anos expira no dia e no mês iguais aos do início da contagem, ao que se depreende da norma do art. 132, § 3º, do Código Civil/2002 e do art. 1º da Lei nº 810/1949. *Quanto à revisão dos benefícios concedidos a partir da vigência da MP nº 1523-09/1997, o prazo decenal é contado a partir 'do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo' de acordo com o texto legal.*"

Considerando o entendimento firmado pela 2ª Turma Recursal dos JEFs da Bahia, 1ª Turma Recursal do Paraná, pela Turma Regional de Uniformização das Turmas Recursais dos JEFs da 2ª Região (Súmula nº 8), pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos JEFs, e com base em precedentes dos Tribunais Regionais Federais da 2ª e 5ª Região bem como em situações e hipóteses análogas decididas pelo próprio STJ (recurso repetitivo REsp 1.114.938 - AL), entendimento que passo a perfilhar, no caso em foco, por se tratar de ação revisional proposta em 22/02/2008, de benefício com início em 07/01/93, concedido e deferido em 15/11/93, a ação resta manifestamente fulminada pelo instituto da decadência (prazo decadencial decenal).

Diante do exposto, voto por dar provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do INSS e, assim, julgar o

pedido da parte autora improcedente em razão do transcurso do prazo decadencial decenal, nos termos do artigo 269, inciso IV, do CPC.

Sem condenação da parte autora nas verbas decorrentes da sucumbência em razão de litigar sob os auspícios da Justiça Gratuita.

Desembargadora Federal EVA REGINA - Relatora

- Sobre o julgamento do Recurso Repetitivo 1.114.938/AL, veja também o seguinte julgado: ApelReex 0003785-72.2010.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicada na RTRF3R 104/445.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS) 0002382-72.2008.4.03.6108 (2008.61.08.002382-4)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: JOSÉ ALTAIR DE SOUZA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: AMS 317051
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/12/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. EVENTO INCAPACITANTE ANTERIOR À LEI Nº 9.528/97.
- A Justiça Federal é competente para decidir mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade vinculada ao INSS, independentemente da matéria, eis que a competência para o processamento e julgamento do *writ* se define de acordo com a qualificação da autoridade coatora.
- A apelação contra sentença concessiva da ordem em mandado de segurança possui apenas efeito devolutivo, observado o disposto no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.
- Admite-se a cumulação de auxílio-acidente com aposentadoria nos casos em que o fato gerador do benefício acidentário tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 9.528/97, conforme jurisprudência pacífica do STJ.
- Quando permitida a cumulação, o valor do auxílio-acidente não pode integrar a base de cálculo da aposentadoria, sob pena de *bis in idem*.
- Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. Remessa oficial parcialmente provida.

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, rejeitar a matéria preliminar, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de dezembro de 2010.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Trata-se de apelação em mandado de segurança impetrado aos 28.03.2008 por José Altair de Souza Matos contra o Chefe do Setor de Benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em Bauru/SP, objetivando o restabelecimento do benefício de auxílio-acidente nº 94/81.196.933-9, implantado em 08.07.1987 e cessado em razão da sobrevinda de aposentadoria por tempo de contribuição, concedida em 21.11.2007 com início de vigência (DIB) a partir de 05.12.2004.

Alega o impetrante, em síntese, seu direito líquido e certo ao auxílio-acidente que vinha recebendo, por ter caráter vitalício segundo a legislação da época da sua concessão, podendo ser cumulado com a aposentadoria. Sustenta a ilegalidade do ato de cancelamento, por ofensa ao direito adquirido.

Foi deferida medida liminar, determinando à autoridade impetrada o imediato restabelecimento do benefício acidentário do impetrante, sem prejuízo do pagamento da aposentadoria.

A r. sentença concedeu a ordem, ratificando a medida liminar, para determinar o restabelecimento do auxílio-acidente cumulativamente com a aposentadoria por tempo de contribuição, ao fundamento de ter aquele benefício sido concedido antes da vigência da vedação à cumulação, imposta pela Lei nº 9.528/97, e da impossibilidade de ser esta aplicada retroativamente. Sem condenação em custas e honorários advocatícios. Decisão submetida ao reexame necessário.

Apelou o INSS, sustentando preliminarmente a incompetência da Justiça Federal para decidir sobre o auxílio-acidente, bem

como a necessidade de se atribuir efeito suspensivo ao recurso, com revogação da liminar, e, no mérito, alegando em síntese a impossibilidade do recebimento cumulado dos benefícios, por ser vedado pela legislação em vigor quando da concessão da aposentadoria ao impetrante (art. 86, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, com a redação dada pela Lei nº 9.528/1997) e por já se encontrar incluído na base de cálculo desta o valor do auxílio-acidente, conforme previsto no art. 31 da Lei nº 8.213/1991.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte.

A ilustre representante do Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pelo desprovimento da apelação e da remessa oficial, ressalvada a impossibilidade da integração do valor do benefício acidentário no salário-de-contribuição utilizado para cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

"EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. EVENTO INCAPACITANTE ANTERIOR À LEI Nº 9.528/97.

- A Justiça Federal é competente para decidir mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade vinculada ao INSS, independentemente da matéria, eis que a competência para o processamento e julgamento do *writ* se define de acordo com a qualificação da autoridade coatora.

- A apelação contra sentença concessiva da ordem em mandado de segurança possui apenas efeito devolutivo, observado o disposto no art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009.

- Admite-se a cumulação de auxílio-acidente com aposentadoria nos casos em que o fato gerador do benefício acidentário tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº

9.528/97, conforme jurisprudência pacífica do STJ.
- Quando permitida a cumulação, o valor do auxílio-acidente não pode integrar a base de cálculo da aposentadoria, sob pena de *bis in idem*.
- Matéria preliminar rejeitada. Apelação desprovida. Remessa oficial parcialmente provida."

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): É de ser afastada a preliminar de incompetência suscitada pelo apelante, eis que, tratando-se de mandado de segurança, a competência para o processamento e julgamento do feito se define de acordo com a qualificação da autoridade coatora, e não em razão da matéria ou da pessoa do impetrante.

Assim, impetrado o *writ* contra autoridade vinculada ao INSS, Autarquia Federal, a competência para decidi-lo é da Justiça Federal, a teor do disposto no art. 109, VIII, da Constituição Federal, *in verbis*:

"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
(...)
VIII - os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais".

Nesse sentido, há muito se pacificou a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, consoante demonstram os julgados a seguir:

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA GERENTE EXECUTIVA DO INSS. AÇÃO ACIDENTÁRIA. PREVALÊNCIA DA COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA PESSOA. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA FEDERAL.
1. A controvérsia trazida no presente conflito é sobre a

prevalência, ou não, em sede de mandado de segurança, da competência em razão da pessoa quando há outro juízo competente em razão da matéria.
2. A regra de competência para julgamento de mandado de segurança é definida em função do foro da autoridade coatora, conforme decisões reiteradas desta Corte.
3. É forçoso o reconhecimento da competência da Justiça Federal para o julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato da Gerente Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social de Curitiba, pois esta é qualificada como autoridade federal nos termos do art. 2º da Lei nº 1.533/51.
4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da Vara Previdenciária de Curitiba, o suscitado."
(CC 69016/PR, Rel. Minª. Maria Thereza De Assis Moura, 3ª Seção, j. 28.02.2007, DJ 26.03.2007).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA DO TRABALHO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA DETERMINADA PELA AUTORIDADE COATORA. IRRELEVÂNCIA DA MATÉRIA DISCUTIDA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO."
(CC 39904, Rel. Minª. Laurita Vaz, j. 20.02.2004, DJ 02.03.2004).

"PROCESSO CIVIL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA.
1. Dirige-se a segurança contra ato do Gerente Executivo do INSS que resiste em cumprir acordo firmado e homologado perante a Justiça do Trabalho.
2. Foro que se estabelece, em ação de segurança, em favor da autoridade impetrada.
3. Conflito conhecido para declarar competente o Juiz Federal suscitado."
(CC 38429/MT, Rel. Minª. Eliana Calmon, 1ª Seção, j. 10.09.2003, DJ 28.10.2003).

> "COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. FIXAÇÃO.
> - A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO MANDAMENTAL E FIXADA EM FUNÇÃO DA CATEGORIA E DA SEDE FUNCIONAL DA AUTORIDADE COATORA.
> - TRATANDO-SE DE 'MANDAMUS' CONTRA ATO DO DIRETOR REGIONAL DO INAMPS (HOJE INSS), DECLARA-SE A COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL, NOS TERMOS DO INC. VIII, ART. 109, DA CARTA DA REPÚBLICA.
> - CONFLITO CONHECIDO."
> (CC 5211/MS, Rel. Min. William Patterson, 3ª Seção, j. 14.08.1996, DJ 11.11.1996).

No mesmo sentido: (CC 100584, Rel. Min. Og Fernandes, j. 02.02.2009, DJ 09.02.2009).

Com relação aos efeitos da apelação, tratando-se de sentença concessiva da segurança, deve ser-lhe atribuído apenas o efeito devolutivo, vez que o caso em tela não se inclui entre aqueles de exceção em que a lei permite a eficácia suspensiva do recurso, em conformidade com a regra do § 3º do art. 14 da Lei nº 12.016/2009 (equivalente ao § único do art. 12 da antiga Lei do Mandado de Segurança - Lei nº 1.533/51) e os precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça *in verbis*:

> "DECISÃO: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DA ORDEM. RECURSO DE APELAÇÃO. EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. PRECEDENTES.
> (...)
> 2. É remansosa a jurisprudência do STJ no sentido de que o recurso de apelação em mandado de segurança, contra sentença concessiva, possui apenas efeito devolutivo, não tendo eficácia suspensiva, tendo em vista a auto-executoriedade da decisão proferida no *writ*.
> 3. 'Só em casos excepcionais de flagrante ilegalidade ou

abusividade, ou de dano irreparável ou de difícil reparação, é possível sustarem-se os efeitos da medida atacada no "mandamus" até o julgamento da apelação'. (ROMS nº 351/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro)'
4. Recurso a que se nega seguimento."
(REsp 806261/ RJ, Rel. Min. José Delgado, d. 06/04/2006, DJ 05/05/2006)

"PROCESSO CIVIL. SENTENÇA QUE DENEGA MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. EFEITOS.
1. O recurso interposto contra sentença concessiva da ordem em ação de mandado de segurança deve ser recebido apenas no efeito devolutivo, nos precisos termos do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51. Nada dispôs o referido diploma processual no que tange ao recurso aviado contra sentença denegatória do *mandamus*, visto que despiciendo, pois, sendo destituída de exeqüibilidade, o recurso que a impugna só poderia mesmo ser recebido no efeito meramente devolutivo.
2. Recurso especial conhecido e improvido."
(REsp 89647/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 06/12/2004)

"PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PREQUESTIONAMENTO. RESTABELECIMENTO DE PENSÃO. SENTENÇA CONCESSIVA. APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. INVIABILIDADE.
- (...)
- A apelação interposta contra sentença concessiva de ordem de segurança impetrada com pedido de restabelecimento de pensão devida a filhas de ex-combatente deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, porquanto as exceções previstas no artigo 7º, da Lei nº 4.348/64 têm aplicação restrita. Precedentes.
- Recurso especial não conhecido."
(REsp 412534/RS, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, DJ 22/04/2003)

No mérito, a questão posta nos autos cinge-se à discussão sobre a possibilidade de acumulação de auxílio-acidente com aposentadoria por tempo de contribuição e, via de conseqüência, sobre a legalidade do ato do INSS que, em razão da concessão da aposentadoria, determinou a cessação do benefício acidentário (nº 94/81.196.933-9) que vinha sendo pago ao impetrante.

O auxílio-acidente foi concedido com data de início (DIB) em 07.07.1987 (cf. doc. de fls. 37).

Posteriormente, o impetrante obteve aposentadoria por tempo de contribuição (nº 42/129.439.714-9), concedida em 21.11.2007 com início (DIB) a partir de 05.12.2004 (cf. doc. de fls. 30).

Sustenta o impetrante dever ser mantido o pagamento do auxílio-acidente, que lhe foi concedido em caráter vitalício, preservando-se assim o seu direito adquirido.

O INSS, ora apelante, alega ser indevida a cumulação de benefícios pretendida pelo impetrante, pois, quando lhe foi concedida a aposentadoria por tempo de contribuição já se encontrava em vigor a vedação legal à cumulação desse benefício com o auxílio-acidente, e que, ademais, com as alterações introduzidas na Lei nº 8.213/91 pela Lei nº 9.528/97, os valores pagos a título de auxílio-acidente passaram a integrar o salário-de-contribuição, para fins de cálculo do salário-de-benefício da aposentadoria.

Não prospera a apelação.

Com efeito, pacificou-se no E. Superior Tribunal de Justiça jurisprudência a favor da possibilidade da cumulação de auxílio-acidente com aposentadoria nos casos, como o presente, em que o fato gerador do benefício acidentário tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 9.528/97, em respeito ao princípio *tempus regit actum*.

Nesse sentido, os arestos a seguir:

> "PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA E AUXÍLIO-ACIDENTE. AJUIZAMENTO DA AÇÃO ANTES DA NORMA PROIBITIVA. POSSIBILIDADE.

1. É firme o entendimento esposado por este Superior Tribunal de Justiça, no sentido de considerar possível a concessão do benefício acidentário em caráter vitalício, desde que a moléstia tenha eclodido antes do advento da Lei nº 9.528/97, por força da aplicação do princípio *tempus regit actum*.
2. No caso em apreço, tendo a ação ordinária sido ajuizada em 29/10/1997, antes, portanto, da Lei nº 9.528/97, não há falar em proibição de cumulação dos benefícios, pois se evidencia que a incapacidade laboral diagnosticada deu-se em momento anterior à vigência do supracitado preceito legal.
3. Ademais, foi claramente mencionado pelo acórdão combatido no recurso especial que a incapacidade foi reconhecida na vigência da Lei nº 9.032/95, a qual permitia a cumulação da aposentadoria com o auxílio-acidente, pois determinava a vitaliciedade deste último benefício.
4. Desse modo, aplica-se a lei vigente à época do fato jurídico produtor do direito ao benefício que, no caso dos autos, refere-se à eclosão da doença de origem comprovadamente ocupacional.
5. Embargos de divergência acolhidos. Retorno dos autos ao relator do recurso especial, integrante da 6ª Turma, para que prossiga na análise do pedido subsidiário pleiteado pelo INSS nas razões recursais."
(EREsp nº 578378/SP, Rel. Minª. Laurita Vaz, 3ª Seção, j. 11.02.2009, v. u., DJe 16.03.2009.)

"PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. MOLÉSTIA ANTERIOR À LEI Nº 9.528/97. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.
1. Tratando-se de benefício acidentário concedido em razão de moléstia anterior à Lei nº 9.528/97, é possível sua acumulação com a aposentadoria por tempo de serviço.
2. Agravo interno ao qual se nega provimento."
(AgRg no REsp nº 890933/RJ, Rel. Minª. Jane Silva, 6ª Turma, j. 18.11.2008, v. u., DJe 09.12.2008.)

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. MOLÉSTIA ANTERIOR À LEI Nº 9.528/97. AÇÃO. AJUIZAMENTO POSTERIOR. IRRELEVÂNCIA.
1. É viável a acumulação de auxílio-acidente com aposentadoria, desde que a moléstia incapacitante tenha surgido antes da vigência da Lei nº 9.528/97. Não altera a conclusão a circunstância de a ação acidentária ter sido ajuizada após a edição do referido diploma legal. Precedentes da Terceira Seção.
2. Incidência da Súmula 168 do STJ.
3. Embargos de divergência não conhecidos."
(EREsp nº 431249/SP, Rel. Minª. Jane Silva, 3ª Seção, j. 27.02.2008, v. u., DJ 04.03.2008.)

"PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. INCAPACIDADE ANTERIOR À LEI Nº 9.528/97. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
1. As Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento no sentido de que, tendo a incapacidade do obreiro ocorrido em momento anterior à vigência da Lei nº 9.528/97, como na hipótese, é possível a cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria por tempo de serviço.
2. Recurso especial conhecido e improvido."
(REsp nº 468906/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 20.11.2006, v. u., DJ 11.12.2006.)

"PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. CUMULAÇÃO. MOLÉSTIA SURGIDA ANTES DA LEI Nº 9.528/97. POSSIBILIDADE.
1. Conforme matéria já pacificada pela Terceira Seção deste Tribunal, tendo a moléstia acidentária acometido o autor antes da vigência da Lei nº 9.528/97, que proíbe a cumulação do auxílio-acidente com qualquer aposentadoria, em

respeito ao princípio do *tempus regit actum*, deve ser garantida a percepção dos benefícios pleiteados.
2. Embargos de divergência acolhidos para negar provimento ao recurso especial."
(EREsp nº 481921/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 3ª Seção, j. 10.05.2006, v. u., DJ 29.05.2006.)

"AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO ACIDENTE. VITALICIEDADE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. MOLÉSTIA ANTERIOR À LEI Nº 9.528/97. PROVIMENTO NEGADO.
1. O auxílio acidente é vitalício quando o evento ocupacional danoso tenha ocorrido anteriormente à vigência da Lei nº 9.528/97, que alterou os artigos 18, § 2º e 86, § 2º da Lei nº 8.213/91, sendo possível a sua cumulação com eventual e futura aposentadoria previdenciária.
2. *In casu*, o aresto estadual vergastado constatou que a patologia auditiva progressiva teve início antes da entrada em vigor norma proibitiva, a Lei nº 9.528/97.
3. Decisão monocrática confirmada, agravo regimental a que se nega provimento."
(AgRg no Ag nº 506365/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, j. 18.08.2005, v. u., DJ 05.09.2005.)

"PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS DE AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. ECLOSÃO DA MOLÉSTIA ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 9.528/97. POSSIBILIDADE. EMBARGOS PROVIDOS.
1. Esta Corte Superior já consolidou entendimento no sentido de que, quando o Tribunal *a quo* houver reconhecido que a eclosão da moléstia acidentária que acometeu o obreiro, se deu antes da vigência da Lei nº 9.528/97, que, alterando a redação do artigo 86, § 2º, da Lei nº 8.213/91, passou a vedar, expressamente, a cumulação do benefício de auxílio-acidente com qualquer aposentadoria, deve ser

garantida a percepção dos dois benefícios, em respeito ao princípio do *tempus regit actum*.
2. Embargos de divergência acolhidos."
(EREsp nº 574402/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 3ª Seção, j. 25.05.2005, v. u., DJ 15.06.2005.)

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. APOSENTADORIA E AUXÍLIO-ACIDENTE. CUMULAÇÃO. DEFINIÇÃO DA LEI APLICÁVEL. DATA DO ACIDENTE.
1. '1. Na concessão do benefício previdenciário, a lei a ser observada é a vigente ao tempo do fato que lhe determinou a incidência, da qual decorreu a sua juridicização e conseqüente produção do direito subjetivo à percepção do benefício. Precedentes da 3ª Seção.
2. Para se decidir a possibilidade de cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria, em face do advento da Lei nº 9.528/97, deve-se levar em consideração a lei vigente ao tempo do acidente causa da incapacidade para o trabalho, incidindo, como incide, nas hipóteses de doença profissional ou do trabalho, a norma inserta no artigo 23 da Lei nº 8.213/91.
3. Em havendo o acórdão recorrido reconhecido que o tempo do acidente causa da incapacidade para o trabalho é anterior à vigência da Lei nº 9.528/97, é de se reconhecer a possibilidade da cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria, incidindo a Lei nº 8.213/91, na sua redação original, por força do princípio *tempus regit actum*.
4. Incidência analógica da Súmula nº 359 do STF e orientação adotada pela 3ª Seção nas hipóteses de pensão por morte devida a menor designado, antes do advento da Lei nº 9.032/95.' (REsp 373.890/SP, da minha Relatoria, *in* DJ 24/6/2002).
2. Recurso provido."
(REsp nº 648752/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, j. 14.09.2004, v. u., DJ 13.12.2004.)

"PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. CUMULAÇÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. LEI Nº 6.367/76. POSSIBILIDADE.
O benefício do auxílio-acidente concedido ainda sob a égide da Lei nº 6.367/76, dada sua natureza indenizatória e autônoma, pode ser cumulado com a aposentadoria por tempo de serviço. Precedentes.
Recurso conhecido e provido."
(REsp nº 236040/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 21.08.2001, v. u., DJ 24.09.2001.)

No mesmo sentido, precedentes desta Corte Regional, ora colacionados:

"PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-ACIDENTE. SEGURADO APOSENTADO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. MOLÉSTIA SURGIDA ANTES DA LEI Nº 9.528/97.
É possível a cumulação de aposentadoria por idade com auxílio-acidente, uma vez que a moléstia é anterior à vigência da Lei nº 9.528/97. Precedentes do STJ.
Agravo retido não conhecido. Remessa oficial desprovida."
(REOMS nº 2006.61.21.002323-8/SP, Rel. Des. Federal Castro Guerra, 10ª Turma, j. 08.01.2008, v. u., DJU 30.01.2008.)

"PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA COM AUXÍLIO-ACIDENTE. LEI APLICÁVEL. DATA DO ACIDENTE. POSSIBILIDADE - LEI Nº 9.528/97.
1. Ainda que a Lei nº 9.528/97, dando nova redação ao art. 86, § 2º, da Lei nº 8.213/91, tenha vedado expressamente a cumulação do auxílio-acidente com qualquer aposentadoria, é possível a cumulação dos benefícios se o fato gerador do auxílio-acidente teve origem antes da alteração redacional dessa norma.

2. Reexame necessário e apelação do INSS improvidos."
(AMS nº 2004.61.14.004693-3/SP, Rel. Des. Federal Jediael Galvão, 10ª Turma, j. 27.03.2007, v. u., DJU 18.04.2007.)

"APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. APOSENTADORIA. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. *TEMPUS REGIT ACTUM*. DIREITO ADQUIRIDO. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INFRAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS.
1. Se os titulares do benefício cumpriram todos os requisitos exigidos pela lei vigente à época da lesão acidentária, têm direito adquirido à satisfação do benefício nos moldes pretéritos, sem a incidência da lei posterior menos benéfica, e devem continuar recebendo o auxílio-acidente de forma mensal e vitalícia, em razão do princípio *lex tempus regit actum*.
2. O ato de cancelamento do benefício acidentário perpetrado pela autoridade coatora, malferiu o princípio da legalidade descrito no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.
3. Deve ser coibida a conduta ilegal da Administração, a ensejar, em última análise, que o direito dos administrados fique subordinado ao arbítrio do administrador.
4. Apelação provida."
(AMS nº 2000.61.05.010118-4/SP, Rel. Des. Federal Antonio Cedenho, 7ª Turma, j. 09.10.2006, maioria, DJU 28.02.2007.)

"MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA *EX OFFICIO* E APELAÇÃO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE COATORA. CARÊNCIA EM PARTE DA AÇÃO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 269, DO STF. AUXÍLIO-ACIDENTE COM NEXO CAUSAL ANTERIOR À LEI Nº 8.213/91. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DESTE

COM O BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA.
1. Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Chefe do Posto de Benefícios do INSS, eis que o ato inquinado de ilegal foi praticado pela referida autoridade. Precedentes do STJ.
2. Incide na espécie a Súmula 269 do E. STF, no sentido de que o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança. Extinto nessa parte o feito, sem julgamento do mérito.
3. Nexo causal do auxílio-acidente anterior à edição da lei nº 8.213/91. Direito adquirido aos moldes da redação original do artigo 86, § 3º, da Lei de Benefícios, c. c. art. 6º, *caput*, e § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. Precedentes do STJ.
4. Preliminar rejeitada. Remessa oficial parcialmente provida. Apelação da autarquia improvida."
(AMS nº 2000.61.15.000790-6/SP, Rel. Des. Federal Vera Jucovsky, 8ª Turma, j. 20.03.2006, v. u., DJU 26.04.2006.)

Contudo, quando permitida a cumulação dos benefícios, é inadmissível a incorporação do valor do auxílio-acidente ao salário-de-contribuição utilizado para efeito de apuração da renda mensal inicial da aposentadoria posterior, sob pena de *bis in idem*, que se configuraria porque o benefício acidentário, além de ser pago concomitantemente com a aposentadoria, estaria incluso em sua base de cálculo.

Assim, na hipótese em tela, deverá o benefício acidentário ser restabelecido pela Autarquia Previdenciária, excluindo-se, porém, o seu valor dos salários-de-contribuição que compõem a base de cálculo da aposentadoria concedida ao impetrante.

Confira-se, a esse respeito, a jurisprudência:

"PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 6º DA LICC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AUXÍLIO-ACIDENTE. CUMULAÇÃO. SEGURADO APOSENTADO.

MOLÉSTIA DESENVOLVIDA EM DATA ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI Nº 9.528/97. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO PACIFICADO POR ESTA CORTE. *BIS IN IDEM*. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
(...)
4. É pacífico o entendimento da Terceira Seção deste Superior Tribunal no sentido de que a cumulação dos referidos benefícios somente é possível quando o auxílio-acidente for excluído do salário-de-contribuição para fins de cálculo do RMI da aposentadoria, sob pena de *bis in idem*.
5. Recurso especial a que se nega provimento."
(STJ, REsp nº 414079/RS, Rel. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 01.03.2007, v. u., DJ 26.03.2007.)

"PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. CUMULAÇÃO. FATO GERADOR OCORRIDO ANTES DA LEI Nº 9.528/97. POSSIBILIDADE. AUXÍLIO-ACIDENTE. INCLUSÃO. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. CÁLCULO. APOSENTADORIA. PERÍODO ANTERIOR À LEI Nº 9.528/97. IMPOSSIBILIDADE.
1. Como o auxílio-acidente foi concedido em 01/09/1995, é evidente que a incapacidade preexiste à Lei nº 9.528/97, razão pela qual é possível a cumulação do benefício acidentário com a aposentadoria.
2. No período anterior à edição da Lei nº 9.528/97, o auxílio-acidente era vitalício, motivo porque não poderia ser integrado ao valor dos salários-de-contribuição utilizados para o cálculo do valor da aposentadoria, porquanto com ela acumulável, sob pena de *bis in idem*.
3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido para determinar que o valor da aposentadoria seja calculado apenas sobre o salário de contribuição, sem o acréscimo do auxílio-acidente."
(STJ, REsp nº 562321/SP, Rel. Minª. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 23.03.2004, v. u., DJ 03.05.2004.)

"RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. O AUXÍLIO-ACIDENTE PODE SER CUMULADO COM A APOSENTADORIA, MAS NÃO DEVE INTEGRAR O SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO PARA FINS DE CÁLCULO DESSA MESMA APOSENTADORIA. *BIS IN IDEM*.
Segundo legislação vigente à época, 'o auxílio-acidente poderia ser cumulado com o benefício da aposentadoria', por essa razão não deve o mesmo ser adicionado ao salário de contribuição, servindo de base para aposentadoria posterior, pois tal inclusão e posterior pagamento cumulativo acarretaria *bis in idem*, ou seja, ele pode ser cumulado com a aposentadoria, mas não deve ser somado ao salário de contribuição para o cálculo dessa mesma aposentadoria.
Recurso conhecido e provido."
(STJ, REsp nº 478185/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 20.02.2003, v. u., DJ 24.03.2003.)

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-ACIDENTE. APOSENTADORIA. CUMULATIVIDADE. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO ANTERIOR À LEI Nº 9.528/97. OBSCURIDADE. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMETNO.
I - Possibilidade de cumulação do auxílio-acidente concedido antes da Lei nº 9.528/97 com a aposentadoria, em face do princípio *tempus regit actum*, cujo valor, no entanto, não poderá integrar os salários-de-contribuição utilizados no cálculo do salário-de-benefício do último benefício.
II - Inexistência de ofensa ao disposto no artigo 97 da Constituição da República.
III - Os embargos de declaração interpostos com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório (Súmula 98 do E. STJ).
IV - Embargos de declaração rejeitados."

(TRF3, AMS nº 2007.61.26.005469-7/SP, Rel. Des. Federal Sérgio Nascimento, 10ª Turma, j. 17.02.2009, v. u., DJF3 04.03.2009.)

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CUMULAÇÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE COM APOSENTADORIA.
I - O direito líquido e certo é aquele que decorre de fato certo, provado de plano por documento inequívoco, apoiando-se em fatos incontroversos e não complexos que possam reclamar a dilação probatória para a sua verificação.
II - Sendo o acidente anterior à vigência da lei nº 9.528/97, é cabível a cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria, incidindo a Lei nº 8.213/91 na sua redação original, por força do princípio *tempus regit actum*.
III - No cálculo do valor da aposentadoria não se aplica o disposto no artigo 31 da Lei nº 8.213/91, ou seja, o valor do auxílio-acidente não integra o salário-de-contribuição utilizado no salário-de-benefício da aposentadoria.
IV - Remessa oficial e apelação do INSS improvidas."
(TRF3, AMS nº 2007.61.04.009674-5/SP, Rel. Des. Federal Sérgio Nascimento, 10ª Turma, j. 23.09.2008, v. u., DJF3 08.10.2008.)

"MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. CUMULAÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. EXCLUÍDAS AS PARCELAS DEVIDAS EM ATRASO (SÚMULAS 269 E 271 DO STF). INDEVIDOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E CUSTAS.
1. Possível a cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria, desde que o fato jurídico que ensejou o infortúnio tenha eclodido em data anterior à Lei nº 9.528/97, segundo a máxima *tempus regit actum*. Precedentes.
2. Se a cumulação é possível, deixa de ser aplicada a regra do art. 31 da Lei nº 8.213/91, com a redação também dada pela Lei nº 9.528/97.

3. Não prospera a pretensão de pagamento de valores retroativos à impetração - súmulas 269 de 271 do STF.
4. Honorários advocatícios indevidos na via mandamental (súmulas 105 do STJ e 512 do STF). Sem custas, porque não adiantada pelo impetrante.
5. Recurso do impetrante parcialmente provido."
(TRF3, AMS nº 1999.61.00.053752-1/SP, Rel. Juiz Federal Conv. Vanderlei Costenaro, 10ª Turma, j. 07.03.2006, v. u., DJU 22.03.2006.)

Assim sendo, faculto à Autarquia Previdenciária a compensação administrativa entre os valores do auxílio-acidente devidos ao impetrante por força desta decisão e aqueles que lhe tenham sido pagos a mais em razão da inclusão do referido benefício na base de cálculo da sua aposentadoria.

Ante o exposto, rejeito a matéria preliminar, *nego provimento* à apelação e *dou parcial provimento* à remessa oficial, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

- Sobre a cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria, antes do advento da Lei nº 9.528/97, veja também os seguintes julgados: REsp 343.725/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, publicado na RTRF3R 63/321; EInf AC 97.04.47588-8/SC, Relatora Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, publicado na RTRF3R 63/780; AC 98.03.092741-8/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 76/137 e EI 0039442-51.2005.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Eva Regina, publicado na RTRF3R 100/516.

APELAÇÃO CÍVEL
0007092-68.2009.4.03.9999
(2009.03.99.007092-0)

Apelante: FIRMINA BIAJONE DA SILVA (= ou > de 65 anos)
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE APIAÍ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 1401876
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/12/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO CONSIGNADO. INTERESSE PROCESSUAL CONFIGURADO.

I - O interesse processual se configura pela necessidade de obter através do processo a proteção a interesse substancial e pela utilidade do provimento jurisdicional invocado, no sentido de que este tenha aptidão para a correção da alegada lesão ao direito.

II - O provimento cautelar pretendido pela autora mostra-se necessário e útil. Com efeito, tratando-se de pessoa humilde, de parcos recursos econômicos e com instrução educacional deficiente, não se pode exigir que seu pleito, consistente na exibição de documentos que respaldaram descontos no valor de seu benefício a título de empréstimos consignados indevidos, venha a ser dirigido à Agência do INSS de Itapeva/SP, distante de seu domicílio em Apiaí/SP. Portanto, a intervenção do Poder Judiciário se afigura imprescindível para a proteção do direito que se alega. De outra parte, verifica-se, igualmente, a utilidade do provimento jurisdicional requerido, pois com o acolhimento do pedido cautelar, a autora terá acesso aos documentos que ensejaram os desfalques em sua renda, podendo, assim, acionar judicialmente aqueles que entender

responsáveis pelos descontos efetuados e o ressarcimento do numerário.

III - O provimento cautelar pretendido pela autora está condicionado à existência dos seguintes requisitos, a saber: a plausibilidade do direito invocado (*fumus boni iuris*) e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

IV - A demandante, ao tomar ciência do desconto incidente sobre seu benefício previdenciário, diligenciou imediatamente no sentido de evitar a continuação de tais descontos, tendo efetuado inclusive registro em boletim de ocorrência perante a Autoridade Policial. Portanto, considerando as atitudes da autora, refletindo sua indignação frente aos descontos em seu benefício, e o princípio da boa-fé, mostra-se bastante plausível a hipótese de que os aludidos descontos não são devidos. De outra parte, vislumbra-se o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, pois os valores são significativos e possuem natureza alimentar.

V - Embora o documento que se requer a exibição refira-se a contrato entre a autora e a instituição financeira, o INSS, como terceiro, tem o dever de exibi-lo, pois encontra-se envolvido diretamente com o negócio jurídico invocado pela demandante, na medida em que concretiza os efeitos do contrato de empréstimo ora questionado.

VI - Apelação da parte autora provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de dezembro de 2010.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de apelação de sentença pela qual foi indeferida a petição inicial, nos termos do art. 296 do CPC, tendo sido julgado extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento nos artigos 295, III, e 267, VI, ambos do CPC, sob o argumento de que a autora carece de interesse processual na propositura de ação cautelar contra o INSS, que objetivava a exibição de documentos os quais serviram de base para os descontos a título de empréstimos consignados indevidos. A autora foi condenada ao pagamento de custas e demais despesas processuais, com observância do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Objetiva a parte autora a reforma de tal sentença, alegando, em síntese, que os documentos objeto da presente cautelar de exibição encontram-se sob a posse do INSS, razão pela qual se justifica a busca de provimento jurisdicional com o fito de impelir a autarquia a exibi-los; que é pessoa humilde, carente e modesta, e que não tem condições materiais e intelectuais para solicitar os documentos junto a Agência do INSS que dista cerca de 90 km da sede da Comarca; que se vislumbra interesse de agir, consubstanciado na necessidade e utilidade do provimento jurisdicional pleiteado, seja do ponto de vista econômico, seja do ponto de vista moral. Requer seja anulada a sentença, bem como seja o INSS compelido a apresentar os documentos solicitados na presente ação cautelar.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 551, § 3º, do CPC.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): O interesse processual se configura pela necessidade de obter através do processo a proteção a interesse substancial e pela utilidade do provimento jurisdicional invocado, no sentido de que

este tenha aptidão para a correção da alegada lesão ao direito.

O provimento cautelar pretendido pela autora mostra-se necessário e útil. Com efeito, tratando-se de pessoa humilde, de parcos recursos econômicos e com instrução educacional deficiente, não se pode exigir que seu pleito, consistente na exibição de documentos que respaldaram descontos no valor de seu benefício a título de empréstimos consignados indevidos, venha a ser dirigido à Agência do INSS de Itapeva/SP, distante de seu domicílio em Apiaí/SP. Portanto, a intervenção do Poder Judiciário se afigura imprescindível para a proteção do direito que se alega.

De outra parte, verifica-se, igualmente, a utilidade do provimento jurisdicional requerido, pois com o acolhimento do pedido cautelar, a autora terá acesso aos documentos que ensejaram os desfalques em sua renda, podendo, assim, acionar judicialmente aqueles que entender responsáveis pelos descontos efetuados e o ressarcimento do numerário.

Importante salientar, outrossim, que o provimento cautelar está condicionado à existência dos seguintes requisitos, a saber: a plausibilidade do direito invocado (*fumus boni iuris*) e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

No caso vertente, a demandante, ao tomar ciência do desconto incidente sobre seu benefício previdenciário, diligenciou imediatamente no sentido de evitar a continuação de tais descontos, tendo efetuado inclusive registro em boletim de ocorrência perante a Autoridade Policial (fl. 11). Portanto, considerando as atitudes da autora, refletindo sua indignação frente aos descontos em seu benefício, e o princípio da boa-fé, mostra-se bastante plausível a hipótese de que os aludidos descontos não são devidos. De outra parte, vislumbra-se o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, pois os valores são significativos e possuem natureza alimentar.

Por outro lado, dispõe o art. 844, inciso II, do CPC:

> "Art. 844. Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial:

(...)
II - de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor, ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios.
(...)"

Na hipótese dos autos, embora o documento que se requer a exibição refira-se a contrato entre a autora e a instituição financeira, o INSS, como terceiro, tem o dever de exibi-lo, pois encontra-se envolvido diretamente com o negócio jurídico invocado pela demandante, na medida em que concretiza os efeitos do contrato de empréstimo ora questionado.

Cabe anotar, outrossim, que a presente ação cautelar tem natureza satisfativa, posto que a exibição do documento requerido esgota seu objeto, sendo dispensável o ajuizamento de ação principal.

Diante do exposto, *dou provimento à apelação da parte autora*, para anular a r. sentença recorrida, determinando o retorno dos presentes autos ao r. Juízo *a quo*, procedendo-se à citação do INSS, com o fito de exibir os documentos pertinentes ao contrato de empréstimo consignado reputado como indevido.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL
0008247-92.2002.4.03.6106
(2002.61.06.008247-0)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: ARLINDO RIBEIRO DA SILVA FILHO
Co-réu: ROGÉRIO ALVES TAVEIRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ACr 33429
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/12/2010

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA. PRELIMINAR DE NULIDADE. DESCAMINHO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONCURSO DE AGENTES. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO PROVIDO.

1. O *error in judicando* não nulifica a sentença; enseja apenas sua reforma. Preliminar de nulidade rejeitada.
2. Se duas pessoas, em concurso, perpetram descaminho com ilusão tributária superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais), não há falar em insignificância, sendo inviável afirmar que cada uma responderia pela metade das mercadorias e dos impostos.
3. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo do crime de descaminho, é de rigor reformar-se a sentença absolutória prolatada em primeiro grau de jurisdição.
4. Recurso provido. Sentença absolutória reformada.

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 PROVIMENTO* à

apelação para, reformando a r. sentença de primeiro grau, julgar procedente a pretensão punitiva estatal e, por conseguinte, condenar o réu Arlindo Ribeiro da Silva Filho como incurso nas disposições do artigo 334, *caput*, do Código Penal, impondo-lhe a pena de 1 (um) ano de reclusão, inicialmente em regime aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade. Condenar o réu, também, ao pagamento das custas do processo. Transitada em julgado a condenação, inscreva-se o nome do réu no rol dos culpados e procedam-se às devidas anotações, inclusive à Justiça Eleitoral. Eventual prescrição pela pena concretamente aplicada deverá ser aferida após o trânsito em julgado para a acusação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2010.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelação interposta pelo *Ministério Público Federal*, em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara Criminal de São Paulo, SP, que, com fundamento no art. 386, inc. VI, do Código de Processo Penal, absolveu *Arlindo Ribeiro da Silva Filho* da imputação de haver infringido o disposto no artigo 334 do Código Penal.

Segundo o MM. Juiz de primeiro grau, considerando-se "que o réu foi co-responsável pela compra dessas mercadorias apreendidas, podendo ser responsabilizado pelo valor correspondente a 50% das mercadorias [...] tem-se que o valor não recolhido pelo réu atinge cifra diminuta, não revelando lesão significativa ao Fisco."

Consta da denúncia que, no dia 26 de setembro de 2002, na altura do KM 260 da Rodovia Assis Chateaubriand, José Bonifácio, SP, agentes da Polícia Rodoviária Federal abordaram um ônibus de placa BYA-6733, oriundo de Foz do Iguaçu, PR com destino a Franca/SP, e, ao realizarem a vistoria no veículo,

verificaram que os passageiros traziam mercadorias estrangeiras em excesso.

Extrai-se da peça acusatória que o apelado e uma pessoa não identificada internalizaram mercadorias de diversas espécies adquiridas no Paraguai para Rogério Alves Taveira, que arcara com as despesas de viagem.

De acordo com a denúncia, as mercadorias valeriam R$ 10.899,36 (dez mil, oitocentos e noventa e nove reais e trinta e seis centavos), acarretando um prejuízo para a União no importe de R$ 16.868,85 (dezesseis mil, oitocentos e sessenta e oito reais e oitenta e cinco centavos).

A peça acusatória fora oferecida em face do recorrido e de Rogério Alves Taveira, tendo o feito sido desmembrado com relação a este, porquanto aceitou a proposta de suspensão condicional do processo.

Em suas razões recursais, o Ministério Público Federal pleiteia a reforma da sentença, com base nos seguintes argumentos:

a) não se confunde a cobrança do crédito fiscal com a reprimenda cabível na seara penal;

b) é inaplicável, ao caso, o princípio da insignificância;

c) restou devidamente comprovada a materialidade delitiva.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

Nesta instância, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da e. Procuradora Regional da República Janice Agostinho Barreto Ascari, opina para declarar-se a nulidade da sentença, porquanto, em vez de aplicar o princípio da insignificância, absolveu o réu com base no inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal, não obstante, tenha reconhecido que o recorrido poderia ser responsabilizado pelo crime, de modo que "absolvê-lo por falta de provas para condenação é, portanto, uma conclusão que não decorre logicamente da premissa anterior de que o réu deve ser responsabilizado pelo crime, deixando clara a carência de motivação intrínseca da decisão". Caso superada a preliminar, Sua Excelência opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): O MM. Juiz sentenciante prolatou sentença de absolvição por "insuficiência de provas", aduzindo, para tanto, que somente metade das mercadorias apreendidas poderia ser atribuída ao réu, porção cujos tributos devidos seriam juridicamente insignificantes.

A d. Procuradoria Regional da República considera ser nula a sentença, uma vez que da aplicação do princípio da insignificância não resultaria a absolvição por insuficiência de provas.

De fato, o fundamento invocado na sentença não conduz à conclusão emitida. Daí não resulta, porém, a nulidade da sentença, mas, eventualmente, sua reforma, podendo a erronia ser classificada como vício de julgamento (*error in judicando*) e não de atividade (*error in procedendo*).

No que tange à *ratio decidendi*, é de rigor reconhecer que assiste razão ao *parquet*, na medida em que não procede, *data venia*, o argumento de que o réu responderia apenas por 50% (cinquenta por cento) das mercadorias apreendidas e, por conseguinte, dos impostos iludidos.

Ora, se duas pessoas associaram-se para a prática do descaminho, ambas respondem pela ação como um todo, não sendo dado dividir o crime em metades. Do concurso de agentes deriva que ambos praticaram a conduta em conjunto, cada qual respondendo, portanto, pelo todo.

In casu, os impostos montaram quase R$ 17.000,00 (dezessete mil reais), em valores de 2003. Não há, pois, como acolher a tese da bagatela, haja vista que, mesmo na jurisprudência mais generosa, o limite considerado é de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Afastada a premissa adotada pelo magistrado sentenciante, diga-se que a materialidade do delito restou plenamente demonstrada, seja pelo laudo merceológico de f. 96 e seguintes, seja pelo ofício de f. 125, revelador do *quantum* de impostos não solvidos.

A autoria também é certa e recai sobre a pessoa do réu, que assumiu ser o responsável pelo transporte das mercadorias

apreendidas. A afirmação de que os bens não lhe pertenciam não o socorre, uma vez que, para a incriminação, basta a circunstância de o apelante ter efetuado o transporte com a consciência de que impostos devidos não haviam sendo pagos.

Os autos de apreensões de f. 15-17 e 18-19 apontam, também, para o réu, revelando que em poder dele foram apreendidas as mercadorias.

Nessas condições, é de rigor a reforma do decreto absolutório, impondo-se a condenação do réu.

No que concerne à dosimetria, anote-se que o réu não ostenta maus antecedentes, devendo-se anotar que procedimentos criminais em curso não autorizam a exasperação da pena-base (Superior Tribunal de Justiça, Súmula 444). Nada de especial existe para ser consignado a propósito da culpabilidade, dos motivos, da personalidade, da conduta social, das circunstâncias, das consequências ou do comportamento da vítima.

Assim, fixo a pena-base em 1 (um) ano de reclusão, mínimo legal.

Não há agravantes a considerar e, à vista da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, não há espaço para qualquer atenuação.

Também não existem causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, razão pela qual a torno definitiva em 1 (um) ano de reclusão.

Nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena será o aberto.

Concorrem, *in casu*, os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, pelo que substituo a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, a ser disciplinada pelo juízo da execução, observadas as diretrizes dos artigos 46 e 55 do Código Penal.

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO* à apelação para, reformando a r. sentença de primeiro grau, julgar procedente a pretensão punitiva estatal e, por conseguinte, condenar o réu Arlindo Ribeiro da Silva Filho como incurso nas disposições do artigo 334, *caput*, do Código Penal, impondo-lhe a pena de 1 (um) ano de

reclusão, inicialmente em regime aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade. Condeno o réu, também, ao pagamento das custas do processo. Transitada em julgado a condenação, inscreva-se o nome do réu no rol dos culpados e procedam-se às devidas anotações, inclusive à Justiça Eleitoral.

Eventual prescrição pela pena concretamente aplicada deverá ser aferida após o trânsito em julgado para a acusação.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0010054-10.2003.4.03.6108
(2003.61.08.010054-7)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: CLAUDEMIR LAURINDO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: ACr 42291
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/12/2010

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. ARTIGO 397, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA LIMITADO AO VALOR DE R$ 10.000,00. ARTIGO 20, DA LEI 10522/2002, ALTERADO PELA LEI 11.033/2004. INAPLICABILIDADE. PRÁTICA DO DESCAMINHO COMO MEIO DE VIDA. "CONTRABANDO DE FORMIGUINHA". APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA DETERMINAR O REGULAR PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Denúncia que narra a prática do crime definido no artigo 334 do Código Penal.

2. Para fins de aplicação do princípio da insignificância, deve ser considerado o limite de R$ 10.000,00 (dez mil reais), instituído pela Lei 11.033/2004, que alterou o artigo 20, da Lei 10.522/2002 (STF, HC nº 92.438-7/PR e STJ STJ Resp 112.478-TO).

3. Não se pode considerar que uma mesma conduta é irrelevante se o acusado tem boa índole, é primário ou foi movido por dificuldades econômicas, mas significativa se ele for perverso, se praticou o crime por cupidez, se é reincidente ou voltado à prática delitiva.

4. Todavia, o exame de sua relevância não deve levar em consideração somente o pequeno valor das mercadorias

apreendidas em poder do acusado, que podem ser apenas parte de um conjunto muito maior.
5. Pela reiteração delitiva, que está suficientemente demonstrada no caso concreto, o criminoso alcança provocar lesão relevante ao erário, realizando aquilo que se apelidou de "contrabando de formiguinha": fazendo seguidas viagens ao exterior, facilitadas pela existência de fronteira seca, ele infinitas vezes desencaminha pequenas quantidades de mercadoria em cada viagem; assim, chama pouca atenção para sua atividade ilícita, diminui o risco de perda do capital em caso de apreensão, e ainda se apresenta em juízo como um criminoso casual e quase inofensivo.
6. A Lei nº 10.522/2002 determina o prosseguimento das execuções quando o valor total dos débitos consolidados em desfavor do mesmo contribuinte supere R$ 10.000,00, ainda que cada um deles, isoladamente considerado, seja de pequena monta.
7. Ao tomar-se este diploma legal como fundamento para julgar se a conduta foi capaz de atingir o bem jurídico tutelado pela norma penal, deve permitir-se que tal raciocínio chegue a todas as suas conseqüências.
8. Apelação a que se dá provimento para reformar a sentença recorrida, e determinar o retorno dos autos à vara de origem, observando-se o decreto de suspensão do processo e do curso do prazo prescricional (fls. 128).

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 maioria, DAR PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público Federal para reformar a sentença recorrida, e determinar o retorno dos autos à vara de origem, observando-se decreto de suspensão do processo e do curso do prazo prescricional (fl. 128), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de outubro de 2010.

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RENATO TONIASSO:

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal - MPF (fls. 160/171), em face da r. sentença (fls. 151/156) que absolveu o réu CLAUDEMIR LAURINDO da acusação de prática do delito previsto no art. 334, *caput*, do Código Penal - CP, sob o fundamento de que o fato narrado da denúncia seria atípico, tendo em vista o princípio da insignificância.

O MPF - denunciou o réu como incurso na pena do art. 334, do CP, porque, no dia 23/08/2003, no Km. 210 (praça de pedágio de Itatinga/SP) da rodovia Castelo Branco SP, CLAUDEMIR, passageiro do veículo de placas BWJ-0468, pertencente à empresa Eclipse Turismo, foi surpreendido pela Polícia Federal após ter adentrado em território brasileiro com produtos de procedência estrangeira, importados do Paraguai em desacordo com a legislação aduaneira, e avaliados em R$ 7.500,00 (sete mil quinhentos reais), conforme auto de apreensão (fl. 13).

A denúncia foi recebida em 18/11/2005 (fl. 77).

Foi decretada a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal - CPP, uma vez que a citação e a intimação do réu deram-se por edital, sem que houvesse comparecimento do mesmo à audiência designada para interrogatório (fl. 128).

Indeferido o pedido de prisão preventiva (fl. 137).

A sentença absolutória foi proferida em 26/02/2009 (fls. 151/156).

O MPF, em suas razões recursais, alega, em síntese, que, no caso de descaminho, há relevância penal mesmo quando o total dos tributos suprimidos é inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais), pois, nos termos do art. 20 da Lei 10.522/02, o interesse fiscal persiste nesses casos, sendo apenas postergado. Afirma que

a adoção do valor de dez mil reais como paradigma para aplicação da insignificância deve ser afastada, uma vez que destoa da conjuntura social e econômica do País, bem como que seria causa provável de um aumento descontrolado de importações ilegais e de pessoas introduzidas na criminalidade. Requer seja afastado o princípio da insignificância, na medida em que toda lesão a um direito amparado por norma penal mostra-se de relevância, pouco importando o valor do prejuízo.

Contrarrazões às fls. 200/209.

A Procuradoria Regional da República opinou pelo não provimento do recurso (fls. 211/213).

É o relatório.

À revisão.

Juiz Federal Convocado RENATO TONIASSO

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF (Relator):

O Juízo de 1º grau absolveu o acusado, na forma do artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal, em razão da aplicação do princípio da insignificância.

O princípio da insignificância, como corolário do princípio da pequenez ofensiva inserto no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, estabelece que o Direito Penal, pela adequação típica do fato à norma incriminadora, somente intervenha nos casos de lesão de certa gravidade, atestando a atipicidade penal nas hipóteses de delitos de lesão mínima, que ensejam resultado diminuto.

No escólio de Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

> "O princípio da insignificância (...) decorre da concepção utilitarista que se vislumbra modernamente nas estruturas típicas do Direito penal. No exato momento em que a doutrina evoluiu de um conceito formal a outro material de crime, adjetivando de significado lesivo a conduta humana

necessária a fazer incidir a pena criminal pela ofensa concreta a um determinado bem jurídico, fez nascer a idéia da indispensabilidade da gravidade do resultado concretamente obtido ou que se pretendia alcançar.
O princípio da insignificância, assim, vem a luz em decorrência de uma especial maneira de se exigir a composição do tipo penal, a ser preenchido, doravante, não apenas por aspectos formais, mas também, e essencialmente, por elementos objetivos que levem à percepção da utilidade e da justiça de imposição de penal criminal ao agente" (*in Princípio da insignificância no Direito penal*, 2ª edição, p. 38/37, ed. RT).

O entendimento desta Turma e das instâncias superiores vinha se solidificando no sentido de que não se pode tomar como insignificante valor tão elevado quanto o atualmente mencionado na Lei nº 10.522/2002, sendo razoável adotar como paradigma o montante de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) estabelecido na redação anterior daquele dispositivo.

"(...) Se a própria União, na esfera cível, a teor do art. 20 da Lei nº 10.533/2002, entendeu por perdoar as dívidas inferiores a R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), não faz sentido apenar o recorrente pelo crime de contrabando por assimilação, pelo fato de ter introduzido no país mercadoria nacional sem o recolhimento de tributo inferior ao mencionado valor.
Aplicação do princípio da insignificância como causa supra legal de exclusão de tipicidade. Precedentes do STJ." (Resp 2001/0026505-7, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 12.04.04, p. 232).

"(...) O Laudo contendo o valor de mercado dos produtos apreendidos não é relevante no presente caso, pois não se aplica o Princípio da insignificância, uma vez que o valor das mercadorias ultrapassa o montante de R$ 2.500,00 (dois

mil e quinhentos reais)" (ACR 2005.61.11.004082-9, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 1º de abril de 2008).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal assentou que deve ser adotado o limite de R$ 10.000,00 (dez mil reais), instituído pela Lei nº 11.033/04, que alterou o artigo 20, da Lei nº 10.522/02:

"*HABEAS CORPUS*. DESCAMINHO. MONTANTE DOS IMPOSTOS NÃO PAGOS. DISPENSA LEGAL DE COBRANÇA EM AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL. LEI Nº 10.522/02, ART. 20. IRRELEVÂNCIA ADMINISTRATIVA DA CONDUTA. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PENAL . AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA. 1. De acordo com o artigo 20 da Lei nº 10.522/02, na redação dada pela Lei nº 11.033/04, os autos das execuções fiscais de débitos inferiores a dez mil reais serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, em ato administrativo vinculado, regido pelo princípio da legalidade. 2. O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva. 3. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito penal . Inexistência de lesão ao bem jurídico penal mente tutelado. 4. O afastamento, pelo órgão fracionário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da incidência de norma prevista em lei federal aplicável à hipótese concreta, com base no art. 37 da Constituição da República, viola a cláusula de reserva de plenário. Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal. 5. Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal ."

(STF, HC nº 92.438-7/PR, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 18.12.08, p. 925)

Nesse sentido, recentemente decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

"PENAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PARÂMETRO. ARTIGO 20 DA LEI Nº 10.522/02. DISPENSA DE EXECUÇÃO FISCAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA. SUBSIDIARIEDADE. CABIMENTO.
1. Consoante recente entendimento da Suprema Corte e do STJ, se a Fazenda Pública dispensa a cobrança de tributo inferior ao fixado no art. 20 da Lei 10.522/02, só há justa causa para processar e julgar acusado pela prática de descaminho quando o total dos impostos sonegados for superior ao apontado parâmetro legal. 2. No caso dos autos, a conduta é materialmente atípica. Aplicação do princípio da insignificância."
(Embargos Infringentes e de Nulidade nº 2005.70.02.006341-6/PR, 4ª Seção, rel. Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro, DJU 29.09.08)

De outra banda, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente, por ocasião do julgamento de Recurso Repetitivo (REsp nº 1.112.478-TO, Relator Ministro Félix Fischer, acórdão publicado em 13.10.2009) que, na esteira da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, deve-se aplicar o princípio da insignificância aos processos cujos tributos não ultrapassem a quantia de R$ 10.000,00:

"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 105, III, *A* E *C* DA CF/88. PENAL . ART. 334, § 1º, ALÍNEAS *C* E *D*, DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

> I - Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso - 1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02.
> II - Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (*vide* EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJE de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte.
> III - Recurso especial desprovido".

Os produtos apreendidos foram avaliados em R$ 7.500,00 (sete mil quinhentos reais), nos termos dos documentos acostados aos autos às fls. 29/31.

Contudo, se a conduta é reiterada, não pode ser considerada irrelevante apenas por serem pequenos os valores envolvidos em apenas um caso isolado. Pela continuidade delitiva, que parece provável no caso concreto, o criminoso alcança provocar lesão relevante ao erário, realizando aquilo que se apelidou de "contrabando de formiguinha": fazendo seguidas viagens ao exterior, facilitadas pela existência de fronteira seca, ele infinitas vezes importa pequenas quantidades de mercadoria de cada vez; assim, chama pouca atenção para sua atividade ilícita, diminui o risco de perda do capital em caso de apreensão, e ainda se apresenta em juízo como um criminoso casual e quase inofensivo.

O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que o princípio da insignificância não pode ser afastado por circunstâncias de caráter pessoal alheias à do delito, em tese, verificado. Nesse passo, os maus antecedentes do acusado não poderiam impedir a aplicação do princípio ao caso concreto (RE 514.531-0/RS, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 06.03.09, p. 1260 e HC 94.502-3/RS, 1ª Turma, rel. Min. Menezes

Direito, DJ 20.03.09, p. 322).

Porém, aqui, não se está fazendo um juízo subjetivo, isto é, um julgamento da PESSOA DO AGENTE, do seu caráter, da sua personalidade, de suas condições pessoais, de seus motivos etc.

Não se está afirmando que uma mesma conduta deve ser considerada irrelevante se o acusado tem boa índole, é primário ou foi movido por dificuldades econômicas, mas significativa se ele for perverso, se praticou o crime por cupidez, se é voltado à prática delitiva.

A apreciação cabível neste caso concreto recai sobre a própria conduta do agente e, portanto, é de ordem objetiva.

De fato, se observado tão-somente o momento da apreensão das mercadorias mencionadas nos autos, ter-se-ia um fato de resultado aparentemente insignificante.

Verificou-se que o acusado apresenta indícios do exercício dessa atividade como profissão, a exemplo da Ação Penal (Processo nº 2005.70.02.009020-1), que tramita no Juízo Federal da 1ª Vara de Criminal de Foz do Iguaçu/PR, pela prática do artigo 334 do Código Penal (fls. 109).

Repita-se: não se está fazendo um juízo de antecedentes criminais, mas dos indícios de que as mercadorias apreendidas em poder do acusado são as únicas ou de que, muito ao contrário, são apenas parte de um conjunto muito maior.

Aliás, não se pode perder de vista que o fundamento para que se considere insignificante o crime envolvendo quantia inferior a R$ 10.000,00 é exatamente a adoção desse limite pelo artigo 20, da Lei nº 10.522/02 para determinar o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais.

Note-se que deve ser levado em consideração o valor consolidado dos débitos, e que as execuções devem VOLTAR A TRAMITAR quando os valores dos débitos ultrapassarem referido limite.

Ou seja, isoladamente considerado, o débito pode parecer insignificante, mas quando somado a outros - por vezes igualmente irrelevantes - faz surgir o interesse do Fisco na execução do valor total.

É o caso dos autos.

Dessa forma, existindo habitualidade delitiva, não se pode, sem maior reflexão, aplicar o princípio da insignificância.

Por estas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público Federal para reformar a sentença recorrida, e determinar o retorno dos autos à vara de origem, observando-se o decreto de suspensão do processo e do curso do prazo prescrição (fl. 128).

É o voto.

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES:

DESCRIÇÃO FÁTICA: narra a inicial acusatória que, em 20.08.2003, CLAUDEMIR LAURINDO foi surpreendido pela Polícia Militar Rodoviária transportando mercadorias de procedência estrangeira internadas irregularmente em ônibus vindo do Paraguai. A mercadoria foi avaliada em US$ 2.499,17. Com base nestes fatos, o Ministério Público Federal denunciou o acusado como incurso nas sanções do art. 334, do Código Penal.

SENTENÇA (fls. 151/156): Publicada em 26.02.2009, julgou improcedente a denúncia, para o fim de absolver o réu do crime imputado, em razão da atipicidade material da conduta, pela aplicação do princípio da insignificância.

APELANTE (Justiça Pública) - fls. 160/171: requer a reforma do r. *decisum*, sob o argumento de que o valor de tributo iludido, embora seja inferior à quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), fixada no art. 20, da Lei 10.522/02, e adotada como parâmetro para a consideração de irrelevância penal pela jurisprudência, não pode ser considerada insignificante e restar impunível.

APELADO (CLAUDEMIR LAURINDO): apresentou contrarrazões às fls. 200/209.

PARECER DA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA (Dr. Marcelo Moscogliato): manifestou-se pelo desprovimento

do recurso interposto, dada a insignificância da ofensa ao bem jurídico (fls. 211/213).

VOTO DO E. RELATOR (DR. HENRIQUE HERKENHOFF - fls. 228/232): o ilustre Relator deu provimento ao apelo, ao fundamento de que a reiteração da conduta delitiva afasta a aplicação do princípio da insignificância.

ACÓRDÃO: A Segunda Turma, por maioria de votos, deu provimento ao recurso de apelação.

DECLARAÇÃO DE VOTO:

Ouso divergir, *data venia*, do posicionamento do Eminente Desembargador Federal Relator no que tange à não aplicação do princípio da insignificância à hipótese vertente.

Com efeito, a moderna doutrina penal tem aderido à Teoria Constitucional do Delito, segundo a qual a tipicidade pode ser desmembradas em três elementos: a tipicidade formal, que consiste na adequação objetiva da conduta humana à norma penal, com a eventual verificação de um resultado naturalístico; a tipicidade subjetiva, consubstanciada no dolo do agente em realizar a conduta abstratamente descrita no tipo penal; e a tipicidade material, que se configurará quando a conduta subjetiva e formalmente típica apresentar relevância penal, cuja presença será aferida pelos critérios da nocividade social da conduta, pelo desvalor da ação e do resultado, pelo grau de lesividade ao bem jurídico tutelado e pela necessidade de aplicação da pena.

O princípio da insignificância, informado pelos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, atua justamente no nível da tipicidade material, afastando a criminalização da conduta que, embora formalmente e subjetivamente típica, revela-se socialmente adequada (conduta insignificante) ou se mostra incapaz de produzir lesão relevante ao bem jurídico tutelado (resultado insignificante).

O caráter fragmentário do Direito Penal legitima a sua atuação apenas àquelas hipóteses em que outros ramos do direito sejam incapazes de combater, com eficiência, um determinado comportamento antijurídico. Em não havendo lesão relevante ao bem juridicamente tutelado, não se justifica a aplicação da norma

penal, que deve funcionar como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, cuidando apenas de condutas consideradas graves, potencialmente capazes de gerar um estado de crise social que não pode ser solucionado por normas jurídicas com poder de sancionador mais brando.

Assim, cabe perquirir o que pode ser considerada lesão significativa ao bem jurídico protegido no que concerne ao delito de descaminho, capitulado no artigo 334 do Código Penal.

O artigo 20 da Lei 10.522/02 dispunha, originariamente:

> "Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais)"

A partir do referido dispositivo, passou a se aplicar o princípio da insignificância ao crime de descaminho, quando o total dos tributos iludidos não alcançasse R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), partindo-se da seguinte premissa: se o fisco não se interessa pela cobrança dos valores inferiores a esse patamar, não seria razoável defender a existência de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Posteriormente, a Lei 11.033/04 alterou a redação do artigo 20 da Lei 10.522/02, elevando o referido limite para R$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme se verifica da nova dicção legal do dispositivo:

> "Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais)."

Em vista da alteração legislativa, formou-se no Supremo

Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, entendimento no sentido de que o Direito Penal não estaria legitimado a intervir nas hipóteses em que o valor total do tributo iludido fosse igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais), conforme se extrai dos seguintes julgados:

> "EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIME DE DESCAMINHO. DÉBITO TRIBUTÁRIO INFERIOR AO VALOR PREVISTO NO ART. 20 DA LEI Nº 10.522/02. ARQUIVAMENTO. CONDUTA IRRELEVANTE PARA A ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.
> 1. Crime de descaminho. O arquivamento das execuções fiscais cujo valor seja igual ou inferior ao previsto no artigo 20 da Lei nº 10.522/02 é dever-poder do Procurador da Fazenda Nacional, independentemente de qualquer juízo de conveniência e oportunidade.
> 2. É inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não para o direito penal. O Estado, vinculado pelo princípio de sua intervenção mínima em direito penal, somente deve ocupar-se das condutas que impliquem grave violação ao bem juridicamente tutelado. Neste caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância. Ordem concedida."
> (STF, 2ª Turma, HC 95749/PR, rel. Min. EROS GRAU, j. 23/09/2008, DJe 211, publ. 07-11-2008).

> "*HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. DESCAMINHO. ATIPICIDADE MATERIAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSTO ILUDIDO (R$ 4.410,00) INFERIOR AO VALOR ESTABELECIDO PELA LEI 11.033/04 PARA EXECUÇÃO FISCAL (R$ 10.000,00). CONDUTA IRRELEVANTE AO DIREITO ADMINISTRATIVO, QUE NÃO PODE SER ALCANÇADA PELO DIREITO PENAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. NOVO ENTENDIMENTO DO STF. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA,

PORÉM, PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA.

1. De acordo com o entendimento recentemente firmado pelo STF, aplica-se o princípio da insignificância à conduta prevista no art. 334, *caput*, do CPB (descaminho), caso o ilusão de impostos seja igual ou inferior ao valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), estabelecido pelo art. 20, *caput*, da Lei 10.522/2002, alterado pela Lei 11.033/2004, para a baixa na distribuição e arquivamento de execução fiscal pela Fazenda Pública. HC 92.438/PR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJU 29.08.08, HC 95.749/PR, Rel. Min. EROS GRAU, DJU 07-11-2008 e RE 536.486/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJU 19-09-2008.

2. Segundo o posicionamento externado pela Corte Suprema, cuidando-se de crime que tutela o interesse moral e patrimonial da Administração Pública, a conduta por ela considerada irrelevante não deve ser abarcada pelo Direito Penal, que se rege pelos princípios da subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem concedida, para determinar o trancamento da Ação Penal."

(STJ, 5ª Turma, HC 116293/TO, rel Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 18/12/2008, DJe 09/03/2009)

No caso em questão, o valor das mercadorias apreendidas totaliza R$ 7.500,00 (*sete mil e quinhentos reais*), conforme se verifica do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal de fls. 29/31, o que induz à conclusão de que o valor do tributo iludido seguramente não ultrapassa R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Assim, em vista da insignificância da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, tem-se que os fatos narrados na denúncia carecem de tipicidade material, devendo o apelante ser absolvido com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Anoto, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que não desqualifica a aplicação do princípio da insignificância o fato de o réu ostentar antecedentes criminais, consoante se depreende do aresto a seguir:

> "EMENTA *Habeas corpus*. Penal. Crime de descaminho. Princípio da insignificância. Ordem concedida. 1. Nos termos da jurisprudência da Corte Suprema, o princípio da insignificância é reconhecido, podendo tornar atípico o fato denunciado, não sendo adequado considerar circunstâncias alheias às do delito para afastá-lo. 2. No cenário dos autos, presente a assentada jurisprudência da Suprema Corte, o fato de já ter antecedente não serve para desqualificar o princípio de insignificância. 3. *Habeas corpus* concedido."
> (STF, 1ª Turma, HC 94502/RS, rel Min. MENEZES DIREITO, j. 10/02/2009, DJe 053, publ. 20-03-2009)

E com razão. A aplicação do princípio da insignificância não deve ser obstada em função das características subjetivas do agente, porquanto o postulado trabalha no campo da tipicidade material, cuja configuração se afere com base no desvalor da conduta ou do resultado, critérios objetivos. Não fosse assim, estaríamos passando a adotar o chamado Direito Penal do Autor, o qual é incompatível com os valores constitucionalmente eleitos.

Ressalto que a reiteração de condutas pode, em tese, vir a elevar a lesão ao bem jurídico tutelado, tornando o fato penalmente relevante, o que se verificará quando o total dos tributos iludidos suplantarem a marca de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Todavia, para que isso se verifique e embase a condenação de uma pessoa, é necessário haver prova da reiteração delitiva nos autos.

Ocorre que o mero apontamento, em folha de antecedentes, de que o réu responde por outro delito da mesma espécie, conforme o informado à fl. 109, não autoriza, no meu entender, a desconsideração de um princípio de índole constitucional, mesmo porque, nestas condições, sequer é possível mensurar o

prejuízo suportado pela União. Ademais, nem mesmo se pode dizer, com segurança, que de fato houve reiteração delitiva em relação a fatos que constituem objeto de persecução penal ainda não passada em julgado.

E nem se diga que a prova da insignificância da conduta incumbiria à defesa, porquanto, como é consabido, o ônus de demonstrar a configuração dos elementos típicos compete à acusação, ou seja, cabe ao órgão ministerial demonstrar que a reiteração da conduta formalmente típica levou a uma lesão significativa ao bem jurídico tutelado.

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra, *nego provimento* ao recurso de apelação da defesa, para o fim de manter a absolvição do réu da imputação que lhe é feita, com base no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES

- Sobre a aplicação do princípio da insignificância no delito de descaminho, considerando a reiteração delitiva, veja também o seguinte julgado: HC 2009.03.00.026354-1/SP, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini, publicado na RTRF3R 99/386.

APELAÇÃO CRIMINAL
0001580-56.2004.4.03.6127
(2004.61.27.001580-8)

Apelante: JOSÉ PEREIRA DA SILVA
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: ACr 28137
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/12/2010

EMENTA

PENAL - PROCESSUAL PENAL - CRIMES DOS ARTIGOS 55 DA LEI AMBIENTAL E 2º *CAPUT* DA LEI Nº 8.176/91 - CONFLITO APARENTE DE NORMAS - INEXISTÊNCIA - TUTELA DE BENS JURÍDICOS DISTINTOS - MEIO-AMBIENTE E PATRIMÔNIO EXCLUSIVO DA UNIÃO - TRANSAÇÃO PENAL PELO RITO ESPECIAL DA LEI Nº 9.099/95 - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE DOS DELITOS COMPROVADAS - DESQUALIFICAÇÃO DOS TESTEMUNHOS DOS POLICIAIS MILITARES AMBIENTAIS - INADMISSIBILIDADE - PENA CONCRETIZADA NO JULGADO MANTIDA UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, EM DECORRÊNCIA DA AGRAVANTE GENÉRICA PREVISTA NA LEI AMBIENTAL, EM FACE DA MOTIVAÇÃO DO CRIME - CUPIDEZ E OBTENÇÃO DE LUCRO - FUNDAMENTAÇÃO MANTIDA - PRELIMINAR REJEITADA - RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 55 DA LEI Nº 9.605/98, DECRETADA DE OFÍCIO.

1. A extração de recursos minerais, sem a devida autorização para exploração e sem licença ambiental ocasiona a incursão do agente no art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91 e

no art. 55 da Lei nº 9.605/98, em concurso formal de crimes, não havendo conflito aparente de normas.
2. Impossível a aplicação do princípio da especialidade, considerando o artigo 55 da Lei Ambiental como dispositivo legal especial em relação ao artigo 2º da Lei nº 8.176/91, enquadrando a conduta eventualmente praticada pelo réu, ora apelante, apenas no artigo 55 da Lei nº 9.605/98, com a possibilidade de transação penal prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/95, como pretende a defesa, levando-se em conta que os bens jurídicos tutelados pelas normas mencionadas são diversos, não tendo de maneira alguma havido a derrogação da primeira norma (Lei nº 8.176/91) pela segunda (Lei nº 9.605/98).
3. Tanto esta Egrégia Corte Regional, como o Superior Tribunal de Justiça, vem se posicionando no sentido de que a extração de minerais configura caso de concurso formal entre os crimes do art. 55, *caput*, da Lei nº 9.605/98 e o artigo 2º da Lei nº 8.176/91, sob o fundamento que tais leis tutelam bens jurídicos diversos, ou seja, meio-ambiente (Lei nº 9.605/98) e patrimônio público (Lei nº 8.176/91), não se aplicando nesses casos o princípio da especialidade. Precedentes.
4. Configurado o concurso formal entre os crimes do art. 55, *caput*, da Lei nº 9.605/98 e o artigo 2º da Lei nº 8.176/91, nos termos do artigo 70 do Código Penal, a douta Juíza fixou a pena de 08 meses de detenção para o delito previsto no artigo 55 da Lei nº 9.605/98 (crime contra o meio-ambiente) e 01 ano e 6 meses de detenção para o delito previsto no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), e, considerando que as penas não foram idênticas, aplicou a pena mais grave do delito previsto no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (01 ano e 6 meses de detenção), aumentando-a de um 1/6 (um sexto) em decorrência do concurso formal de crimes (artigo 70, primeira parte, do CP), restando a pena definitiva em *01 (um) ano e 09 (nove) meses* de detenção, em regime aberto.

5. A Lei nº 9.099/95 determina que compete aos Juizados Especiais Criminais o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, tratando-se de competência absoluta em razão da matéria. E crimes de menor potencial ofensivo, segundo a Lei nº 9.099/95, são aqueles cuja pena máxima cominada em abstrato não é superior a *02 anos*. Cumpre ressaltar que as regras de conexão e continência, previstas no Código de Processo Penal, se aplicam aos Juizados Especiais Criminais.
6. No caso em apreço, o artigo 2º da Lei nº 8.176/91 prevê pena máxima abstrata superior a 02 anos (Pena - detenção, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa); no entanto, o artigo 55 da Lei Ambiental prevê pena máxima *in abstrata* inferior a 02 anos (Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa).
7. Porém, a redação em vigor do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, que considera crimes de menor potencial ofensivo aqueles cuja pena máxima abstrata não seja *superior a 02 anos*, entrou em vigor somente em 28 de junho de 2006, por meio da Lei nº 11.313/06. No entanto, os fatos delituosos descritos na denúncia ocorreram em 19.03.2003 (fl. 03), data bem anterior à tal modificação legislativa. E a lei dessa época previa, no artigo 61 da Lei nº 9.099/95, os crimes com pena máxima abstrata *inferior a 01 ano* para serem considerados como de menor potencial ofensivo.
8. Como cediço, as regras de ordem processual têm aplicação imediata e, em princípio, não retroagem, ao contrário do que ocorre com as regras de direito material, que sempre retroagem para favorecer o réu - inteligência do art. 2º do CPP, não sendo o caso de aplicação do procedimento especial da Lei nº 9.099/95 e, sim, do rito ordinário como foi adotado, possibilitando inclusive, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa pelas partes. Preliminar rejeitada.
9. Ao explorar matéria-prima (argila) em área de preservação ambiental permanente pertencente à União, o réu extraiu e

usurpou patrimônio público federal, sem autorização legal. Incorreu, portanto, nas práticas delitivas contidas na denúncia.
10. Materialidade delitiva demonstrada pelo Boletim de Ocorrência de fls. 11/13; pelo Auto de Infração Ambiental de fls. 14/15; pelo Auto de Exibição e Apreensão de fl. 16; pelo Auto de Depósito de uma máquina retroescavadeira, marca "Massey Fergusson" que pertencia ao réu, de fl. 17; Vistoria em local relacionado com crime ambiental acompanhado de fotografias da área atingida, realizado por peritos criminais do Instituto de Criminalística de fls. 20/23, pelo Laudo de Vistoria acompanhado de fotos panorâmicas do local do delito, elaborado pelo Departamento Estadual de Proteção aos Recurso Naturais - DPRN, de fls. 25/28, e por fim, pelas informações prestadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral - DNMP, que informou ao Juízo que a empresa pertencente ao réu não possui autorização para extração de substância mineral (argila), sendo que houve pedido para autorizar sua extração (Processo Administrativo nº 820.138/92), porém, tal pedido ainda se encontra submetido à análise junto àquele órgão competente, de fl. 108.
11. Quanto à autoria, consta dos autos que o réu, ora apelante, muito embora não seja o proprietário da área em apreço - "Fazenda Campo Alegre", recebeu a permissão dos proprietários para a pesquisa de argila (fl. 204), e, posteriormente, o direito de permissão foi transferido à empresa "DEMACTAM - Depósito de Materiais para Construção", sendo que, no contrato social e posteriores alterações (fls. 530/547), consta que o apelante JOSÉ PEREIRA DA SILVA figurava como sócio-gerente dessa empresa que extraia recursos minerais em área de preservação ambiental permanente pertencente a União, sem a devida autorização legal.
12. Da mesma forma como ocorreu na fase extrajudicial, o apelante confessou a prática do delito em Juízo, afirmando que havia dado entrada no processo de autorização junto

ao órgão competente (DNPN), admitindo que, na realidade, no momento em que se deu a fiscalização e a autuação levadas a cabo pela Polícia Militar Ambiental, não possuía autorização do órgão competente para a exploração de substâncias minerais, sendo que sua empresa a realizava mesmo assim.

13. A testemunha de acusação, o engenheiro agrônomo, Fernando Quaglua Paulini, confirmou em Juízo (fl. 295), o laudo técnico que assinou - "Laudo de Vistoria" - acompanhado de fotos panorâmicas da área atingida (fls. 26/28), feito para o Departamento Estadual de Proteção aos Recursos Naturais - DPRN, o qual confirma a extração de argila na área autuada pelos policiais militares ambientais, bem como a presença de grande porção de argila estocada próximo ao local vistoriado, com a supressão da vegetação natural.

14. As demais testemunhas de acusação (policiais militares ambientais), confirmaram em seus depoimentos a ocorrência do crime ambiental e a usurpação de recursos minerais (argila) pertencentes à União. E as testemunhas de defesa nada acrescentaram ao material probatório coligido aos autos (fls. 333/336; 337/339 e 340/342).

15. A autoria delitiva é certa, não havendo dúvidas de que a máquina retroescavadeira e os dois mil metros cúbicos de argila para cerâmica estocadas e apreendidos no local da infração pertenciam à empresa do réu, ora apelante, tanto é que ele mesmo assumiu e chamou para si a responsabilidade pelos bens apreendidos pela Polícia Ambiental, assinando o "Auto de Depósito" (fl. 17).

16. É o que basta para que se conclua que o delito foi perpetrado pelo réu, tendo sido a atividade de lavra praticada sem autorização legal, conforme ele mesmo confessou em seu interrogatório prestado em Juízo.

17. Tampouco merece crédito a alegação da defesa, de que os depoimentos dos policiais militares ambientais não devem servir de prova, pois foram prestados com o intuito

de prejudicar o réu, até porque, na fase inquisitiva, foram colhidos no mesmo dia, sendo idênticos, a demonstrar serem depoimentos adrede preparados de tal maneira que não possuem valor probante, principalmente porque há divergência entre eles, no que diz respeito aos depoimentos prestados em Juízo.

18. Os depoimentos prestados pelos policiais não são imprestáveis e parciais, como alega a defesa do apelante, já que foram prestados em Juízo, sob compromisso, se apresentando consistentes e harmônicos com os prestados na fase inquisitiva, de modo que, diante do conjunto probatório coligido nos autos, não há nada que os desabone.

19. Não se vislumbra nos depoimentos prestados pelas testemunhas Valter Dias, Raulino Vicente e José Antônio Gazito qualquer intenção, ainda que velada, de prejudicar o réu, ora apelante. Durante a instrução criminal e quando da oitiva judicial dos policiais acima citados, o réu, ora apelante, esteve presente em audiência, acompanhado de seu defensor Márcio Antônio Vernaschi (fl. 305), e não contraditou nenhuma das testemunhas acima referidas.

20. Assim, não merece ser acolhida a tese defensiva, uma vez que, no caso de depoimentos prestados por policiais, suas declarações reputam-se válidas, até porque são agentes do Estado e seus testemunhos gozam de fé pública e presunção de legitimidade (*juris tantum*), e somente deixariam de ser aceitos em Juízo diante de prova consistente e robusta em sentido contrário ou quando totalmente divorciados das demais provas coligidas nos autos, o que não ocorreu na espécie. Não há, inclusive, nenhum dispositivo no Código de Processo Penal que vede ou repute de menor valia os depoimentos prestados por agentes da polícia civil, militar ou federal.

21. Não colhe a alegação de parcialidade do testemunho dos policiais militares ambientais, já que a simples condição de policiais não interfere no valor de seu depoimento. Assim, todos os depoimentos prestados pelos policiais

estão a merecer credibilidade, vez que reiterados, de forma harmônica, em juízo, estando em sintonia com os demais elementos de prova presentes nos autos. Precedentes da Excelsa Corte.

22. A defesa do apelante nada trouxe aos autos além de meras alegações, não havendo qualquer outro elemento de convicção que as corrobore. Pelo contrário, a responsabilidade do apelante pelos fatos delituosos descritos na denúncia está amplamente comprovada, restando patente que José Pereira da Silva cometeu os delitos de lavra ou extração de argila em área de preservação ambiental permanente (art. 55 da Lei Ambiental) e o de usurpação de matéria-prima (argila) pertencente à União, sem a competente autorização legal (art. 2º da Lei nº 8.176/91), em concurso formal, até porque, em nenhum momento ficou demonstrado que o réu, ora apelante, agiu de boa-fé, tendo ele plena consciência de que não possuía autorização legal do Departamento Nacional de Recursos Minerais - DNMP para a lavra de substância mineral, tendo, inclusive, apresentado junto a esse órgão pedido para extração de argila em nome da sua empresa, havendo, nos autos, informação da DNMP de que tal autorização não tinha ainda sido expedida, estando em fase de análise (fl. 108). Também não restou demonstrado haver inimizade ou interesse pessoal das testemunhas de acusação (os policiais militares ambientais José Antônio e Raulino Vicente e Valter Dias) em prejudicá-lo ou, ainda, que tivesse qualquer um desses policiais emitido juízo pessoal, tentando incriminar o apelante, sem se ater aos fatos, como invocado pela defesa.

23. Quanto ao motivo do crime, qual seja, a obtenção de vantagem econômica, o aumento da pena em face da agravante prevista no artigo 15, II, "a", da Lei nº 9.605/98, encontra-se devidamente fundamentado e não merece ser revisto. Com efeito, ficou evidenciada a obtenção de vantagem econômica pelo fato de o apelante ter tentado a obtenção de licença para sua empresa com a finalidade de

exploração econômica do minério (argila), para a fabricação de peças de cerâmica para a venda a clientes de sua empresa. O apelante empreendeu esforços e arcou com custos elevados com a contratação de empregados e compra de uma máquina retroescavadeira e com a utilização de caminhões para o transporte do minério, visando a exploração de argila no local denominado "Fazenda Campo Alegre", tendo sido encontrada pelos policiais ambientais grande quantidade de argila estocada em depósito, próximo ao local das escavações, a denotar a sua intenção de comercializar o minério, não sendo crível supor que uma empresa comercial, como é o caso da empresa pertencente ao apelante, procedesse a extração e exploração de argila sem finalidades lucrativas.

24. Reconhecimento, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva estatal no que se refere a conduta subsumida ao tipo do artigo 55 da Lei nº 9.605/98, devendo ser decretada a extinção da punibilidade desse delito, haja vista a pena máxima de 08 (oito) meses de detenção cominada ao réu, prescreve em 02 (dois) anos, a teor do artigo 109, inciso VI do Código Penal, tal lapso temporal restou ultrapassado entre a data do recebimento da denúncia (02/12/2004) e a sentença condenatória (22/01/2007).

25. Permanece o direito de punir do Estado em relação ao crime previsto no artigo 2º da Lei nº 8.176/91, restando a pena definitiva em 1(um) ano e 6 (seis) meses de detenção, regime aberto, além do pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, arbitrados no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituída a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos moldes estabelecidos na sentença condenatória, com a redução da prestação pecuniária para o valor equivalente a um salário mínimo e meio.

26. Recurso da defesa desprovido. De ofício, decretada a extinção da punibilidade pela prática do delito previsto no artigo 55 da Lei nº 9.605/98, pela ocorrência da prescrição

da pretensão punitiva estatal nos termos do artigo 109, inciso VI, c. c. artigo 110, § 1º do Código Penal, mantida a condenação em relação ao delito previsto no artigo 2º da Lei nº 8.176/91.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes os acima indicados, *ACORDAM* os Desembargadores da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, nos termos do relatório e voto da Senhora Relatora, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, por unanimidade, em rejeitar a preliminar, negar provimento ao recurso da defesa do réu JOSÉ PEREIRA DA SILVA, e, de ofício, decretar a extinção da punibilidade pela prática do delito previsto no artigo 55 da Lei nº 9.605/98, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal nos termos do artigo 109, inciso VI, c. c. artigo 110, § 1º do Código Penal, restando a pena definitiva em relação ao delito previsto no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 fixada em 01 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, no regime aberto, além do pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, com a redução da prestação pecuniária para o valor equivalente a um salário mínimo e meio, mantendo no mais a decisão de primeiro grau.

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de APELAÇÃO CRIMINAL interposta pelo réu JOSÉ PEREIRA DA SILVA contra a decisão de fls. 676/690, proferida pela MM. Juíza da 1ª Vara Federal de São João da Boa Vista - SP, que julgou procedente a denúncia promovida pela Justiça Pública e condenou o acusado como incurso nas penas do artigo

38 e 55, *caput*, ambos da Lei nº 9.605/98, c. c. o artigo 2º, *caput* da Lei nº 8.176/91, cc. o artigo 70 do Código Penal, fixando-lhe a sanção corporal de 01 ano e 09 meses de detenção, em regime aberto, mais o pagamento de 100 dias-multa, cada dia multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido até o efetivo pagamento, com a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por duas penas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, a teor do disposto no artigo 9º da Lei nº 9.605/98. Não foi fixada pena correspondente ao crime capitulado no artigo 38 da Lei Ambiental, apesar do Juiz ter condenado o réu também com base nesse dispositivo legal (fls. 676/690).

Consta da denúncia que o réu, no dia 19 de março de 2003, na qualidade de proprietário da empresa "DEMACTAM - Depósito de Materiais para Construção Ltda.", efetuou atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente, consistente na irregular extração de argila ocorrida no local denominado "Fazenda Campo Alegre", zona rural do município de Casa Branca - SP, em área de preservação ambiental permanente, sem a competente autorização, permissão e licença, praticando crime de natureza ambiental.

Consta ainda que, próximo ao local dos fatos, foi encontrada grande porção de argila estocada (aproximadamente dois mil metros cúbicos), tendo sido apreendida juntamente com uma retroescavadeira marca "Massey Ferguson", tendo o réu explorado, no mesmo período e local, na modalidade de usurpação, matéria prima pertencente a União, qual seja, argila, em detrimento do patrimônio público, sem a competente autorização legal (fls. 02/04).

A denúncia foi recebida em 02/12/2004 (fl. 112/114).

O réu foi citado e interrogado a fls. 253/254, tendo sido apresentada defesa prévia (fls. 179/181).

Foram ouvidas as testemunhas de acusação (fls. 279, 280, 295, 306/307, 308/309 e 312/313) e as testemunhas de defesa (fls. 333/336, 337/339 e 340/343).

Superada a fase do art. 499 do Código de Processo Penal, na qual o MPF requereu a expedição de ofícios para fins de apresentação de certidões atualizadas, da Justiça Estadual e Federal, referentes aos antecedentes criminais do réu (fl. 348). A defesa, por sua vez, requereu certidões atualizadas de alguns feitos criminais e, por fim, informações atualizadas do processo administrativo em andamento contra a empresa do réu junto DEPRN - Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais (fls. 352/353), o que foi deferido pelo Douto Juiz "a quo" (fl. 357).

A resposta ao ofício veio aos autos, com informações sobre os antecedentes criminais do réu (fls. 371/382, 391, 610, 612, 615/616, 619, 622, 625, 627/628, 637, 638 e 641) e cópia atualizada do processo administrativo nº 820138/92 movido contra a sua empresa (fls. 394/500).

Em alegações finais, o Ministério Público Federal (fls. 647/653) pugnou pela condenação do réu, nos termos da denúncia. A defesa, por sua vez, pleiteou a absolvição do réu em face da ausência de comprovação da autoria delitiva. Alternativamente, requereu a condenação apenas quanto ao delito do artigo 55 da Lei Ambiental, alegando conflito de normas entre este artigo e o artigo 2º da Lei nº 8.176/91, que, no seu entender, tutelam o mesmo bem jurídico, estando este derrogado por aquele (fls. 657/665).

Adveio sentença condenatória prolatada a fls. 676/690 e publicada em 22/01/2007 (fl. 691).

Em razões de apelação (fls. 707/715), a defesa insurge-se contra a sentença condenatória, argüindo preliminarmente a nulidade do processo, pois teria havido conflito de normas, entre os artigos 55 da Lei Ambiental e o artigo 2º da Lei nº 8.176/91, considerando que ambos os tipos penais visam a tutela do patrimônio da União, sendo que o único delito imputado ao paciente deve ser o previsto no artigo 55 da Lei nº 9.605/98 que teria revogado o artigo 2º da Lei nº 8.176/91, sendo que a aplicação simultânea dos dois dispositivos legais, em concurso formal, pune duplamente o apelante, constituindo verdadeiro *bis in idem*. No caso, alega que o enquadramento legal correto seria no artigo 55 da Lei

Ambiental, requerendo a defesa a nulidade do processo desde o recebimento da denúncia, devendo ser observado o rito especial do artigo 69 da Lei nº 9.099/95, que permite transação penal nos crimes com pena máxima até 01 ano, que é o caso do art. 55 da Lei supracitada.

E, no mérito, a defesa do apelante invoca:

a) - ausência de autoria delitiva, pois, em nenhum momento o apelante extraiu, explorou ou usurpou argila;

b) - a área já vinha sendo degradada há longos anos, desde os anos 80, tendo o apelante tomado conhecimento da área apenas em 1992, quando entrou junto ao DNMP com pedido de pesquisa, vindo a obtê-la no ano de 1994, sendo que a área já estava, há tempos, degradada;

c) - a máquina apreendida não estava extraindo argila, e o fato do apelante encontrar-se com pedido de pesquisa e lavra do local em andamento junto aos órgãos competentes não significa que estava extraindo argila do local;

d) - não há provas nos autos de que o apelante explorava, usurpava ou comercializava argila do local em proveito próprio, sendo que a extração é complexa, exigindo equipamentos adequados, e não foi constatada no local, pelos policiais ou mesmo pelo laudo técnico, a existência de tais equipamentos, sendo de rigor a sua absolvição;

e) - as testemunhas de acusação ouvidas nos autos nada souberam falar a respeito da extração de argila no local, e os depoimentos dos policiais na fase inquisitorial se deram no mesmo dia, sendo que os depoimentos foram exatamente idênticos, não correspondendo a verdade real, a demonstrar que foram adrede preparados, de tal forma que não possuem valor probante, principalmente porque há divergências entre eles, no relato dos fatos, nos depoimentos prestados em Juízo, havendo nítido intuito de prejudicar o réu, ora apelante;

f) - alternativamente, em caso de confirmação da condenação, requer a defesa a redução da pena imposta, tendo em vista que a Juíza elevou a pena, na segunda fase da dosimetria, sob o fundamento de que a extração da argila se deu para fins de

comercialização, visando vantagem pecuniária, sendo que não há prova segura nos autos de que o apelante comercializou e auferiu vantagem econômica com a sua venda.

Com as contra-razões (fls. 719/727), vieram os autos a esta E. Corte Regional, onde o parecer ministerial foi pelo desprovimento do recurso da defesa (fls. 734/747).

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

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

A defesa invoca, preliminarmente, a revogação do artigo 2º da Lei nº 8.176/91 pelo artigo 55 da Lei nº 9.605/98, pois ambos os tipos penais visam a tutela do patrimônio da União, sendo que a aplicação simultânea dos dois dispositivos legais, em concurso formal, puniria duplamente o apelante, constituindo verdadeiro *bis in idem*, devendo ser anulado o processo desde o recebimento da denúncia, pelo fato de o artigo 55 da Lei Ambiental, cuja pena máxima não ultrapassa 01 (um) ano, permitir a transação penal, de acordo com o rito procedimental da Lei dos Juizados Especiais - Lei nº 9.099/95.

A extração de recursos minerais, sem a devida autorização para a sua exploração e sem licença ambiental ocasiona a incursão do agente no art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91 e no art. 55 da Lei nº 9.605/98, em concurso formal de crimes, não havendo conflito aparente de normas, como pretende a defesa.

Portanto, impossível a aplicação do princípio da especialidade, para o fim de considerar o artigo 55 da Lei Ambiental como dispositivo legal especial em relação ao artigo 2º da Lei nº 8.176/91, e enquadrar a conduta praticada pelo réu, ora apelante, apenas no artigo 55 da Lei nº 9.605/98, com a possibilidade de transação penal prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/95, como quer a defesa, levando-se em conta que os bens jurídicos tutelados pelas normas mencionadas são diversos, não tendo em hipótese

alguma havido a derrogação da primeira norma (Lei nº 8.176/91) pela segunda (Lei nº 9.605/98).

Ademais, tanto esta Egrégia Corte Regional, como o Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de que a extração de minerais configura caso de concurso formal entre os crimes do artigo 55, *caput*, da Lei nº 9.605/98 e do artigo 2º da Lei nº 8.176/91, sob o fundamento que tais leis tutelam bens jurídicos diversos, ou seja, meio-ambiente (Lei nº 9.605/98) e patrimônio público (Lei nº 8.176/91), não se aplicando assim, neste caso, o princípio da especialidade.

Confiram-se os seguintes julgados:

> "RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEVIDAMENTE COMPROVADA. EXTRAÇÃO DE AREIA SEM AUTORIZAÇÃO. CRIME AMBIENTAL E CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. EXISTÊNCIA DE CONCURSO FORMAL. OBJETOS JURÍDICOS DISTINTOS.
> 1. (...).
> 2. Não existe conflito aparente de normas entre o delito previsto no art. 55 da Lei nº 9.605/98, que objetiva proteger o meio ambiente, e o crime do art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.176/91, que defende a ordem econômica, pois tutelam bens jurídicos distintos, existindo, na verdade, concurso formal. Precedentes.
> 3. Recurso especial conhecido e provido."
> (STJ. RESP 922588, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 27/09/2007, DJ 29/10/2007).

> "CRIME AMBIENTAL E CONTRA A ORDEM ECONÔMICA - ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98 E ART. 2º DA LEI Nº 8.176/91- PRESCRIÇÃO QUANTO AO CRIME DO ARTIGO 55 DA LEI Nº 9.605/98 - RECONHECIMENTO DE OFÍCIO EM PRIMEIRO GRAU - PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO APENAS PELO CRIME DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.176/91 - AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS - PENAS BEM APLICADAS - APELAÇÃO IMPROVIDA.

Não há falar-se em conflito aparente de normas entre as Lei nºs 8.176/91 e 9.605/98, porquanto tais textos normativos tutelam bens jurídicos diversos, isto é, o patrimônio da União e o meio ambiente, respectivamente, tratando-se, pois, de concurso formal de crimes e não de conflito aparente de normas, com a aplicação do princípio da especialidade. Precedentes desta Corte.
(...).
(...).
(...).
(...).”
(TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 27748 - Processo 200161050082984 Órgão julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 23/08/2010, DJF3 DATA 01/09/2010 PÁGINA: 512 Relator(a) JUÍZA RAQUEL PERRINI).

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. EXTRAÇÃO DE MINÉRIO SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. ARTIGO 55, LEI Nº 9.605/98. DERROGAÇÃO DO ARTIGO 2º, LEI Nº 8.176/91. INOCORRÊNCIA. BENS JURÍDICOS TUTELADOS DIVERSOS. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. ARTIGO 55, LEI Nº 9.605/98. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO A TODOS OS RÉUS. ARTIGO 2º, LEI Nº 8.176/91. RETORNO DOS AUTOS Á INSTÂNCIA DE ORIGEM. SÚMULA 337, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELAÇÃO PROVIDA.
A Lei nº 8.176/91 define os crimes contra a ordem econômica e estabelece, em seu artigo 2º, um crime contra o patrimônio público federal. Consiste em crime formal, consumando-se mediante a mera produção de bens ou a exploração de matéria-prima da União, sem autorização legal ou em desacordo com esta. Já a Lei nº 9.605/98 trata das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

(...).
(...).
É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o artigo 55, da Lei nº 9.605/98, não derrogou o artigo 2º, da Lei nº 8.176/91.
Havendo, concomitantemente, dano ao patrimônio da União e ao meio ambiente, haverá concurso formal entre os delitos (artigo 70, do Código Penal). Como regra, concurso formal impróprio, tendo em vista haver desígnios autônomos, inclusive de natureza distinta: dolo *malus* e direito em relação ao patrimônio da União, principal objetivo do agente, e dolo bônus ou indireto em relação ao meio ambiente, cuja lesão o agente aceita como certa ou ao menos provável, por ser condição para alcançar o proveito econômico.
(...).
(...)."
(TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: RES - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 5570 Processo: 200903990413835 Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data de decisão 04/05/2010 Fonte DJF3 DATA 13/05/2010 PÁGINA 172 - Relator JUIZ HENRIQUE HERKENHOFF).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. EXPLORAÇÃO MINERAL SEM AUTORIZAÇÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. PRELIMINARES FORMAIS AFASTADAS. ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. ART. 2º DA ÇEO Nº 8.176/91. MATERIALIDADE PROVADA. AUTORIA.
I. (...).
II. A conduta descrita na denúncia, de explorar recursos minerais sem a respectiva autorização ou licença dos órgãos competentes, pode configurar crime contra a natureza, pela degradação ao meio ambiente (art. 55 da Lei nº 9.605/98), e também crime contra o patrimônio da União,

em face da usurpação do bem público (art. 2º da Lei nº 8.176/91), em concurso formal.
III. (...).
IV. (...).
V. (...).
VI. (...).”
(TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - SEGUNDA REGIÃO Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 5605 Processo: 200250010045847 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA Data de decisão 16/06/2010 Fonte DJF2 DATA 27/07/2010 PÁGINA 13 - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELLO FERREIRA DE SOUZA GRANADO).

Por fim, configurado o concurso formal entre os crimes do art. 55, *caput*, da Lei nº 9.605/98 e o artigo 2º da Lei nº 8.176/91, nos termos do artigo 70 do Código Penal, a douta Juíza fixou a pena de 08 meses de detenção para o delito previsto no artigo 55 da Lei nº 9.605/98 (crime contra o meio-ambiente) e 01 ano e 6 meses de detenção para o delito previsto no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), e considerando que as penas não foram idênticas, aplicou a pena mais grave do delito previsto no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (01 ano e 6 meses de detenção), aumentando-a de um 1/6 (um sexto), em decorrência do concurso formal de crimes (artigo 70, primeira parte, do CP), restando a pena definitiva de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de detenção, em regime aberto.

Ora, a Lei nº 9.099/95 determina que compete aos Juizados Especiais Criminais o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, tratando-se de competência absoluta em razão da matéria.

E crimes de menor potencial ofensivo, segundo a Lei nº 9.099/95, são aqueles cuja pena máxima cominada em abstrato não é superior a 02 anos. Cumpre ressaltar que as regras da conexão e continência, previstas no Código de Processo Penal, se aplicam aos Juizados Especiais Criminais.

No caso em apreço, o artigo 2º da Lei nº 8.176/91 prevê pena máxima abstrata superior a 02 anos (Pena - detenção, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa), no entanto o artigo 55 da Lei Ambiental prevê pena máxima *in abstrata* inferior a 02 anos (Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa).

Porém, como bem argumentou o Douto Procurador Regional da República, a redação em vigor do artigo 61 da Lei nº 9.099/95, que considera crime de menor potencial ofensivo aqueles cuja pena máxima abstrata não seja superior a 02 anos, somente entrou em vigor em 28 de junho de 2006, por meio da edição da Lei nº 11.313/06.

E, entretanto, os fatos delituosos descritos na denúncia ocorreram em 19.03.2003 (fl. 03), ou seja, em data bem anterior a tal modificação legislativa. Nessa época, o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 exigia que os crimes tivessem pena máxima abstrata inferior a 01 ano, para serem considerados como de menor potencial ofensivo.

E, como cediço, as regras de natureza processual têm aplicação imediata e, em princípio, não retroagem, ao contrário do que ocorre com as regras de direito material, que sempre retroagem para favorecer o réu - inteligência do art. 2º do CPP, não sendo o caso de aplicação do procedimento especial da Lei nº 9.099/95 e, sim, do rito ordinário, como foi aqui adotado, possibilitando, inclusive, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa às partes.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade argüida pela defesa.

Passo agora a análise do mérito recursal.

Ao explorar matéria-prima (argila) em área de preservação ambiental permanente pertencente União, o réu extraiu e usurpou patrimônio público federal, sem autorização legal. Incorreu, portanto, nas práticas delitivas indicadas na denúncia.

Com efeito, restou demonstrado que o réu cometeu os delitos previstos nos tipos penais ali descritos, tendo a materialidade delitiva sido demonstrada pelo Boletim de Ocorrência de fls. 11/13; pelo Auto de Infração Ambiental de fls. 14/15; pelo Auto de Exibição e Apreensão de fl. 16; pelo Auto de Depósito de uma

máquina retroescavadeira, marca "Massey Fergusson", que pertencia ao réu, de fl. 17; pela vistoria em local relacionado com crime ambiental acompanhado de fotografias da área atingida, realizado por peritos criminais do Instituto de Criminalística de fls. 20/23, pelo Laudo de Vistoria acompanhado de fotos panorâmicas do local do delito, elaborado pelo Departamento Estadual de Proteção aos Recurso Naturais - DPRN, de fls. 25/28; e, por fim, pelas informações prestadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral - DNMP, que informou ao Juízo que a empresa pertencente ao réu não possui autorização para extração de substância mineral (argila), sendo que houve pedido para autorizar sua extração (Processo Administrativo nº 820.138/92), porém, tal pedido ainda se encontra submetido à análise junto àquele órgão competente, conforme fl. 108.

Quanto à autoria, consta dos autos que o réu, ora apelante, muito embora não seja o proprietário da área em apreço - "Fazenda Campo Alegre", recebeu a permissão dos proprietários para a pesquisa de argila (fl. 204) e, posteriormente, o direito de permissão foi transferido à empresa "DEMACTAM - Depósito de Materiais para Construção, sendo que, no contrato social e posteriores alterações (fls. 530/547), consta que o apelante JOSÉ PEREIRA DA SILVA figurava como sócio-gerente dessa empresa que extraiu recursos minerais em área de preservação ambiental permanente pertencente a União, sem a devida autorização legal.

Na fase do inquérito policial, a fl. 32, o apelante afirmou perante a autoridade policial :

> "*o declarante esclarece que não estava extraindo argila do local; que o local trata-se de um passivo ambiental antigo e no momento a empresa está regularizando a documentação junto aos órgãos competentes para futura extração de argila*." (negritei).

Da mesma forma como ocorreu na fase extrajudicial, o apelante confessou a prática do delito em Juízo, afirmando que havia instaurado processo de autorização junto ao órgão competente

(DNPN), admitindo que, na realidade, no momento em que se deu a fiscalização e autuação levadas a cabo pela Polícia Militar Ambiental, não possuía autorização do órgão competente para exploração de substâncias minerais, não obstante a sua empresa já a efetuava, mesmo assim. Confira-se:

> *"(...) possuía autorização para trabalho de pesquisa a partir de três anos contados de 1.994 na área sobredita. No local já funcionava uma olaria desde 1.920 com passivo ambiental que remota a referido período. Chegamos a efetuar alguns serviços com máquinas a pedido do superficiário para corrigir o solo em virtude do passivo existente no local. Não cheguei a explorar argila. Há processos em andamento junto ao órgão para obtenção de licença. Já foi obtida licença juntos aos superficiários e a Prefeitura Municipal de Casa Branca. Na época em que houve autuação já havia entrado com o processo de autorização para lavra junto ao D. N. P. N., mas que não havia sido encerrado. Atualmente estamos aguardando a obtenção de licença para podermos efetuar os serviços (fls. 253/254)* (negritei).
>
> A testemunha de acusação, o engenheiro agrônomo, Fernando Quaglua Paulini, confirmou, em Juízo (fl. 295), o laudo técnico que assinou - Laudo de Vistoria - acompanhado de fotos panorâmicas da área atingida (fls. 26/28), feito para o Departamento Estadual de Proteção aos Recursos Naturais - DPRN, no qual confirmou a extração de argila na área autuada pelos policiais ambientais, bem como a presença de grande porção de argila estocada próxima ao local vistoriado, o que ocasionou a supressão da vegetação natural. A seguir, transcrevo os seguintes excertos da referida prova:
>
> '*1. Em visita ao local da referida solicitação, obtivemos êxito em presenciar uma área onde houve extração de argila com aproximadamente 1,8 ha, área esta considerada pelo código florestal como de preservação permanente.*

> *Verificamos também em Área de Preservação Permanente uma grande porção de argila estocada suprimindo vegetação pioneira tipo gramíneas.*
> *2. Se não houver licença de funcionamento para mineração emitida pelos órgãos competentes, consideramos os autos de infrações e boletins de ocorrências lavrados como corretos.*
> *3. (...).*
> *4. (...)'"* (negritei).

A testemunha de acusação, José Antônio Gazito, policial militar ambiental, que procedeu a fiscalização na "Fazenda Campo Alegre" e constatou no local a ocorrência de crime ambiental, em seu depoimento tomado em Juízo (fls. 306/307), afirmou que:

> "*Estive na propriedade do réu, Fazenda Campo Alegre, onde constatei extração de argila em área de preservação permanente. O réu não apresentou nenhum tipo de autorização. (...) Eu conhecia a Fazenda anteriormente, mas não o local da extração. Não é do meu conhecimento que naquela propriedade havia uma olaria. Também não é do meu conhecimento que no local havia tanques e lagoas. No momento em que estive na fazenda estava sendo extraída barro de argila. Havia uma maquina no local para fazer a extração. A maquina extraia argila no momento em que lá estive. Quando chegamos a maquina estava trabalhando e abordamos o funcionário que dela cuidava. Ele nos informou que extraia argila. Os caminhos (leia-se 'caminhões') lá existentes, por sua vez, transportavam a argila. Não me recordo o nome do funcionário. Havia amontoados já de argila, inclusive*" (negritei).

A outra testemunha de acusação, Raulino Vicente de Souza, policial militar ambiental, que também participou da fiscalização e presenciou o crime ambiental, culminando com a apreensão

da retroescavadeira, da marca "Massey Fergusson", e de dois mil metros cúbicos de argila para cerâmica, já extraída e amontoada próximo ao local da infração, relatou em Juízo (fls. 308/309) que:

> "(...) *Estive na Fazenda Campo Alegre da propriedade do réu. Havia uma quantidade de argila depositada e uma maquina trabalhando. Havia um ou dois caminhões para fazer o transporte da argila. Conversamos com o condutor da maquina e ele nos informou que estavam carregando caminhão com argila para ser levada para Tambaú. Já havia passado varias vezes na fazenda, mas não havia constatado maquinário trabalhando. (...) Não me recordo de ter visto buracos nas outras vezes que estive na propriedade. Não me recordo se havia vestígio de retirada de argila naquelas oportunidades. Passava pela estrada rural da fazenda constantemente e não havia visto a máquina trabalhando. A máquina que havia na fazenda não me lembro se estava retirando argila ou carregando o caminhão. Não me recordo do modelo da máquina e por isso não saberia dizer se ela servia para tapar buraco. Todavia, serviria para retirar a argila e para carregar o caminhão*" (negritei).

No mesmo sentido o depoimento em Juízo da testemunha de acusação, Valter Dias (fls. 312/313), policial militar ambiental, que corroborou os depoimentos dos demais colegas, acima transcritos, tendo presenciado também o crime ambiental e a usurpação de recursos minerais (argila) pertencentes à União. Confira-se, *in verbis*:

> "*(...) nós deparamos com um caminhão e o seguimos até a Fazenda Campo Alegre, onde constatamos a extração e uma pequena quantidade de argila estocada. O proprietário não se encontrava no local. (...) no local havia uma pá carregadeira onde estava a argila estocada. Estava*

> *parada. Não havia nenhum operador da máquina. Não vimos nenhum caminhão sair carregado de argila*" (negritei).

As testemunhas de defesa nada acrescentaram ao material probatório contido nos autos (fls. 333/336; 337/339 e 340/342).

A autoria delitiva é certa, não havendo dúvidas de que a máquina retroescavadeira e os dois mil metros cúbicos de argila para cerâmica, estocadas e apreendidos no local da infração, pertenciam à empresa do réu, ora apelante, tanto que ele mesmo assumiu e chamou para si a responsabilidade pelos bens apreendidos pela Polícia Ambiental, assinando o "Auto de Depósito" (fl. 17), onde ficou consignado que:

> "Pelo referido senhor (leia-se José Pereira da Silva) foi dito que aceitava o depósito e, mais, que se obrigava a não abrir mão desse depósito, senão por ordem do Senhor Doutor Delegado de Polícia Titular da Delegacia de Polícia do Município ou do Senhor Doutor Juiz de Direito, ficando, pois, como fiel depositário do bem acima descrito".

É o que basta para que se conclua que o delito foi perpetrado pelo réu, tendo sido a atividade de lavra praticada sem autorização legal, conforme ele mesmo confessou, em seu interrogatório em Juízo, do qual transcrevo o seguinte excerto:

> "(...) Na época em que houve autuação já havia entrado com o processo de autorização para lavra junto ao D.N.P.N, mas que não havia sido encerrado. Atualmente estamos aguardando a obtenção de licença para podermos efetuar os serviços" (fl. 254).

Tampouco merece crédito a alegação da defesa, de que os depoimentos dos policiais militares ambientais não devem servir de prova, pois foram prestados com o intuito de prejudicar o réu, até porque, na fase inquisitiva, foram colhidos no mesmo dia,

sendo de idêntico teor, a demonstrar que são depoimentos adrede preparados, de tal maneira que não possuem valor probante, principalmente porque há divergência entre eles, no que diz respeito aos depoimentos prestados em Juízo.

Ora, os depoimentos prestados pelos policiais não são imprestáveis e parciais, como alega a defesa do apelante, até porque o que se observa é que tais depoimentos testemunhais produzidos pela acusação, em Juízo (fls. 306/307, 308/309 e 312/313), foram prestados sob compromisso, se apresentando consistentes e harmônicos com os prestados na fase inquisitiva (fls. 38/39, 40/41 e 42/43), de modo que, formam um conjunto probatório coeso e substancioso, não havendo o que possa desaboná-los. Ademais, não se vislumbra, nos depoimentos prestados pelas testemunhas Valter Dias, Raulino Vicente e José Antônio Gazito, qualquer intenção, ainda que velada, de prejudicar o réu, ora apelante, não produzindo a defesa nenhuma prova nesse sentido.

Observo, também, que, durante a instrução criminal e quando da oitiva judicial dos policiais acima citados, o réu, ora apelante, esteve presente em audiência, acompanhado de seu defensor Márcio Antônio Vernaschi (fl. 305), e não contraditou nenhuma das testemunhas acima referidas.

E, ademais, faço minhas as palavras do Ilustre Procurador da República, quando argumentou em suas contra-razões de apelo:

> *"Ao contrário do que pretende o apelante, as referidas provas documentais não podem ser infirmadas por eventuais lapsos cometidos por algumas testemunhas ao serem ouvidas em juízo, três anos depois dos fatos, até porque a alegação de que o recorrente estaria apenas 'recuperando' o terreno não condiz com o grande volume de argila para cerâmica, encontrado em depósito. Além disso, os depoimentos de fls. 38/39,40/41 e 42/43, prestados na fase inquisitorial, são uníssonos, tendo sido confirmados, na essência, em juízo(...)" (fl. 726)* (o grifo é no original e negritei).

E, de qualquer forma, não merece ser acolhida a tese defensiva, uma vez que, no caso de depoimentos prestados por policiais, suas declarações reputam-se válidas, até porque são agentes do Estado e seus testemunhos gozam de fé pública e presunção de legitimidade (*juris tantum*), e somente deixariam de ser aceitos em Juízo diante de prova consistente e robusta em sentido contrário ou quando totalmente divorciados das demais provas coligidas nos autos, o que não ocorreu na espécie. Não há, inclusive, nenhum dispositivo no Código de Processo Penal que vede ou repute de menor valia os depoimentos prestados por agentes da polícia civil, militar ou federal.

Destarte, o que se conclui, quanto a alegação de parcialidade dos testemunhos dos policiais militares ambientais, é que a simples condição de policiais não interfere no valor de seus depoimentos.

Assim, todos os depoimentos prestados pelos policiais estão a merecer credibilidade, vez que reiterados, de forma harmônica, em Juízo, estando em sintonia com os demais elementos de prova presentes nos autos.

A jurisprudência dominante, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é no sentido de que:

> "PROVA - MATÉRIA CRIMINAL - DEPOIMENTO DE POLICIAL - RECEBIMENTO SOB RESERVAS, PORQUE PARCIAL - CONCEITO INACEITÁVEL - APELAÇÃO PROVIDA - VOTO VENCIDO.
> É inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global probatório" (RT 530/372 - TACRSP)

> "PROVA - Matéria Criminal - Depoimento de policial - Ausência de impedimento ou suspeição - Decisão condenatória mantida - 'Habeas Corpus' denegado.

> Ementa oficial: 'Habeas Corpus'. Testemunhas policiais. Ordem denegada. A condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita." (RT 554/420 - RJPR)
>
> "EMENTA: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INÉPCIA DA DENÚNCIA: NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. LAUDO DE CONSTATAÇÃO DA DROGA APREENDIDA: INEXISTÊNCIA: NÃO MOTIVA NULIDADE DA SENTENÇA. PROVA TESTEMUNHAL: POLICIAL CONDUTOR. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE: CONFIGURA DELITO.
> 1...
> 3. A condição de policial não desqualifica a testemunha.
> 5. *Habeas Corpus* indeferido."
> (HC 74.889-6/MG - Rel. Min. Maurício Corrêa - DJ 07/11/97 - p. 57.233)

Como se viu dos autos, a defesa do apelante nada trouxe aos autos além de meras alegações, não havendo qualquer outro elemento de convicção que as corrobore. Pelo contrário, a responsabilidade do apelante pelos fatos delituosos descritos na denúncia está amplamente comprovada, restando patente que José Pereira da Silva cometeu os delitos de lavra ou extração de argila em área de preservação ambiental permanente e o de usurpação de matéria-prima (argila) pertencente à União, sem a competente autorização legal, em concurso formal, até porque, em nenhum momento ficou demonstrado que o réu, ora apelante, agiu de boa-fé, tendo ele plena consciência de que não possuía autorização legal do Departamento Nacional de Recursos Minerais - DNMP para a lavra de substância mineral, tendo inclusive, apresentado junto a esse órgão pedido para extração de argila em nome da sua empresa, havendo, nos autos, informação da DNMP de que tal autorização não tinha ainda sido expedida, estando em fase de análise (fl. 108). E nem, tampouco, restou demonstrado haver inimizade ou interesse pessoal das testemunhas de acusação (os policiais militares ambientais José Antônio e Raulino Vicente e

Valter Dias) em prejudicá-lo ou, ainda, que tivesse qualquer um desses policiais emitido juízo pessoal, tentando incriminar o apelante, sem se ater aos fatos, como invocado pela defesa.

Alternativamente, em caso de confirmação da condenação, a combativa defesa requereu a redução da pena aplicada, pois a douta Juíza, na segunda fase da dosimetria da pena, majorou a pena base do réu ao aplicar a agravante genérica do art. 15, inciso II, alínea "a", da Lei Ambiental, sob o fundamento de que a extração de argila se deu para fins comerciais, visando a obtenção de lucro (vantagem pecuniária), o que não ficou demonstrado nos autos.

Quanto ao motivo do crime, qual seja, a obtenção de vantagem econômica, o aumento da pena em face da agravante prevista no artigo 15, II, "a", da Lei nº 9.605/98, aplicada pela douta Juíza, encontra-se devidamente fundamentado e não merece ser revisto. Com efeito, ficou evidenciada a obtenção de vantagem econômica pelo fato de o apelante ter tentado a obtenção de licença para sua empresa com a finalidade de exploração econômica do minério (argila), para a fabricação de peças de cerâmica para a venda a clientes de sua empresa. O apelante empreendeu esforços e arcou com custos elevados com a contratação de empregados e compra de uma máquina retroescavadeira e com a utilização de caminhões para o transporte do minério, visando a exploração de argila no local denominado "Fazenda Campo Alegre", tendo sido encontrada pelos policiais ambientais grande quantidade de argila estocada em depósito, próximo ao local das escavações, a denotar a sua intenção de comercializar o minério, não sendo crível supor que uma empresa comercial, como é o caso da empresa pertencente ao apelante, procedesse a extração e exploração de argila sem finalidades lucrativas.

É de se manter, portanto, o édito de condenação.

Mantida a condenação, verifico a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal no que se refere a conduta subsumida ao tipo do artigo 55 da Lei nº 9.605/98, devendo ser decretada a extinção da punibilidade desse delito.

Ocorre que a pena aplicada ora esse delito foi fixada em

08 (oito) meses de detenção. Tal pena prescreve em 02 anos, a teor do artigo 109, inciso VI do Código Penal.

Portanto, tendo decorrido mais de 02 (dois) anos entre a data do recebimento da denúncia (02/12/2004 - fls. 112/114) e a da publicação da sentença (22/01/2007 - fl. 691), com a ocorrência do trânsito em julgado da sentença para a acusação em 10/05/2007 - fl. 732, forçoso é reconhecer que tal fato delituoso foi atingido pela prescrição, não mais subsistindo, em favor do Estado, o direito de punir.

Ressalte-se, entretanto, que em relação ao crime previsto no artigo 2º da Lei nº 8.176/91, permanece o direito de punir do Estado, afastando-se a causa de aumento (1/6 - um sexto) da pena, em decorrência do concurso formal de crimes (artigo 70, primeira parte, do Código Penal), restando a pena definitiva de 01 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, no regime aberto, além do pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, arbitrados no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituída a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos moldes estabelecidos na sentença condenatória, com a redução da prestação pecuniária para o valor equivalente a um salário mínimo e meio.

Diante do exposto, rejeito a preliminar, nego provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa do réu JOSÉ PEREIRA DA SILVA, e, de ofício, decreto a extinção da punibilidade do delito previsto no artigo 55 da Lei nº 9.605/98, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal nos termos do artigo 109, inciso VI, c. c. artigo 110, § 1º do Código Penal, restando a pena definitiva em relação ao delito previsto no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 fixada em 01 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, no regime aberto, além do pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, com a redução da prestação pecuniária para o valor equivalente a um salário mínimo e meio, mantendo no mais a decisão de primeiro grau.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

- Sobre a extração irregular de minerais configurar caso de concurso formal entre os crimes do art. 55, *caput*, da Lei nº 9.605/98 e do art. 2º da Lei nº 8.176/91, veja também os seguintes julgados: HC 2001.03.00.006939-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicado na RTRF3R 55/189; HC 2002.03.00.006405-7/SP, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, publicado na RTRF3R 55/237; HC 2003.03.00.017085-8/SP, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, publicado na RTRF3R 68/288; HC 2002.03.00.048963/SP, Relator Juiz Federal Fausto de Sanctis, publicado na RTRF3R 68/288; HC 2004.03.00.024613-2/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicado na RTRF3R 68/289 e RcCr 2002.03.99.012185-4/SP, Relator Desembargador Federal Fábio Prieto, publicado na RTRF3R 68/361.

APELAÇÃO CRIMINAL
0002770-50.2005.4.03.6117
(2005.61.17.002770-2)

Apelante: WALLACE ALCÂNTARA DE OLIVEIRA (réu preso)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA RAQUEL PERRINI
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: ACr 36109
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/12/2010

EMENTA

CRIMINAL - PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO RESTRITO - TRANSNACIONALIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE - COMPROVAÇÃO - INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL - ANISTIA.
1. A materialidade delitiva restou comprovada, ante laudo pericial acostado, comprovando a procedência do armamento, bem como a restrição ao seu uso. Da mesma forma, autoria e dolo demonstrados, pelo conjunto de provas materiais e testemunhais colhidas.
2. Demonstrada a transnacionalidade do delito, uma vez que o próprio apelante asseverou ter adquirido o armamento no Paraguai.
3. Incidente de insanidade mental colacionado em apenso, demonstrando que, o apelante era plenamente capaz de compreender o caráter das condutas ilícitas, praticadas na época dos fatos.
4. O prazo, legalmente concedido aos proprietários de armamento, para a regularização junto aos órgãos federais, refere-se aos armamentos de uso permitido, o que não é o caso presente.
5. Negado provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima

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

São Paulo, 23 de agosto de 2010.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI (Relatora): Trata-se de apelação criminal interposta por Wallace Alcântara de Oliveira, contra a decisão do MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Jaú, nas fls. 348/350, que o condenou à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, em seu valor unitário mínimo, como incurso nos arts. 18, 19 e 20 da Lei nº 10.826/2003.

Segundo narra a denúncia, no dia 30/09/2005, na rodovia SP 225, no interior do ônibus proveniente de Foz do Iguaçu/PR, o apelante foi surpreendido e preso em flagrante portando uma pistola SW.40F, de fabricação americana, dois carregadores e 50 (cinqüenta) cartuchos intactos. Tal armamento teria sido adquirido em Ciudad Del Leste, no Paraguai.

Irresignado, Wallace Alcântara de Oliveira interpôs recurso de apelação na fl. 376, com razões recursais nas fls. 381/389, aduzindo ausência de elementos suficientes à comprovação do dolo delitivo, que não haveria internacionalidade na prática cometida, uma vez que a arma teria sido adquirida em Foz do Iguaçu, e que o apelante estaria acobertado pelas causas de imunidade previstas nas leis nº 10.884/04, 11.118/05, 11.191/05 e MP 417/08. Ao final, pugna pelo direito de recorrer em liberdade do *decisum* de 1º grau, ou, subsidiariamente, de iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Alega ainda, ser portador de enfermidade mental, não possuindo, à época dos fatos, capacidade de discernimento sobre as condutas praticadas.

Contra-razões do Ministério Público Federal nas fls. 391/396.

O Procurador Regional da República, Márcio Domene Cabrini, em pareceres ofertados nas fls. 415/417 e fls. 434/435, opinou pelo improvimento do presente recurso.

É o relatório.

Á revisão.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI (Relatora): O recurso não merece provimento.

A prova dos autos confirma a autoria e materialidade delitivas.

A materialidade restou corroborada pelo laudo de fls. 176/177, onde consta a apreensão da pistola semi-automática, encontrada na posse do apelante, juntamente com 2 (dois) carregadores e (50) cinqüenta cartuchos íntegros de munição.

O mesmo laudo atesta o caráter restritivo do armamento encontrado na posse do apelante.

Do mesmo modo, autoria e dolo delitivos restaram confirmados pelo conjunto de provas materiais e testemunhais carreados.

O próprio apelante, em interrogatório judicial de fls. 60/66, afirmou ter adquirido a arma em Cidade Del Leste, no Paraguai, o que comprova a internacionalidade do delito perpetrado.

Os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação corroboram os termos da denúncia, que imputa ao acusado a prática das condutas descritas nos arts. 18, 19 e 20 da Lei nº 10.826/2003.

Segundo narraram as testemunhas, nas fls. 85/88, o apelante teria sido surpreendido na posse da pistola semi-automática, de uso restrito, e sem autorização legal, tendo afirmado tê-la adquirido no Paraguai.

Quanto à alegação de enfermidade mental do apelante, consta dos autos em apenso o incidente de insanidade mental,

instaurado com o propósito de elucidar essa questão, nos termos do art. 149 do Código de Processo Penal, tendo sido apurado que o apelante gozava da plenitude de suas faculdades mentais, na época dos fatos:

> "normalidade psíquica ao exame atual e em conexão com o fato em questão, do ponto de vista psiquiátrico forense. O quadro descrito pelo periciando que motiva seu tratamento é superveniente ao fato em tela e não interfere nas suas capacidades de entendimento e determinação em relação ao mesmo."

Portanto, restou demonstrado que, o apelante tinha plenas condições de entender o caráter criminoso do fato praticado, na época do ocorrido.

Quanto à alegação da aplicação da anistia, prevista nas Leis nº 10.884/04, 11.118/05, 11.191/05 e da MP 417/08, não procedem as alegações.

Isto porque, tais referências legislativas referem-se à prorrogação de prazo previsto nos arts. 30 e 32 da Lei nº 10.826/03, para os pedidos de registro e regularização de porte de arma, aos portadores de armamento de uso permitido, e não restrito, como é o caso dos presentes autos.

Restou demonstrado que o apelante foi preso em flagrante, importando armamento de uso restrito, aproveitando-se da sua condição de policial civil em Minas Gerais, devendo ser mantida a condenação do apelante nos dispositivos dos arts. 18, 19 e 20 da Lei nº 10.826/2003.

A manutenção da prisão cautelar do apelante é medida que também se impõe, uma vez que presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. O apelante possui uma série de ações criminais distribuídas contra si, revelador do grau de periculosidade do acusado, colocando sob risco de ameaça a ordem pública estabelecida.

O *quantum* da pena estabelecida pelo Juízo de 1º grau não merece reparos, uma vez que estabelecida no mínimo legal, e

ausente recurso por parte do Ministério Público Federal.

Dadas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, o regime inicial de cumprimento de pena deverá ser o fechado.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO*.

É o voto.

Juíza Federal Convocada RAQUEL PERRINI - Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL
0002736-35.2010.4.03.6106
(2010.61.06.002736-3)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E DANIEL VENÂNCIO DE PAULA (réu preso)
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: ACr 42569
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/12/2010

EMENTA

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. ART. 273, § 1º-B, INCISOS I, III E VI, DO CP. IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO-REGISTRADO PELA ANVISA. PRODUTOS ANABOLIZANTES E REMÉDIOS UTILIZADOS NO TRATAMENTO DE DISFUNÇÃO ERÉTIL. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. CONFISSÃO. DESCABIMENTO DO BENEFÍCIO DO ART. 41, DA LEI Nº 11.343/06. PERDIMENTO DO VEÍCULO. APLICAÇÃO DO ART. 91, II, "A", DO CP. DOSIMETRIA DE PENA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E HISTÓRICA DA LEI Nº 9.677/98. APLICAÇÃO DAS PENAS PREVISTAS NO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A materialidade foi plenamente comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02/04) e pelo Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 14/15), o qual elencou as substâncias encontradas no compartimento do tanque do veículo usado pelo réu. O Laudo de Exame de Produto Farmacêutico (fls. 118/126) atestou que os produtos

apreendidos não são registrados na ANVISA e parte deles é de origem ignorada, sendo sua importação proibida.
2. A autoria é incontroversa, não apenas pela prisão em flagrante, mas também pela confissão do acusado.
3. A alegação de destinação do material para uso próprio não é crível, dada a quantidade e a diversidade de produtos anabolizantes e medicamentos destinados ao tratamento de disfunção erétil.
4. A configuração do tipo penal do art. 273, § 1º-B, do CP, independe da demonstração de risco efetivo dos medicamentos ou que tenham sido estes adulterados, corrompidos ou falsificados. A criação desta figura típica pela Lei nº 9.677/98 veio justamente para reprimir penalmente a conduta de perigo abstrato de importar produto terapêutico ou medicinal em desconformidade com o controle da vigilância sanitária.
5. Sendo lícita a posse do veículo utilizado no transporte das substâncias apreendidas, não cabe a decretação de perdimento do bem, pela regra do art. 91, II, "a", do CP.
6. Inviável a concessão do benefício do art. 41, da Lei nº 11.343/06, ao caso em tela. Ainda que se coubesse a aplicação analógica do dispositivo relativo ao tráfico de drogas, o acusado não realizou qualquer das formas de colaboração contempladas naquele artigo.
6. Face aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é nítido o rigor excessivo empregado pelo legislador na fixação da pena mínima aplicável aos delitos do art. 273, § 1º e § 1º-B, do CP. A interpretação sistemática da legislação penal conduz à adoção da pena mínima aplicável ao crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei nº 11.343/06) como parâmetro na dosimetria da pena a ser cominada para o delito em tela.
7. Manutenção da pena em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, para cumprimento inicial em regime fechado, e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa.
6. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *negar provimento ao recurso ministerial e dar parcial provimento ao apelo da defesa*, apenas para afastar a decretação de perdimento do veículo apreendido na ocasião dos fatos, a nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2010.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

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

DESCRIÇÃO FÁTICA: narra a inicial que, em 04/04/2010, DANIEL VENÂNCIO DE PAULA foi preso em flagrante por policiais rodoviários federais, quando trafegava com seu veículo Ford Royale (placa JJJ-2511) pelo km 95 da rodovia BR-153, na altura do Município de Jaci/SP. Foram encontrados em seu poder anabolizantes e medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que haviam sido introduzidos clandestinamente no país e estavam escondidos em um compartimento do tanque de combustível. No interrogatório policial, o réu afirmou que adquirira os itens no Paraguai e os trouxera para o Brasil, sem o conhecimento dos demais ocupantes do veículo, com a finalidade de uso próprio.

Imputação: art. 273, § 1º-B, incisos I e V, do Código Penal.

SENTENÇA (fls. 149/152v.): julgou procedente a denúncia para condená-lo como incurso no tipo penal do art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Entretanto, face ao princípio da proporcionalidade, substituiu a aplicação do preceito secundário deste dispositivo pelos parâmetros sancionatórios do crime de tráfico de entorpecentes, previstos no art. 33, da Lei nº 11.343/06. Desta forma, condenou o acusado à pena privativa de liberdade de *5 (cinco)*

anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, negando ao réu o direito de apelar em liberdade, por não preencher os requisitos para a concessão de liberdade provisória. Decretou, também, o perdimento do veículo Ford/Royale 2.0 GHIA, apreendido na ocasião dos fatos.

APELANTE (JUSTIÇA PÚBLICA) - fls. 158/163: pugna pela majoração da pena aplicada pelo Juízo "a quo" , pois foi fixada aquém dos parâmetros legais do art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Argumenta que, neste aspecto, a decisão monocrática infringiu o art. 2º, da Constituição Federal, que traduz o Princípio da Separação dos Poderes, bem como os limites de fixação das penas conferidos ao magistrado pelo art. 59, do Código Penal.

APELANTE (DANIEL VENÂNCIO DE PAULA) - fls. 178/199): pleiteia a sua absolvição por falta de materialidade delitiva, pois teria apenas importado os anabolizantes e medicamentos para uso próprio, inexistindo prova de que representem efetivo risco à saúde pública, a despeito de não possuírem registro junto à ANVISA, uma vez que não foram corrompidos, adulterados ou falsificados. Subsidiariamente, reclama a desclassificação da conduta para o delito de descaminho (art. 334, do Código Penal). Requer, ainda, a aplicação analógica do art. 41, da Lei nº 11.343/06, para que seja reduzida a sua pena. Paralelamente, pede a reforma da r. sentença quanto à pena de perdimento do veículo Ford/Royale 2.0 GHIA, utilizado no transporte das substâncias, por ser de propriedade de terceiro alheio ao fato.

APELADO (DANIEL VENÂNCIO DE PAULA): apresentou contrarrazões às fls. 248/252

APELADA (JUSTIÇA PÚBLICA): apresentou contrarrazões às fls. 268/272.

PARECER DA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA (Drª Maria Iraneide Olinda S. Facchini) - fls. 274/279v.): opina pelo desprovimento do recurso do réu, e pelo provimento da apelação ministerial.

É o relatório.

À revisão.
Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

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

DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVAS

Tanto a autoria quanto a materialidade restaram incontroversas.

A *materialidade* foi plenamente comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02/04) e pelo Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 14/15), o qual elencou as substâncias encontradas no compartimento do tanque do veículo usado pelo réu, a saber:

- 15 cartelas, contendo 20 comprimidos cada, totalizando 300 comprimidos do medicamento PRAMIL - SILDENAFIL 50 mg;

- 20 cartelas, contendo 10 comprimidos cada, totalizando 200 comprimidos do medicamento HEMOGENIN;

- 10 cartelas, contendo 10 comprimidos cada, totalizando 100 comprimidos do medicamento OXITOLAND - OXIMETOLONA 50 mg;

- 30 ampolas do medicamento TESTOLAND DEPOT 200 mg - CIPIONATO DE TESTOSTERONA;

- 05 frascos do medicamento TESTOGAR - TESTOSTERON PROPIONATE 200 mg/ml;

- 05 frascos do medicamento DECALAND - DEPOR 200 mg - DECANOATO DE NANDROLONA;

- 03 frascos do medicamento NABOLIC STRONG - ANABÓLICO 10 ml;

- 05 frascos de 15 ml cada do medicamento STANOZOLAND DEPOT - STANOZOLOL 50 mg/ml;

- 05 frascos de 30 ml cada do medicamento STANOZOLAND DEPOR - STANOZOLOL 50 mg/ml;

- 02 frascos do medicamento NEW LIFE HAIR, com indicação de conteúdo de 50 tabletes cada.

O *Laudo de Exame de Produto Farmacêutico* nº 1995/2010 (fls. 118/126) identificou a procedência estrangeira dos medicamentos Pramil (Paraguai), Testoland Depot (Paraguai), Testogar (Áustria), Nabolic Strong (Argentina), Stanozoland Depot 15 ml (Paraguai) e New Life Hair (Estados Unidos da América), e não logrou especificar a origem dos demais.

Após a análise de seus princípios ativos, o laudo esclareceu que o remédio Pramil tem função vasodilatadora periférica, sendo utilizado no tratamento de disfunção erétil, enquanto os demais estão inscritos na categoria de substâncias anabolizantes, com propriedades androgênicas.

A desconformidade da importação destes medicamentos com a legislação sanitária vigente ficou evidenciada pelos esclarecimentos prestados pelos peritos aos quesitos 5, 6 e 7 (fls. 125):

> "Os medicamentos analisados não possuem registro na ANVISA, sendo proibido o seu comércio em todo o território nacional, nos termos da Lei nº 6.360/76. Apesar de o medicamento HEMOGENIN possuir registro válido no órgão de vigilância sanitária competente, o fabricante detentor do registro é o laboratório Sanofi-Aventis LTDA., e não o laboratório Sarsa, como consta nas embalagens dos mesmos. Ainda, segundo o registro do produto na ANVISA, o princípio ativo do Hemogenin é a substância oximetolona (...) Segundo *site* do próprio órgão de Vigilância Sanitária, todo medicamento importado deve ter registro no citado órgão. Assim, todos os materiais analisados são de importação proibida."

Não é crível a tese defensiva de que os remédios importados se destinavam ao uso próprio do acusado. Tal alegação se revela inverossímil diante da quantidade e diversidade de anabolizantes e comprimidos para disfunção erétil. Ademais, o material e as circunstâncias em que foi encontrado coincidem

plenamente com a informação recebida pelos policiais e que motivou a abordagem do veículo, como se extrai do depoimento do policial rodoviário federal Edson Carneiro Feitosa (fls. 92):

> "(...) Nós recebemos a informação desse veículo que estava vindo do Paraguai com esse medicamento no tanque. Ficamos aguardando por ali até ele aparecer. Abordamos lá e levamos até a base, onde foi constatado que tinha um fundo falso no tanque onde estava o medicamento."

No que toca à *autoria* delitiva, esta também restou clara e insofismável, não só em função do flagrante, mas também em razão do depoimento do próprio réu.

O acusado confessou, no inquérito policial e em juízo (fls. 08/11 e 92), que as substâncias apreendidas lhe pertenciam, embora tenha sustentado que foram adquiridas para consumo pessoal, asseverando que os demais ocupantes do carro desconheciam a importação dos medicamentos.

Desta forma, o conjunto probatório permite concluir que o acusado trouxe, livre e conscientemente, várias espécies de medicamentos de importação proibida por não terem registro na ANVISA, cuja quantidade e diversidade denotam a nítida finalidade de comercialização.

Portanto, ainda que não se tenha certeza se o acusado incidiria efetivamente nas demais condutas tipificadas no art. 273, § 1º, do Código Penal, tais como "entregar", "vender", "ter em depósito" ou "expor à venda", não resta dúvida de que consumou a prática o núcleo "importar" do delito na forma dolosa, com plena consciência de sua ilicitude, a ponto de esconder o material em fundo falso do tanque de combustível, sendo de rigor a manutenção da condenação.

DA FIGURA TÍPICA

Os crimes previstos nos parágrafos do art. 273, do Código Penal, cuja redação foi dada pela Lei nº 9.677/98, destinam-se a

resguardar o bem jurídico da saúde pública, com o fulcro de apenar não somente a produção fraudulenta de medicamentos e produtos congêneres, mas também as violações aos controles de vigilância sanitária exercidos pela ANVISA, ente administrativo responsável pelo cumprimento da incumbência dada ao Poder Público pelo art. 200, I, da Constituição Federal:

> "Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
> I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;"

Este é o fundamento maior que justifica a abrangência das condutas tipificadas no art. 273, do Código Penal, e seus parágrafos. No caso em tela, o réu foi denunciado como incurso no art. 273, § 1º-B, incisos I e V, do Código Penal, a seguir grifados:

> "Falsificação, Corrupção, Adulteração ou Alteração de Produto Destinado a Fins Terapêuticos ou Medicinais
> *Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais*:
> Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.
> *§* 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. (grifo nosso)
> *§* 1º-*A* - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.
> § *1º*-B - *Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições*:
> I - *sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente*;

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;
III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;
IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;
V - *de procedência ignorada*;
VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.
§ 2º - Se o crime é culposo: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa". (grifos nossos)

Como se observa na análise do Laudo de Exame de Produto Farmacêutico, é inquestionável que a conduta praticada pelo apelante se amolda perfeitamente ao estabelecido nos incisos I e V do § 1º-B, do artigo 273 do CP, haja vista tratar-se de importação de produtos destinados a fins terapêuticos/medicinais, sem registro no órgão de vigilância sanitária competente, parte dos quais de procedência ignorada (casos do Hemogenin, Oxitoland, Decaland-Depot 200 mg e Stanozoland Depot 30 ml - cf. fls. 124).

Está equivocado o argumento da defesa de que a conduta seria atípica, pois os medicamentos importados não foram objeto de falsificação, corrupção ou adulteração. A inserção do parágrafo 1º-B, por advento da Lei nº 9.677/98, prestou-se justamente a estender o tipo penal do art. 273 do Código Penal às condutas relativas à comercialização clandestina de produtos que, independentemente de conterem vício de eficácia ou distorção de suas propriedades, não foram objeto de controle de vigilância sanitária. São figuras que tutelam o perigo abstrato à saúde pública e, por essa razão, prescindem do preenchimento dos núcleos descritos no *caput* do dispositivo penal ou da demonstração do risco efetivo provocado pelo uso dos produtos.

Tampouco se sustenta juridicamente a pretensão de desclassificação da conduta para o crime de contrabando, previsto no art. 334, do Código Penal, face ao princípio da especialidade da norma

penal. É evidente que a ação criminosa se amoldou com perfeição ao preceito incriminador do art. 273, § 1º-B, cuja objetividade jurídica demanda maior proteção na esfera penal do que os bens jurídicos tutelados no contrabando.

DA DOSIMETRIA DA PENA

I) DA PENA DE PERDIMENTO DO VEÍCULO FORD/ ROYALE (PLACA JJJ-2511)

Preliminarmente, assiste razão ao réu no pleito de reforma do decreto de perdimento, em favor da União, do veículo Ford Royale, placa JJJ-2511. Observo que, embora o acusado tenha declarado à autoridade policial (fls. 08/11) que é o verdadeiro proprietário do veículo, este se encontra registrado em nome de sua mãe, Maria de Lourdes Martins de Paula. Tanto na hipótese de ser o acusado o real proprietário ou no caso de ter sido o automóvel emprestado por sua genitora, não há elementos que infirmem o caráter lícito da posse do veículo apreendido.

Embora seja certo que o bem apreendido foi instrumento do crime em apreço, não é o caso de cominação de pena de perdimento, pela aplicação da regra insculpida na Parte Geral do Código Penal brasileiro em seu art. 91, II, "a", que exige a ilicitude do uso, do porte ou da detenção do bem para que seja este objeto da mencionada sanção. Não há falar na aplicação analógica dos artigos 62 e 63 da Lei nº 11.343/06, pois é norma excepcional de incidência restrita ao tráfico de drogas, que por sua relevância no contexto da criminalidade, merece tratamento jurídico diferenciado para o seu combate.

II) DO PLEITO DE BENEFÍCIO DO ART. 41, DA LEI Nº 11.343/06

No tocante ao pedido do réu de concessão do benefício da delação premiada, previsto no art. 41, da Lei nº 11.343/06, cuja transcrição se faz oportuna:

> "Art. 41 O indiciado ou acusado que *colaborar* voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal *na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime*, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços." (grifos nossos)

Pondero que, ainda que se admitisse a aplicação analógica desta norma ao crime do art. 273, do Código Penal, impende notar que o apelante não preencheria os requisitos explicitamente citados no dispositivo legal. Com efeito, embora fosse autor confesso do delito, o acusado não colaborou na identificação de co-autores ou partícipes, tampouco na recuperação do produto do crime. Nem seria possível, afinal ele mesmo declarou que agiu sozinho na empreitada criminosa, e os medicamentos clandestinamente importados foram apreendidos na prisão em flagrante. Deste modo, é descabida a concessão da benesse requerida.

III) DA APLICAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06 AO TIPO PENAL DO ART. 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL

Passo à análise da decisão do magistrado de primeiro grau de adotar os parâmetros sancionatórios do art. 33, da Lei nº 11.343/06, que foi objeto de impugnação pelo Ministério Público Federal.

Neste ponto, destaco que a questão da tipificação e da apenação do crime em tela merece considerações importantes em função da redação conferida ao art. 273, do Código Penal, pela Lei nº 9.677/98.

Não posso deixar de observar que a chamada Lei dos Remédios (Lei nº 9.677/98), que deu a atual redação ao artigo 273 do CP, *nasceu a partir de caso concreto*, ao sabor da conveniência política do momento, tendo sido a única lei votada pelo Congresso Nacional durante o recesso pré-eleitoral e, talvez bem por

isso, não escapou de incongruências e imperfeições.

Miguel Reale Júnior, ao comentar tal diploma legislativo afirmou:

> "Só se pode compreender *tais exageros* pelo clima emocional que caracterizou, especialmente por meio da mídia, a denúncia e o debate de caos de 'falsificação de remédios', questão politizada ao máximo em época eleitoral, com vistas a transformar o Direito Penal em espetáculo".

Ao meu sentir, esta lei contém evidente impropriedade no que tange à quantidade de pena mínima prevista em seu preceito secundário, e até mesmo com relação ao tratamento isonômico que dispensa a condutas que reclamam tratamento diferenciado.

Embora as condutas relacionadas no artigo 273 sejam danosas à saúde e merecedoras de severa punição na seara penal, fato é que se pune de maneira mais rigorosa aquele que falsifica, adultera, vende ou importa produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais (pena mínima de 10 anos) do que aquele que comete *homicídio simples* (pena mínima de 06 anos), *tráfico de drogas* (pena mínima de 05 anos), ou mesmo aquele que pratica *tortura* (pena mínima de 02 anos, aumenta para 08 anos se resultar morte).

Chega-se a incriminar exatamente da mesma forma aquele que adultera ou falsifica remédio e aquele que apenas expõe tal produto à venda. E mais: *medicamentos* e *cosméticos* receberam exatamente a mesma disciplina.

Estas constatações demonstram que a pena mínima prevista no artigo 273 do CP e seus parágrafos é desproporcional ao fim a que se presta a norma repressiva, ferindo de morte o *princípio da proporcionalidade.*

Este *princípio*, encartado hoje em nosso contexto constitucional, teve sua sistematização e aplicação na doutrina e jurisprudência no período que se seguiu à 2ª Guerra Mundial, denominado na Alemanha de *princípio da proibição do excesso*,

conforme nos expõe *Scarance Fernandes* (*Processo Penal Constitucional*, RT, 3ª ed., 2002).

Na análise da atual doutrina sobre o *princípio da proporcionalidade*, chegamos à conclusão de que este se encontra fundamentado, constitucionalmente, nos alicerces que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito. É como leciona *Paulo Bonavides*:

> "A localização do princípio da proporcionalidade dotada de majoritário grupo de defensores, após alguma vacilação - a nosso ver a mais adequada -, é a que o aloja no Estado de Direito, dando-lhe, assim, sua mais plausível e fundamental legitimação (11)."
> (Paulo Bonavides, "Curso de Direito Constitucional". 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999).

Ainda na análise deste princípio, aplicado aqui, especificamente, em matéria penal, destacamos um aspecto essencial do postulado da *proporcionalidade*, que é a consideração sobre a *adequação*. O mencionado autor assim se manifesta a respeito:

> "Este aspecto, que governa o conteúdo do postulado normativo aplicativo da proporcionalidade, deve nos dizer *se determinada medida representa o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público*. Nesta oportunidade, deve ser examinada a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Esta perspectiva se confinaria e até mesmo se confundiria com a vedação do arbítrio. Ajusta-se, pois, o meio ao fim pretendido, de modo que a medida seja apta a nos guiar à consecução do objetivo escolhido". (Bonavides, *ob. cit.*, p. 360).

Em casos como os dos autos, é dedutível que a apenação voltada para este delito específico não reproduz um meio certo para atingir o interesse público, posto que arbitra critérios não razoáveis em relação à conduta descrita no tipo penal. Em outras

palavras, nesta hipótese não há uma *adequação* dedutível entre a ação do agente e a correspondente incriminação.

Ainda sobre o aspecto da *adequação*, há de se analisar que a medida penal deve possuir não somente a denominada *adequação qualitativa* (qualidade para alcançar o fim pretendido), mas também a *adequação quantitativa* (a duração ou a intensidade da pena deve ser condizente com sua finalidade). (Scarance Fernandes, *ob. cit.*, p. 54)

A doutrina e a jurisprudência tratam, também, de um segundo elemento a complementar e integrar o *princípio da proporcionalidade*, qual seja, a *necessidade*. Não basta, assim, a *adequação* do meio ao fim. Além do meio ser idôneo, deve este gerar, de igual forma, a menor restrição possível ao indivíduo. "Para se impor uma restrição a um indivíduo colocam-se, a quem exerce o poder, várias possibilidades de atuação, devendo ser escolhida a menos gravosa". (*ob. cit.*, p. 55). Este elemento - *necessidade*, ao lado da adequação - integra a edificação e sistematização do *princípio da proporcionalidade* no Direito Penal.

De outro norte, é forçoso reconhecer que, ao se aplicar a pena prevista para o tipo do *art. 273, § 1º-B*, do Código Penal, haverá uma visível falta de sintonia - ou quebra de simetria - no contexto das penas previstas pela legislação repressiva (geral ou especial). Destarte, não somente a *exasperação desnecessária* se torna visível na análise da apenação deste tipo, mas também se verifica uma *ruptura* com a sistemática das penas estabelecidas para outros delitos de igual dimensão (tráfico de drogas, contrabando e descaminho, crimes contra o sistema financeiro e tributário e outros).

Esta ruptura fez isolar e diferenciar o delito do art. 273, § 1º-B, do CP, de outros tipos penais análogos, ao analisarmos o tempo de reclusão fixado ao condenado e também o próprio contexto histórico-legislativo no qual esta norma foi elaborada, como narrado acima.

Considero, ainda, de suma necessidade demonstrar que a atuação do postulado da *proporcionalidade* não tem como escopo fazer prevalecer, a todo custo, benefícios exclusivos ao acusado.

Diferentemente, o que se busca é a aplicação de equilíbrio na atuação penal, atentando-se não somente ao direito de defesa, mas também ao direito do Estado de punir firme e adequadamente ao mesmo tempo.

Efetivamente, busca-se o estabelecimento de um esperado equilíbrio à atuação estatal de acusar e proteger o corpo social e, paralelamente, ao acusado, de cumprir uma pena eficaz e adequada ao delito praticado.

Por *derradeiro*, anote-se que o princípio da *proporcionalidade* tem estrita correspondência, como visto acima, com o *princípio da razoabilidade*, que possui, aliás, os mesmos elementos integrantes (adequação, necessidade e proporcionalidade).

Não é por outro motivo que concordo e defendo a mesma interpretação dada pelo magistrado na sentença para que, em casos como este, seja afastada a aplicação do *preceito secundário* expresso no tipo penal do artigo 273, § 1º-B, do CP, no que tange ao mínimo de pena cominada ao delito, para aplicar-se, como parâmetro, a *pena mínima* prevista em abstrato para o crime de tráfico de drogas (05 anos - Lei nº 11.343/2006, artigo 33).

Tal sugestão se mostra bastante razoável diante do caso concreto, especialmente por dois motivos:

Primeiro porque noto que o laudo de exame de produto farmacêutico (fls. 174/178 e 190/194) esclarece que a substância SILDENAFIL, encontrada no medicamento PRAMIL, é sujeita a receita de *controle especial*, conforme previsto na Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, atualizada pela Resolução ANVISA/MS RDC nº 44, de 02 de julho de 2007, dando azo à aplicação do artigo 66 da Lei de Drogas que dita o quanto segue:

> "Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e *outras sob controle especial*, da Portaria SVS/MS nº 344. de 12 de maio de 1998."

Segundo porque frente a casos tão complexos como este a jurisprudência já se valeu, na seara do direito penal, de raciocínio semelhante. Exemplo disso foi a solução dada, na vigência da Lei nº 6.368/76, à controvérsia que surgiu quanto à pena a ser aplicada ao crime de associação para o tráfico (art. 14) após o advento da Lei nº 8.072/90.

Efetivamente, esta novel legislação previa no seu art. 8º, *caput*, uma pena de *03 a 06 anos de reclusão* quando o delito de *quadrilha* ou *bando* (art. 288, CP) tivesse como objetivo o *tráfico de drogas ou maquinários*, ao passo que a Lei nº 6.368/76 previa uma reprimenda de *03 a 10 anos de reclusão* para o delito de associação para o tráfico.

A jurisprudência acabou pacificando a polêmica dizendo que a Lei dos Crimes Hediondos *alterou apenas o preceito secundário* do citado artigo 14 da antiga Lei de Tóxicos, *sem, entretanto, revogar o tipo incriminador*. Confira-se a jurisprudência da época:

> "PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 8.072/90, ART. 8º LEI Nº 6.368/76, ART. 14. INTEGRAÇÃO DE NORMAS. INTERPRETAÇÃO CORRETIVA.
> O Supremo Tribunal Federal, por decisão majoritária, proclamou o entendimento de que em tema de associação para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, impõe-se a integração das duas normas regentes - art. 14 da Lei de Tóxicos e art. 8º da Lei nº 8.072/90 -, tomando-se a *definição do tipo para a primeira* e a *fixação da pena para a segunda*.
> Recurso especial conhecido e provido."
> (STJ, Resp 273245/SP, Relator Ministro Vicente Leal, 6ª Turma, DJ 05/08/2002, p. 418 - grifo nosso).

> "RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. ARTS. 12 E 14 DA LEI Nº 6.368/76. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO

> DEMONSTRADO. APLICAÇÃO DO CONTIDO NO ART. 8º DA LEI Nº 8.072/90 PARA O DELITO DE ASSOCIAÇÃO. MAJORAÇÃO SUFICIENTEMENTE MOTIVADA PARA O CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES.
> O alegado dissídio jurisprudencial não restou configurado nos moldes legais, o que impede o conhecimento do recurso nesta parte.
> *A majoração da* pena *para o delito de* tráfico *de drogas foi suficientemente motivada, razão por que improcedente a irresignação.*
> *Ao delito de* associação *ao* tráfico *deve-se aplicar a pena prevista no art. 8º da Lei nº 8.072/90, por ser mais benéfica aos réus. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido.*"
> (STJ, Resp 705908/RJ, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, DJ 05/09/2005, p. 472 - grifo nosso).

Em ambas as situações, não se feriu o princípio constitucional da Separação dos Poderes, como crê o *parquet*, pois não se verificou a indevida assunção da função legislativa estatal por membros do Poder Judiciário, mas exercício de interpretação sistemática, balizado por um valioso princípio instrumental do Estado de Direito, conforme ensina o constitucionalista Jorge Miranda, qual seja, o princípio da proporcionalidade. Em última análise, nestes casos, volta-se o poder jurisdicional à proteção do devido processo legal em sua dimensão material.

Evidentemente que a comercialização de medicamentos irregulares no país afronta e coloca em risco a própria saúde pública, exigindo-se um cuidado redobrado quanto a esta prática, ainda que haja medicamentos similares no mercado. No entanto, há que se usar não apenas de bom senso, mas dos princípios que norteiam o sistema normativo penal. A utilização da Lei de Drogas como parâmetro nos termos propostos atende ao princípio da *proporcionalidade*, além de ser interpretação mais *benéfica ao réu* e de propiciar uma concretização mais justa e equânime do direito.

Ainda neste mesmo sentido do expendido, trago importantes e atuais *julgados* do TRF da 4ª Região:

> "PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI Nº 11.343/06, ART. 33, C/C ART. 40, I). *IMPORTAÇÃO DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ART. 273, § 1º-B, I, DO CP).* CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. NEGATIVA DE AUTORIA QUANTO À IMPORTAÇÃO DE COMPRIMIDOS DE CYTOTEC. AUTORIA QUE EXSURGE DOS ELEMENTOS DOS AUTOS. *PENALIDADE DESPROPORCIONAL. ADOÇÃO DA PENA MÍNIMA APLICÁVEL AO TRÁFICO DE DROGAS. REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA AMBOS OS DELITOS*. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE PARA DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (CP, ART. 65, III, 'D'). MAJORAÇÃO PELA TRANSNACIONALIDADE. MINORANTE DO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º, DA LEI Nº 11.343/06 QUE NÃO SE ESTENDE À IMPORTAÇÃO DE REMÉDIOS SEM O DEVIDO REGISTRO. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. REDUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DO NÚMERO DE DIAS-MULTA.
> 1. A autoria e materialidade dos delitos de tráfico de drogas e de importação de remédio sem registro no órgão de vigilância sanitária emergem dos elementos trazidos aos autos. Corroboram para a condenação os testemunhos por ocasião da prisão em flagrante e ratificados em Juízo, a confissão do réu perante a autoridade policial e, em parte, em Juízo, bem como dos laudos que constataram cuidar-se os produtos apreendidos de *cannabis sativa lineau* e do medicamento cytotec. Incidência do artigo 33, c/c artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.313/06, e do artigo 273, parágrafo 1º-B, inciso, I, do Código Penal).
> 2. A alegação do réu no sentido de desconhecer a existência de medicamentos camuflados no interior do veículo que conduzia quando da abordagem policial é de ser demonstrada cabalmente para afastar a acusação, *máxime* quando

o quadro fático pressupõe a plena ciência da ilicitude.
3. Não convence o argumento do réu de não saber da existência de medicamentos no veículo que conduzia quando da abordagem policial, e que apenas confessou na fase inquisitorial estar transportando o comprimido 'pramil', devido a presença da imprensa no local.
4. Ainda que o réu desconhecesse a existência de remédios camuflados no veículo que conduzia, o fato de ter admitido o transporte da substância entorpecente implica assunção do risco de transportar qualquer coisa escondida com a droga, o que consiste, ao menos, em dolo eventual.
5. A pena prevista para a prática do delito descrito no artigo 273, parágrafo 1º-B, inciso I, do Código Penal, é de reclusão, e parte do mínimo de 10 (dez) anos, mostrando-se excessiva para a conduta descrita nos autos. De ofício, é razoável considerar para o delito de importação de medicamentos proibidos, a penalidade prevista para o tráfico de drogas, mas tão-só para fins de considerar a pena mínima cominada ao crime.
(...)
9. Não socorre ao réu a incidência da minorante do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, para o crime de importação de medicamento proibido, aplicável apenas ao tráfico de entorpecentes, até porque a adoção da pena mínima igual a do tráfico já beneficia o réu.
10. Para condutas perpetradas mediante uma só ação, incide a regra do artigo 70 do Código Penal. Responde o acusado pela pena mais grave, acrescida de 1/6 (um sexto), restando a pena privativa de liberdade definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, para cumprimento inicial em regime semi-aberto.
(...)"
(TRF4, ACR 200670050047971, Relator Néfi Cordeiro, *7ª Turma*, DE 18/03/2008 - grifo nosso).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. IMPORTAÇÃO DE

> COMPRIMIDOS DE CYTOTEC E *PRAMIL*. *AUSÊNCIA DE REGISTRO NO ÓRGÃO COMPETENTE*. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS. FORMA EQUIPARADA *AO ARTIGO 273 DO CÓDIGO PENAL*. *DOSIMETRIA. LEI DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES*. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.
> A forma equiparada ao artigo 273 do Código Penal, é de ação múltipla ou de conteúdo variado, bastando a realização de apenas um dos verbos nucleares para a sua caracterização. A introdução clandestina em território nacional de produto destinado a fins medicinais sem registro no órgão competente configura o delito capitulado no art. 273, §§ 1º e 1º-B, sendo irrelevante a destinação a ser conferida aos medicamentos. *A classificação da conduta na equiparação dos §§ 1º e 1º-B, do artigo 273 do Código Penal, enseja a dosimetria nos parâmetros da Lei de Tóxicos vigente ao tempo do fato*. Precedentes deste Tribunal. Substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos efetuada em consonância com o disposto no artigo 44, § 2º, do Código Penal."
> (TRF4, ACR 200670150002742, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, *8ª Turma*, DE 09/09/2009 - grifo nosso).

Desta feita, atento à adequação da pena-base atribuída ao réu e do restante da dosimetria penal efetuada na r. sentença, mantenho a pena tal como determinada pelo Juízo "a quo", pela prática do crime tipificado no *artigo 273, § 1º-B, incisos I e V, do Código Penal*. Assim sendo, é de rigor que seja condenado o réu à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, calculados sobre o valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Diante do exposto, voto pelo *desprovimento do recurso ministerial e pelo parcial provimento da apelação do réu*, apenas

para afastar a decretação de perdimento do veículo apreendido na ocasião dos fatos.

É o voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

- Sobre o crime de contrabando de medicamentos previsto no art. 273, § 1º-B do Código Penal, veja também o seguinte julgado: HC 2009.03.00.005405-8/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Melo, publicado na RTRF3R 96/485.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA 0010859-41.2009.4.03.0000 (2009.03.00.010859-6)

Parte Autora: OLGA RAMIREZ LLOPIS
Parte Ré: UNIÃO FEDERAL
Suscitante: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: CC 11388
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/12/2010

EMENTA

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.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, rejeitou a preliminar suscitada pela Desembargadora Federal Vesna Kolmar, no sentido de declarar a incompetência desta 1ª Seção para julgar o presente conflito e, por unanimidade, julgar procedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 02 de dezembro de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juízo Federal do Juizado Especial Federal de São Paulo (SP) em face do MM. Juízo Federal da 10ª Vara Cível Federal de São Paulo (SP).

O MM. Juízo suscitante argumenta, em síntese, que se trata de ação em que a parte autora pretende reduzir a alíquota da taxa de ocupação de terrenos da União, sendo incompetente o Juizado Especial Federal em razão do art. 3º da Lei nº 10.259/01 (fls. 165/166).

O MM. Juízo suscitado determinou a redistribuição dos autos originários por entender que a competência do Juizado Especial Federal Cível é absoluta, dado o valor da causa não ultrapassar 60 (sessenta) salários mínimos e porque a demanda não se encontra nas hipóteses excluídas da competência prevista no parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 10.259/01, "mormente porque a parte final do inciso III do § 1º do art. 3º da Lei Federal nº 10.259/2001 ressalta expressamente a competência do Juizado Especial Federal para a matéria ora discutida (...). Além disso, restou configurada a legitimação imposta no artigo 6º do mesmo Diploma Legal" (fl. 161).

Designado o MM. Juiz suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes e considerando a apresentação das razões do conflito negativo, foi determinada a vista dos autos ao Ministério Público Federal (fl. 171).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. José Pedro Taques, manifestou-se pela remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça (fls. 179/181).

Declinada a competência, foi determinada a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça (fl. 183), o qual porém

declinou da competência para o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 195/196).

Manifestou-se o Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Marlon AlbertoWeichert, pela procedência do conflito negativo para declarar competente o Juízo Federal da 10ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, suscitado (fls. 211/212v.).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

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

Competência. Direitos reais sobre coisas alheias. Enfiteuse. Laudêmio. 1ª Seção. A competência das Seções e das respectivas Turmas do TRF da 3ª Região encontra-se prevista no art. 10 do seu Regimento Interno:

> "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).
> 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;
> e) constituição, dissolução e liqüidação de sociedades;

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:
I - matéria constitucional, incluindo nacionalidade, opção e naturalização, excetuadas as competências do Órgão Especial, da Primeira e Terceira Seções;
II - licitações;
III - nulidade e anulabilidade de atos administrativos, excetuada a matéria da Primeira e Terceira Seções;
IV - ensino superior;
V - inscrição e exercício profissional;
VI - tributos em geral e preços públicos;
VII - contribuições, excetuadas as de competência da Primeira Seção.
§ 3º - À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à Previdência e Assistência Social, excetuada a competência da Primeira Seção."

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):

"ADMINISTRATIVO. TERRENO DA MARINHA. LAUDÊMIO. ENFITEUSE. NÃO OCORRÊNCIA. DECRETO-LEI

> 2.398/87. NÃO PAGAMENTO. MERA OCUPAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. A enfiteuse ou aforamento, modalidade de direito real sobre coisa alheia, consiste na divisão do domínio em direto, exercido pelo proprietário ou senhorio, e útil, transmitido ao enfiteuta ou foreiro, que fica obrigado ao pagamento de uma pensão anual ou foro.
> 2. Tratando-se de direito real de caráter perpétuo, o domínio útil é passível de transação onerosa, hipótese em que, caso não seja exercido o direito de opção pelo senhorio direto, será devido pelo enfiteuta o pagamento do laudêmio (...).”
> (STJ, REsp nº 1.128.194, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 02.09.10)

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:

> “Enfiteuse - Superior Tribunal de Justiça. Competência.
> Compete à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça o julgamento de feitos em que a relação litigiosa refira-se a obrigação de direito privado, ainda que pertinentes a contratos em que o Estado seja parte.”
> (STJ, REsp nº 49.567, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 14.12.95)

> “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. TAXA DE OCUPAÇÃO. TERRENO DE MARINHA. ENFITEUSE. FORO. REAJUSTE ANUAL. QUESTÃO DE DIREITO PRIVADO. COMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO.
> 1. O art. 9º, § 2º, I, do RISTJ prevê a competência da Segunda Seção desta Corte para processar e julgar os feitos relativos a domínio, posse e direitos reais sobre coisa alheia, salvo quando se tratar de desapropriação.
> 2. *In casu*, trata-se de mandado de segurança impetrado

> pelo enfiteuta de terreno de marinha insurgindo-se contra o reajuste anual do foro, matéria de direito privado e, portanto, afeta à competência da 2ª Seção.
> 3. Processo remetido à SACE para redistribuição.
> 4. Agravo Regimental desprovido."
> (STJ, REsp nº 1.100.543, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23.03.10)

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.

Competência. Laudêmio. Juízo cível. 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:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TAXA DE OCUPAÇÃO. BEM IMÓVEL DA UNIÃO. ART. 3º, PARÁGRAFO 1º INCS. II E III DA LEI Nº 10.259/2001. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.
> - Conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 15ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, em face do Juízo Federal da 9ª da mesma Seção Judiciária, relativo ao processo em que são partes Antônio Vicente de A. Bezerra e União Federal, no bojo do qual se discute a revisão da taxa de ocupação de imóvel localizado em terreno de marinha.

- Nos termos do art. 3º, PARÁGRAFO 1º, incs. II e III da Lei nº 10.259/2001, não se inclui na competência dos juizados especiais federais as causas sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais, assim como as causas que objetivem a anulação ou o cancelamento de ato administrativo federal.
- Considerando que a taxa de ocupação cobrada pelo uso de bem imóvel da União não é tributo, mas preço público, a matéria não está abrangida na competência dos Juizados Especiais Federais, seja por versar sobre bem imóvel da União (inc. II), seja porque a cobrança do uso do aludido bem, não sendo de índole tributária, revela natureza administrativa, submetendo-se aos princípios e regras do Direito Administrativo (inc. III).
- Conflito conhecido para declarar como competente o juízo suscitado (Juízo da 9ª Vara Federal de Pernambuco).”
(TRF da 5ª Região, CC nº 1.792, Rel. Des. Fed. Frederico Pinto de Azevedo, j. 28.04.10)

“PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO VISANDO À DISCUSSÃO DE VALOR DE LAUDÊMIO INCIDENTE SOBRE BEM IMÓVEL DOMINICAL DA UNIÃO. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.
1. Nos termos do artigo 3º, parágrafo 1º, II, não se incluem nas causas de competência do Juizado Especial Federal as que versem sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais.
2. Hipótese em que se discute valor de laudêmio incidente sobre a transferência do domínio útil de bem situado em terreno de marinha, obrigação *propter rem* incidente sobre o bem.
3. Incompetência do Juizado Especial Federal.
4. Conflito conhecido, para declarar competente o juízo suscitado.”

(TRF da 5ª Região, CC nº 1.489, Rel. Des. Fed. Ricardo César Mandarino Barretto, j. 16.01.08)

"PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO ORDINÁRIA - BEM IMÓVEL DA UNIÃO - COBRANÇA DE 'LAUDÊMIO' POR PARTE DA SECRETARIA DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO - COMPETÊNCIA DA VARA FEDERAL COMUM PORQUE MATÉRIA EXPRESSAMENTE EXCEPCIONADA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL (JEF) PELO INCISO II DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 10.259/2001.
1. Se a pretensão deduzida na ação ordinária diz respeito à dispensa da cobrança de 'laudêmio' atinente a imóvel da União, aplicável o art. 3º, § 1º, II, da Lei nº 10.259/2001, que expressamente excetua da competência dos Juizados Especiais Federais, independentemente do valor atribuído à causa, o processamento e julgamento dessa matéria.
2. Conflito conhecido: competente o juízo suscitado, da 3ª Vara Federal/MA.
3. Peças liberadas pelo Relator em 18/08/2010 para publicação do acórdão.
(TRF da 1ª Região, CC nº 0035980-91.2010.4.01.0000, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, j. 18.08.10)

Do caso dos autos. O MM. Juízo Federal da 10ª Vara Cível, suscitado, declinou da competência em favor do Juizado Especial Federal por entender que "a causa proposta pela parte autora, em razão do valor, está inserta na competência daquele órgão jurisdicional, cuja natureza é absoluta, como marca bem o parágrafo 3º, do artigo 3º, da aludida Lei Federal nº 10.259/01" (fl. 161) (fls. 161/162).

O MM. Juiz do Juizado Especial Federal suscitou o presente conflito negativo de competência sustentando ser incompetente, pois a causa está inserida na hipótese prevista pelo art. 3º da Lei nº 10.259/01 (fls. 165/166).

Assiste razão ao MM. Juízo suscitante.

O conflito de competência foi suscitado nos Autos nº 2008.61.00.028073-2, referentes à ação proposta por Olga Ramirez Llopis contra a União, "visando a redução da alíquota aplicada para o cálculo do valor da taxa de ocupação de terrenos da União" (fl. 10).

Ante o exposto, *JULGO PROCEDENTE* o conflito, e declaro a competência do MM. Juízo Federal da 10ª Vara Cível Federal da Subseção Judiciária de São Paulo.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

CONFLITO DE JURISDIÇÃO 0026388-03.2009.4.03.0000 (2009.03.00.026388-7)

Parte Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Partes Rés: ELIANE DA SILVA FRAGA E LACARNIA CRISTINA DA SILVA FRAGA
Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: CJ 11523
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/11/2010

EMENTA

PROCESSO PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ.

- Hipótese de processo no qual a instrução foi presidida e concluída por juiz federal substituto em virtude do gozo de férias pela juíza federal titular da Vara, posteriormente desvinculando-se o substituto com o retorno da titular. Não restando configurada nenhuma das exceções previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil, é da competência do magistrado que presidiu a colheita da prova a prolação da sentença. Inteligência do artigo 399, § 2º do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 11.719/08. Precedente da Corte.

- Fato da instrução ter sido realizada antes da vigência da Lei nº 11.719/08 que não afasta a aplicação do princípio da identidade física do juiz, tendo a regra do artigo 399, § 2º do CPP natureza processual atinge os processos em curso, nos termos do artigo 2º do CPP, devendo ser considerado para fins de aplicação do dispositivo o momento do julgamento da demanda. Precedente da Corte.

- Conflito julgado improcedente para declarar competente o juiz federal substituto da 1ª Vara Federal de Araraquara - SP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Araraquara/SP, nos termos do voto do Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator), com quem votaram os Desembargadores Federais NELTON DOS SANTOS, LUIZ STEFANINI, COTRIM GUIMARÃES, CECILIA MELLO, HENRIQUE HERKENHOFF e JOSÉ LUNARDELLI. Vencidos os Desembargadores Federais ANDRÉ NEKATSCHALOW e RAMZA TARTUCE, que julgavam procedente o conflito. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais JOHONSOMDI SALVO, VESNA KOLMAR e a Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA.

São Paulo, 21 de outubro de 2010.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Trata-se de conflito negativo de competência suscitado nos autos da ação criminal nº 2006.61.20.001952-4, instaurada a partir do desmembramento dos autos nº 2004.61.20.006050-3, em que Lacárnia Cristina da Silva Fraga e Eliane da Silva Fraga foram denunciadas como incursas no artigo 342 do Código Penal, perante o Juízo Federal da 2ª Vara de Araraquara - SP, posteriormente tendo sido determinada a suspensão da ação penal e o desmembramento do feito somente quanto a segunda denunciada que, citada por edital, deixou de comparecer à audiência de instrução designada para o dia 21 de fevereiro de 2006.

Designada audiência para interrogatório da acusada Eliane da Silva Fraga, no dia 16 de julho de 2008, em virtude das férias da juíza federal titular, foi presidida pelo juiz federal substituto ora suscitante, que realizou o interrogatório da acusada e declarou encerrada a instrução.

Na fase de prolação de sentença, a juíza suscitada, invocando o princípio da identidade física do juiz, determinou a remessa ao juiz suscitante, em exercício na 1ª Vara de Araraquara - SP, que suscitou o presente conflito.

O parecer da procuradoria regional da república é pela procedência do conflito, declarando-se a competência do juízo da 2ª Vara Federal de Araraquara - SP.

É o relatório.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): O caso dos autos é de conflito de competência estabelecido nos autos da ação penal nº 2006.61.20.001952-4, instaurada a partir do desmembramento dos autos nº 2004.61.20.006050-3, perante o Juízo Federal da 2ª Vara de Araraquara - SP, para apurar suposta prática de delito de falso testemunho por Eliane da Silva Fraga.

A juíza federal titular da 2ª Vara Federal de Araraquara - SP oficiante no feito proferiu decisão declinando da competência e determinando a remessa dos autos à 1ª Vara Federal de Araraquara - SP (fl. 380), com fundamento no artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal.

Suscitou o juiz federal substituto da 1ª Vara Federal de Araraquara - SP o presente conflito de competência (fls. 381/384), sustentando que o processo está vinculado à Vara e não ao juiz da fase de instrução, ainda afirmando que esteve vinculado ao Juízo da 2ª Vara Federal por designação provisória, em virtude do gozo de férias pela juíza federal titular.

A regra estatuindo a solução em matéria qual versada nos autos antolha-se no enunciado do artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, "in verbis":

"§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença."

O referido dispositivo legal foi estabelecido pela Lei nº 11.719/08 introduzindo no processo penal o princípio da identidade física do juiz, que até então somente era aplicado no processo civil.

Referido princípio vincula o magistrado que presidiu a audiência e presenciou a colheita da prova à prolação de sentença, salvo quando presente alguma hipótese das previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil, aplicado nos feitos penais por força do disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal.

Confira-se a propósito o teor do dispositivo:

> "Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.
> Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas."

No caso em exame, em razão do gozo de férias pela juíza federal titular da 2ª Vara de Araraquara - SP, a audiência de instrução foi presidida pelo juiz suscitante, que posteriormente, com o retorno da titular, deixou de exercer as atividades jurisdicionais da Vara, dela desvinculando-se (ou seja, tem-se situação de designação do juiz suscitante para atuar como substituto na 2ª Vara de Araraquara - SP durante as férias da juíza titular, sendo que, findo tal período, o magistrado foi designado para atuar como substituto na 1ª Vara de Araraquara - SP), hipótese que não se enquadra nas exceções previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil, sendo ele, portanto, competente para a prolação da sentença.

Alegações de vinculação do processo à Vara e exercício provisório de jurisdição nada influem na solução da questão, porquanto em dissonância com a determinação expressa do artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal, somente importando para os

efeitos da lei se o magistrado presidiu ou não a instrução, salvo as exceções previstas na legislação processual e que não se configuram na hipótese dos autos, conforme acima expendido, anotando-se a irrelevância do motivo de não ter sido a juíza titular a presidir e concluir a instrução.

Neste sentido já se manifestou esta Corte:

> "PENAL. PROCESSUAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. SENTENÇA PROLATADA POR JUIZ DIVERSO DAQUELE QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO CRIMINAL: OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. AUSÊNCIA DE HIPÓTESES DE EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART, 132, DO CPC APLICADO POR ANALOGIA. PREJUÍZO DEMONSTRADO: CONDENAÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA RECONHECIDA. EXAME DO MÉRITO PREJUDICADO.
> 1. A Lei 11.719/2008 consagrou, no âmbito do processo penal, o princípio da identidade física do juiz, alterando o artigo 399, do Código de Processo Penal, determinando, no § 2º, que o Juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.
> 2. O princípio da identidade física do Juiz consubstancia-se na vinculação do julgador ao julgamento da causa, desde que esse tenha colhido a prova oral.
> 3. Caso em que a instrução foi presidida por um Juiz substituto porque, à época, a Juíza que proferiu a sentença estava em gozo de férias.
> 4. O princípio da identidade física do juiz deve ser observado no momento do julgamento do feito. Assim, é irrelevante o motivo pelo qual a instrução não foi presidida pelo juiz titular da causa.
> 5. Preliminar da defesa acolhida. Anulação da sentença. Remessa dos autos à vara de origem para que outra seja proferida pelo mesmo juiz que presidiu a instrução.
> 6. Prejudicado o exame do mérito da apelação."
> (TRF3, Apelação Criminal 40075, Processo: 2008.60.04.000672-2,

SEGUNDA TURMA, Relator: Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, data do julgamento: 04/05/2010, data da publicação: 13/05/2010).

Anoto, por fim, que o fato da instrução ter sido realizada antes da vigência da Lei nº 11.719/08 não afasta a aplicação do princípio invocado, a regra do artigo 399, § 2º, do Código Processo Penal tem natureza processual, atingindo os processos em curso, nos termos do artigo 2º do Código de Processo Penal, devendo ser considerado para fins de aplicação do dispositivo o momento do julgamento da demanda, conforme também já se pronunciou esta Corte:

"PROCESSUAL PENAL. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INSTRUÇÃO ENCERRADA ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 11.719/2008. SENTENÇA PROLATADA NA VIGÊNCIA DA LEI NOVA. DIREITO INTERTEMPORAL. SENTENÇA NULA. RETORNO DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA. INVIABILIDADE DO JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO PENAL DIRETAMENTE PELO TRIBUNAL.

1. Dentre outras mudanças que promoveu sobre a legislação processual penal, a Lei nº 11.719/2008 consagrou o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual deverá proferir a sentença o magistrado que presidiu a instrução.

2. *Como regra, a lei processual nova entra em vigor imediatamente, alcançando os processos em curso. Assim, o § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, deve ser observado no momento do julgamento do feito.*

3. *Conquanto tenha a instrução sido concluída antes da entrada em vigor da Lei nº 11.719/2008, é nula a sentença prolatada já na vigência da lei nova e com inobservância do princípio da identidade física do juiz.*

4. Declarada nula a sentença por descumprimento do

princípio da identidade física do juiz, devem os autos ser restituídos à instância de origem, a fim de que novo julgamento seja exarado, desta feita pelo magistrado que presidiu a instrução. Assim, não pode o tribunal julgar diretamente o mérito da ação penal, inexistindo espaço para a aplicação analógica do § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil.

5. Apelação provida."

(TRF3, Apelação Criminal 34924, Processo: 2007.61.13.002067-5, SEGUNDA TURMA, Relator para Acórdão: Desembargador Federal Nelton dos Santos, data do julgamento: 12/05/2009, data da publicação: 12/11/2009, grifo nosso).

Diante do exposto, julgo improcedente o conflito para declarar a competência do juiz federal substituto da 1ª Vara de Araraquara - SP, ora suscitante.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

- Sobre a vinculação do juiz federal substituto ao processo, considerando o princípio da identidade física do juiz, veja também o seguinte julgado: CC 2001.03.00.005645-7/MS, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes, publicado na RTRF3R 74/322 e decisão proferida no CC 2002.03.00.017933-0/SP, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, publicada na RTRF3R 82/157.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL 0063271-08.1998.4.03.9999 (98.03.063271-0)

Embargante: ANTONIO ROMANI
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 94/99
Recorrido: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE JUNDIAI - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LEIDE POLO
Classe do Processo: AC 430701
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/12/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. SALÁRIO-BASE. CONTRIBUINTE AUTONOMO. CLASSES. INTERSTÍCIOS. LEI 7787/89.

- Embargos de declaração apreciados por força de decisão do STJ.

- Antes que se aplique a média aritmética simples das 36 contribuições para apuração do salário-de-benefício, de que trata o artigo 29 da Lei 8213/91, há que se observar as regras para recolhimento dos contribuintes autônomos, relativas ao cumprimento dos interstícios para mudança de classe.

- A partir de julho de 1989, ocorreram significativas alterações no sistema previdenciário, inicialmente impostas pela Lei 7787/89 e Decreto 97.968/89 que, dentre outras mudanças, implicou alteração do teto de contribuições, anteriormente fixado em 20 vezes o maior salário mínimo, que passou a ter valor nominal periodicamente anunciado pela Previdência Social, bem como a consequente alteração de toda a tabela de contribuições.

- O autor não observou o novo ordenamento e, consequentemente, a partir de julho de 1989, seus recolhimentos ultrapassaram o valor permitido para sua classe. Por ocasião dos cálculos para concessão do benefício, a Administração

adequou os valores apresentados pelo autor àqueles permitidos na nova legislação e desconsiderou o excedente.
- Compete ao legislador estabelecer o valor das contribuições previdenciárias, devendo o segurado se pautar nos critérios estabelecidos nas normas previdenciárias. Assim, não há como se considerar, para fins de salários-de-contribuição, remuneração que supere o limite estabelecido pela legislação ordinária, porquanto os requisitos para a aposentadoria foram implementados na vigência da Lei 7787/89, que deverá ser observada para dirimir as questões pertinentes aos cálculos da renda mensal inicial do benefício em tela.
- Embargos de declaração acolhidos para apreciar a matéria. Mantido, por fundamentos diversos, o dispositivo do julgado que negou provimento à apelação do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, *ACORDA* a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, em *acolher os embargos de declaração e manter, por fundamentos diversos, o dispositivo do julgado que negou provimento à apelação*, nos termos do relatório e voto da Senhora Relatora, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de dezembro de 2010.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LEIDE POLO (Relatora):

ANTONIO ROMANI ajuizou ação, visando à revisão da renda mensal inicial de sua aposentadoria por tempo de serviço

(DIB 27.04.1995), ao argumento de que a autarquia não teria considerado os salários-de-contribuição sobre os quais efetivamente contribuiu no período básico de cálculo. Pleiteou, ainda, a aplicação da integralidade do IPC nos reajustes do benefício em manutenção.

O MM. Juiz "a quo" julgou improcedente o pedido por entender indevidas e impertinentes as formas de recálculos e reajustes perseguidas. O demandante foi condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da causa, cuja cobrança fica suspensa nos termos da Lei 1060/50.

Inconformado, o autor interpôs apelação, distribuída à Primeira Turma desta Corte, que proferiu julgamento (fls. 94/99), no qual negou provimento à apelação.

Às fls. 102/107, o autor opôs embargos de declaração, ao argumento da ocorrência de omissão no julgado, consistente na não apreciação de ambos os pedidos formulados na inicial. Todavia, pretende a manifestação do órgão julgador com efeitos infringentes somente quanto ao pedido de revisão da renda mensal inicial, considerando-se os salários-de-contribuição sobre os quais efetivamente o ora embargante contribuiu.

A Primeira Turma desta Corte rejeitou os embargos de declaração (fls. 110/114).

Irresignado, o apelante interpôs recurso especial (fls. 117/127), que foi admitido e encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça.

Às fls. 140/143, o Sr. Ministro Relator Nilson Naves, com base no artigo 557, § 1º A, do CPC, deu provimento ao recurso especial para determinar que este Tribunal supra a omissão apontada.

Os autos baixaram a esta Corte e, em dezembro de 2010, foram redistribuídos a esta relatora, em razão da alteração regimental de competência da 1ª Turma.

É o relatório.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LEIDE POLO (Relatora):

Em cumprimento à decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, passo a apreciar a omissão apontada às fls. 142/143, no sentido do pronunciamento acerca da questão da revisão da renda mensal inicial, considerando-se os salários-de-contribuição sobre os quais efetivamente o ora embargante teria contribuído.

O autor é beneficiário de aposentadoria por tempo de serviço desde 27.04.1995. Contribuiu à Previdência Social na qualidade de segurado autônomo e argumenta que o INSS não considerou os salários-de-contribuição sobre os quais efetivamente recolheu, relativamente ao período básico de cálculo.

No caso em tela, o período básico de cálculo considerado compreendeu o mês de abril de 1992 a março de 1995 (fl. 13).

Antes que se aplique a média aritmética simples das 36 contribuições para apuração do salário-de-benefício, de que trata o artigo 29 da Lei 8213/91, que vigia à época da concessão, há que se observar as regras para recolhimento dos contribuintes autônomos, relativas ao cumprimento dos interstícios para mudança de classe, a fim de verificar se o segurado efetuou as contribuições de acordo com os limites permitidos. A controvérsia resume-se aos valores relativos às competências a partir de 07/89.

A partir de julho de 1989, ocorreram significativas alterações no sistema previdenciário, inicialmente impostas pela Lei 7787/89 e Decreto 97.968/89 que, dentre outras mudanças, implicou alteração do teto de contribuições, anteriormente fixado em 20 vezes o maior salário mínimo, que passou a ter valor nominal periodicamente anunciado pela Previdência Social, bem como a consequente alteração de toda a tabela de contribuições.

O autor não observou o novo ordenamento e, consequentemente, a partir de julho de 1989, seus recolhimentos ultrapassaram o valor permitido para sua classe e tal erro de enquadramento repercutiu nos salários-de-contribuição do período básico de cálculo. Por ocasião da apuração da concessão do benefício, a

Administração adequou os valores apresentados pelo autor àqueles permitidos na nova legislação e desconsiderou o excedente.

Conforme se verifica na cópia do procedimento administrativo de concessão do benefício, à fl. 65, em julho de 1989, o autor enquadrava-se na "classe 6" de contribuições. Somente a partir da competência de dezembro de 1990 poderia evoluir para "classe 7". O segurado, entretanto, em julho de 1989, contribuiu com valores equivalentes à "classe 10", em agosto/89 o fez corretamente na "classe 6" e a partir de setembro de 1989 passou a contribuir com valores equivalentes a "classe 10", não observando os interstícios.

A matéria é regulada pelo artigo 29, § 11, da Lei 8212/91, que preceitua:

> "§ 11. Cumprido o interstício, o segurado pode permanecer na classe em que se encontra, mas em nenhuma hipótese isto ensejará o acesso a outra classe que não a imediatamente superior, quando ele desejar progredir na escala."

Dispõe o artigo 135 da Lei 8213/91:

> "Art. 135. Os salários-de-contribuição utilizados no cálculo do valor de benefício serão considerados respeitando-se os limites mínimo e máximo vigentes nos meses a que se referirem".

Cabe salientar que compete ao legislador estabelecer o valor das contribuições previdenciárias, devendo o segurado se pautar nos critérios estabelecidos nas normas previdenciárias. Assim, não há como se considerar, para fins de salários-de-contribuição, remuneração que supere o limite estabelecido pela legislação ordinária, porquanto os requisitos para a aposentadoria foram implementados na vigência da Lei 7787/89, que deverá ser observada para dirimir as questões pertinentes aos cálculos da renda mensal inicial do benefício em tela. Este Tribunal tem decidido a matéria, conforme exemplifica o seguinte julgado:

"PREVIDENCIÁRIO - REVISIONAL DE BENEFÍCIOS - MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA - RENDA MENSAL INICIAL - SALÁRIO-BASE - CONTRIBUIÇÃO - INTERSTÍCIOS - PROGRESSÃO NA ESCALA - IMPROCEDÊNCIA - APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA.
- A progressão na escala do salário-base, no que se refere ao contribuinte, é permitida desde que cumprido o interstício exigido em lei, e somente para a classe imediatamente posterior.
- Diante do descumprimento de tal previsão legal por parte da autora, correto cálculo da renda mensal inicial do benefício, efetuada com o devido enquadramento no dispositivo legal, desconsiderando-se o valor da contribuição superior às classes sobre as quais a autora contribuiu.
- Não há falar em revisão do cálculo do benefício se não demonstrado o descumprimento da legislação previdenciária.
- A pretendida proporcionalidade entre o salário-de-contribuição e a renda mensal inicial do benefício não tem previsão legal e deve ser indeferida, mesmo que se tenha contribuído à base do valor teto.
- Apelação improvida."
(TRF3 - Rel. Des. Fed. Eva Regina, AC 1999.60.00.008208-4 - DJF3 DATA: 16/07/2008)

Conclui-se, portanto, não procede o pedido do autor no sentido de considerar os salários-de-contribuição sobre os quais efetivamente recolheu, porquanto não foram observadas as regras relativas aos interstícios para progressão das classes contributivas.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração de fls. 102/107, para apreciar a questão que deixou de ser julgada no acórdão de fls. 94/99, mas mantenho, por fundamentos diversos, o dispositivo: "Ante o exposto, nego provimento à apelação do autor, mantendo íntegra a sentença 'a quo'".

É como voto.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL 0061852-79.2000.4.03.9999 (2000.03.99.061852-1)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Interessados: OS MESMOS E ROMILDA FALDA DE ALMEIDA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PEDERNEIRAS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY
Classe do Processo: AC 636868
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/12/2010

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE CUJO RESULTADO FOI INTERPOSTO RECURSO. DURANTE O TRÂMITE ADMINISTRATIVO NÃO HÁ CONTAGEM DO LAPSO PRESCRICIONAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS. EFEITOS INFRINGENTES.

- O benefício foi indeferido pelo INSS, havendo interposição de recurso administrativo. Durante o trâmite do processo administrativo não há contagem de lapso prescricional.
- Somados os interregnos entre a morte e o protocolo de pedido de benefício e entre a decisão final administrativa e o ajuizamento da ação, obtém-se 04 (quatro) anos e 03 (três) dias, que, portanto, tempo que não ultrapassa o quinquênio prescricional.
- Não há prescrição das diferenças pleiteadas nesta ação.
- Há equívoco de interpretação da normatização que rege a espécie, motivo pelo qual é viável emprestar ao recurso, excepcionalmente, caráter infringente.
- Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima

indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *dar provimento aos embargos de declaração*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de novembro de 2010.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY (Relatora):

Trata-se de em embargos de declaração opostos pela parte autora contra v. acórdão que negou provimento a sua apelação, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS para determinar a prescrição quinquenal parcelar e por força exclusivamente do reexame necessário reduziu os honorários advocatícios e isentou a autarquia do pagamento de custas, em ação proposta com vistas à concessão de pensão por morte pelo falecimento de companheiro (fls. 165-169).

Aduz, em breve síntese, que o falecimento do segurado ocorreu em 11.04.87 e o requerimento administrativo foi realizado aos 09.12.87, cujo resultado final se deu somente em 26.12.95, em virtude de recurso administrativo que restou negado, havendo suspensão da prescrição durante todo o trâmite. Dessa forma, frente ao ajuizamento da ação em abril/99, não se há falar em prescrição quinquenal. Pede seja sanada a omissão (fls. 171-173).

É o relatório.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY (Relatora):

Razão assiste à parte autora.

De fato, compulsando a cópia do processo administrativo acostado aos autos pelo INSS (fls. 46-94), verifica-se que a embargante

formulou requerimento perante a autarquia aos 09.12.87 (fls. 52), isto é, passados 08 (oito) meses e 03 (três) dias da data do óbito (11.04.87).

O benefício lhe foi indeferido, havendo interposição de recurso administrativo, cuja decisão final se deu em 26.12.95 (fls. 85). Destarte, durante o trâmite do processo administrativo não há contagem de lapso prescricional.

O ajuizamento da ação ocorreu em 28.04.99, após 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 05 (cinco) dias da decisão final administrativa.

Somados os interregnos entre a morte e o protocolo de pedido de benefício e entre a decisão final administrativa e o ajuizamento da ação, obtém-se 04 (quatro) anos e 03 (três) dias, que, portanto, não ultrapassa o quinquênio prescricional.

Desta forma, não há prescrição das diferenças pleiteadas nesta ação.

Dadas as peculiaridades do presente caso, notadamente no que concerne ao evidente equívoco de interpretação da normatização que rege a espécie, entendo ser viável emprestar ao recurso, excepcionalmente, caráter infringente. A propósito, a jurisprudência não destoa de tal posicionamento, *verbis*:

> "Doutrina e jurisprudência têm admitido o uso de embargos declaratórios com efeito infringente do julgado, mas apenas em caráter excepcional, quando manifesto o equívoco e não existindo no sistema legal outro recurso para a correção do erro cometido" (STJ - 4ª Turma, REsp 1.757-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 13.3.90, deram provimento, v. u., DJU 9.4.90, p. 2745).

> "Cabem embargos de declaração com efeitos modificativos, para correção de erro relativo:
> - a uma premissa de que haja partido a decisão embargada, atribuindo-se-lhes efeito modificativo quando tal premissa seja influente no resultado do julgamento" (STF - 1ª Turma, RE 207.928-6-SP-Edcl, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14.4.98, receberam os embs., v. u., DJU 15.5.98,

seç. 1e, p. 54); no mesmo sentido: RSTJ 39/289 e STJ-RJ 185/554, maioria; RSTJ 47/275, maioria. - NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 35ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, ps. 593-594, notas 7 e 8 ao art. 535 do CPC.).

Em razão do reconhecimento do equívoco, passo a reescrever o dispositivo do v. acórdão:

"Posto isso, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS E DAR PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL, DADA POR INTERPOSTA, para reduzir os honorários advocatícios e isentar a autarquia do pagamento de custas processuais. No mais, mantenho a r. sentença. Correção monetária e juros de mora conforme explicitado."

Posto isso, voto no sentido de DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E, EXCEPCIONALMENTE, EMPRESTAR-LHES EFEITOS INFRINGENTES, PARA EXCLUIR DA CONDENAÇÃO A DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PARCELAR E REESCREVER O DISPOSITIVO DO JULGADO PARA NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS.

É como voto.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

- Sobre a não fluência de prazo prescricional durante o trâmite de pedido administrativo, veja também o seguinte julgado: RO 90.03.000415-3/SP, Relator Juiz Roberto Haddad, publicado na RTRF3R 21/441.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL 0000263-52.2001.4.03.9999 (2001.03.99.000263-0)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 131/134
Interessada: APARECIDA TRAVIA DOS SANTOS
Sucedido: JOSE ZACARIAS DOS SANTOS (falecido)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE RIBEIRÃO PIRES - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Classe do Processo: AC 656061
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/12/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - RECÁLCULO DO BENEFÍCIO - TÍTULO JUDICIAL OBTIDO NA JUSTIÇA DO TRABALHO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONTRADIÇÃO CARACTERIZADA - TERMO INICIAL DOS REFLEXOS FINANCEIROS.

1 - Existência de contradição na decisão embargada, nos moldes do art. 535, I, CPC.

2 - Tratando-se de revisão do ato de aposentadoria, com alteração da renda mensal inicial, o termo inicial deve ser mantido na data da concessão da benesse em sede administrativa, com reflexos financeiros, contudo, incidentes a partir da citação, pois fora nesta data que a Autarquia Previdenciária tomou conhecimento da pretensão e a ela opôs resistência.

3 - Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de novembro de 2010.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face do v. acórdão de fls. 131/134, proferido pela 9ª Turma, que negou provimento ao agravo oposto com fundamento no art. 557 do CPC, mantendo integralmente a decisão que deu parcial provimento à remessa oficial, tida por interposta, e à apelação do INSS.

Alega a parte embargante, em suas razões de fls. 136/137, que o julgado apresenta omissão, porquanto não fixou a data da citação como termo inicial para o pagamento das diferenças decorrentes do recálculo da renda mensal inicial do benefício.

Apresentado em mesa, *ex vi* do art. 263 do Regimento Interno deste E. Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Há contradição no julgado embargado, nos moldes disciplinados pelo art. 535, II, do Código de Processo Civil, conforme suscitado no presente recurso.

A decisão embargada foi assim fundamentada:

> "O segurado faz, portanto, jus ao cômputo, em sede previdenciária, do montante reconhecido na Justiça do Trabalho, uma vez que esse valor recebido sob a rubrica

adicional de insalubridade, integra a remuneração do empregado e encontra respaldo na legislação previdenciária, passando, pois, a integrar o salário-de-contribuição nas respectivas competências."

"Nessas condições, o valor do benefício deve ser recalculado, para que se proceda à inclusão dos valores relativos à majoração salarial nos salários-de-contribuição, com o devido reflexo no salário-de-benefício e renda mensal inicial, desde a data da concessão da benesse, observada a prescrição qüinqüenal."

Passo a saná-la.

Tratando-se de revisão do ato de aposentadoria, com alteração da renda mensal inicial, o termo inicial deve ser mantido na data da concessão da benesse em sede administrativa, com reflexos financeiros, contudo, incidentes a partir da citação, pois fora nesta data que a Autarquia Previdenciária tomou conhecimento da pretensão e a ela opôs resistência, uma vez que, por ocasião do requerimento de concessão do benefício (10 de outubro de 1991), o título judicial obtido na Justiça do Trabalho, que embasou o acolhimento do pedido inicial, não havia sido constituído, o qual ocorreu somente em 18 de abril de 1996.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração, a fim de sanar a contradição apontada, atribuindo-lhes efeitos infringentes, e dou provimento ao agravo legal para reformar a decisão impugnada, a fim de que os reflexos financeiros da alteração da renda mensal inicial incidam a partir da citação.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 0006167-43.2002.4.03.0000 (2002.03.00.006167-6)

Embargantes: ALBANO DE JESUS ALIPIO E OUTRO
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 149/152
Agravantes: ALBANO DE JESUS ALIPIO E OUTRO
Agravada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Interessadas: MARINA MOURA ALIPIO E ELVIRA BONFANTI ALVARES
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Parte Ré: EMPRESA PAULISTA DE ÁGUAS MINERAIS LTDA.
Origem: JUÍZO DE DIREITO DO SAF DE RIBEIRÃO PIRES - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ROBERTO LEMOS
Classe do Processo: AI 148541
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/11/2010

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DOAÇÃO DO ÚNICO BEM PASSÍVEL DE PENHORA. FRAUDE À EXECUÇÃO. VALIDADE DO ATO CONSTRITIVO. INAPLICABILIDADE AO CASO DA LEI DE IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. IMPROVIMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS DADO SEU INCONTESTE CARÁTER INFRINGENTE.

I - Doação do único bem apto à garantia da execução perpetrada após a propositura da execução e regular citação do devedor. Hipótese amoldada ao disposto no art. 593, inciso II, CPC. Validade da penhora efetuada. Não incidência da Lei nº 8.009/1990 dada a caracterização de fraude à execução.

II - Os embargos de declaração têm o fim precípuo de possibilitar a emissão de provimento integrativo-retificador, apto a afastar obscuridade, omissão ou contradição.

III - Incabimento dessa via para rediscussão ou reexame da causa, o que só é possível através do manejo de recurso próprio. Precedentes do STF.

IV - Embargos declaratórios rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, não acolher os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de novembro de 2010.

Juiz Federal Convocado ROBERTO LEMOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ROBERTO LEMOS (Relator):

ALBANO DE JESUS ALÍPIO e outros opõem embargos de declaração contra o v. acórdão de fs. 149/152, que, por votação unânime, negou provimento ao agravo de instrumento interposto contra r. decisão que determinou o registro de penhora sobre imóvel objeto da matrícula nº 65.877 do 2º Cartório de Registro de Imóveis de Santos - SP.

Em suma, os embargantes alegam que a transmissão do imóvel aos filhos, via doação, foi operada de forma escorreita, e que o resultado do v. julgado não pode prevalecer em razão do art. 593, inciso II, do CPC, estar revogado por disposição contida na Lei de Registros Públicos, e pelo disposto no art. 659, § 4º, do CPC. Argumentam, também, a impossibilidade de prevalência do provimento embargado, uma vez que quando da doação do bem não havia registro da penhora.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado ROBERTO LEMOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ROBERTO LEMOS (Relator):

O v. acórdão embargado solucionou o recurso deduzido nos termos do voto condutor que reproduzo:

"Após examinar todo o processado, anoto que a execução fiscal onde proferida a r. decisão agravada foi intentada aos 21.07.1995 contra os agravantes e a Empresa Paulista de Águas Minerais Ltda. Frustrada a citação da pessoa jurídica, o agravante Albano de Jesus Alípio foi citado aos 07.11.1996 (fl. 45).

Em setembro de 1999 foi operado o redirecionamento dos atos constritivos para bens registrados em nome dos ora agravantes (fl. 58), que foram desse ato intimados aos 29.09.2000 (fl. 80), oportunidade que informaram que o único bem que possuíam não mais lhes pertencia.

Da análise da cópia da matrícula do imóvel cuja penhora é questionada nestes (fls. 81 e verso), constata-se que os agravantes doaram referido bem aos filhos em 18.03.1999, e na mesma data reservaram para si o usufruto do mesmo bem, ou seja, doaram o imóvel quando já em curso a execução fiscal.

Compreendo que a situação verificada encontra-se bem aperfeiçoada ao disposto no art. 593, inciso II, do Código de Processo Civil, segundo o qual considera-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens, quando ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. Ao comentar o art. 106 do Código Civil de 1916, registrou Clóvis Bevilaqua (*in* BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, Edição Histórica*. Rio de janeiro: Editora Rio, vol. 1, p. 358.)

'Fraude, no sentido em que o termo é empregado pelo Código Civil nesta secção, é todo acto prejudicial ao credor (*eventus domni*), por tornar o devedor insolvente ou ter sido praticado em estado de insolvência.

Não exige o Código o requisito da má-fé (*consilium fraudis*), que, aliás, ordinariamente, se presume, porém que não é essencial para determinar a fraude e tornar annulável o acto.

Houve, assim, uma simplificação da theoria da fraude contra

os credores, pois os civilistas pátrios, sem divergência, consideravam a má fé elemento constitutivo da fraude contra os credores, ainda que essa doutrina nem sempre se accommodasse aos casos da vida real.

Para o Código Civil as diminuições gratuitas do patrimônio do devedor são annulaveis, sempre que, por causa dellas, se ache na impossibilidade de satisfazer as suas dividas. Pouco importa que elle conhecesse, realmente, ou não, o estado dos seus bens. Indifferente é, também, que o soubesse aquelle que lucrou com a liberalidade. A limitação estabelecida no Código é somente a que procede a prescrição, que se consumma em quatro anos (art. 178, § 9º, V, *b*).

Os credores chirographicos, isto é, os que não têm garantia real, em seu favor, é que têm interesse e direito de annullar as transmissões gratuitas de bens e as remissões de dividas, que praticarem os devedores insolventes. Os privilégios pessoaes não tiram ao credito pessoal o seu caracter, e somente revelam a sua efficácia por occasião do concurso creditório (artigos 1.554-1.571). As garantias reaes adherem ao bem, acompanham-no por toda a parte, e asseguram, a todo o tempo, enquanto existirem, o pagamento da dívida.

Os actos gratuitos prejudiciaes aos credores, que o art. 106, syntheticamente, reduz a transmissões de bens e remissões de dívida, apresentam várias modalidades, que a analyse põe a descoberto.

São transmissões gratuitas de bens: - as doações; o repúdio de herança deferida; a renuncia de usofructo, e, em geral, de qualquer direito já adquirido (...)'

Destaco que com a peça de interposição os agravantes não trouxeram prova de que a doação do imóvel levada a efeito não os reduziu à insolvência, me parecendo certo, ademais, que não lhes socorre a aventada impenhorabilidade do imóvel, consoante entendimento predominante no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, como se verifica do v. acórdão assim ementado:

> 'AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. RECONHECIMENTO. BEM DE FAMÍLIA. DESCARACTERIZAÇÃO.
> 1. O bem que retorna ao patrimônio do devedor, por força de reconhecimento de fraude à execução, não goza da proteção da impenhorabilidade disposta na Lei nº 8.009/1990, sob pena de prestigiar-se a má-fé do executado.
> 2. Precedentes.
> 3. Agravo regimental improvido'. (AgRg no REsp 1085381/SP, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 10.03.2009, DJe 30.03.2009)
> Pelo exposto, voto pelo improvimento do recurso."

Compreendo que através dos embargos em apreço os recorrentes buscam, em verdade, a alteração do julgado, o que não é próprio da via recursal eleita. Com efeito, os embargos de declaração têm o fim precípuo de possibilitar ao julgador emitir um provimento integrativo-retificador.

Porém, ao fazê-lo não pode o órgão julgador reexaminar a causa, pois a decisão, uma vez proferida, torna-se irretratável, salvo mediante a utilização de via recursal apropriada. Destarte, não pode ser revista a solução da causa atribuída pelo provimento embargado a pretexto de eventual erro de julgamento.

Nesse sentido é a lição de José Carlos Barbosa Moreira:

> "(...) o essencial é que, pela leitura da peça, fique certo que o embargante persegue na verdade o objetivo compatível com a índole do recurso, e não pretende, em vez disso, o reexame em substância da matéria julgada."
> (*Novo Processo Civil Brasileiro*, Forense, 19ª edição, 1998, p. 155).

Registro que no sentido da orientação doutrinária citada, é a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Confira-se: AI 548771 AgR-ED, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 02.02.2010, DJe-035, 26.02.2010, p.

1815; AI 746016 AgR-ED-ED, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 15.12.2009, DJe-027, 12.02.2010, p. 1262; AI 734925 AgR-ED-ED, Relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 04.02.2010, DJe-035, p. 26.02.2010, 2319).

Assim, por entender que a questão posta nestes foi solucionada de forma adequada à legislação de regência e ao entendimento jurisprudencial dominante, não divisando a presença de omissão, obscuridade ou omissão a ser sanada, *voto pelo não-acolhimento* dos embargos de declaração.

Juiz Federal Convocado ROBERTO LEMOS - Relator

“HABEAS CORPUS”

"HABEAS CORPUS"
0020323-55.2010.4.03.0000
(2010.03.00.020323-6)

Impetrante: AGENOR FRANCHIN FILHO
Paciente: CARLOS RODRIGUES
Impetrado: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BARIRI - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: HC 41608
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/12/2010

EMENTA

HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO INFIEL - IMPOSSIBILIDADE - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA VINCULANTE 25.
1. O STF editou a Súmula Vinculante nº 25, segundo a qual "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.".
2. Concessão da ordem.

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, conceder a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de outubro de 2010.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de Carlos Rodrigues, sendo o feito protocolado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na data de 26/10/2009.

Informa o paciente que é sócio da empresa Frigorífico Fribordogue Ltda., que sofre uma ação de execução fiscal promovida pela Fazenda Nacional, em trâmite na Comarca de Bariri, registrada sob nº 158/95 (CDA de R$ 5.985,56 em 26/10/1995).

Para garantia da execução foi pedido pela Fazenda Nacional e deferido pelo Juízo, a penhora sobre 30% do faturamento da empresa, nomeando-se o paciente como fiel depositário.

A empresa executada ingressou com embargos à execução fiscal, porém não obteve êxito na demanda. Após, exaurido os prazos para recurso, a MM. Juíza da Comarca de Bariri determinou a intimação do fiel depositário - Carlos Rodrigues/paciente - para depositar imediatamente o valor penhorado, devidamente atualizado, sob pena de prisão.

Entendendo ser ilegal a prisão do depositário infiel, o paciente socorre-se por meio do *habeas corpus*, para que seja concedida ordem suspendendo de imediato o decreto de prisão.

Em 30/10/2009, o Desembargador José Luiz Germano, integrante da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, concedeu "liminar para sustar eventual ordem de prisão por descumprimento do mandado.".

As informação da autoridade coatora foram acostadas às fls. 110/111, e o parecer do Ministério Público de Estado de São Paulo, opinando pela concessão da ordem, foi juntado às fls. 106/108.

Apresentado o feito em mesa para julgamento a Turma Julgadora do Tribunal de Justiça, por unanimidade, reconheceram a incompetência para julgar o feito e determinaram a remessa do HC Egrégio Tribunal Federal da 3ª Região.

Distribuído o feito a minha relatoria, abri vista ao Ministério Público Federal, que opinou pela concessão da ordem.

Apresento o feito em mesa para julgamento, em face do disposto no artigo 180, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator):

O STF já decidiu a questão posta no presente caso, editando a Súmula Vinculante nº 25, segundo a qual "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.", portanto a ordem deve ser concedida.

Ante o exposto, voto por conceder a ordem.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

"HABEAS CORPUS"
0029450-17.2010.4.03.0000
(2010.03.00.029450-3)

Impetrante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
Paciente: AVITO PINTO MIRANDA
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 20ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: HC 42850
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/12/2010

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. ESTUDANTE. VISTO. AUSÊNCIA DE RENOVAÇÃO, A TEMPO E MODO. DISCUSSÃO EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. LIMITES. DIREITO E LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. PRISÃO ADMINISTRATIVA. DEPORTAÇÃO. POSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.
1. A lavratura do auto de infração e do termo de notificação, ora guerreados, tiveram por base a permanência do paciente (estrangeiro) no País depois de expirado o prazo concedido, e o artigo 125, inciso II, da Lei nº 6.815/80.
2. Acerca do direito de permanência, não é viável, pois sequer consta dos autos a formulação de providências administrativas ou judiciais no sentido de sua renovação, a tempo e modo, inclusive indicando e comprovando, perante a autoridade competente, a situação atual de freqüência a curso distinto daquele que motivou a concessão consular, sendo certo que o princípio da razoabilidade não desobriga o estrangeiro de cumprir, rigorosamente, o dever de permanência regular no País, nem pode abonar a conduta de quem não observou o caráter provisório do visto concedido e foi permanecendo irregularmente em território nacional. A razoabilidade, que se defende nesta impetração, importaria em revogar o Estatuto do Estrangeiro, que prevê regras para a concessão de visto e para a permanência regular no País, tudo porque, na espécie, o

paciente não cuidou, a tempo e modo, de pedir a renovação e, agora, quer que, por via indireta, o Judiciário substitua-se ao Executivo para garantir-lhe estada no País, evitando a deportação.

3. De toda sorte, saliente-se que não cabe aqui discutir o mérito do direito do paciente à renovação, ou não, do visto, mesmo tendo alterado o curso que motivou a concessão consular. Trata-se de questão a ser discutida, na via administrativa, ou em ação judicial própria, não se prestando o *habeas corpus* a tal finalidade.

4. Para o fim de exame do direito e liberdade de locomoção, o que desponta é se eventual prisão administrativa, para viabilizar a deportação (artigo 61, da Lei nº 6.815/80), encontra-se ou não legalmente fundada e, no caso concreto, a resposta deve ser afirmativa, pois o paciente encontra-se irregularmente no País, desde quando houve o vencimento de seu visto provisório sem a renovação, a tempo e modo.

5. Para os efeitos específicos do direito protegido pelo *habeas corpus*, não existe ilegalidade no ato do Departamento de Polícia Federal, uma vez que o estrangeiro em situação irregular sujeita-se à pena de deportação.

6. *Habeas corpus* denegado.

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, denegar a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de novembro de 2010.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de AVITO PINTO MIRANDA, de nacionalidade guineense, contra sentença proferida pelo Juízo da 20ª Vara Federal da Capital que, em *habeas corpus*, indeferiu a ordem para o cancelamento do auto de infração nº 1.767/2010, lavrado por estada irregular, depois de vencido o prazo concedido, com aplicação da multa de R$ 149,04; bem como do termo de notificação nº 421/2010, que determinou ao paciente "deixar o país no prazo de 08 (oito) dias [...] sob pena de DEPORTAÇÃO".

No HC nº 0011212-80.2010.4.03.6100, perante o Juízo *a quo*, alegou-se que: *(1)* AVITO PINTO MIRANDA é natural de Guiné-Bissau, tendo visto de estudante expedido em 25.08.09, válido por 180 dias, até 24.02.2010, para freqüentar curso de informática no Brasil; *(2)* aqui ingressou em 18.10.2009; *(3)* em 16.11.2009 procurou o Departamento da Polícia Federal para registro e expedição de RNE, formalizando sua estada no país, não tendo lhe sido entregue ainda; *(4)* em razão da equivalência educacional entre o curso realizado no Brasil e em Guiné-Bissau, iniciou o primeiro semestre da graduação em "Tecnologia em Logística na Universidade Nove de Julho - UNINOVE"; *(5)* compareceu ao Departamento da Polícia Federal em 07.05.2010 para renovar o visto, possível pelo prazo de até quatro anos; *(6)* foi notificado a deixar o país em 8 dias e a pagar a multa de R$ 149,04, tendo sido relatado pelo órgão administrativo, ainda, que ingressou no país na condição de turista; *(7)* o auto de infração/termo de notificação é nulo, por vício de motivação, pois o paciente não ingressou como turista, mas como estudante/temporário; *(8)* de acordo com o artigo 14 da Lei nº 6.815/80, bastaria a prova da matrícula atual e a prova de aproveitamento escolar para assegurar a regularização de sua situação no país; e *(9)* por estar em jogo o direito à educação do paciente, a deportação do paciente deve ser analisada de acordo com os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade.

O Juízo *a quo*, num primeiro momento, concedeu a liminar, "por ora e a título precário, para garantir a permanência de AVITO PINTO MIRANDA em território nacional, até nova decisão

a ser proferida por este Juízo, imediatamente após a vinda das informações do impetrado".

O Departamento da Polícia Federal assim prestou informações:

> "No auto de infração e Termo de Notificação o estrangeiro registrado como Temporário IV - estudante, foi, equivocadamente, classificado como turista, o que não invalida os procedimentos de autuação e notificação que foram pautados estritamente nas normas legais e considerando sua qualidade de Temporário IV.
> Cumpre esclarecer que, ainda que o estrangeiro tivesse comparecido à Polícia Federal antes do vencimento de seu prazo de estada no país, impossível seria a este Núcleo de Registro de Estrangeiros prorrogar a estada nos termos do quanto solicitado uma vez que o visto concedido fundou-se em curso livre oferecido pela instituição BR Treinamentos, e não em curso de graduação oferecido pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE.
> Observe-se que a este Departamento de Polícia Federal somente incumbe prorrogar o prazo de estada do estrangeiro estudante quando provada a matrícula e o aproveitamento da instituição vinculada ao visto.
> A alteração da instituição de ensino altera o próprio visto uma vez que concedido em razão da instituição (consignado no visto expedido no passaporte) e pelo prazo do curso de interesse do estrangeiro, não sendo possível à Delegacia de Controle de Imigração conceder e/ou prorrogar visto, somente atuando quando o prazo de estada que decorre exclusivamente da espécie de visto concedido pela Embaixada/Consulado".

Impetrou-se, então, o HC nº 0017465-51.2010.4.03.0000, que antes foi distribuído a este relator, pedindo salvo-conduto em favor do paciente, pois o Juízo, embora deferindo a medida liminar, "por ora e a título precário, para garantir a permanência de AVITO PINTO MIRANDA em território nacional, até nova decisão

a ser proferida [...] imediatamente após a vinda das informações do impetrado", indeferiu a expedição e entrega de salvo-conduto ao ora paciente, sob o fundamento de que, "para o fim a que se destina, basta a DEFENSORIA PÚBLICA FEDERAL entregar ao paciente [...] cópia da decisão", sendo que, então, a medida liminar foi deferida.

O Juízo *a quo*, então, proferiu a seguinte decisão:

> "[...]
> Diante do contido nas informações e após a reanálise dos autos, concluo que o pedido liminarmente formulado não comporta deferimento e deve ser revogada a ordem provisoriamente concedida às fls. [...]
> Inicialmente, não vislumbro invalidade no Termo de Notificação nº 421/2010 e no Auto de Infração e Notificação nº 1.767/2010, lavrado pelo Departamento de Polícia Federal do Estado de São Paulo. O fato de neles ter constado, por equívoco, que o paciente ingressou em território nacional na condição de 'turista' não é suficiente para invalidar esses atos, porque neles foi devidamente anotada a data de entrada do estrangeiro, em 21 de outubro de 2009 [...] e o prazo de sua estada, até 19 de abril de 2010, ou seja, foi observado o prazo de estada de 180 (cento e oitenta) dias, conforme autorizado pelo Visto [...]. Não se observa, *prima facie*, qualquer prejuízo ao paciente. Trata-se de mero erro material.
> Por outro ângulo, nota-se que o Visto concedido ao paciente, pela Embaixada do Brasil em Bissau, estava vinculado ao Curso de Informativa Básica, ministrado por BR Treinamentos - Curso Profissionalizante, no período de 10 de outubro de 2009 a 24 de fevereiro de 2010 [...]
> Frise-se que o paciente compareceu ao Departamento de Polícia Federal, objetivando a prorrogação de sua permanência no Brasil, somente em 07 de maio de 2010, sendo que o pedido de renovação do Visto deveria ter sido formulado até 19 de março de 2010 [...]

A legislação de regência é firme e clara ao regular a permanência de estrangeiros em território nacional.
Transcrevo, por pertinente, as seguintes disposições da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, e do Decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981.
[...]
Depreende-se, assim, a competência do Departamento da Polícia Federal para a análise dos pedidos de prorrogação de estada de estrangeiros no país, o que se mantém, ante o princípio da separação dos poderes.
E não se verifica, nos autos, a comprovação de protocolo do pertinente pedido administrativo de prorrogação do Visto de estudante do paciente. Ainda que assim não fosse, ao estudante estrangeiro não é dado concluir o curso que embasou a concessão do Visto e aproveitar-se desse mesmo Visto para freqüentar curso diverso, cujo prazo de conclusão se estende para além do prazo de validade daquele (art. 14, parágrafo único, da Lei nº 6.815/80).
Frise-se, por fim, que nos termos do art. 38, da Lei nº 6.815/80, acima transcrito, é expressamente vedado convalidar a estada irregular de estrangeiro em território nacional.
Ante o exposto, REVOGO a decisão de fls. [...] e INDEFIRO o pedido de salvo-conduto liminarmente formulado".

Diante de tal revogação, foi impetrado perante esta Corte, o HC nº 0018477-03.2010.4.03.0000, distribuído a este relator, "para o fim de garantir-se ao paciente a tutela da liberdade, permitindo-se-lhe não ser deportado, de modo a que possa permanecer em território brasileiro pelo tempo que a lei lhe faculta para concluir seus estudos superiores, determinando-se que à polícia federal que proceda à análise de seu pedido de renovação de visto".

Alegou, na oportunidade, o impetrante que *(1)* o parágrafo único do artigo 14 da Lei nº 6.815/80 não condicionou a prorrogação da estada no Brasil à prova de aproveitamento escolar e de matrícula ao mesmo curso que embasou o pedido de visto; *(2)* mesmo que houvesse tal condição, não haveria aplicação ao caso

concreto, tendo em vista o direito à educação, a dignidade da pessoa humana e a razoabilidade; e *(3)* em caso análogo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu o direito à permanência no país (REOCR nº 2008.71.02.003739-1). A liminar foi indeferida por este relator, em decisão monocrática (f. 155/63).

O Juízo *a quo*, então, proferiu sentença denegando a ordem, nos seguintes termos:

> "Vistos, em sentença.
> Trata-se de *Habeas Corpus*, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de AVITO PINTO MIRANDA, cidadão de Guiné Bissau, objetivando garantir-lhe a tutela de sua liberdade, permitindo sua não deportação, a fim de que possa permanecer em território brasileiro pelo período legalmente permitido, vale dizer, até a conclusão de seus estudos. Requer, ainda, seja determinado à Polícia Federal que proceda à análise de seu pedido de renovação de visto.
> Argumenta a impetrante, em resumo, que o paciente ingressou no Brasil, em 18 de outubro de 2009, com visto de estudante, válido por 180 dias, contados a partir de 25 de agosto de 2009, tendo expirado em 24 de fevereiro de 2010.
> Em 16 de novembro de 2009, o paciente requereu ao Departamento de Polícia Federal a expedição de seu RNE, a fim de formalizar sua estada no Brasil. Porém, tal documento ainda não lhe foi entregue. Sustenta que o paciente está no primeiro semestre do Curso de Graduação em Tecnologia em Logística na Universidade Nove de Julho.
> Conforme Termo de Notificação nº 421/2010 e Auto de Infração e Notificação nº 1.767/2010, lavrados pelo Departamento de Polícia Federal do Estado de São Paulo, o paciente deve deixar, imediatamente, o território nacional, sob pena de imediata deportação.
> Em análise de urgência, às fls. 55/56, foi concedida a ordem de *Habeas Corpus* para garantir a permanência do paciente em território nacional, provisoriamente, até nova análise da questão, mediante as informações da autoridade impetrada.

À fl. 63, foi indeferida a expedição e entrega do salvo-conduto ao paciente. Desta decisão, a Defensoria Pública da União impetrou novo *Habeas Corpus* (nº 0017465-51.2010.4.03.0000) perante o E. TRF da 3ª Região, no qual foi deferida a liminar para garantir ao paciente que fosse expedido, pelo Juízo impetrado, o competente salvo-conduto para preservar a liberdade de locomoção nos limites da decisão judicial proferida na origem (fls. 94/95). Ao final, o processo foi extinto, sem resolução do mérito, por perda de objeto (fls. 148/149).

A DELEGADA DA POLÍCIA FEDERAL apresentou Informações às fls. 70/71, aduzindo, em síntese, não ser possível a prorrogação da estada do estrangeiro, pois o visto anteriormente concedido fundou-se em curso livre oferecido pela Instituição BR Treinamentos, à qual é vinculado, sendo que, para frequentar novo curso, há necessidade de novo visto a ser concedido pela Embaixada/Consulado.

Às fls. 74/77, a decisão de fls. 55/56 foi revogada e, indeferido o pedido de salvo-conduto liminarmente formulado. Desta decisão, a Defensoria Pública da União impetrou novo *Habeas Corpus* (nº 0018477-03.2010.403.000) perante o E. TRF da 3ª Região, cuja liminar foi negada (fls. 128/132).

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 120/121, opinando pela denegação da ordem de *Habeas Corpus*.

É o Relatório.

DECIDO.

Sem preliminares, passo a apreciar de imediato o mérito.

Diante do lançado entendimento de fls. 74/77 e se evitando o vício da tautologia, mister reconhecer a improcedência do pedido, a teor do abaixo expendido.

Inicialmente, reconheço a validade do Termo de Notificação nº 421/2010 e do Auto de Infração e Notificação nº 1.767/2010, lavrados pelo Departamento de Polícia Federal do Estado de São Paulo. O fato de neles ter constado, por equívoco, que o paciente ingressou em território nacional

na condição de 'turista' não é suficiente para invalidar esses atos, porque neles foi devidamente anotada a data de entrada do estrangeiro, em 21 de outubro de 2009 (cf. fl. 18), e o prazo de sua estada, até 19 de abril de 2010, ou seja, foi observado o prazo de estada de 180 (cento e oitenta) dias, conforme autorizado pelo Visto (fls. 17 e 20). Não se observa qualquer prejuízo ao paciente. Trata-se de mero erro material.

Por outro ângulo, nota-se que o Visto concedido ao paciente, pela Embaixada do Brasil em Bissau, estava vinculado ao Curso de Informática Básica, ministrado por BR Treinamentos - Curso Profissionalizante, no período de 10 de outubro de 2009 a 24 de fevereiro de 2010 (fls. 20vº e 29). Frise-se que o paciente compareceu ao Departamento de Polícia Federal, objetivando a prorrogação de sua permanência no Brasil, somente em 07 de maio de 2010, sendo que o pedido de renovação do Visto deveria ter sido formulado até 19 de março de 2010 (cf. 3º do art. 67 do Decreto nº 86.715/81).

A legislação de regência é firme e clara ao regular a permanência de estrangeiros em território nacional.

Transcrevo, por pertinente, as seguintes disposições da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, e do Decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981.

[...]

Depreende-se, assim, a competência do Departamento Federal de Justiça para a análise dos pedidos de prorrogação de estada de estrangeiros no país, o que se mantém, ante o princípio da separação dos poderes.

E não se verifica, nos autos, a comprovação de protocolo do pertinente pedido administrativo de prorrogação do Visto de estudante do paciente. Ainda que assim não fosse, ao estudante estrangeiro não é dado concluir o curso que embasou a concessão do Visto e aproveitar-se desse mesmo Visto para frequentar curso diverso, cujo prazo de conclusão se estende para além do prazo de validade

daquele (art. 14, parágrafo único, da Lei nº 6.815/80).

Frise-se, por fim, que nos termos do art. 38, da Lei nº 6.815/80, acima transcrito, é expressamente vedado convalidar a estada irregular de estrangeiro em território nacional.

Assim sendo, ante tudo o que dos autos consta, resta improcedente o pleito.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido e DENEGO o presente *HABEAS CORPUS*, declarando o feito extinto com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil".

Em face dessa sentença, a DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO impetra o presente *habeas corpus* em favor de AVITO PINTO MIRANDA, reiterando os pedidos e fundamentos deduzidos em primeiro grau, a fim de garantir "ao paciente o direito de permanecer no Brasil até concluir seus estudos superiores no prazo legal, bem como de ver protocolizado, reconsiderado e processado seu pedido de renovação de visto conforme a Lei nº 6.815/80".

Indeferida a liminar, foram os autos ao Ministério Público Federal, que opinou pela não concessão da ordem (f. 208/10).

Em Mesa para o julgamento, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de AVITO PINTO MIRANDA, de nacionalidade guineense, contra sentença proferida pelo Juízo da 20ª Vara Federal da Capital que, em *habeas corpus*, indeferiu a ordem para o cancelamento do auto de infração nº 1.767/2010, lavrado por estada irregular, depois de vencido o prazo concedido, com aplicação da multa de R$ 149,04; bem como do termo de notificação

nº 421/2010, que determinou ao paciente "deixar o país no prazo de 08 (oito) dias [...] sob pena de DEPORTAÇÃO".

Devidamente instruído e ouvido o Ministério Público Federal, a hipótese é de denegação da ordem, confirmando-se a negativa de liminar, que foi assim exarada (f. 200/04):

> "Inicialmente, cabe considerar que no auto de infração e no termo de notificação a autoridade policial relatou que o visto concedido ao paciente fora de turista, o que se constatou, depois, ser equivocado, pois o ingresso do paciente no País ocorreu na qualidade de estudante (artigo 13, IV, da Lei nº 6.815/80). Tal equívoco material não invalida o ato conclusivo da autoridade policial, pois o que foi determinante, na expedição de tais atos, foi a permanência do estrangeiro no País depois de expirado o prazo concedido (24.02.2010). Ainda que pretendida a renovação, de que se cogitou apenas em 07.05.2010, fundada em curso diverso daquele que justificou o ato consular, constou dos autos que tal pretensão, ainda que formalizada, não poderia ser examinada no âmbito daquela Delegacia de Controle de Imigração.
>
> Demonstrados pela autoridade datas, circunstâncias e motivos para a autuação e notificação, foi conferido ao paciente o direito ao devido processo legal, sendo que a lavratura, ora impugnada, tem respaldo no artigo 125, II, da Lei nº 6.815/80, que prevê que 'constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas: [...] demorar-se no território nacional após esgotado o prazo legal de estada. Pena: multa de um décimo do Maior Valor de Referência, por dia de excesso, até o máximo de 10 (dez) vezes o Maior Valor de Referência, e deportação, caso não saia no prazo fixado'.
>
> Acerca do direito de permanência, não é viável, pois sequer consta dos autos a formulação de providências administrativas ou judiciais no sentido de sua renovação, a tempo e modo, inclusive indicando e comprovando, perante

a autoridade competente, a situação atual de freqüência a curso distinto daquele que motivou a concessão consular, sendo certo que o princípio da razoabilidade não desobriga o estrangeiro de cumprir, rigorosamente, o dever de permanência regular no País, nem pode abonar a conduta de quem não observou o caráter provisório do visto concedido e foi permanecendo irregularmente em território nacional. A razoabilidade, que se defende nesta impetração, importaria em revogar o Estatuto do Estrangeiro, que prevê regras para a concessão de visto e para a permanência regular no País, tudo porque, na espécie, o paciente não cuidou, a tempo e modo, de pedir a renovação e, agora, quer que, por via indireta, o Judiciário substitua-se ao Executivo para garantir-lhe estada no País, evitando a deportação.

Note-se que o Estatuto do Estrangeiro prevê visto para 'missão de estudos' (artigo 13, I) ou 'na condição de estudante' (artigo 13, IV), aplicando-se ao primeiro caso o prazo 'correspondente à duração da missão' (artigo 14, *caput*), e ao segundo o prazo 'de até 1 (um) ano, prorrogável, quando for o caso, mediante prova do aproveitamento escolar e da matrícula' (artigo 14, parágrafo único). Existe, na renovação, enorme discricionariedade por parte da Administração, inclusive porque, conforme princípio expresso, 'A concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficarão sempre condicionadas aos interesses nacionais' (artigo 3º).

O Decreto nº 86.715/81, ao regular o Estatuto do Estrangeiro, previu, no artigo 67, que 'O pedido de prorrogação de estada do temporário deverá ser formulado antes do término do prazo concedido anteriormente e será instruído com: I - cópia autêntica do documento de viagem; II - prova: a) de registro de temporário; b) de meios próprios de subsistência; c) do motivo da prorrogação solicitada. § 1º - A prova de meios de subsistência nas hipóteses do artigo 22 será feita: (...) IV - no caso do item IV, mediante

apresentação de escritura de assunção de compromisso de manutenção, salvo hipótese de estudante convênio; (...) § 2º - No caso de estudante, o pedido deverá, também, ser instruído com a prova do aproveitamento escolar e da garantia de matrícula.'

Evidencia-se da legislação que a prorrogação somente é possível antes de vencido o prazo do visto concedido. Depois de vencido, a hipótese não é mais de renovação, associada à permanência temporária no País, mas a de nova concessão, com a observância dos requisitos próprios da espécie, dentre as quais não se prevê o direito de estar ou permanecer o estrangeiro no território nacional.

De toda sorte, saliente-se que não cabe aqui, em sede de liminar em *habeas corpus*, discutir o mérito do direito do paciente à renovação, ou não, do visto, mesmo tendo alterado o curso que motivou a concessão consular. Trata-se de questão a ser discutida, na via administrativa, ou em ação judicial própria, não se prestando o *habeas corpus* a tal finalidade.

Para o fim de exame do direito e liberdade de locomoção, o que desponta é se eventual prisão administrativa, para viabilizar a deportação (artigo 61, da Lei nº 6.815/80), encontra-se ou não legalmente fundada e, no caso concreto, a resposta, nesta cognição sumária, deve ser afirmativa, pois o paciente encontra-se irregularmente no País, desde quando houve o vencimento de seu visto provisório sem a renovação, a tempo e modo. O visto anteriormente concedido, por ser provisório, expira no prazo nele fixado e, sem renovação, não autoriza a permanência regular do estrangeiro no País. Se continua o paciente a dar destinação educacional a sua permanência em território nacional, a relevância da discussão colocar-se-ia para o fim de renovação do visto, ao tempo próprio, e não para o fim de garantir salvo-conduto para quem sequer cuidou de promover a oportuna renovação junto à autoridade competente. Note-se que o DPF não antecipou a inviabilidade de tal

renovação, mas apenas salientou que, em tal caso, não lhe competia analisar o pedido. Mas, por hipótese, ainda que fosse a competência de tal órgão e tivesse sido anunciada a impossibilidade de renovação - o que se admite apenas para mera argumentação - caberia, mesmo assim, providência judicial, com pedido e tutela específica, que exigiria a discussão, diante da previsão legal de prazo para o visto temporário e para a renovação, acerca da possibilidade de o Judiciário estipular prorrogação para visto vencido e criar prazo sem previsão legal e, se tal solução, se adotada, não atentaria contra a competência constitucional do Congresso Nacional, para legislar, e do Poder Executivo, para apreciar pedido de renovação ou concessão de visto para estrangeiro.

De toda sorte, não seria o *habeas corpus* a via própria para garantir a permanência como se pudesse a liminar, ora pretendida no presente *writ*, funcionar como um 'visto judicial'. Na presente via, não pode o Judiciário determinar que a autoridade administrativa emita ou aprecie pedido de visto, no exame da pretensão de que a permanência no País é justificada pela finalidade educacional e, portanto, não é próprio que liminar seja concedida para fazer às vezes de um visto que, saliente-se, o paciente, ciente da expiração, não renovou nem buscou renovar a tempo e modo, mas somente depois de já configurada a irregularidade de sua permanência no território nacional.

Para os efeitos específicos do direito protegido pelo *habeas corpus*, não existe ilegalidade no ato do Departamento de Polícia Federal, uma vez que o estrangeiro em situação irregular sujeita-se à pena de deportação.

O precedente jurisprudencial citado não alcança a situação fática do caso concreto. Aquela Corte Regional adotou, inclusive, segundo julgados que foram citados, a interpretação de que caberia respeitar a tramitação e resolução do pedido de regularização da situação do estrangeiro, já formalizado, evitando a deportação antes da respectiva solução,

não sendo esta a situação fática descrita nos autos em favor do paciente. Por outro lado, conforme antes assinalado, não se revela própria, a este relator, a via mandamental, destinada a garantir liberdade de locomoção, para respaldar a permanência irregular de estrangeiro cujo visto se venceu, por sua inércia exclusiva.
Ante o exposto, nego a medida liminar."

Destaco que, no mesmo sentido, assim opinou o Ministério Público Federal (f. 208-v/10):

"O presente *Habeas Corpus* versa sobre a regularidade a permanência de estudante estrangeiro no País, uma vez que denegada a ordem de *Habeas Corpus* que tramita perante a 20ª Vara Federal Cível da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, sob o nº 001212-80.2010.4.03.6100.
Compulsando os autos, verifico que o paciente ingressou em território brasileiro na data de 18 de outubro de 2009, com visto de estudante, válido por 180 dias, contados a partir de 25 de agosto de 2009, expirando-se em 24 de fevereiro de 2010 (fls. 35).
Na data de 16 de novembro de 2009, o paciente procurou o Departamento de Polícia Federal e requereu a expedição de seu RNE, com o fim de formalizar sua estada no Brasil. (fls. 136).
O paciente compareceu ao Departamento da Polícia Federal na data de 07 de maio de 2010 para renovar seu visto. (fls. 37).
Sendo assim, ao constatar que o prazo de estada havia expirado, o Departamento da Polícia Federal notificou o paciente a deixar o país em 8 (oito) dias (Termo de Notificação nº 421/2010) e a pagar a multa de R$ 149.04, conforme Auto de Infração e Notificação nº 1767/2010 (fls. 40/41).
Em um primeiro momento, o paciente insurge-se contra o Auto de Infração lavrado pela Polícia Federal, uma vez que neste consta que o estrangeiro, registrado com visto

temporário de estudante, foi classificado como turista, equivocadamente e, portanto, o ato seria viciado.

No mais, sustenta o paciente que como a lei não condicionou a concessão de prazo de estado no País à prova da matrícula atual e à prova de aproveitamento escolar em relação ao curso que embasou o pedido de visto, merece afastamento eventual ordem de deportação que venha a ferir sua liberdade, porquanto o direito de educação, conjugado com o princípio da dignidade da pessoa humana, é fundamental a todos, inclusive aos estrangeiros residentes no país.

Primeiramente, no tocante ao vício do Auto de Infração, o qual indicou o paciente na qualidade de turista para sua permanência no País, não há porque considerá-lo como nulo, visto que, além ter sido constatado pela autoridade competente o erro material, acerca da sua classificação, na qual se subsume à condição de estudante, o objeto precípuo do Auto é o prazo de permanência de estrangeiro e a expiração do mesmo, não havendo qualquer prejuízo em decorrência do erro.

Quanto ao mérito da questão, com efeito, dispõe o inciso IV do artigo 13 da Lei nº 6.815/80 - Estatuto do Estrangeiro:

‘Art.13 - O visto temporário poderá ser concedido ao estrangeiro que pretende vir ao Brasil:

(...)

IV - na condição de estudante;’

Por sua vez, o parágrafo único do art. 14 da mencionada Lei demonstra a possibilidade de prorrogação da validade do visto conferido ao estudante estrangeiro, nos seguintes termos:

‘Art. 14 (...)

Parágrafo único - No caso do item IV do artigo 13 o prazo será de 1 (um) ano, prorrogável, quando for o caso, mediante prova do aproveitamento escolar e da matrícula’

Em consonância com os dispositivos acima, merece aplicação o art. 67 do Decreto nº 86.715/81, diploma este que

veio regular o Estatuto do Estrangeiro, *in verbis*:
'Art. 67 - O pedido de prorrogação de estada do temporário deverá ser formulado antes do término do prazo concedido anteriormente e será instruído com:
I - cópia autêntica do documento de viagem;
II - prova:
a) de registro de temporário;
b) de meios próprios de subsistência;
c) do motivo da prorrogação solicitada.'
De acordo com o disposto no artigo 98, do Decreto nº 86.715/81, o estrangeiro que entrou ou se encontra em situação irregular no país, deve ser notificado pela Polícia Federal, que lhe concederá um prazo de até 8 (oito) dias, conforme o caso, para se retirar do território nacional. Com a expiração do referido prazo, o Departamento de Polícia Federal tem a competência para promover sua imediata deportação.
No caso em tela, foi impetrado *Habeas Corpus*, para que fosse garantido o direito do paciente permanecer no território nacional.
De fato, a deportação configura como uma das formas coercitivas de retirada de estrangeiro do Brasil, ao passo que, conforme disposto no art. 57 do Estatuto do Estrangeiro, consiste em uma saída compulsória do território brasileiro da pessoa que nele tenha entrado de forma irregular ou nele permaneça em situação de irregularidade legal, caso não se retire do País voluntariamente dentre do prazo que lhe for fixado.
Entretanto, ainda que se deva ater aos princípios constitucionais de razoabilidade e dignidade da pessoa humana, como pretende o paciente, não há como ignorar aquilo que foi prescrito em lei. Com efeito, o ordenamento confere a possibilidade de prorrogação do visto, antes de vencido o prazo concedido, desde que o faça antes de seu término, juntamente com os documentos exigidos no art. 98 do Decreto nº 86.715/81.

Porém, no caso apresentado, o paciente encontra-se, realmente, em situação irregular no território nacional, o que viabiliza a decretação de sua deportação, caso que só ocorrerá se o mesmo não se retirar voluntariamente do País.
Ainda que tenha a permanência em controvérsia finalidade educacional, o paciente não promoveu oportuna prorrogação de seu visto perante a autoridade competente, dentro do prazo que a lei estabelece. Vale dizer que somente buscou regularizar sua permanência no território nacional em 07 de maio de 2010, ou seja, mais de dois meses após sua irregularidade já estar configurada, porquanto expirou o prazo em 24 de fevereiro de 2010. Com isso, não se justifica, com bem apontado o E. Desembargador Federal Relator, 'respaldar a permanência irregular de estrangeiro cujo visto se venceu, por sua inércia exclusiva' (f. 204).
Do exposto, o Ministério Público Federal opina pela não concessão da ordem"

Ante o exposto, denego o *habeas corpus*.
É como voto.
Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL
0075153-98.1997.4.03.9999
(97.03.075153-9)

Parte Autora: BANCO REAL S/A
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DO SAF DE SÃO CARLOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CÉSAR SABBAG
Classe do Processo: REO 397008
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/11/2010

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE AUXÍLIO-CRECHE E AUXÍLIO-BABÁ. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. PRECEDENTES.
1. O *auxílio-creche* e o *auxílio-babá* possuem natureza indenizatória, não integrando o salário-de-contribuição do trabalhador.
2. Por este motivo, *não se sujeitam* à incidência de contribuição previdenciária. Precedentes.
3. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de novembro de 2010.
Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG (Relator). Senhor Presidente.

Trata-se de remessa oficial em face de sentença que julgou procedentes embargos à execução, em que se discutem débitos relativos à contribuição previdenciária incidente sobre auxílio-creche e auxílio-babá.

O INSS não apelou (fls. 116 e 117-v).

Dispensada a revisão na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG (Relator). Sem preliminares, passo à análise de mérito.

Neste tema, precedentes do C. STJ, os quais adoto como *razão de decidir*, reconhecem que o *auxílio-creche* e o *auxílio-babá*: *a)* possuem natureza indenizatória, não integrando o salário-de-contribuição do trabalhador; *b)* por este motivo, *não se sujeitam* à incidência de contribuição previdenciária (REsp nº 489.955/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 12.04.2005; REsp nº 413.651/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Franciuli Netto, j. 08.06.2004; e EREsp nº 438.152/BA, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, j. 10.12.2003).

Assim, a cobrança deste tributo é indevida.

Ante o exposto, *nego provimento* à remessa oficial.

É como voto.

Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG - Relator

• Sobre a incidência de contribuição previdenciária sobre a verba referente a auxílio-creche, veja também o seguinte julgado: REOMS 98.03.038129-6/MS, Relator Desembargador Federal Aricê Amaral, publicada na RTRF3R 54/272.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL
0035688-67.2006.4.03.9999
(2006.03.99.035688-7)

Parte Autora: DANIEL VALEJO
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE RANCHARIA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO JOÃO CONSOLIM
Classe do Processo: REOMS 283133
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/01/2011

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. IMPETRAÇÃO E SENTENÇA PROLATADA EM VARA DA JUSTIÇA ESTADUAL. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL FEDERAL PARA APRECIAÇÃO DE ATO DO JUIZ SENTENCIANTE. COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
1. A Terceira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que a delegação de competência inserta no art. 109, § 3º, da Constituição da República, não incide em mandado de segurança no qual é discutida matéria previdenciária, sendo ainda aplicável o verbete da Súmula nº 216 do extinto Tribunal Federal de Recursos.
2. Não investido o Juízo de Direito de jurisdição federal, cabe à Corte Estadual analisar os recursos interpostos contra suas decisões, ainda que seja para anulá-las e remeter o feito ao órgão judiciário competente.
3. Assim, cabe ao Tribunal de Justiça, e não ao Tribunal Regional Federal, julgar apelação de sentença prolatada por Juiz de Direito a ele vinculado, ainda que seja para anular a decisão recorrida, por incompetência absoluta, e remeter os autos à Justiça competente.
4. Determinada a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Remessa oficial prejudicada no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA F do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, determinar a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e dar por prejudicada a remessa oficial no âmbito deste Tribunal Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de dezembro de 2010.

Juiz Federal Convocado JOÃO CONSOLIM - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado JOÃO CONSOLIM (Relator): Cuida-se de remessa oficial em mandado de segurança, em face da *sentença que concedeu a segurança* para o fim de determinar que a autoridade impetrada restabeleça o benefício previdenciário de aposentadoria do impetrante, perante o Instituto Nacional do Seguro Social (f. 91-95).

Parecer do Ministério Público Federal, em segundo grau, pelo provimento da remessa oficial, com a decretação de incompetência absoluta do juízo estadual, anulando-se todos os atos processuais praticados, com a determinação de remessa dos autos a uma das varas federais da 12ª Subseção Judiciária de Presidente Prudente (f. 99-102).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado JOÃO CONSOLIM - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado JOÃO CONSOLIM (Relator): Segundo pacífica jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, a Justiça Estadual é absolutamente incompetente para julgar mandado de segurança impetrado contra autoridade federal, ainda que a questão seja de cunho previdenciário.

A egrégia Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que a delegação de competência inserta no art. 109, § 3º, da Constituição da República, não incide em mandado de segurança no qual é discutida matéria previdenciária, sendo ainda aplicável o verbete da Súmula nº 216 do extinto Tribunal Federal de Recursos ("Compete à Justiça Federal processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade previdenciária, ainda que localizada em comarca do interior").

Assim, não investido o Juízo de Direito da jurisdição federal, cabe à Corte Estadual analisar os recursos interpostos contra suas decisões, ainda que seja para anulá-las e determinar a remessa do feito ao órgão judiciário competente. Nesse sentido:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. IMPETRAÇÃO DO MS CONTRA SUSPENSÃO DE BENEFÍCIO DETERMINADA POR AGENTE DO INSS. IMPETRAÇÃO E DECISÃO EM VARA DA JUSTIÇA ESTADUAL. INCOMPETÊNCIA DO TRF PARA ANULAR QUAISQUER ATOS PRATICADOS PELO JUIZ SENTENCIANTE. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. SUSCITAÇÃO DO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA EM FACE DO TJ DO ESTADO DE SÃO PAULO. ART. 105, I, *D*, DA CF.
> I. Pacífica a jurisprudência do STJ, no sentido de que a Justiça Estadual é absolutamente incompetente para julgar mandado de segurança impetrado contra autoridade federal, ainda que a questão central seja de cunho previdenciário.
> II. Não investido o Juízo de Direito da jurisdição federal, cabe à Corte Estadual analisar os recursos interpostos contra suas decisões, ainda que seja para anulá-las e remeter o feito ao órgão judiciário competente. Precedentes do STJ.
> III. Conflito negativo de competência suscitado perante o STJ em face do TJ do Estado de São Paulo, nos termos do art. 105, I, *d*, da CF. Apelação prejudicada".

(TRF/3ª Região, AMS 312445, Rel. Desembargadora Federal MARISA SANTOS, Nona Turma, DJF3 CJ1 3.11.2010, p. 2249).

Dessa forma, cabe ao Tribunal de Justiça, e não ao Tribunal Regional Federal, julgar apelação de sentença prolatada por Juiz de Direito a ele vinculado, ainda que seja para anular a decisão recorrida, por incompetência absoluta, e remeter os autos à Justiça competente.

Ante o exposto, determino a remessa imediata destes autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, competente para apreciação do feito em sede recursal, e dou por prejudicada a remessa oficial no âmbito deste Tribunal Federal.

É como voto.

Juiz Federal Convocado JOÃO CONSOLIM - Relator