FEITOS DA PRESIDÊNCIA

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
0006415-28.2010.4.03.0000
(2010.03.00.006415-7)

Requerente: UNIÃO FEDERAL
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Interessados: ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS
Classe do Processo: SLAT 2897
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/04/2010

DECISÃO

Trata-se de Suspensão de Segurança, por meio da qual a União pleiteia a suspensão da tutela antecipada concedida nos autos da ação civil pública nº 2009.61.00.00.025169-4, originária da 6ª Vara Federal de São Paulo - Capital, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da União, Estado de São Paulo, Universidade Estadual Campinas - UNICAMP, Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Universidade Estadual de São Paulo - USP, Fortunato Antonio Badan Palhares, Vânia Ferreira Prado, Daniel Romero Munoz, Celso Perioli e Norma Sueli Bonaccorso.

O MM. Juiz "a quo", sob o fundamento de que a morte não tira a honra da pessoa e, na hipótese, não há como preservar a honra das pessoas ainda que falecidas, nem de suas famílias, sem a identificação imediata dos ossos, individualizando-os, o que permitirá, em seguida, um sepultamento digno dos corpos, deferiu a tutela antecipada, nos seguintes termos:

1. obrigar a União a, *no prazo de 60 dias*, reestruturar a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos instituída pela Lei nº 9.140/95, dotando-a de recursos materiais, financeiros e humanos para cumprir sua atribuição prevista no art. 4º, inciso II, do mencionado diploma legal, incluindo, no mínimo: a) Secretário Executivo exclusivo da Comissão; b) equipes ou núcleos de pesquisas e diligências, com legistas, médicos e dentistas, bem como equipe multiprofissional das áreas da antropologia, geologia e arqueologia, todos com dedicação exclusiva e experiência em análises antropológicas (ossadas); c) orçamento anual de R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais);

2. obrigar a União a, *no prazo de 90 dias*, contratar laboratório especializado na realização de exames de DNA em ossos, para realização de exames em todos os casos que forem reputados necessários, especialmente aqueles que forem indicados na forma do item IV infra, mediante regime jurídico que permita a imediata realização dos exames sempre que solicitado pela Comissão;

3. obrigar o Estado de São Paulo, *no prazo de 60 dias*, a constituir equipe de profissionais integrantes do seu Instituto Médico Legal designados para atuar com exclusividade no exame das ossadas atualmente depositadas no columbário do cemitério do Araçá;

4. obrigar a União (Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos) e o Estado de São Paulo (equipe de profissionais conforme II acima) a, *no prazo de 180 dias*, examinarem as ossadas atualmente depositadas no cemitério do Araçá, de maneira a descartar aquelas que flagrantemente forem incompatíveis com os desaparecidos políticos, devolvendo-as ao cemitério de Perus, e selecionar aquelas que deverão ser submetidas a exame de DNA, na forma do item II acima, fixando, nos termos do artigo 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a multa diária por eventual descumprimento da tutela antecipada, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), sem prejuízo de eventual sanção por improbidade administrativa prevista no artigo 11, II, da Lei nº 8.429/92.

Por meio desta, insurge-se a União contra a concessão da tutela antecipada, alegando, em síntese: que não há na decisão concessiva nenhuma referência sobre a possibilidade jurídica e material da implementação dessas medidas administrativas, nem foram consideradas as disposições legais sobre o procedimento licitatório e tampouco o regramento disciplinador da questão orçamentária.

DECIDO.

Cumpre-me, primeiramente, ressaltar que a apresentação do presente pleito vem embasada no parágrafo 1º do 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. Portanto, 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).

Todavia, na hipótese dos autos, cabe um juízo mínimo acerca da matéria discutida na ação original para se avaliar a potencialidade lesiva do deferimento da tutela pelo MM. Juízo "a quo".

Conforme se depreende da decisão impugnada, a União está obrigada a, no prazo de 60 dias, reestruturar a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos instituída pela Lei nº 9.140/95, e para tal deverá dotá-la de recursos materiais e financeiros, inclusive de um orçamento anual de R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) .

Desta forma, justifica-se o deferimento do pedido de suspensão, uma vez que demonstrada pela Requerente afronta à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico administrativa, porquanto a decisão impugnada obriga a administração pública a agir de forma contrária a legislação que instituiu o procedimento licitatório (Lei nº 8.666/93).

Por outro lado, também resta evidenciada a lesão à economia pública, visto que para dar cumprimento à decisão faz-se necessário que a administração disponha de um valor expressivo, sem, contudo, haver previsão no orçamento para tal, portanto, impõe a administração um dispêndio desconsiderando totalmente as restrições orçamentárias (art. 165, § 2º, CF).

Cabe salientar, por fim, que ao fixar um orçamento para a referida Comissão sem um planejamento criterioso ocorreu uma ingerência do judiciário na Administração.

Desta forma, vislumbro plausibilidade nos argumentos da União, bem como presentes os pressupostos ensejadores da medida drástica, ante o risco de lesão grave à ordem e à economia públicas.

Pelo exposto, *defiro* o pedido formulado pela requerente de suspensão da execução da tutela antecipada concedida nos autos da ação civil pública nº 2009.61.00.025169-4, até que decisão desta Corte resolva a questão em grau de recurso voluntário.

Comunique-se e intime-se.

São Paulo, 23 de março de 2010.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Presidente

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
0006415-28.2010.4.03.0000
(2010.03.00.006415-7)

Requerente: ESTADO DE SÃO PAULO
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Interessados: ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS
Classe do Processo: SLAT 2897
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/05/2010

DECISÃO

O Senhor Desembargador Federal Presidente Roberto Haddad.

Trata-se de pedido formulado pelo Estado de São Paulo de extensão dos efeitos da decisão de fls. 240/243, que suspendeu a execução da tutela antecipada concedida nos autos da ação civil pública nº 2009.61.00.025169-4, até que decisão desta Corte resolva a questão em grau de recurso voluntário.

Em apertada síntese sustenta o peticionário que, nos autos da ação civil pública acima mencionada, foi deferida a tutela antecipada no sentido de "obrigar o Estado de São Paulo a, no prazo de 60 dias, constituir equipe de profissionais integrantes do seu Instituto Médico Legal designados para atuar com exclusividade no exame das ossadas atualmente depositadas no columbário do Cemitério do Araçá;" bem como fixou, "nos termos do art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a multa diária por eventual descumprimento da presente tutela antecipada, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), sem prejuízo de eventual sanção por improbidade administrativa prevista no art. 11, II, da Lei nº 8.429, de 2.6.1992".

Afirma, ainda, que as providências determinadas na decisão concessiva de antecipação de tutela estão intimamente relacionadas, e incumbem em parte ao Estado de São Paulo e em parte à União, de forma que seria incoerente que apenas parte da decisão concessiva da tutela restasse suspensa, remanescendo a exigibilidade do imediato cumprimento da decisão apenas com

relação ao Estado de São Paulo.

Argumenta também que a manutenção da decisão concessiva da tutela antecipada, com relação ao Estado de São Paulo, configurará lesão à ordem administrativa, econômica e à segurança pública, posto que interfere não apenas na esfera de atuação do Poder Executivo, pretendendo substituir-lhe em suas atribuições, como também desconsidera a ordem jurídica no que tange à contratação de servidores públicos, em evidente violação ao disposto no artigo 2º, da Constituição Federal. Assegura, ainda, que com o quadro atual de servidores lotados no IML (04 médicos do núcleo de antropologia), impossível a tarefa de constituir uma equipe para trabalhar nas ossadas, sem prejudicar a realização de laudos e perícias em benefício de toda a população do Estado de São Paulo.

Alega que a cominação de "astreintes" neste caso será medida que só gerará gravames ao erário estadual, caracterizando grave lesão à economia, pois o IML já concluiu todos os trabalhos que lhe foram requisitados, dependendo a continuidade da tarefa da obtenção de mais material de confronto (características identificadoras dos desaparecidos), sendo que incumbe aos familiares dos desaparecidos políticos apresentar tal material, portanto, corre-se o risco de sujeitar-se indefinidamente ao pagamento de multa em razão de providência que não cabe ao Estado de São Paulo.

Requer, por fim, seja estendida a decisão que suspendeu os efeitos da tutela antecipada proferida na Ação Civil Pública nº 2009.61.00.006085-2, deferida por esta Corte à União no pedido de Suspensão da Tutela Antecipada nº 0006415.28.2010.4030000, até o trânsito em julgado da decisão de mérito a ser prolatada na ação principal, tal como previsto no § 8º, do artigo 4º da Lei 8.437/92.

É o relatório. Decido.

A apresentação do presente pleito vem embasada no parágrafo 8º do 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."
>
> "§ 8º. As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original."

Em 23 de março de 2010, deferi o pedido formulado pela União de suspensão da execução da tutela antecipada concedida nos autos da ação civil pública nº 2009.61.00.025169-4, até que decisão desta Corte resolva a questão em grau de recurso voluntário.

Constata-se que a decisão concessiva da tutela antecipada impõe obrigação aos dois entes públicos, ou seja, à União e ao Estado de São Paulo, cabendo ao segundo a obrigação de constituir, no prazo de 60 dias, equipe de profissionais integrantes do seu Instituto Médico Legal designados para atuar com exclusividade no exame das ossadas.

Em verdade, busca o peticionário a extensão dos efeitos da decisão de fls. 240/243, para que não seja obrigado a dar cumprimento ao provimento antecipatório concedido pelo MM. Juízo da 6ª Vara Federal de São Paulo, com fulcro no § 8º do artigo 4º da Lei 8.437/92.

Conforme mencionado acima, a decisão que deferiu a tutela antecipada realmente estabeleceu comandos específicos para cada um dos entes públicos. No entanto, ao deferir o pedido de suspensão não fiz nenhuma ressalva. Sendo assim, a suspensão

abrangeu a decisão integralmente, não remanescendo, portanto, nenhuma eficácia.

Desta forma, em que pese o receio do Estado de São Paulo de remanescer o dever de cumprir a determinação judicial contida na decisão concessiva da tutela antecipada, não vislumbro configurado, no caso, perigo de lesão e, consequentemente, interesse processual a justificar tal pedido.

Porém, para evitar questionamentos a respeito da abrangência do provimento, estendo os efeitos da decisão de fls. 240/243 ao Estado de São Paulo, nos termos do artigo 4º, § 8º, da Lei nº 8.437/92.

Comunique-se e intime-se.

São Paulo, 11 de maio de 2010.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Presidente

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA
0008095-48.2010.4.03.0000
(2010.03.00.008095-3)

Requerente: AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Interessado: SEEMPLES SINDICATO PATRONAL DOS EMPREGADORES EM EMPRESAS E PROFISSIONAIS LIBERAIS EM ESTÉTICA E COSMETOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - SP
Classe do Processo: SLAT 2899
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/04/2010

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de pedido de suspensão de antecipação de tutela, com fundamento nos artigos 4º da Lei nº 8.437/92, e 1º da Lei nº 9.494/97, concedida nos autos da ação ordinária nº 0001067-62.2010.403.6100, por meio do qual objetiva a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA a suspensão da execução da decisão exarada pelo MM. Juízo Federal da 24ª Vara de São Paulo.

Sustenta a Requerente, que o MM. Juízo "a quo" deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, para suspender a Resolução nº 56/09, no âmbito do Estado de São Paulo, para os associados do Sindicato Patronal dos Empregadores em Empresas e Profissionais Liberais em Estética e Cosmetologia do Estado de São Paulo/SP, o que vem causando grave lesão à ordem e saúde públicas.

Afirma, também, que a ANVISA ao editar a Resolução nº 56/09, atuou dentro de sua esfera de competência, visando à proteção da saúde da população, pois é uma autarquia federal incumbida por lei do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, atendendo ao postulado constitucional da promoção da saúde pública.

Salienta, ainda, que a prestação de serviços de bronzeamento com câmaras emitentes de radiação ultravioleta tem dimensão coletiva, alcançando incontáveis pessoas espalhadas no território nacional, e a partir do momento em que estudos científicos

comprovam que a utilização dos equipamentos representa acentuado risco de provocar câncer de pele e lesões oculares, a questão ganha contornos difusos, configurando típico tema de saúde pública.

Requer, por fim, a suspensão liminar da decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 24ª Vara de São Paulo/SP, nos autos do processo nº 0001067.62.2010.403.6100, que deferiu a suspensão das disposições da Resolução nº 56/09, editada pela ANVISA, que proibiu em todo o território nacional a comercialização e o uso de equipamentos para bronzeamento artificial, com finalidade estética, baseada na emissão de radiação ultravioleta.

Em parecer, o Ministério Público Federal opina pelo deferimento do pedido de suspensão (fls. 367/380).

É o relatório. Decido.

O artigo 4º da Lei 8.437/92 e o artigo 1º da Lei 9.494/97, autorizam o deferimento do pedido de suspensão da execução da liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

A propósito transcrevo o disposto no artigo 4º da Lei nº 8.437/92:

> "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.
> § 1º. Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado. (...)

> § 7º. O Presente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.
> § 9º. A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal."

É cediço que a suspensão de liminar ou tutela concedida em ação ajuizada contra Fazenda Pública, por meio de decisão do presidente do tribunal, é medida excepcional, que impõe a ocorrência de requisitos legais específicos.

Portanto, essa contracautela tem como requisito essencial situações excepcionais que coloquem em risco grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, e à economia públicas, razão pela qual outros aspectos da demanda devem ser objeto de impugnação por meio dos recursos próprios.

Conforme se depreende dos autos, o MM. Juízo "a quo", deferiu a tutela antecipada, para suspender a Resolução nº 56/09, no âmbito do Estado de São Paulo, para associados do sindicato/autor, sob o fundamento de que "do cotejo entre o bronzeamento natural, que nada mais consiste ser resultado de uma defesa do próprio organismo à hostilidade dos raios solares, inequívoco concluir que aquele realizado de forma controlada, em princípio, se apresenta com menos riscos do que aquele diretamente sob o sol e sem qualquer controle de horários e tempo de exposição."

A referida Resolução estabelece em seu artigo 1º a proibição de importação das câmaras de bronzeamento, *in verbis*:

> "art. 1º - Fica proibido em todo o território nacional a importação, recebimento em doação, aluguel, comercialização e o uso dos equipamentos para bronzeamento artificial, com finalidade estética, baseados na emissão de radiação ultravioleta.
> Parágrafo 1º. Os equipamentos para bronzeamento artificial considerados nesta resolução são os aparelhos emissores

de radiação ultravioleta (UV) destinados ao bronzeamento artificial estético.
Parágrafo 2º. A proibição não se aplica aos equipamentos com emissão de radiação ultravioleta, registrado ou cadastrado na ANVISA conforme regulamento sanitário aplicável, destinados a tratamento médico ou odontológico supervisionado."

A Lei nº 9.782/99, em seu artigo 8º, dispõe:

"art. 8º. Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública."

Na hipótese dos autos, não há ainda elementos concretos que demonstrem inequivocamente o efetivo risco à saúde a justificar a medida adotada pela ANVISA, considerando que a Resolução nº 56/09, a princípio, foi embasada exclusivamente em um trabalho realizado por uma Agência Internacional para Pesquisa sobre Câncer - IARC. Portanto, não vislumbro solidez suficiente nos estudos científicos colacionados aos presentes autos, a justificar o impedimento do exercício de atividade econômica de toda uma categoria.

Desta forma, meras evidências de que a exposição nas câmaras de bronzeamento artificial aumenta os riscos de ocorrência de câncer de pele, revela-se insuficiente para justificar a concessão da suspensão da tutela.

Ademais, cabe consignar, que a ANVISA deve sim fiscalizar os produtos e serviços que coloquem em risco a saúde pública. No entanto, no caso, ora questionado, ou seja, a utilização pela população das câmaras de bronzeamento, penso que os bens jurídicos elencados pela norma (ordem, segurança, saúde e economia públicas) encontram-se protegidos, diante da obrigatoriedade de advertência dos malefícios à saúde em caso de mau uso de tais equipamentos, estabelecida pela anterior resolução nº 308/92.

Assim, não vejo presentes os pressupostos que autorizam a medida pleiteada, por entender que a decisão impugnada não tem potencialidade de lesar os bens protegidos pela Lei nº 8.437/92.

Pelo exposto, *indefiro o pedido* de suspensão pleiteado.

Comunique-se e intime-se.

São Paulo, 05 de abril de 2010.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Presidente

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA 0011953-87.2010.4.03.0000 (2010.03.00.011953-5)

Requerente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Interessados: UNIÃO FEDERAL, JAGUARÉ ESPORTE CLUBE E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Classe do Processo: SuExSe 2905
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2010

DECISÃO

O Senhor Desembargador Federal Presidente Roberto Haddad.

Trata-se de suspensão de segurança, por meio da qual o Ministério Público Federal pleiteia a suspensão da execução de sentença proferida nos autos da ação ordinária nº 2003.61.00.022143-2, originária da 24ª Vara de São Paulo/SP, ajuizada por JAGUARÉ ESPORTE CLUBE, que julgou parcialmente procedente a ação para, reconhecer a constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.216-37/01, e sua eficácia permanente frente aos termos da EC 32/01, a eficácia do art. 2º da Lei nº 9.981, e especialmente, o disposto em seu parágrafo único e artigos 2º e 3º, além do Decreto nº 3.659/2000, e, exatamente por força deste reconhecimento, declarar que o jogo do bingo permanece regulamentado sob competência da CEF para autorizá-lo, e, como decorrência declara o direito da entidade desportiva autora de o realizar através de reuniões de pessoas, nos termos e nas condições autorizadas com base no Decreto nº 3.659/2000.

Aduz o Requerente, que a sentença atacada não pode continuar a produzir efeitos pela evidente violação à ordem e segurança públicas, ante a ausência de disposições legais que regulamentem a atividade de bingo e máquinas eletronicamente programáveis, configurando a sua prática na conduta criminosa prevista no artigo 50 do Decreto-lei nº 3.688/41, ou seja, na contravenção penal do jogo de azar.

Afirma, também, a inexistência de texto normativo que

autorize essa atividade, uma vez que a Lei nº 9.981/2000 revogou os artigos 59 a 81 da Lei nº 9.615/98.

Destaca, ainda, que a alteração da redação do artigo 59 da Lei nº 9.615/98, pelo artigo 17 da Medida Provisória nº 2.216-37-01 não manteve tal dispositivo em vigor após o termo previsto no artigo 2º da Lei nº 9.981/00.

Pugna, por fim, pela suspensão da execução da sentença proferida nos autos da ação ordinária nº 2003.61.00.022143-2, até o trânsito em julgado, nos termos do art. 4º, *caput*, e § 9º da Lei nº 8.437/92.

É o relatório. Decido.

Primeiramente, cumpre ressaltar, que a suspensão pleiteada apenas se justifica quando a execução imediata da decisão judicial impugnada acarretar fundado receio de afronta a um dos valores protegidos pela Lei nº 8.437/92, ou seja, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, bem como para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Segundo se depreende dos autos, o MM. Juízo proferiu sentença, reconhecendo a constitucionalidade da MP nº 2.216-37-01, e sua eficácia permanente nos termos da EC nº 32/01; e a eficácia do art. 2º da Lei nº 9.981/00, e especialmente, o disposto em seu parágrafo único e arts. 2º e 3º, além do Decreto nº 3.659/00, e exatamente por isso, reconheceu também a competência da CEF para autorizar o jogo de bingo permanente.

A contracautela tem como requisito essencial situações excepcionais que coloquem em risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que o deferimento da suspensão constitui atividade eminentemente política, em que o ato presidencial analisa somente a potencialidade lesiva da medida concedida contra os valores judicialmente 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).

No caso em apreço, a sentença autoriza a exploração de jogo de bingo, conduta esta penalmente tipificada, portanto, uma conduta proibida. Assim sendo, estão presentes na hipótese os requisitos autorizadores da excepcional medida de suspensão, uma vez que a manutenção da decisão atacada afronta a ordem pública, pois impede que o Estado, exercite o seu regular poder de polícia.

Em suma, a potencialidade lesiva encontra-se presente na atividade em comento, uma vez que não autorizada por lei. Decorrência indissociável da própria atividade em discussão, enquanto oferecida descontroladamente à sociedade, essa a qual, em última *ratio*, constitui o bem tutelado pelo Estado, sendo estreme de dúvida que a proteção desse valor, em face de seu próprio universo, sobrepõe-se em importância ao alegado direito arguido pela parte/autora.

Por outro lado, não há qualquer ofensa ao princípio constitucional da livre iniciativa, preconizado no art. 170, *caput* e parágrafo único, da CF. A Carta Magna assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Logo, o exercício de determinada atividade pode vir a ser vedado ou mesmo sofrer limitações, através de lei, a fim de se atender as diretrizes constitucionais que informam a liberdade econômica, em especial, a busca da realização de justiça social e do bem estar coletivo.

Além disso, a norma constitucional está a se referir ao exercício das atividades consideradas lícitas e não àquelas que, ao contrário, são tipificadas pela lei como infrações penais.

Destaco ainda que este é o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça, conforme julgados que transcrevo:

> "AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE DECISÃO CONFIRMADA EM ACÓRDÃO. COMPETÊNCIA DO STJ. EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA. APREENSÃO DE EQUIPAMENTOS. JOGO DE BINGO. LESÃO À ORDEM PÚBLICA CONFIGURADA. - Competência desta Corte

para processar e julgar pedido de suspensão de liminar, confirmada em acórdão proferido por órgão colegiado do Tribunal de Justiça em mandado de segurança. Exaurimento da instância ordinária realizado, mas prescindível. - 'O tipo contravencional proibitivo dos jogos de azar inclui a exploração do jogo de bingo, do que resulta inadmissível a concessão de tutela antecipada a permitir a adoção de conduta penalmente tipificada, ou determinar, à autoridade competente, que se abstenha de tomar as medidas necessárias a coibi-la'. (AgRg na STA nº 69, Rel. Min. Edson Vidigal). - Violação da ordem pública caracterizada. Agravo Improvido." (AGSS nº 200601806577 - Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 11/12/2006)

"SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. CABIMENTO. MÁQUINAS ELETRÔNICAS PROGRAMADAS. EXPLORAÇÃO. PROIBIÇÃO. CONTRAVENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. 1. À tutela antecipada aplicam-se as disposições da Lei nº 8.437/92, art. 4º, quando a magnitude da decisão atacada implicar em grave lesão aos valores sociais nela tutelados (ordem, saúde, segurança e economia públicas). 2. Tratando, a hipótese, de matéria afeta à ordem administrativa e jurídico-penal, deve prevalecer o interesse público sobre o particular. 3. O tipo contravencional proibitivo dos jogos de azar inclui a exploração do jogo de bingo, do que resulta inadmissível a concessão de tutela antecipada a permitir a adoção de conduta penalmente tipificada, ou determinar, à autoridade competente, que se abstenha de tomar as medidas necessárias a coibi-la. 4. Agravo Regimental não provido." (AGRSTA 200400190970, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 06/12/2004)

Desta forma, justifica-se o deferimento do pedido de suspensão, uma vez que demonstrada pelo Requerente afronta à ordem pública, porquanto aplica norma já revogada, conforme já reconheceu a jurisprudência dos tribunais superiores.

Também entendo demonstrada a lesão à ordem social, levando em conta que a exploração do jogo de bingo retira a renda de diversos trabalhadores, em prejuízo do sustento das próprias famílias, o que contribui para a instabilidade econômico-social.

Cumpre ressaltar, por fim, que o interesse público deve sempre prevalecer sobre o privado.

Pelo exposto, *defiro o pedido* para suspender a sentença concedida nos autos da ação ordinária nº 2003.61.00.022143-2, até que decisão desta Corte resolva a questão em grau de recurso.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Comunique-se e intime-se.

São Paulo, 23 de abril de 2010.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Presidente

- Sobre a regulamentação do jogo de bingo, veja também os seguintes julgados: AC 2002.61.02.010401-5/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, publicada na RTRF3R 85/292; decisão proferida no REsp AC 2004.61.00.018877-9/SP, Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 89/15 e AMS 2004.61.00.011545-4/SP, Relatora Desembargadora Federal Salette Nascimento, publicada na RTRF3R 92/465.

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA 0012166-93.2010.4.03.0000 (2010.03.00.012166-9)

Requerente: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP
Interessados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIÃO FEDERAL E AUTOPISTA FERNÃO DIAS S/A
Classe do Processo: SuExSe 2906
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/05/2010

DECISÃO

O Senhor Desembargador Federal Presidente ROBERTO HADDAD.

Trata-se de suspensão de segurança, por meio da qual a AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT requer a suspensão da execução da sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Bragança Paulista, nos autos da Ação Civil Pública nº 2009.61.23.001257-0, que condenou as rés - AUTOPISTA FERNÃO DIAS S/A., UNIÃO FEDERAL e AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANITT - a se absterem de exigir a tarifa correspondente ao pedágio da Praça 02, dos veículos emplacados no Município de Vargem/SP, até a construção da via alternativa de acesso, bem como condenou a ré AUTO PISTA FERNÃO DIAS S/A. a devolver os valores pagos aos proprietários de veículos emplacados no mesmo município, mediante a devida comprovação do pagamento da tarifa.

Sustenta a Requerente que o MM. Juízo "a quo" prolatou a decisão atacada partindo de premissas equivocadas, quais sejam: a primeira é de que se trata de cobrança de pedágio intramunicipal e a segunda de que a cobrança do pedágio está condicionada à existência de via alternativa à rodovia pedagiada.

Afirma que o artigo 150 da Constituição Federal não traz qualquer condicionamento à cobrança de pedágio, razão pela qual inexiste a obrigatoriedade de vias alternativas.

Aduz, também, que a decisão acarretará efeito multiplicador, evidenciando o risco de grave dano à economia e ordem pública, diante da irreversibilidade da medida.

Argumenta que é inequívoca a existência de lesão a interesse público determinada pela concessão de isenção a grupo de usuários da rodovia federal, acarretando verdadeiro desequilíbrio econômico-financeiro no contrato e, consequentemente, poderá acarretar proporcional aumento do preço do pedágio ou de uma proporcional redução nos investimentos que a concessionária deverá empreender na rodovia.

Requer, por fim, a suspensão da sentença concedida nos autos da ação civil pública nº 2009.61.23.001257-0.

O Ministério Público Federal opina pelo indeferimento do pedido de suspensão (fls. 943/946).

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 pelo 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 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.

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.

Aliás, a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o ato presidencial avalia tão somente a potencialidade lesiva da medida concedida contra os valores juridicamente protegidos, sem ingressar no mérito da causa em que foi 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).

No entanto, no caso dos autos, cabe um juízo mínimo acerca da matéria discutida na ação original para se avaliar a potencialidade lesiva do ato ora em discussão.

Conforme se depreende dos autos, a concessionária Autopista Fernão Dias firmou contrato com a União Federal, por intermédio da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, ora Requerente, cujo objeto é a concessão para exploração da infra-estrutura e da prestação de serviços públicos e obras do Lote Rodoviário nº 05, da Rodovia BR-381/MG/SP (Rodovia Fernão Dias), trecho Belo Horizonte - São Paulo, no qual previu-se a construção de oito praças de pedágio.

Em janeiro de 2009, a ANTT autorizou a concessionária Fernão Dias a iniciar a cobrança na Praça de Pedágio P02, instalada conforme avençado no contrato celebrado. Referida Praça de Pedágio está localizada dentro do Município de Vargem/SP, isolando bairros da cidade, uma vez que a concessionária Autopista Fernão Dias fechou as vias alternativas de acesso da população antes existentes, o que obriga os moradores da cidade a passar pela citada Rodovia e pagar pedágio para se deslocarem dentro da própria cidade.

Verifico que foi concedida a antecipação da tutela pelo MM. Juízo “a quo”, o que deu origem a Suspensão de execução

da tutela nº 2009.03.00040167-7, tendo a Exma. Desembargadora Federal Marli Ferreira, Presidente desta E. Corte, à época, indeferido o pedido de suspensão, por entender inexistir fundamento legal para tal, de cuja decisão transcrevo a parte final:

> "Depreende-se pois que, independentemente do mérito da decisão atacada no que tange à sua legalidade, a ser discutida na via recursal própria e considerando o parecer da douta Procuradoria Regional da República, inexiste fundamento legal para suspendê-la neste pedido.
> Como se vê, tem o presente pedido de suspensão de execução de tutela antecipada, nítido caráter recursal infringente, o que não se coaduna com esta estreita via suspensiva, nos termos do mencionado art. 4º da Lei 8.437/92 e da iterativa jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal (Suspensões de Liminares 14/MG, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 03.10.2003; 80/SP, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 19.10.2005; e na Suspensão de Segurança 2.900/DF, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 24.3.2006).
> Isto posto, indefiro o pedido de suspensão formulado."

A suspensão de segurança, por ser uma medida excepcional, somente está autorizada quando restar suficientemente comprovada a ocorrência de grave lesão aos valores tutelados pela norma (ordem, saúde, segurança e economia públicas). Portanto, meras alegações de lesão sem a correspondente prova não bastam para a concessão da suspensão.

Na hipótese dos autos, conforme bem salientado pela Presidente desta Corte quando da apreciação do pedido de suspensão da tutela antecipada, "inexiste nos autos prova da realização de algum estudo técnico-financeiro realizado pela concessionária a comprovar a ocorrência de grave lesão a um dos bens tutelados pelas normas que regem a Suspensão de Segurança, máxime considerando que a r. decisão sustanda assegurou isenção do pagamento de pedágio a um grupo bastante restrito que sofre de modo excessivo ou desproporcional."

Realmente não se vislumbra, no caso em apreço, o alegado impacto-financeiro do contrato, levando em conta que a frota de veículos da referida cidade não chegava a 3.000 (três) mil em abril de 2009.

Por outro lado, também não se pode acolher a alegação de que outros cidadãos residentes nos municípios vizinhos poderão se beneficiar da referida isenção emplacando os veículos no município de Vargem/SP, uma vez que o Código de Trânsito Brasileiro estabelece que os proprietários dos veículos deverão, obrigatoriamente, emplacar os seus veículos no respectivo domicílio.

Registro ainda que a sentença estabelece a isenção do pagamento do pedágio aos moradores de Vargem, até que se construa uma via alternativa de acesso, com a finalidade de possibilitar a locomoção dos moradores dentro da cidade.

Por fim, considerando que a isenção da cobrança do pedágio perdura desde 29/10/2009, não se justifica, neste momento, após a prolação da sentença, sem que haja nenhuma alteração na situação, o retorno da cobrança do pedágio.

Pelo exposto e ante a ausência de pressupostos legais, *indefiro* o pedido de suspensão.

Decorrido o prazo para eventuais recursos, arquivem-se os autos.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Comunique-se e intime-se.

São Paulo, 05 de maio de 2010.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Presidente

- Sobre a abstenção da cobrança de tarifa de pedágio na Rodovia Fernão Dias para veículos emplacados no município de Vargem/SP, veja também a decisão proferida na SLAT 2009.03.00.040167-6/SP, Desembargadora Federal Marli Ferreira, publicada na RTRF3R 99/21.

FEITOS DA VICE-PRESIDÊNCIA

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO/
REEXAME NECESSÁRIO
0017303-41.2000.4.03.6100
(2000.61.00.017303-5)

Recorrente: ATOTECH DO BRASIL GALVANOTECNICA LTDA.
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Apelantes: ATOTECH DO BRASIL GALVANOTECNICA LTDA. E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apeladas: AS MESMAS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Classe do Processo: ApelReex 799633
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/07/2010

DECISÃO

Inicialmente, proceda a Subsecretaria de Feitos da Vice-Presidência à regularização da numeração das folhas dos autos a partir da fl. 274.

Recurso especial interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal contra capítulo de acórdão desta egrégia corte que reconheceu a prescrição quinquenal.

Inconformado, alega que o *decisum* viola os artigos 535 do Código de Processo Civil e 108, inciso III, 150, §§ 1º e 4º, 165 e 168, inciso I, do Código Tributário Nacional, bem como as Leis nºs 6.899/81, 8.383/91 e 9.430/96. Aduz, ainda, que o julgado apresenta interpretação diversa da adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema.

Contrarrazões apresentadas às fls. 216/222.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

Primeiramente, não obstante as alegações acerca da nulidade do acórdão recorrido por suposta violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, cumpre destacar a *superveniência de ausência de interesse recursal* no tocante a tal pleito, na medida em que, julgado o paradigma relativo à questão de fundo, os autos serão devolvidos à Turma para retratação, hipótese em que sobrevirá novo *decisum*.

A questão da contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito nos recolhimentos efetuados anteriormente à edição da Lei Complementar nº 118/05 foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Recurso Especial nº 1.002.932/SP*, representativo da controvérsia, que foi submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução nº 8/STJ de 07.08.2008, no sentido de que, nos pagamentos indevidos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição deve observar a cognominada tese dos 5 (cinco) mais 5 (cinco), limitada, porém, a partir da data da vigência da lei complementar, em 09.06.05, a no máximo cinco anos, regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028 do Código Civil de 2002, *verbis*:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. *TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.*
> 1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva.
> 2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: *relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos*

pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.
(...)
5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: 'Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.').
6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o *dies a quo* do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.
7. *In casu*, insurge-se o recorrente contra a prescrição qüinqüenal determinada pelo Tribunal *a quo*, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.
8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os

mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução *STJ 08/2008*." - grifei.

(REsp 1002932/SP - Primeira Seção - rel. Min. LUIZ FUX, j. 25.11.2009, v. u., DJe 18.12.2009)

O acórdão não se amolda à orientação do *Recurso Especial nº 1.002.932/SP*, anteriormente transcrito, representativo da controvérsia, na medida em que fixou critério diverso de contagem de prazo prescricional, o que obriga a devolução dos autos à Turma julgadora, nos termos do artigo 543-C, § 7º, inciso II, 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, 11 de maio de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Vice-Presidente

- Sobre a contagem do prazo prescricional para a repetição do indébito, decidida na nova sistemática dos recursos repetitivos pelo STJ por meio do REsp 1.002.932/SP, veja também o seguinte julgado: ApelReex 0035139-03.1995.4.03.6100/SP, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, publicada nesta edição, RTRF3R 102/339.

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0013795-82.2003.4.03.6100
(2003.61.00.013795-0)

Recorrente: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelados: BANCO REAL S/A E AUREA GAGETTI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Classe do Processo: AC 1365063
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/07/2010

DECISÃO

Recurso especial interposto pela *Caixa Econômica Federal - CEF* com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal contra acórdão desta egrégia corte, que não conheceu do agravo, aplicou multa de 2% (dois por cento) do valor corrigido da causa e condicionou a interposição de qualquer outro recurso ao respectivo depósito, para manter a decisão que reconheceu o direito de se utilizar o Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS para quitação de mais de um saldo devedor por mutuário.

Inconformada, alega que o *decisum* viola os artigos 3º, § 1º, da Lei nº 8.100/90, 9º, § 1º, da Lei nº 4.380/64, 421 e 422 do Código Civil e 557, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, bem como a nulidade do acórdão proferido por turma composta majoritariamente por juízes convocados. Aduz, ainda que o julgado apresenta interpretação diversa da adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema.

Contrarrazões apresentadas pela mutuária às fls. 481/488 e 503/510 e pelo Banco ABN AMRO Real S/A às fls. 489/499.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

O recurso deve ser admitido.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a imposição da multa prevista no artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil é indevida na hipótese de o recurso ter

sido interposto para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores, diante da necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias, como alegado *in casu*. Nesse sentido, transcrevo o seguinte precedente:

> "DECISÃO
> Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, 'a' e 'c', da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:
> 'Agravo Regimental. Sistema Financeiro da Habitação - SFH. Ação revisional de contrato de financiamento da casa própria.
> Aplicabilidade, na espécie, do Código de Defesa do Consumidor.
> Competência da Vara Especializada confirmada. Súmula 297, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Agravo manifestamente infundado. Aplicação da multa, prevista no § 2º, do art. 557, do CPC' (fl. 128).
> A recorrente sustenta ter havido violação do art. 557, § 2º, do CPC; do art. 118 do CDC; e dos arts. 1º e 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Alega, em resumo: a) 'a decisão que negou provimento ao agravo regimental, com aplicação de multa, afrontou diretamente o correto entendimento apontado no art. 557, § 2º do Código de Processo Civil' (fl. 142), b) 'se o próprio CDC estabelece o momento em que seus efeitos passam a vigorar, não é dado ao interprete estipular a retroação destes mesmos efeitos' (fl. 145), c) 'a manutenção de medida liminar deferida por órgão julgador sem competência para processar e julgar a demanda fere o devido processo legal' (fl. 147). Aponta ainda divergência jurisprudencial.
> Os Embargos de Declaração opostos pela ora recorrente foram rejeitados (fls. As contra-razões foram apresentadas (fls. 179-185).
> É o relatório.
> Decido.

Os autos foram recebidos neste Gabinete em 30.1.2009.
Discute-se, no presente recurso, a aplicabilidade das regras do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de mútuo habitacional firmado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, com cobertura pelo Fundo de Variações Salariais - FCVS.
O Tribunal *a quo* decidiu ser manifestamente infundada a pretensão da recorrente de afastar a incidência das regras do CDC sobre o referido contrato, por entender que incide, na espécie, o enunciado da Súmula 297/STJ: 'O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.'
Por seu turno, a recorrente aduz que 'o contrato firmado entre os litigantes se configura como contrato de mútuo não estando agasalhado pelo CDC' (fl. 140).
O inconformismo merece prosperar.
A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de serem inaplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de mútuo habitacional firmado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, com cobertura do FCVS, tendo em vista que a garantia ofertada pelo Governo Federal, de quitar o saldo residual do contrato com recursos do mencionado Fundo, configura cláusula protetiva do mutuário hipossuficiente e do SFH, fato que afasta a utilização das regras previstas no citado Código.
Confiram-se os precedentes:
(...).
No que concerne à multa do art. 557, § 2º, do CPC, este Superior Tribunal entende que a imposição da penalidade é indevida, na hipótese de o Recurso ter sido interposto para viabilizar o acesso aos Tribunais Superiores, diante da necessidade de esgotamento das instância ordinárias, como ocorre in casu.
Nesse sentido:

'RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. PETIÇÃO INICIAL. DESNECESSIDADE DE TODOS OS COMPROVANTES DA EXAÇÃO. APURAÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR* NA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA EG. PRIMEIRA SEÇÃO. INCIDÊNCIA SÚMULA 83/STJ. MULTA DO ART. 557, § 2º, DO CPC. AFASTADA.

1. A Eg. Primeira Seção deste STJ firmou o entendimento no sentido de que para o ingresso da ação de repetição de indébito decorrente de cobrança de taxa de iluminação pública, declarada inconstitucional pelo STF, não é necessário que o contribuinte instrua sua pretensão com todos os comprovantes, basta que comprove ser o titular da exação. O *quantum debeatur* pode ser apurado na liquidação de sentença. (q. v., *verbi gratia*, EREsp nº 953.369/PR, relator Ministro José Delgado, relatora para o acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 13/02/2008 e publicado no DJ em 10/03/2008).

2. O entendimento adotado pelo e. Tribunal de origem encontra-se em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior de Justiça. Incidência da Súmula nº 83/STJ, que também se aplica aos recursos interpostos sob o fundamento do art. 105, III, alínea "a", da Constituição. Precedentes.

3. *Ante à necessidade da parte esgotar a instância para ter abertas as vias aos recursos especial e extraordinário, não se configura litigância de má-fe a interposição de agravo regimental que não se revela manifestamente inadmissível ou infundado, sendo imperioso afastar-se a multa aplicada com base no art. 557, § 2º, do CPC.*

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido tão somente para afastar a multa imposta.'

(REsp 919.103/PR, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2008, Dje 12/05/2008)

'AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO, NA ORIGEM, DE MULTA PREVISTA NO ART. 557, § 2º. NÃO COMPROVAÇÃO DE RECOLHIMENTO ANTES DA INTERPOSIÇÃO DE NOVO RECURSO. PRESSUPOSTO RECURSAL OBJETIVO. INAPLICABILIDADE À FAZENDA PÚBLICA. LEI Nº 9.494/97. MULTA DO ART. 557, § 2º. DESCABIMENTO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. NÃO CONFIGURADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 283, 286, E 396, DO CPC. SÚMULA 83/STJ. ART. 21, CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. A multa do artigo 557, § 2º, tendo em vista o princípio de que *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*, tem a mesma natureza da multa prevista no art. 488 do CPC, da qual está isento o Poder Público.

2. A norma inserta no art. 1º-A da Lei nº 9.494/97 é perfeitamente aplicável à multa de que trata o art. 557, § 2º, do CPC, razão pela qual não se há de negar seguimento a recurso interposto pela Fazenda Pública sob o fundamento de não ter a mesma previamente efetuado o depósito da referida multa (Precedentes da Corte Especial: EREsp nº 695.001/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 02/04/2007; ERESP nº 808.525/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 22.10.2007)

3. *In casu*, foi proferida decisão monocrática com fulcro no art. 557, *caput*, e § 1º-A, do CPC, em que o relator entendeu ser desnecessária a juntada, pelo contribuinte, de todos os comprovantes de pagamento, em ação de repetição de indébito, e a parte interpôs agravo, objetivando o pronunciamento do Tribunal de origem, o qual não conheceu do recurso, aplicando a multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC.

4. *Descabe a aplicação da multa com base no art. 557, §*

2º, ante a inexistência de abuso do direito de recorrer no agravo regimental interposto, sem o qual não se viabilizaria a interposição do recurso especial.

(...)

8. Agravo Regimental a que se nega provimento.'

(AgRg no Ag 972.702/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 16/06/2008)

Portanto, por não se coadunar com a orientação deste Tribunal, o acórdão recorrido deve ser reformado.

Diante do exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao Recurso Especial." - grifei

(REsp nº 976136-BA - Recurso Especial nº 2007/0181686-9 - decisão monocrática - rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 05.03.2009, DJ 20.03.2009)

Deixo de apreciar a viabilidade dos demais argumentos recursais, nos termos da Súmula 292 do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, *ADMITO O RECURSO ESPECIAL*.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 19 de maio de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Vice-Presidente

RECURSO EXTRAORDINÁRIO
EM APELAÇÃO CRIMINAL
0004168-34.2005.4.03.6181
(2005.61.81.004168-5)

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Apelantes: JOSE LUIZ LEONEL AGUIAR E JUSTIÇA PÚBLICA
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Classe do Processo: ACr 35754
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/07/2010

DECISÃO

Recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, com fundamento no artigo 102, inciso III, letra "a", da Constituição Federal, contra acórdão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, à unanimidade, deu parcial provimento ao recurso do réu, reconheceu a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o delito de estelionato, declarou em relação a esse crime a nulidade do processo, desde o recebimento da denúncia, determinou o desmembramento dos autos, com posterior envio de cópia ao juízo de direito do foro criminal da Comarca de São Paulo/SP, declarou prejudicado o apelo ministerial quanto a esse tópico, bem como proveu parcialmente o recurso do *Parquet* para reclassificar o delito remanescente nestes autos para o artigo 336 do Código Penal, afastou a declaração de extinção da punibilidade, determinou o envio dos autos ao juízo singular para manifestação do órgão ministerial quanto à aplicação da transação penal ou suspensão do processo e consignou prejudicada a apelação da defesa.

Aduziram-se:

a) repercussão geral da matéria;

b) violação do artigo 109, inciso IV, da Carta Magna;

c) a instalação e o oferecimento de curso superior sem a devida autorização do governo federal por meio do Ministério da Educação, conforme artigo 5º do Decreto nº 5.773/06, acarreta prejuízo a interesse da União, pois usurpa as suas funções de

supervisão e fiscalização do ensino, previstas nos artigos 209 da Constituição Federal e 9º, incisos VII e IX, da Lei nº 9.364/95;

d) a conexão entre os crimes do artigo 366 e 171 do Código Penal impõe a aplicação do artigo 76, inciso II, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões, às fls. 1189/1195, em que se sustentou o não preenchimento do requisito da repercussão geral, violação reflexa à Constituição Federal, incompetência da Justiça Federal, ausência de prejuízo a bens serviços ou interesses da União. Por fim, requereu o não conhecimento do recurso e, caso conhecido, o desprovimento.

Decido.

O recorrente arguiu a repercussão geral do tema. Sua ocorrência concreta caberá ao C. Supremo Tribunal Federal dizer.

Autos recebidos na Procuradoria Regional da República, em 12.04.2010 (fl. 1168). Recurso interposto tempestivamente, em 26.04.2010 (fl. 1169).

O *decisum* impugnado tem a seguinte ementa:

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO CONTRA PARTICULARES. INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO COM CRIME DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CRIME DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE COM INFRAÇÃO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA CIÊNCIA, PELO RÉU, DO TEOR DA DECISÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. VIOLAÇÃO DE LACRE. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. CÓDIGO PENAL, ARTIGO 336 DO CÓDIGO PENAL. INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. TRANSAÇÃO PENAL. LEI Nº 9.099/1995, ARTIGO 60.
>
> 1. Se as vítimas dos crimes de estelionato descritos na denúncia são particulares - e não a União ou qualquer das entidades referidas no inciso IV do artigo 109 da Constituição Federal; e se não há relação de conexão ou de continência entre referidos delitos e os demais descritos na

> denúncia, deve ser proclamada a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o aludido crime contra o patrimônio.
> 2. Para a condenação pela prática de crime de exercício de atividade com infração de decisão administrativa (Código Penal, artigo 205), é de rigor a existência de prova de que o réu tinha conhecimento do teor daquela decisão.
> 3. Se a única imputação remanescente nos autos diz respeito a infração penal de menor potencial ofensivo, deve-se oportunizar às partes a possibilidade de celebrarem transação penal ou, eventualmente, ajustarem a suspensão condicional do processo, nos termos da Lei nº 9.099/1995.
> 4. Recursos parcialmente providos e em parte prejudicados." (fls. 1165/1165 vº)

O texto transcrito evidencia que restou afastada a competência da Justiça Federal, ante a prática do crime de estelionato contra particulares e ausência de conexão entre os delitos imputados. Em trecho específico, o relator consignou:

> "2. Dos crimes de estelionato. Em relação aos delitos previstos no artigo 171 do Código Penal, a defesa do réu alega, preliminarmente, a incompetência da Justiça Federal.
> *Segundo a denúncia, o réu ofereceu cursos de graduação superior sem possuir autorização do Ministério da Educação, auferindo mensalidades pagas por alunos que, ludibriados, pensavam frequentar instituição regular.*
> Em princípio, o estelionato só é da competência da Justiça Federal quando praticado em detrimento do patrimônio da União, de suas autarquias, fundações ou empresas públicas, o que não é o caso dos autos, em que as vítimas de referido crime seriam os alunos." (fl. 1162 - grifei)

A conduta extrapola os interesses particulares dos alunos. O artigo 209 da Constituição Federal dispõe:

> "O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:
> I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;
> II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público."

De outro lado, a Lei nº 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, explicita no artigo 9º, incisos VII e IX, que cabe à União baixar normas gerais sobre cursos de graduação e pós-graduação e autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino, *verbis*:

> "Art. 9º A União incumbir-se-á de:
> (...)
> VII - baixar normas gerais sobre cursos de graduação e pós-graduação;
> (...)
> IX - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino."

O Decreto nº 5.773/2006, o qual dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino, consigna em seu artigo 5º, *caput*:

> "Art. 5º No que diz respeito à matéria objeto deste Decreto, compete ao Ministério da Educação, por intermédio de suas Secretarias, exercer as funções de regulação e supervisão da educação superior, em suas respectivas áreas de atuação."

Denota-se que houve oferecimento de cursos de graduação sem autorização do Ministério da Educação, bem como a obtenção de mensalidades pagas por alunos que, ludibriados, pensavam frequentar instituição de ensino em situação regular. Tais circunstâncias evidenciam que, além de prejuízos causados a particulares, houve cometimento de delito em detrimento de interesse federal, a atrair a competência da Justiça Federal ao caso dos autos, nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal, porquanto foi menosprezada a atribuição da União de autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino. Assim, plausível a alegada violação ao invocado dispositivo constitucional.

Constatada, portanto, a plausibilidade do recurso no tocante a um dos aspectos questionados, apresenta-se dispensável o exame do restante em sede de mero juízo de admissibilidade recursal, conforme a exegese do disposto nas Súmulas nº 292 e 528 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, admito o recurso extraordinário.

Dê-se ciência.

São Paulo, 12 de julho de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Vice-Presidente

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA 0026955-09.2005.4.03.6100 (2005.61.00.026955-3)

Recorrente: ARMANDO TODANORI HATAKEYAMA
Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: ARMANDO TODANORI HATAKEYAMA
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 22ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Classe do Processo: AMS 293543
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2010

DECISÃO

Recurso especial interposto pela parte autora, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra capítulo de acórdão desta egrégia corte, que concluiu ser incidente imposto de renda sobre verba paga a título de gratificação por liberalidade da empresa, em rescisão unilateral de contrato de trabalho.

Inconformada, alega que o acórdão combatido contraria o artigo 43 do Código Tributário Nacional, ao argumento de que a gratificação espontânea em debate tem natureza indenizatória, ainda que não se cogite tratar-se de valores pagos em decorrência de adesão a Plano de Demissão Voluntária. Sustenta também a existência de divergência jurisprudencial em relação à matéria.

Contrarrazões às fls. 240/245.

Decido.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal.

A questão da definição da natureza das verbas rescisórias pagas que devem compor ou não a base de cálculo do imposto de renda pessoa física foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Recurso Especial nº 1.112.745/SP* e do *Recurso Especial nº 1.102.575/MG*, no regime da Lei nº 11.672/08, concernente ao processamento de recursos repetitivos, em que restou definido que incide o imposto sobre as verbas pagas em

decorrência de liberalidade do empregador, por ocasião da extinção do contrato de trabalho, *verbis*:

> "TRIBUTÁRIO. *IMPOSTO DE RENDA. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO PAGA POR LIBERALIDADE DO EMPREGADOR. NATUREZA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA.* INDENIZAÇÃO PAGA NO CONTEXTO DE PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA - PDV. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 215/STJ. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC.
> 1. Nas rescisões de contratos de trabalho são dadas diversas denominações às mais variadas verbas. Nessas situações, é imperioso verificar qual a natureza jurídica de determinada verba a fim de, aplicando a jurisprudência desta Corte, classificá-la como sujeita ao imposto de renda ou não.
> 2. *As verbas pagas por liberalidade na rescisão do contrato de trabalho são aquelas que, nos casos em que ocorre a demissão com ou sem justa causa, são pagas sem decorrerem de imposição de nenhuma fonte normativa prévia ao ato de dispensa (incluindo-se aí Programas de Demissão Voluntária - PDV e Acordos Coletivos), dependendo apenas da vontade do empregador e excedendo as indenizações legalmente instituídas. Sobre tais verbas a jurisprudência é pacífica no sentido da incidência do imposto de renda já que não possuem natureza indenizatória*. Precedentes: EAg - Embargos de Divergência em Agravo 586.583/RJ, Rel. Ministro José Delgado, DJ 12.06.2006; EREsp 769.118/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ de 15.10.2007, p. 221; REsp nº 706.817/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28/11/2005; EAg 586.583/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, v. u., julgado em 24.5.2006, DJ 12.6.2006 p. 421; EREsp 775.701/SP, Relator Ministro

Castro Meira, Relator p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Data do Julgamento 26/4/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 1.8.2006 p. 364; EREsp 515.148/RS, Relator Ministro Luiz Fux, Data do Julgamento 8/2/2006, Data da Publicação/ Fonte DJ 20.2.2006 p. 190 RET vol. 48 p. 28; AgRg nos EREsp Nº 860.888 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 26.11.2008, entre outros.

3. 'Os Programas de Demissão Voluntária - PDV consubstanciam uma oferta pública para a realização de um negócio jurídico, qual seja a resilição ou distrato do contrato de trabalho no caso das relações regidas pela CLT, ou a exoneração, no caso dos servidores estatutários. O núcleo das condutas jurídicas relevantes aponta para a existência de um acordo de vontades para por fim à relação empregatícia, razão pela qual inexiste margem para o exercício de liberalidades por parte do empregador. [...] Inexiste liberalidade em acordo de vontades no qual uma das partes renuncia ao cargo e a outra a indeniza [...]' (REsp Nº 940.759 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.3.2009). 'A indenização recebida pela adesão a programa de incentivo à demissão voluntária não está sujeita à incidência do imposto de renda'. Enunciado nº 215 da Súmula do STJ.

4. Situação em que a verba denominada 'gratificação não eventual' foi paga por liberalidade do empregador e a chamada 'compensação espontânea' foi paga em contexto de PDV.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." Grifei

(REsp 1.112.745-SP - 1ª Seção - rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 23.09.2009, v. u., DJe 01.10.2009).

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 458 E 535, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. TRIBUTÁRIO. *RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO*

POR LIBERALIDADE DO EMPREGADOR. NATUREZA REMUNERATÓRIA. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC.". (REsp nº 1.102.575/MG - 1ª Seção, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 23.09.2009, v. u., DJe 01.10.2009).

O acórdão se amolda à orientação adotada nos *Recursos Especiais nº 1.112.745/SP* e *nº 1.102.575/MG*, anteriormente transcritos, representativos da controvérsia, o que conduz, no caso, com a nova sistemática implementada pela Lei nº 11.672/08, à denegação do recurso especial, conforme previsto no artigo 543-C, § 7º, inciso I, do Código de Processo Civil**.**

Ante o exposto, *NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL*.

Publique-se.

Intime-se.

São Paulo, 31 de maio de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Vice-Presidente

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0003922-90.2006.4.03.6120
(2006.61.20.003922-5)

Recorrente: LUCILIA FERNANDES MONTEIRO
Recorrida: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: LUCILIA FERNANDES MONTEIRO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Classe do Processo: AC 1363397
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/07/2010

DECISÃO

Recurso especial interposto pela autora, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra decisão que negou seguimento à apelação interposta contra decisão que julgou improcedente o pedido de concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. Interposto agravo regimental, não foi provido.

Aduz a recorrente que foram preenchidos todos os requisitos para a concessão do benefício, nos termos do artigo 42 da Lei nº 8.213/91. Defendeu que o julgador não está adstrito à prova pericial, conforme dispõem os artigos 131 e 436 do Código de Processo Civil, e que a decisão diverge do entendimento de outros tribunais quanto à possibilidade de eventual recolocação no mercado de trabalho à luz dos fatores socioeconômicos, idade, grau de instrução, natureza da moléstia e das atividades desempenhadas pelo segurado. Ressaltou que já foi beneficiária de auxílio-doença por nove vezes e que, ante sua idade, grau de instrução e natureza de sua ocupação, não possui condições de se recolocar em outra atividade, tampouco de desempenhar suas atividades habituais.

In albis o prazo para contrarrazões.

Atendidos os pressupostos genéricos de admissibilidade recursal e ausente a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito que autorizaria a aplicação do artigo 543-C do Código de Processo Civil, passo à análise dos requisitos constitucionais.

Da leitura das razões expendidas, verifica-se que a recorrente busca o reconhecimento da incapacidade laboral, à vista da natureza das moléstias que a acometem, das condições de sua ocupação habitual e de sua idade avançada. Na decisão questionada, verifica-se que a relatora emitiu seu juízo de convencimento, amparada nas informações prestadas pelo perito judicial, que concluiu que as moléstias apresentadas, associadas à idade da autora, ensejavam apenas a redução da capacidade laboral, de forma que um dos requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez não teria sido preenchido. Assim, assiste razão à recorrente, vez que a decisão impugnada contém interpretação divergente daquela adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no que se refere à análise das circunstâncias socioeconômicas associadas à idade, grau de instrução e natureza da moléstia, para avaliação das possibilidades de readaptação ou recolocação no mercado de trabalho. Confira-se:

> "PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO PELA INCAPACIDADE PARCIAL DO SEGURADO. NÃO VINCULAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA SÓCIO-ECONÔMICA, PROFISSIONAL E CULTURAL FAVORÁVEL À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. Os pleitos previdenciários possuem relevante valor social de proteção ao Trabalhador Segurado da Previdência Social, devendo ser, portanto, julgados sob tal orientação exegética.
> 2. Para a concessão de aposentadoria por invalidez devem ser considerados outros aspectos relevantes, além dos elencados no art. 42 da Lei 8.213/91, tais como, a condição sócio-econômica, profissional e cultural do segurado.
> 3. Embora tenha o laudo pericial concluído pela incapacidade parcial do segurado, o Magistrado não fica vinculado à prova pericial, podendo decidir contrário a ela quando houver nos autos outros elementos que assim o convençam, como no presente caso.

> 4. Em face das limitações impostas pela avançada idade, bem como pelo baixo grau de escolaridade, seria utopia defender a inserção do segurado no concorrido mercado de trabalho, para iniciar uma nova atividade profissional, motivo pelo faz jus à concessão de aposentadoria por invalidez.
> 5. Agravo Regimental do INSS desprovido."
> (AgRg no REsp 1055886/PB, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 5ª TURMA, j. 01/10/2009, DJe 09/11/2009).

Ressalte-se, portanto, que não pretende a recorrente o simples reexame de prova, mas sim da valoração dada às provas apresentadas nos autos. Ademais, constam da peça recursal precedentes da 1ª e 4ª Regiões, no sentido de que é possível considerar existente a invalidez laboral a partir da análise das circunstâncias socioeconômicas da parte autora, ainda que o laudo médico tenha concluído que a incapacidade é parcial e permanente. No julgamento de situações análogas à verificada nos autos, os mencionados tribunais decidiram que devem ser consideradas as condições pessoais do segurado para efetiva avaliação de eventual recolocação ou reabilitação para trabalhar. Portanto, possível o reconhecimento da divergência jurisprudencial ensejadora da admissão do presente recurso.

Ante o exposto, *ADMITO O RECURSO ESPECIAL*.

Publique-se.

Intimem-se.

São Paulo, 22 de abril de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Vice-Presidente

DECISÕES MONOCRÁTICAS

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/ REEXAME NECESSÁRIO
0046915-92.1998.4.03.6100
(2000.03.99.071605-1)

Embargante: TOSHIO NAKANO
Embargada: R. DECISÃO DE FLS. 141/142
Apelantes: TOSHIO NAKANO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS FRANCISCO
Classe do Processo: AMS 211126
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/07/2010

DECISÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela parte autora contra decisão de fls. 141/142, alegando a existência de contradição no que tange a declaração da decadência do recolhimento de contribuições em atraso para fins de contagem recíproca.

É o relatório.

DECIDO.

Conheço dos Embargos de Declaração de fls. 145/146, em virtude da sua tempestividade.

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, consoante disciplinamento imerso no art. 535 do CPC, exigindo-se, para seu acolhimento, estejam presentes os pressupostos legais de cabimento *(EARESP nº 299.187-MS, 1ª Turma, v. u., Rel. Min. Francisco Falcão, j. 20/06/2002, D.J.U. de 16/09/2002, p. 145*).

O art. 535 do Código de Processo Civil admite embargos de declaração quando, na sentença ou no acórdão, houver *obscuridade*, *contradição* ou for *omitido* ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, *obscuridade* é "a falta de clareza em um raciocínio, em um fundamento ou em uma conclusão constante da sentença"; *contradição* é "a colisão de dois pensamentos que se repelem"; e

omissão é "a falta de exame de algum fundamento da demanda ou da defesa, ou de alguma prova, ou de algum pedido etc.".

Da mesma forma, a jurisprudência tem se orientado quanto ao cabimento dos embargos de declaração não só de sentença ou acórdão, mas também de decisão monocrática, quando presentes os requisitos do mencionado artigo 535 do Código de Processo Civil. Neste sentido, veja-se o seguinte trecho de ementa de acórdão: "Cabem embargos de declaração contra decisão monocrática do Desembargador-Relator, que da mesma forma deverá apreciar tais embargos." *(REsp 142695/MG, Relator MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR, j. 15/04/2003, DJ 26/05/2003, p. 362).*

O embargante deixou de recolher contribuições previdenciárias no período 07/1974 a 12/1974, 01/1975 a 12/1975, 01/1976, 03/1976, 04/1976, 08/1976, 01/1977 a 02/1977, 05/1977, 08/1978, 11/1978, 01/1979 a 05/1979 e 02/1980 (fls. 47/48). Impetrou o presente mandado de segurança objetivando o não-recolhimento das contribuições diante da ocorrência da prescrição e da decadência.

A sentença recorrida (fls. 77/82) concedeu parcialmente a segurança, determinando que a autoridade coatora expedisse a certidão de tempo de serviço, mas condicionada ao pagamento das contribuições devidas pelo impetrante, no período compreendido entre julho de 1974 a fevereiro de 1980, de acordo com a legislação em vigor na época da ocorrência dos fatos geradores, com incidência de juros e multa.

Entendo que não há decadência ou prescrição quanto ao recolhimento dessas exações. Como se sabe, ao longo das décadas de 70 e 80, houve muita polêmica acerca da natureza jurídica das contribuições previdenciárias, sendo certo, porém, que à luz da Constituição de 1988, as mesmas têm natureza tributária (conforme já decidiu o E. STF, no RE 138.284, Rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 143/313). Sendo tributo, há que se aplicar as disposições do CTN (particularmente os arts. 150 e 173), do que decorre a impossibilidade de o Fisco exigir *compulsoriamente* essas contribuições mediante lançamento tributário ou execução fiscal (independentemente de a parte-segurada requerer benefícios ou serviços junto aos órgãos públicos de seguridade social.

Todavia, quando a própria parte-impetrante vem ao INSS reclamar benefício previdenciário para o qual se exige recolhimento de contribuições, entendo que obrigar o pagamento dessas exações é medida que se impõe pelo *cunho indenizatório* que se verifica em sistema de seguridade social baseado na eqüidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento, além do que nenhum benefício será, criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total (nos termos dos arts. 194, V e VI, e 195, § 5º, da Constituição de 1988). É com *natureza indenizatória (e não tributária)* que vejo como válidas disposições como dos art. 45 da Lei 8.212/91, e arts. 55, § 1º, e 96, IV, da Lei 8.213/91, exigindo contribuições para reconhecimento de tempo visando benefícios previdenciários.

Em suma, pode até ter ocorrido a decadência ou prescrição do direito de o Fisco exigir as contribuições dos autônomos ou empresários que se mostravam como segurados obrigatórios ou facultativos da previdência, mas isso não dispensa esse recolhimento (marcadamente com natureza indenizatória) quanto esses mesmos segurados vêm reclamar os benefícios previdenciários. Fosse outra a conclusão, a inadimplência favoreceria o próprio infrator, que não só ficaria livre das exigências fiscais, mas também poderia impor à previdência oficial o encargo de custear integralmente o financiamento de benefício que deveria ao menos ser dividido com os segurados que deles se servem.

Restou consignado na decisão embargada, o direito de a parte-impetrante averbar o tempo de serviço para fins de aposentadoria, todavia, no cálculo do valor a ser recolhido referente às contribuições previdenciárias em atraso, para fins do disposto no art. 45, § 1º, da Lei nº 8.212/91, deve ser levado em consideração o valor das contribuições efetivamente devidas no período a ser averbado apuradas com base na legislação vigente à época do fato gerador, ou seja, afastando a incidência dos juros e da multa, uma vez que o período que o impetrante pretende averbar, na qualidade de empresário, é anterior à edição MP nº 1.523/96.

Ressalvo entendimento pessoal no sentido de que no caso do pagamento dessas exações conforme a legislação vigente ao seu

tempo, naturalmente o montante então apurado deve ser acrescido de correção monetária, juros e multa moratórias (nos moldes determinados pela legislação previdenciária correspondente, respeitada a legislação benéfica em se tratando de matéria de multa, ao teor do art. 106, II, do CTN), dada a visível natureza de recomposição e compensação moratória desses encargos.

Naturalmente, caso lhe seja favorável, é possível que o segurado se sirva da legislação superveniente para fins de promover a integral indenização dessas parcelas passadas, tal qual o preceito do art. 45 e §§ da Lei 8.212/91, já que o princípio da segurança jurídica tem por fim evitar a aplicação retroativa da lei desfavorável ao indivíduo. De outro lado, também não haverá violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito se o segurado não apresentar dados pertinentes ao passado que permitam o cálculo da exação devida a seu tempo, já que cabia ao interessado a guarda da documentação que lhe seria útil. Obviamente não se pode dispensar o recolhimento das exações em razão da impossibilidade material de cálculo dessas contribuições no passado, especialmente porque o ônus da manutenção dos documentos cabia ao segurado. Muito menos é possível presumir a remuneração equivalente ao salário mínimo, já que a eqüidade na participação do custeio e a natureza contributiva da Previdência Pública obrigam a necessária cobertura dos planos de benefícios mediante contribuições compatíveis economicamente com as prestações futuras (o que basta para justificar, por exemplo, a indenização pela média dos últimos anos de trabalho da parte-requerente, aspecto que também será empregado para cálculo do salário de benefício e da renda inicial do benefício).

Em suma, deve ser reconhecido o direito à parte-impetrante de promover o recolhimento dessas contribuições indenizatórias nos termos da legislação vigente ao tempo em que executou o trabalho que quer reconhecer, hipótese na qual as contribuições apuradas deverão ser acrescidas de correção monetária, juros e multa, visando recompor o erário quanto aos valores necessários ao custeio do benefício previdenciário exigido. Na ausência de documentação viável para apuração do montante devido ao tempo

do trabalho executado, a indenização somente poderá se dar nos termos previstos no art. 45 e §§ da Lei 8.212/91, quando também serão devidos correção monetária, juros e multa nos moldes desse mencionado preceito. Querendo, a parte-impetrante poderá se servir dessa nova legislação para a promoção do recolhimento das contribuições que indenizarão o INSS na concessão de benefício previdenciário.

Entendo que o art. 45 da Lei 8.212/91 é constitucional, já que o mesmo vem socorrer os segurados em relação às hipóteses nas quais não se verificam meios de cálculo das exações passadas, razão pela qual empresto ao mesmo interpretação conforme a constituição para excluir sua incidência no que concerne às situações nas quais exista base segura de cálculo das contribuições segundo a legislação vigente ao tempo no qual o trabalho reclamado foi executado.

Contudo, reconheço que o entendimento dominante se inclinou no sentido da inexigência de multa e de juros antes da edição da MP 1.523/96, que cuidou do art. 45 da Lei 8.212/91. Com efeito, sob o argumento de inexistência de previsão de juros e multa em período anterior à edição da MP 1.523/96, em 11/10/1996, não poderia haver retroatividade da lei previdenciária para prejudicar os segurados. A esse respeito, trago à colação seguinte julgado:

> "PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA. RECOLHIMENTO EXTEMPORÂNEO DAS CONTRIBUIÇÕES. PERÍODO ANTERIOR À EDIÇÃO DA MP 1.523/96. JUROS MORATÓRIOS E MULTA. ART. 45, § 4º, DA LEI 8.212/91. IMPOSSIBILIDADE DE SUA INCIDÊNCIA.
> 1 - A Quinta Turma desta Corte, revendo seu posicionamento anterior, firmou novo entendimento no sentido de que, para se apurar os valores da indenização, devem ser considerados os critérios legais existentes no momento a que se refere a contribuição (REsp 774.126/RS, de minha relatoria, DJ de 5/12/2005).

2 - Inexistindo previsão de juros e multa em período anterior à edição da MP 1.523/96, em 11/10/1996, não pode haver retroatividade da lei previdenciária para prejudicar os segurados, razão pela qual devem ser afastados os juros e a multa do cálculo da indenização no referido período.
3 - Agravo Regimental conhecido, mas improvido." (AGRESP nº 760592/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 06/04/2006, DJU 02/05/2006, p. 379);

"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTAGEM RECÍPROCA. PAGAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS EM ATRASO. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS E MULTA SOMENTE A PARTIR DA EDIÇÃO DA MP Nº 1.523/96.
1. A obrigatoriedade imposta pelo § 4º do art. 45 da Lei nº 8.212/91 quanto à incidência de juros moratórios e multa no cálculo da indenização das contribuições previdenciárias para fins da contagem recíproca, somente é exigível a partir da edição da Medida Provisória nº 1.523/96, que, conferindo nova redação à Lei da Organização da Seguridade Social e Plano de Custeio, acrescentou tal parágrafo.
2. No caso dos autos, o período que se quer averbar é anterior à edição da citada Medida Provisória. Devendo, portanto, ser afastados os juros e a multa do cálculo das contribuições previdenciárias pagas em atraso.
3. Recurso especial desprovido." (RESP nº 786072/RS, rel. Min. Laurita Vaz, j. 07/02/2006, DJU 20/03/2006, p. 352).

Em que pese meu entendimento em sentido contrário (escoltado pela natureza indenizatória dos recolhimentos em tela, que justamente estavam a cargo do pretenso beneficiário), curvo-me ao entendimento dominante no sentido de serem afastados os juros e a multa do cálculo da indenização no referido período anterior à vigência da MP 1.523/96.

Assim, rejeito os embargos de declaração.

Verifico, contudo, a existência de erro material na parte

dispositiva do julgado, que ora corrijo de ofício, nos termos do artigo 463, inciso I, do Código de Processo Civil.

Assim, no dispositivo, onde se lê: *"NEGO PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E AO RECURSO DE APELAÇÃO DO INSS E DOU PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO DO IMPETRANTE,"*, leia-se: *NEGO PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E À APELAÇÃO DO INSS E DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO IMPETRANTE* para afastar a incidência de juros e a multa do cálculo da indenização do período anterior à vigência da MP 1.523/96.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, *REJEITO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO* e, *CORRIJO ERRO MATERIAL DE OFÍCIO*, na forma da fundamentação.

Publique-se e intimem-se.

São Paulo, 09 de junho de 2010.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

- Sobre a inocorrência de decadência e prescrição quanto à cobrança de contribuições previdenciárias devidas por segurados empresários, veja também os seguintes julgados: decisão proferida no Ag 2003.03.00.028963-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, publicada na RTRF3R 69/68; decisão proferida no Ag 2006.03.00.003771-0/SP, Relator Desembargador Federal Santos Neves, publicada na RTRF3R 78/198 e decisão proferida no REOMS 0003125-26.2001.4.03.6109/SP, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky, publicada nesta edição, RTRF3R 102/76.

APELAÇÃO CÍVEL
0001104-45.1999.4.03.6110
(1999.61.10.001104-1)

Apelantes: JEFFERSON PANDOLFI DE CAMARGO E MAISA ALVES DE QUEIROZ CAMARGO
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ROBERTO LEMOS
Classe do Processo: AC 767183
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/07/2010

DECISÃO

Vistos.

Cuida-se de apelação interposta por *JEFFERSON PANDOLFI DE CAMARGO* e *MAISA ALVES DE QUEIROZ CAMARGO* contra a r. sentença da MM Juíza Federal da 2ª Vara de Sorocaba/SP, prolatada às fls. 138/145, que nos autos da ação de rescisão contratual de mútuo habitacional, cumulada com restituição de parcelas pagas, proposta contra a *CAIXA ECONÔMICA FEDERAL* - CEF, julgou improcedente o pedido, condenando os autores ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

Em suas razões de apelação (fls. 153/174), a parte autora alega que pretende a rescisão do contrato firmado com a Caixa Econômica Federal - CEF, em face da onerosidade excessiva, entendendo ser aplicável ao caso a inexecução voluntária prevista no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor. Aduz que a utilização da Taxa Referencial - TR como índice de atualização gera um aumento abusivo do saldo devedor e um conseqüente desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Pugna pelo provimento do apelo, para que seja anulada ou reformada a sentença.

Recebidos e processados os recursos, com as contrarrazões de fls. 182/191, subiram os autos a esta Egrégia Corte.

É o relatório.

DECIDO.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Cinge-se o recurso à extinção do contrato de mútuo firmado entre as partes em 30/10/1991 (fls. 23/29), por entenderem os apelantes, a existência da capitalização de juros, advinda, ao seu ver, da aplicação da Taxa Referencial - TR, fator que haveria desequilibrado a relação obrigacional.

Nas ações que envolvem o cumprimento de contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação - SFH é indispensável a produção de prova pericial, a fim de que sejam reunidas maiores informações para formar a convicção do Magistrado.

É certo que o juiz não deve estar vinculado ao laudo pericial. Contudo, nesse tipo de demanda, que envolve critérios eminentemente técnicos e complexos do campo financeiro-econômico, resta evidente que o trabalho realizado pelo *expert* assume relevante importância para o convencimento do julgador.

Esse é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Confira-se, a título de exemplo, o seguinte julgado:

> "Sistema Financeiro da Habitação. Reajustamento das prestações. Inversão do ônus da prova. Custeio da perícia. Precedentes da Corte. 1. A necessidade da prova pericial afirmada pelo acórdão tem fundamento na medida em que se torna necessário aferir se está sendo cumprida a equivalência salarial, diante da afirmação da contestação de que vem sendo respeitada. (...) 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte."
> (STJ - REsp 651632 - Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - 3ª Turma - j. 27/03/2007 - v. u. DJ 25/06/2007, pág. 232)

No caso vertente, não houve requerimento ou produção de prova pericial. Deixaram os autores de comprovar a alegada onerosidade do contrato.

Sem a realização da perícia contábil não há como certificar que a Caixa Econômica Federal - CEF descumpriu os termos do contrato, presumindo-se correta a aplicação dos critérios de reajuste estipulados tanto para as prestações mensais, quanto para

o saldo devedor, bem como a sua forma de amortização.

Conseqüentemente, não se pode afirmar a existência de valores pagos a maior a permitirem compensação ou repetição.

Tratando da atualização do saldo devedor, em particular, há que se destacar a Cláusula Nona do contrato em análise (fl. 24-verso), *verbis*:

> "CLÁUSULA NONA - ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR - O saldo devedor deste financiamento, será atualizado mensalmente, no dia correspondente ao da assinatura do contrato, mediante a aplicação de coeficiente de remuneração básica aplicável aos depósitos de poupança com data de aniversário no dia da assinatura deste contrato."

Nota-se que prevê expressamente a aplicação da Taxa Referencial - TR (índice utilizado para reajustamento dos depósitos de poupança) para a atualização. Tal critério não pode ser afastado, mesmo porque o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn nº 493/DF, Relator o e. Ministro Moreira Alves, não decidiu pela exclusão da Taxa Referencial - TR do mundo jurídico, apenas impediu a sua indexação como substituto de outros índices previamente estipulados em contratos firmados anteriormente à vigência da Lei nº 8.177/91. Consolidou, assim, a aplicação da Taxa Referencial - TR a contratos firmados em data posterior à entrada em vigor da referida norma.

Essa foi a interpretação do Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende do acórdão infra transcrito:

> "CONSTITUCIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. UTILIZAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE INDEXAÇÃO.
> I. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768, Relator o Sr. Ministro Marco Aurélio e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sydney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como índice de indexação. O

> que o Supremo Tribunal decidiu, nas referidas ADIns, é que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei 8.177, de 01.03.91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. C. F., art. 5º, XXXVI. II. No caso, não há falar em contrato em que ficara ajustado um certo índice de indexação e que estivesse esse índice sendo substituído pela TR. E dizer, no caso, não há nenhum contrato a impedir a aplicação da TR. III. - R. E. não conhecido."
> (STF - RE 175648/MG, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, j. 29/11/1994, v. u., DJ 04/08/1995)

No presente feito, em que pese o contrato de mútuo habitacional ter sido celebrado em outubro/1991, inexiste a vedada substituição de índice previamente estabelecido pela Taxa Referencial - TR. Há, sim, disposição expressa que vincula a atualização do saldo devedor à aplicação do indexador referenciado.

A esse respeito, cumpre trazer à colação os seguintes julgados:

> "CONTRATOS. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SALDO DEVEDOR. REAJUSTE. AMORTIZAÇÃO. ENCARGOS MENSAIS. REAJUSTE.
> I - Preliminar não conhecida.
> II - Reajuste do saldo devedor pelo contrato vinculado aos índices de correção das cadernetas de poupança ou FGTS. Legalidade da aplicação da TR. (...)
> VI - Recurso do autor desprovido.
> VII - Recurso da CEF parcialmente provido."
> (TRF 3ª Região - Apelação Cível nº 2001.61.00.030836-0 - 2ª Turma - Desembargador Federal Peixoto Junior - j. 06/12/05 - v. u. - DJ 01/09/06, pág. 384)

> "CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL.

> PERÍCIA. CORREÇÃO DO SALDO DEVEDOR PELA TR.
> 1. A União Federal não é parte legítima para figurar no pólo passivo das ações propostas por mutuários do Sistema Financeiro da Habitação para revisão do critério de reajuste de prestações da casa própria.
> 2. Prevendo o contrato cláusula de correção monetária de acordo com o coeficiente de remuneração dos saldos das contas de FGTS, cabível é a incidência da TR como fator de atualização do saldo devedor. Jurisprudência deste Tribunal, do STJ e do STF. (...)
> 5. Apelação da CEF a que se dá parcial provimento."
> (TRF 1ª Região - Apelação Cível nº 1998.33.00.000061-5 - 6ª Turma - Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues - j. 19/03/07 - v. u. - DJ 23/04/07, pág. 61)

Ainda em relação ao saldo devedor, legítima, também, a forma estabelecida para a sua correção e amortização. Prevê o contrato que, primeiro, deve ocorrer a atualização, com a incidência de juros e correção monetária, para, na seqüência, amortizar-se a dívida, não havendo qualquer ilegalidade no sistema acordado pelas partes. Nesse sentido, confira-se:

> "AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SALDO DEVEDOR AMORTIZAÇÃO. TR. POSSIBILIDADE.
> - Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada.
> - É lícito o critério de amortização do saldo devedor mediante a aplicação da correção monetária e juros para, em seguida, abater-se do débito o valor da prestação mensal do contrato de mútuo para aquisição de imóvel pelo SFH . (...)"
> (STJ - AGRESP 895366/RS - Relator Ministro Humberto Gomes de Barros - 3ª Turma - j. 03/04/07 - v. u. - DJ 07/05/07, pág. 325)

> "AÇÃO REVISIONAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. AMORTIZAÇÃO. REAJUSTE PRÉVIO. CABIMENTO. RESTITUIÇÃO EM DOBRO. DÉBITO OBJETO DE DEMANDA. INVIABILIDADE. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO. VERIFICAÇÃO. SÚMULAS 5 E 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ANATOCISMO. VEDAÇÃO. SUSPENSÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE. TR. UTILIZAÇÃO. LEGALIDADE.
> I - A jurisprudência desta Corte já se pronunciou pela incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação.
> II - A prévia atualização para posterior amortização do saldo devedor não fere a comutatividade das obrigações pactuadas no ajuste.
> (...) Recurso dos autores não conhecido; provido, parcialmente, o apelo do agente financeiro."
> (STJ - RESP 756973/RS - Relator Ministro Castro Filho - 3ª Turma - j. 27/03/07 - v. u. - DJ 16/04/07, pág. 185)

Inexiste óbice, portanto, à aplicação da Taxa Referencial - TR como índice de atualização do saldo devedor do mútuo habitacional, não havendo prova da ocorrência de capitalização de juros a implicar o desequilíbrio da obrigação pactuada.

No que tange à submissão do contrato às normas do Código de Defesa do Consumidor, muito embora o Superior Tribunal de Justiça venha admitindo a sua aplicabilidade, é necessário que as irregularidades porventura praticadas estejam amparadas por provas inequívocas, sendo insuficiente a alegação genérica.

Ademais, o contrato em análise não se amolda ao conceito de contrato de adesão, considerando que a entidade financeira não atua com manifestação de vontade própria, já que não tem completa autonomia para impor as regras, devendo obedecer à legislação pertinente ao Sistema Financeiro da Habitação.

Com efeito, diante da ausência de provas quanto ao descumprimento do contrato por parte do agente financeiro; à existência de cláusulas abusivas ou à onerosidade excessiva da relação obrigacional, descabida a aplicação da Lei 8.078/90, mormente a norma inserta no artigo 53, tendo em vista que não contempla os contratos de mútuo habitacional, como é o caso dos autos.

Vale frisar que em feitos semelhantes assim posicionou-se esta Corte:

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO (ART. 557, § 1º, DO CPC). SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. LEGALIDADE. INSCRIÇÃO DOS NOMES DOS MUTUÁRIOS NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. POSSIBILIDADE.
> 1. O E. Superior Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a norma contida no Decreto Lei nº 70/66, não fere dispositivos constitucionais, não havendo que se falar em ilegalidade do procedimento de execução extrajudicial.
> 2. Quanto à suposta irregularidade da inscrição do nome do autor no cadastro de restrição de crédito, escorreita a decisão por não haver fundamento legal para impedir tal ato, diante da existência de prestações vencidas e não pagas no valor exigido pelo credor.
> 3. No tocante à aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, o E. Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a sua incidência nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação de forma mitigada e não absoluta, dependendo do caso concreto. Os argumentos postos não socorrem alegações genéricas, para o fim de amparar o pedido de revisão ou rescisão de contrato, convencionado livremente pelas partes, sem que haja a devida comprovação da existência de cláusula abusiva, ou da onerosidade excessiva do contrato, o que, *in casu*, não ocorreu.
> 4. Agravo inominado desprovido."
> (TRF3, AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 327800,

Processo nº 2008.03.00.007433-8/ SP, Órgão Julgador Quinta Turma, Relatora Juíza convocada Eliana Marcelo, Data do Julgamento 02/06/2008, Publicação DJF3 05/08/2008)

"CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL LEVADA A TERMO. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. DEVOLUÇÃO DAS PRESTAÇÕES JÁ PAGAS. ARTIGO 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: INAPLICABILIDADE.

1. Demanda que versa acerca da resolução de contrato e da conseqüente devolução de prestações já pagas por mutuário em financiamento imobiliário firmado sob a égide do Sistema Financeiro da Habitação, já extinto em razão da arrematação do bem em procedimento de execução extrajudicial.

2. O contrato em tela não se enquadra na hipótese legal, pois não se trata de contrato de alienação fiduciária, nem tampouco de um mero contrato de compra e venda.

3. É certo que há no contrato em questão uma compra e venda, em que figura como comprador o autor, mas nesse negócio a CEF não figura como vendedora. Além da compra e venda, há um contrato de mútuo especial com garantia hipotecária, no qual o autor figura como devedor e a CEF como credora.

4. A norma do artigo 53 do CDC visa evitar o enriquecimento injustificado do vendedor que comumente ocorrida quando, diante da inadimplência do comprador, retomava o imóvel, e sem nada devolver ao comprador das parcelas já pagas.

5. Não há como aplicar tal regra em desfavor do mutuante em contratos celebrado no âmbito do SFH - Sistema Financeiro da Habitação. Celebrado o contrato de compra e venda, a CEF entrega do valor financiado em mãos do vendedor do imóvel. As prestações que recebe não são a contrapartida da venda, mas sim do financiamento.

A eventual retomada do imóvel não decorre da rescisão

da compra e venda, mas sim de eventual adjudicação no procedimento de execução, judicial ou extrajudicial.
6. Apelação não provida."
(TRF3, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1323216, Processo 2006.61.11.005139-0/SP, Órgão Julgador Primeira Turma, Relator Juiz convocado Márcio Mesquita, Data do Julgamento 11/11/2008, DJF3 12/01/2009, pág. 200)

Destarte, não vislumbro a existência de qualquer vício a macular o contrato de mútuo questionado, sendo injustificado o pleito de rescisão pretendido pelos apelantes e a conseqüente devolução das parcelas pagas.

Ante o exposto, *NEGO SEGUIMENTO* à apelação, mantendo a sentença, a teor do disposto no artigo 557, *caput*, da Legislação Processual Civil.

Cumpram-se as formalidades de praxe.

Decorrido o prazo legal, dê-se baixa na distribuição e, em seguida, encaminhem-se os autos ao Juízo de origem.

P. I.

São Paulo, 12 de julho de 2010.

Juiz Federal Convocado ROBERTO LEMOS - Relator

- Sobre a aplicabilidade da Taxa Referencial - TR pela Caixa Econômica Federal - CEF como fator de atualização nos contratos de mútuo habitacional, veja também os seguintes julgados: decisão proferida na AC 2006.61.00.012409-9/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicada na RTRF3R 96/85; decisão proferida na AC 2002.61.00.025318-0/SP, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, publicada na RTRF3R 99/56 e AC 0004869-54.1999.4.03.6100/SP, Relatora Juíza Federal Convocada Monica Nobre, publicada na RTRF3R 100/299.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL
0003125-26.2001.4.03.6109
(2001.61.09.003125-2)

Parte Autora: JOSE CARLOS COLUCI
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PIRACICABA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY
Classe do Processo: REOMS 244065
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/05/2010

DECISÃO
VISTOS.

Trata-se de mandado de segurança, ajuizado em 13.07.01, em face de decisão do INSS que exige, para prosseguimento de requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de serviço, o pagamento de contribuições previdenciárias em atraso referentes às competências julho/86, agosto/86, maio/87 e julho/87 a julho/89. Requer o impetrante a concessão da aposentadoria.

Liminar parcialmente deferida para obrigar o Instituto a continuar a análise da solicitação administrativa do impetrante (fls. 97-99).

O Ministério Público Federal deixou de emitir parecer (fls. 103-108).

A sentença, prolatada em 27.06.02, julgou procedente o pedido, para determinar ao INSS a apreciar o requerimento administrativo do impetrante, independente dos recolhimentos das contribuições previdenciárias abrangidas pela decadência, concedendo-lhe o benefício caso preenchidos os requisitos legais. Foi determinado o reexame necessário (fls. 110-113).

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

Parecer do Ministério Público Federal, em segunda instância, pelo improvimento do reexame necessário, com a manutenção da r. sentença monocrática (fls. 127-129).

DECIDO.

O art. 557, *caput* e §1º-A, do CPC, com a redação dada pela Lei 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 meio de decisão monocrática, negar seguimento ao recurso ou lhe dar provimento, considerando-se o posicionamento jurisprudencial dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Essa é a hipótese vertente nestes autos.

DA SITUAÇÃO FÁTICA

O Instituto exigiu o recolhimento de contribuições em atraso referentes às competências julho/86, agosto/86, maio/87 e julho/87 a julho/89 como condição para andamento de requerimento administrativo com vistas ao recebimento de aposentadoria por tempo de contribuição (fls. 61-73).

A autoridade impetrada aduz, ainda, que as contribuições de maio/87, julho/87 a julho/89, na qualidade de empresário, não poderão ser dispensadas ante a concomitância de atividades como empregado e contribuinte individual (empresário).

DA DECADÊNCIA/PRESCRIÇÃO PARA COBRANÇA

À guisa de intróito, em WLADIMIR NOVAES MARTINEZ, verifica-se pormenorizada conceituação de contribuição social, distinguindo-a como espécie *sui generis* de exação, comparativamente com as tradicionais subdivisões doutrinárias acerca de "tributo", assim entendido como gênero, do qual consubstanciam espécies os impostos, as taxas, as contribuições (de melhoria e parafiscais).

Diz o jurista:

> "(...) A real natureza jurídica da contribuição social securitária continua desafiando a argúcia dos poucos que se interessaram. São raros os estudiosos, como poucos os tributaristas, que tenham percebido que, verdadeiramente, o Brasil experimenta um sistema exacional nacional, dentro

> do qual se inserem as contribuições sociais (arts. 149, 195, I, da Lei Maior) e os tributos, com regras próprias para cada um desses grupos de exações.
> (...)
> Em face da total necessidade de realização da receita e da propriedade, sua especificidade e natureza da previdência social, a exigência estatal é exacional, mas não necessariamente tributária, segundo tal inteligência dos especialistas em Direito Previdenciário.
> Para se ter idéia dessa particularidade, colha-se o que diz o art. 45, § 1º, do PCSS.
> Diante da contributividade da previdência social e da sua presunção de desconto (PCSS, art. 33, § 5º), o contribuinte individual não é favorecido de fato pela decadência. O INSS, com receio do *caput* do mesmo art. 45, não o cobraria além dos 5 ou 10 anos, mas se ele não recolher espontaneamente não fará jus ao benefícios (*sic*).
> (...)." (MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A Decadência da Contribuição Previdenciária e a Jurisprudência do STJ*, Revista Dialética de Direito Tributário nº 103, São Paulo, abril/2004, p. 177-179)

Vale a pena mencionar suas considerações, no sentido de, *a priori*, enfatizar as razões pelas quais, segundo entendem alguns, a contribuição social caracterizar-se-ia como tributo, para, logo após, *desconstruí-las* (DERRIDA, Jacques. "http://p.wikipedia.org/wiki/Desconstrução", quarta-feira, 06-12-2006, 16:30h.), a fim de reafirmar a natureza peculiar desse tipo de cobrança:

> "(...) Desse oceano de tinta gasto sobre a controvérsia, algumas idealizações podem ser resumidas contra a concepção não tributária:
> 1) a exação securitária seria tributária, logo, aplicar-se-ia o CTN;
> 2) a Lei nº 5.172/66 deteria nuanças de lei complementar;

3) só a lei complementar pode exigir tributos e o PCSS é lei ordinária;
4) o art. 149 está inserido no Cap. I do Título VI - Da Tributação e do Orçamento.
Primeira, ainda que as sentenças dos tribunais possam não segui-la, no ordenamento jurídico pátrio, tradicionalmente quem proclama a natureza jurídica de um instituto técnico é a doutrina, e esta não tem, consenso; na verdade, mesmo os afeiçoados à escola tributária não ousaram de sustentar que fosse tributo *strictu sensu*, tentando criar outras variantes como tributo especial, *sui generis*, paraestatal, que até agora não se consumaram.
De acordo com o art. 59 do Estatuto Político Federal, as leis são complementares (incisos II) e ordinárias (inciso III), cada uma delas assim classificadas, se atendidos os requisitos constitucionais (art. 61). Se o CTN é lei complementar (e o será em algum sentido porque, afinal, todas essas leis implementam a Lei Maior) também o PCSS o será, já que ambas esmiúçam a Carta Magna.
Quando o art. 195, § 4º, da Lei Maior, fala em 'outras fontes' e se reporta ao art. 154, I (que menciona lei complementar, por sinal, para impostos), quer dizer novas fontes de custeio, distintas daquelas previstas nos incisos I/III do seu *caput*. Só podem dizer respeito às fontes inusitadas porque as originais jaziam na lei ordinária há 65 anos. Também não seriam as contribuições sociais comuns, mas outros meios de financiamento, sendo um exemplo o da Lei Complementar nº 84/96.
Em razão da menção ao art. 154, I, elas podem ser impostos, aí perfilhados os mandamentos desse dispositivo (por exemplo, exigência de lei complementar, como quer Ives Gandra da Silva Martins (*Comentários à Constituição do Brasil*, 8º vol., São Paulo, Saraiva, 1998, pp. 52/53).
Daí o Supremo Tribunal Federal ter entendido que a Lei Complementar nº 84/96, criando novas fontes, é constitucional, sem o ser a antiga Lei nº 7.787/89 (ADIn 1.202.2/DF

de 12 de maio de 1994). Necessariamente, o art. 154, I, não cuidava de lei complementar e, sim, da não-cumulatividade, fato gerador e base de cálculo.
Por último equivoca-se quem sustenta que as contribuições securitárias estão contempladas no Capítulo I do Título VI. Na verdade, postam-se claramente no Título VIII - Da Ordem Social. O art. 149, dentro do Título VI - Da Tributação e do Orçamento, apenas preconiza a exclusividade da União para legislar, confirmando, aliás, o disposto no art. 22, XXII.
(...).” (MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Op. cit.*, p. 179-180)

Como ilação do trabalho transcrito, tem-se que a contribuição em comento é específica, porque imanente à moderna idéia de sistema de seguridade social, cuja definição, objetivos e forma de financiamento encontram-se expressos no próprio texto constitucional (arts. 194 e 195, Constituição Federal, 5/10/1988):

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:
I - universalidade da cobertura e do atendimento;
II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
V - equidade na forma de participação no custeio;
VI - diversidade da base de financiamento;
VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do

Governo nos órgãos colegiados.” (redação do inciso VII dada pela EC 20, de 15-12-1998) (g. n.)

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
a) folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
b) a receita ou o faturamento;
c) o lucro;
II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata do art. 201;
III - sobre a receita de concursos de prognósticos.
§ 1º. As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.
§ 2º. A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.
§ 3º. A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.
§ 4º. A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social,

obedecido o disposto no art. 154, I.
§ 5º. Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.
§ 6º. As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, *b*.
§ 7º. São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.
§ 8º. O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei." (g. n.)

Por outro lado, o sistema previdenciário brasileiro é eminentemente solidário e contributivo/retributivo (art. 195, § 5º, Constituição Federal). Aliás, SÉRGIO PINTO MARTINS chama atenção para o fato de ser indispensável a preexistência de custeio em relação ao benefício ou serviço a ser pago ou prestado, *ad litteram*:

"O princípio da precedência do custeio em relação ao benefício ou serviço surge com a Emenda Constitucional nº 11, de 31-3-1965, ao acrescentar o § 2º ao art. 157 da Constituição de 1946, com a seguinte redação: 'nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total'. Nota-se que o dispositivo constitucional mencionava não só benefício da previdência social, mas também serviço de caráter assistencial. Assim, mesmo na

assistência social, para a prestação de um serviço, havia necessidade da precedência do custeio.
Esse princípio passou, assim, a ser repetido nas Constituições posteriores.
(...)
O § 5º do art. 195 da Constituição apenas inseriu no bojo da Norma Ápice o conceito de seguridade social, em um sentido amplo, englobando tanto a Previdência Social como a Assistência Social, com a seguinte redação: 'nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total'. Esse dispositivo tem de ser analisado em conjunto com o art. 203 da Lei Magna, no qual se determina que na assistência social não há necessidade de contribuição por parte do segurado para obtenção de suas vantagens. Logo, não há necessidade de contribuição do segurado na assistência social, mas o custeio da assistência social, que é parte integrante da Seguridade Social, continua sendo necessário, ainda que indiretamente, feito por todos, nos termos do art. 195 da Lei Maior.
(...)
Para a criação, a majoração ou a extensão de determinado benefício ou serviço da Seguridade Social, é mister que exista previamente a correspondente fonte de custeio total, sob pena de inconstitucionalidade da lei ordinária. Em resumo: o benefício ou serviço não poderá ser criado sem que antes haja ingressado numerário no caixa da Seguridade Social. Sem receita na Seguridade Social, não poderá haver despesa, ou seja: sem custeio, não poderá haver benefício ou serviço. Em outras palavras, o caixa da Seguridade Social só pode pagar o benefício se tiver dinheiro para tanto. Assim, é preciso que antes ingresse o numerário por meio de custeio para depois sair o numerário na forma de benefício. Não é possível pagar um valor sem tê-lo em caixa, ou melhor dizendo: gastar além do que se recebe. É uma regra aplicada em qualquer comércio e

> até mesmo na economia doméstica, que deve também ser respeitada na Seguridade Social.
> (...).” (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*, 19. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p. 82-83)

A exigência de recolhimentos, inclusive, foi repetida na Lei 8.213/91, *ex vi* do seu artigo 125, que disciplina:

> “Art. 125. Nenhum benefício ou serviço da Previdência Social poderá ser criado, majorado ou estendido, sem a correspondente fonte de custeio total.”

Deflui das razões acima ser imprescindível o recolhimento de contribuição pelo segurado que pretende auferir um dado benefício ou usufruir um serviço da Previdência Social. Esse caráter contributivo, *v. g.*, de indispensabilidade de recolhimentos ao sistema, afigura-se, portanto, de complexidade bem maior que a teoria simplista de impossibilidade de arrecadação, pela autarquia federal, de um determinado valor, em face da decadência. O contribuir à Previdência apresenta, como visto, contornos de ordem constitucional (art. 195, § 5º, Constituição Federal), a par dos mandamentos contidos na normatização ordinária, de modo que descabe deixar de fazê-lo, ao argumento de se ter decorrido certo lapso temporal.

Como consequência, a fim de ver averbado tempo de serviço, deve o pretendente recolher contribuições correspondentes ao interregno laborado, afastada, na espécie, decadência e/ou prescrição.

DA NORMATIZAÇÃO DE REGÊNCIA DOS RECOLHIMENTOS

Vinha entendendo que, se era justo que a parte que pretendesse ter averbado tempo de serviço devia recolher contribuições, também o era que estes recolhimentos reger-se-iam consoante o comando legal em vigor à época em que prestado o

mister, em obediência ao axioma *tempus regit actum*.

É que a atividade exercida, isto é, o efetivo trabalho desempenhado, aperfeiçoa-se dia a dia, à medida que a parte autora cumpria sua faina periódica. Noutros dizeres, iniciado o trabalho, que, depois de determinado período, diariamente, é encerrado, há o esgotamento, em si, do ato constitutivo do direito ao seu reconhecimento.

A repetição dessa rotina ao longo do tempo evidencia o denominado vínculo laboral. Contudo, repise-se a ideia de que é cada dia de ocupação, mesmo que separadamente considerado, que se agrega a um conjunto de tempo de serviço passível de ser computado, para fins previdenciários. Como consequência, é possível concluir, em virtude da premissa em epígrafe, que a relação laborativa, como acima concebida, guarda indissociável correspondência com o conceito de ato jurídico perfeito, *i. e.*, para caracterização de cada dia de labor concorreram e foram reunidos todos elementos exigidos pela lei.

Nessa direção:

> "(...) A situação jurídica pode se desenvolver em duas fases: uma dinâmica e outra estática.
> A fase dinâmica da situação jurídica ocorre no momento de sua constituição ou de sua extinção.
> Já a fase estática corresponde ao momento no qual a situação jurídica produz efeitos. Parte-se da premissa segundo a qual a lei que impera sobre os efeitos de uma situação jurídica não pode atingir os efeitos já produzidos pela lei anterior sobre essa mesma situação (...).
> Como a lei nova não pode levar em conta os fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, deve-se discutir sobre a fase dinâmica da constituição ou extinção da situação jurídica. Se a situação decorre de um único fato, não há o que se cogitar. A lei nova é inaplicável.
> (...)
> A excepcional aplicação da lei nova somente se faz possível quando ela não vier a prejudicar o direito adquirido, o ato

> jurídico perfeito ou a coisa julgada (...).
> A lei nova não incide sobre o negócio jurídico celebrado anteriormente à sua entrada em vigor, nem alcança os seus efeitos futuros, pois o ordenamento não prevê a retroatividade mínima da lei nova, isto é, não se admite que esta venha a alcançar causa pela qual se deu o fato, no passado. Exemplo: a lei nova não atinge o contrato celebrado sob o império da lei velha, porque ele é ato jurídico perfeito.
> (...)." (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*, 3. ed., v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 180-183) (g. n.)

E o ato jurídico perfeito goza de proteção constitucional, a teor do art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna:

> "Art. 5º. 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, nos termos seguintes:
> (...)
> XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
> (...)."

Também a Lei de Introdução ao Código Civil (Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942) o resguarda (*caput* e § 1º do seu art. 6º).

Portanto, para efeito de cálculo do débito, deveriam ser observadas as normatizações em vigor por ocasião dos fatos geradores, ou seja, os exercícios das labutas propriamente ditas.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante 8 (Sessão Plenária de 12/6/2008, DJe nº 112, p. 1, em 20/6/2008; DOU de 20/6/2008, p. 1), declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91.

Em 19/12/2008, por sua vez, foi editada a Lei Complementar 128, que expressamente revogou os dispositivos em voga, passando a disciplinar a matéria, conforme seu art. 8º, que acresceu à Lei 8.212/91 o art. 45-A, *verbis*:

> "Art. 8º. A Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 45-A:
> 'Art. 45-A. O contribuinte individual que pretenda contar como tempo de contribuição, para fins de obtenção de benefício no Regime Geral de Previdência Social ou de contagem recíproca do tempo de contribuição, período de atividade remunerada alcançada pela decadência deverá indenizar o INSS.
> § 1º. O valor da indenização a que se refere o *caput* deste artigo e o § 1º do art. 55 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, corresponderá a 20% (vinte por cento):
> I - da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, reajustados, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994; ou
> II - da remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime próprio de previdência social a que estiver filiado o interessado, no caso de indenização para fins da contagem recíproca de que tratam os arts. 94 a 99 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, observados o limite máximo previsto no art. 28 e o disposto em regulamento.
> § 2º. Sobre os valores apurados na forma do § 1º deste artigo incidirão juros moratórios de 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, capitalizados anualmente, limitados ao percentual máximo de 50% (cinquenta por cento), e multa de 10% (dez por cento).
> § 3º. O disposto no § 1º deste artigo não se aplica aos casos de contribuições em atraso não alcançadas pela decadência do direito de a Previdência constituir o respectivo crédito, obedecendo-se, em relação a elas, as disposições aplicadas às empresas em geral'."

À luz do art. 462 do Código de Processo Civil, que se refere ao *jus superveniens*, penso ser o caso de se aplicar a novel legislação, de modo a solucionar o litígio. Confira-se:

> "'*Jus superveniens*. O direito vigente à época da decisão deve ser aplicado pelo juiz, ainda que posterior ao ajuizamento da ação, sempre que a lei nova não ressalve os efeitos da lei anterior (RSTJ 98/149).'
> 'As normas legais editadas após o ajuizamento da ação devem levar-se em conta para regulara situação exposta na inicial' (STJ - 3ª T., REsp 18.443-0-SP - EDcl, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 29.6.93, rejeitaram os embs., v. u., DJU 9.8.93, p. 15.228). No mesmo sentido: RTJ 123/31, RSTJ12/290, 66/273, maioria, RT 661/137, 713/156, JTJ 173/212, maioria, 174/17, JTAERGS 91/167." (NEGRÃO, Theotonio; FERREIRA GOUVÊA, José Roberto. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 40. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 565)

Assim, não há decadência/prescrição na hipótese. Os recolhimentos das contribuições em atraso devem ser feitas a título de indenização à Previdência Social, de acordo com o preceituado no art. 45-A da Lei 8.212/91 (LC 128/2008) em alusão.

Finalmente, alerte-se para a ressalva do inc. II do art. 27 da Lei 8.213/91:

> "Art. 27. Para cômputo do período de carência, serão consideradas as contribuições:
> I - referentes ao período a partir da data da filiação ao Regime Geral de Previdência Social, no caso dos segurados empregados e trabalhadores avulsos referidos nos incisos I e VI do art. 11;
> II - realizadas a contar da data do efetivo pagamento da primeira contribuição sem atraso, não sendo consideradas para este fim as contribuições recolhidas com atraso referentes a competências anteriores, no caso dos segurados

empregado doméstico, contribuinte individual, especial e facultativo, referidos, respectivamente, nos incisos II, V e VII do art. 11 e no art. 13." (Redação dada pela Lei 9.876, de 26/11/1999) (g. n.)

A propósito:

"PREVIDENCIÁRIO - AGRAVO INTERNO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - SUSPENSÃO - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO CONCESSÓRIO - CNIS - VÍNCULO EMPREGATÍCIO ANTERIOR - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DO AUTÔNOMO - CONTAGEM DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO - INDENIZAÇÃO.
(...)
II - Como o CNIS não acusa as contribuições previdenciárias do autor, na qualidade de autônomo, e tendo em vista que ele não apresentou documentos comprobatórios das mesmas, cabe aplicar a regra de apuração do valor da indenização prevista no inciso I e no § 2º do art. 45-A da Lei nº 8.212/91, a qual se aplica ao segurado contribuinte individual da Previdência Social que pretenda contar como tempo de contribuição, para fins de obtenção de benefício previdenciário, período de atividade alcançada pela decadência, sob os auspícios do *pro misero*.
III - Com a finalidade de completar o tempo mínimo necessário para a manutenção da aposentadoria em tela, e levando em consideração que o período referente a Mário M G Guimarães sucede o período relativo às contribuições devidas na qualidade de autônomo, afigura-se pertinente à inclusão do período - 21/07/84 a 29/11/84 - na apuração da indenização prevista no inciso I e no § 2º do art. 45-A da Lei nº 8.212/91.
(...)
V - Agravo interno conhecido e não provido." (TRF - 2ª R., 1ª T. Especializada, AC 381536, proc. 2004.51.01.513543-6/RJ,

Rel. Juiz Fed. Conv. Marcello Ferreira de Souza Granado, v. u., DJU 15/12/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. DECLARATÓRIA. PRELIMINAR. ATIVIDADE URBANA. MÚSICO AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL SUFICIENTE PARA COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL EM PARTE DO PERÍODO. TERMOS INICIAL E FINAL DO PRIMEIRO E SEGUNDO PERÍODOS ALTERADOS. NECESSIDADE DE INDENIZAÇÃO DO INSS PARA CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO URBANO DO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. HONORÁRIA.
(...)
II - Reconhecimento de trabalho urbano, no RGPS, do período 05 de janeiro de 1971 a 02 de janeiro de 1984, em que o autor exerceu a atividade de músico autônomo, com a expedição da respectiva certidão. (...)
VII - Do conjunto probatório extrai-se que o autor efetivamente trabalhou como músico autônomo, nos períodos de 17.03.1971 a 31.10.1974 e de 01.07.1976 a 25.08.1981.
VIII - O trabalhador autônomo, hoje contribuinte individual, no tocante à indenização, deve observar o disposto no art. 45-A, da Lei 8.212/91.
IX - A teor da dicção do art. 27, II, da Lei nº 8.213/91, no caso do contribuinte individual não serão consideradas, no cômputo de período de carência para obtenção de benefício previdenciário, as contribuições recolhidas com atraso, referentes a competências anteriores.
(...)
XII - Apelação do INSS parcialmente provida." (TRF - 3ª R., 8ª T., AC 701392, proc. 2001.03.99.027865-9, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, maioria, DJF3 CJ2 7/7/2009, p. 632)

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO.

ATIVIDADE URBANA E RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. EXTINÇÃO DO FEITO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. DECADÊNCIA/PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRAR AS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS AFASTADA. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES A DESTEMPO. EMPRESÁRIO. BASE DE CÁLCULO. INCIDÊNCIA DE JUROS E MULTA. ART. 45-A DA LEI Nº 8.212/91. ART. 8º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 128/2008. ATIVIDADE ESPECIAL. CONVERSÃO. LEI Nº 9.711/98. DECRETO Nº 3.048/99. HABITUALIDADE E PERMANÊNCIA.

1. Interposta a remessa oficial.

2. É devida a aposentadoria por tempo de serviço se comprovada a carência e o tempo de serviço exigidos pela legislação previdenciária.

3. O tempo de atividade urbana, assim como o de serviço rural, pode ser comprovado mediante a produção de prova material suficiente, ainda que inicial, complementada por prova testemunhal idônea.

4. Nos casos em que o autor não traz aos autos início de prova material, o feito deve ser extinto sem julgamento de mérito, possibilitada, desse modo, a propositura de nova demanda para comprovação do labor urbano pretendido.

5. A natureza indenizatória das contribuições previdenciárias exigidas pela Autarquia aos contribuintes individuais (autônomos e empresários) afasta o seu enquadramento como tributo, de modo que não se há de falar em decadência e prescrição.

6. De acordo com a atual interpretação do STJ, os contribuintes individuais somente devem recolher suas contribuições atrasadas com juros e multa a partir de outubro de 1996, quando da inserção do § 4º no art. 45 da Lei nº 8.212/91. Com a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, em 20-06-2008, da súmula vinculante de nº 08, reconhecendo a inconstitucionalidade ‘do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46

da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário', não havia legislação a regular a questão, de modo que, em princípio, os juros e a multa não seriam devidos. Entretanto, declarado inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, e diante da ausência de outra norma dispondo acerca da forma de apuração da base de cálculo das contribuições previdenciárias devidas, deveriam estas ser calculadas com base na legislação da época da prestação laboral pois a parte autora era segurado obrigatório da previdência social à época em que exerceu a atividade cujo tempo agora quer seja computado pela autarquia.

7. Ocorre que o art. 8º da LC 128, de 19-12-2008, acresceu o art. 45-A à Lei 8.212/91, *verbis*: 'Art. 45-A. O contribuinte individual que pretenda contar como tempo de contribuição, para fins de obtenção de benefício no Regime Geral de Previdência Social ou de contagem recíproca do tempo de contribuição, período de atividade remunerada alcançada pela decadência deverá indenizar o INSS. § 1º. O valor da indenização a que se refere o *caput* deste artigo e o § 1º do art. 55 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, corresponderá a 20% (vinte por cento): I - da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, reajustados, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994; ou II - da remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime próprio de previdência social a que estiver filiado o interessado, no caso de indenização para fins da contagem recíproca de que tratam os arts. 94 a 99 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, observados o limite máximo previsto no art. 28 e o disposto em regulamento. § 2º. Sobre os valores apurados na forma do § 1º deste artigo incidirão juros moratórios de 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, capitalizados anualmente, limitados ao percentual máximo de 50% (cinqüenta por cento), e multa de 10% (dez por cento). § 3º.

O disposto no § 1º deste artigo não se aplica aos casos de contribuições em atraso não alcançadas pela decadência do direito de a Previdência constituir o respectivo crédito, obedecendo-se, em relação a elas, as disposições aplicadas às empresas em geral.' No caso concreto, como a decadência, aludida no § 3º suso, é de natureza tributária, tem-se que a pretensão da parte autora, de contagem do tempo de empresário de 15-08-1974 a 14-08-1976, resta toda subsumida ao disposto no art. 45-A da Lei 8.212/91, acrescido pelo art. 8º da Lei Complementar 128/2008. Sinalo, de outro giro, que não há possibilidade de a parte autora pretender recolher a contribuição com base nos valores e consectários da época em que deixaram de ser pagos porque o *caput* do art. 45-A suso se aplica a duas situações: a) ao contribuinte individual (antigo autônomo e/ou empresário), situação em que se enquadra a parte autora; e b) àqueles aos quais o exercício da atividade não determinava filiação obrigatória, o que não é o caso da parte autora.
(...)
12. Reconhecido o exercício de atividades como empresário durante o intervalo de 15-08-1974 a 14-08-1976, fica o seu cômputo condicionado ao recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias." (TRF - 4ª R., T. Suplementar, APELREEX 2001.70.01.001825-1/PR, Rel. Juiz Fed. Conv. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, v. u., D.E. 26/10/2009)

"PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADES URBANAS. DENTISTA AUTÔNOMO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE INDIVIDUAL (AUTÔNOMO) E RESPECTIVO CÔMPUTO PARA FINS DE APOSENTADORIA INDEPENDENTEMENTE DO RECOLHIMENTO TEMPESTIVO DE CONTRIBUIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADES ESPECIAIS.

CONVERSÃO. LEI Nº 9.711/98. BASE DE CÁLCULO. INCIDÊNCIA DE JUROS E MULTA. ART. 45-A DA LEI Nº 8.212/91. ART. 8º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 128/2008.
1. Tratando-se de comprovação de tempo de serviço, é indispensável a existência de um início razoável de prova material da atividade urbana, contemporânea à época dos fatos, corroborada por prova testemunhal idônea e consistente. Inteligência do artigo 55, parágrafos 1º e 3º, da Lei nº 8.213, de 24-07-1991.
2. Na sistemática da Lei nº 8.213/91, aos segurados empregados, avulsos e empregados domésticos - em que a obrigação do recolhimento e pagamento das contribuições previdenciárias é do empregador - é possível a concessão de benefício ainda que haja débito relativamente a contribuições; outra é a situação dos contribuintes individuais (obrigatórios e/ou facultativos), em que é sua a obrigação de verter aos cofres previdenciários as respectivas contribuições. Mais do que isso, tal recolhimento é condição para o reconhecimento de vínculo previdenciário e, sendo assim, não é possível reconhecer tempo de serviço como autônomo condicionado a posterior recolhimento e/ou a desconto no próprio benefício a ser, em tese, concedido; não fosse assim, 'seria possível a concessão de benefício pelo mero exercício da atividade como contribuinte individual, sem qualquer recolhimento'.
(...)
6. De acordo com a atual interpretação do STJ, os contribuintes individuais somente devem recolher suas contribuições atrasadas com juros e multa a partir de outubro de 1996, quando da inserção do § 4º no art. 45 da Lei nº 8.212/91. Com a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, em 20-06-2008, da súmula vinculante de nº 08, reconhecendo a inconstitucionalidade 'do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário', não havia legislação a regular a questão, de modo que, em princípio, os juros e a multa não seriam

devidos. Entretanto, declarado inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, e diante da ausência de outra norma dispondo acerca da forma de apuração da base de cálculo das contribuições previdenciárias devidas, deveriam estas ser calculadas com base na legislação da época da prestação laboral pois a parte autora era segurado obrigatório da previdência social à época em que exerceu a atividade cujo tempo agora quer seja computado pela autarquia.

7. Ocorre que o art. 8º da LC 128, de 19-12-2008, acresceu o art. 45-A à Lei 8.212/91, *verbis*: 'Art. 45-A. O contribuinte individual que pretenda contar como tempo de contribuição, para fins de obtenção de benefício no Regime Geral de Previdência Social ou de contagem recíproca do tempo de contribuição, período de atividade remunerada alcançada pela decadência deverá indenizar o INSS. § 1º. O valor da indenização a que se refere o *caput* deste artigo e o § 1º do art. 55 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, corresponderá a 20% (vinte por cento): I - da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, reajustados, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994; ou II - da remuneração sobre a qual incidem as contribuições para o regime próprio de previdência social a que estiver filiado o interessado, no caso de indenização para fins da contagem recíproca de que tratam os arts. 94 a 99 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, observados o limite máximo previsto no art. 28 e o disposto em regulamento. § 2º. Sobre os valores apurados na forma do § 1º deste artigo incidirão juros moratórios de 0,5% (cinco décimos por cento) ao mês, capitalizados anualmente, limitados ao percentual máximo de 50% (cinqüenta por cento), e multa de 10% (dez por cento). § 3º. O disposto no § 1º deste artigo não se aplica aos casos de contribuições em atraso não alcançadas pela decadência do direito de a Previdência constituir o respectivo crédito, obedecendo-se, em relação a elas, as disposições aplicadas às empresas em geral.' No caso concreto, como a

decadência, aludida no § 3º suso, é de natureza tributária, tem-se que a pretensão da parte autora, de contagem do tempo de autônomo de 06-03-1968 a 31-10-1975, resta toda subsumida ao disposto no art. 45-A da Lei 8.212/91, acrescido pelo art. 8º da Lei Complementar 128/2008. Sinalo, de outro giro, que não há possibilidade de a parte autora pretender recolher a contribuição com base nos valores e consectários da época em que deixaram de ser pagos porque o *caput* do art. 45-A suso se aplica a duas situações: a) ao contribuinte individual (antigo autônomo e/ou empresário), situação em que se enquadra a parte autora; e b) àqueles aos quais o exercício da atividade não determinava filiação obrigatória, o que não é o caso da parte autora. 8. Apelações e remessa oficial desprovidas." (TRF - 4ª R., 5ª T., AC 2005.70.13.000577-0/PR, Rel. Des. Fed. Alcides Vettorazzi, v. u., D.E. 17/8/2009)

DA ATIVIDADE SIMULTÂNEA COMO EMPREGADO E EMPRESÁRIO (competências maio/87 e julho/87 a julho/89)

Assevera o Instituto que "(...) as competências 05/87 e 07/87 a 07/89 não poderão ser dispensadas por haver *concomitância* com a atividade de empregado, eis que não há como dissociar-se uma atividade da outra em relação à contagem de tempo de serviço/contribuição, obrigando-o assim, ao pagamento total do período de empresário, além do que a remuneração, na condição de empregado, não atingiu limite máximo do salário de contribuição, conforme disposto no artigo 215 do mesmo decreto (...)" (fls. 86).

Como exposto, no que concerne ao tempo laborado, como empresário, o sistema previdenciário brasileiro é eminentemente solidário e contributivo/retributivo, sendo indispensável a preexistência de custeio do benefício a ser pago, não sendo possível, *in casu*, abster-se a parte autora do ato de recolher as contribuições devidas.

Contudo, na hipótese vertente, observados o efetivo desempenho de labor como empregado e a obrigatoriedade da

empresa de arrecadar e recolher as contribuições previdenciárias (art. 30 da Lei 8.212/91), não há dúvida de que o período controverso deve ser computado para fins de aposentadoria por tempo de contribuição. Da mesma forma, considerando o caráter indenizatório dos recolhimentos em atraso, afastada eventual alegação de prescrição/decadência, tem direito o INSS ao recebimento das contribuições em atraso, como empresário, na forma prevista no art. 45-A da Lei 8.212/91.

Desta feita, o pagamento dos recolhimentos em atraso, como empresário, refletiria, apenas, no valor do salário de contribuição do impetrante, já que o período laborado como empregado deve ser computado para fins de concessão de aposentadoria por tempo.

DO DISPOSITIVO

Isso posto, com fundamento no art. 557, *caput* e/ou § 1º-A, do CPC, *DOU PARCIAL PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO*, para declarar o direito do INSS ao recebimento das contribuições em atraso, na forma prevista no art. 45-A da Lei 8.212/91, relativas ao período laborado como empresário, nos termos acima expostos. Mantida, no mais, a r. sentença.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos à primeira instância.

Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 07 de abril de 2010.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

- Sobre a inocorrência de decadência e prescrição quanto à cobrança de contribuições previdenciárias devidas por segurados empresários, veja também os seguintes julgados: decisão proferida no Ag 2003.03.00.028963-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, publicada na RTRF3R 69/68; decisão proferida no Ag 2006.03.00.003771-0/SP, Relator Desembargador Federal Santos Neves, publicada na RTRF3R 78/198 e decisão proferida nos EDcl AMS 0046915-92.1998.4.03.6100/SP, Relator Juiz Federal Carlos Francisco, publicada nesta edição, RTRF3R 102/60.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
0004387-95.2007.4.03.6110
(2007.61.10.004387-9)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA
Recorridos: RAIMUNDO JOSÉ DOS SANTOS NETO E EMÍDIO ALMEIDA JUNIOR
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RICARDO CHINA
Classe do Processo: RSE 5662
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/07/2010

DECISÃO

Consta da denúncia (rejeitada em 18/02/2009 - fls. 99/106) que *RAIMUNDO JOSÉ DOS SANTOS* e *EMÍDIO DE ALMEIDA JUNIOR*, no dia 25 de agosto de 2005, foram surpreendidos por policiais civis lotados em Sorocaba - SP no Grupo Armado de Repressão a Roubos e Assaltos - GARRA, na Rodovia Castelo Branco, altura do Km 46, Município de Araçariguama/SP, dando entrada em solo brasileiro com mercadorias estrangeiras importadas do Paraguai, constituídas em rádios e aparelhos eletrônicos entre outros, avaliados em R$ 8.791,00 (oito mil e setecentos e noventa e um reais), sem a documentação comprobatória de sua regular importação, bem como qualquer documento comprobatório do pagamento dos tributos incidentes na importação. O valor aduaneiro das mercadorias e dos tributos incidentes foi estimado em R$ 3.891,52 (três mil, oitocentos e noventa e um reais e cinquenta e dois centavos), valor inferior à R$ 10.000,00 (dez mil reais). Desta maneira, *RAIMUNDO JOSÉ DOS SANTOS* e *EMÍDIO DE ALMEIDA JUNIOR*, foram denunciados pela prática do crime previsto no art. 334 , *caput*, do Código Penal.

O Juízo de origem proferiu sentença rejeitando a denúncia, baseando-se na evolução do entendimento jurisprudencial sobre os parâmetros aplicados para avaliar a aplicação do Princípio da Insignificância, tendo em vista que os valores dos tributos suprimidos não superavam o valor de R$ 10.00,00 (dez mil reais), previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/02 (fls. 55/62).

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs o presente *Recurso em Sentido Estrito*, aduzindo que é necessária a aferição de requisitos subjetivos para a aplicação do Princípio da Insignificância, bem como por entender que ao abraçar o mínimo de R$ 10.000,00 para afastar a imputabilidade, tal tese causaria um provável aumento descontrolado de importações ilegais e das pessoas introduzidas à essa atividade criminosa e, por isso mesmo, pugna pela reforma da sentença e pelo recebimento da denúncia.

Sem retratação, o Magistrado intimou a parte ré para contrarrazões, apresentadas nas fls. 122/128, batendo-se pela manutenção da decisão recorrida.

A i. representante da Procuradoria Regional da República, Dra. Ana Lúcia Amaral, opina pelo provimento do recurso (fls. 132/136).

A Delegacia da Receita Federal de Sorocaba-SP estimou o valor dos tributos não recolhidos (fs. 143/144).

É o relatório. Passo a decidir.

De plano, é importante destacar que já de longa data o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a verificação de eventual insignificância penal de condutas que, em tese, se amoldariam à descrição abstrata de alguma norma repressiva, é questão a ser aferida sem a interferência de razões ligadas à pessoa do investigado. Assim, eventuais antecedentes ou mesmo a reincidência do agente em nada interferem na questão, como já decidido, por exemplo, no julgamento assim ementado:

> "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." (STF, RE 536.486/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJE 18.09.08, pág. 177)

Outrossim, no corpo do voto, sua Excelência a Ministra Relatora vez averbar a seguinte assertiva: "a configuração da conduta como insignificante não abarca considerações de ordem subjetiva, não podendo ser considerados aspectos subjetivos

relacionados, pois, à pessoa do recorrente".

O Recurso em Sentido Estrito deve ser desprovido, pois no presente caso é aplicável o Princípio da Insignificância.

O Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal (fls. 10/11) atestou a origem e procedência estrangeira das mercadorias, avaliadas em R$ 8.791,00 (oito mil setecentos e noventa e um reais) (fs. 10/11). Informação complementar da Procuradoria Regional da República demonstra que estimado o valor que deixou de recolhido aos cofres públicos a título de tributo importou em R$ 3.891,52 (três mil, oitocentos e noventa e um reais e cinquenta e dois centavos), longe de superar a R$ 10.000,00 (dez mil reais) dada as características das mercadorias apreendidas.

Não se concebe que seja o sistema penal acionado quando outros ramos do direito, que lidam com as repercussões de menor estatura desta mesma conduta, a consideram de menor importância, a ponto de a elas emprestar repercussão nenhuma.

Dizendo por outro giro, não se deve distanciar o Direito Penal dos outros segmentos do direito, sob pena de mantê-lo afastado da própria razão de sua atuação, mormente em face da atual complexidade das relações sociais.

Quando os demais ramos do Direito deixam de realizar sua atuação concreta, em razão da idéia de violação *ínfima* do bem jurídico tutelado, sem qualquer sanção correspondente; também a sanção penal poderá deixar de ser aplicada, até mesmo em nome do princípio da eficiência, tratado no art. 37, *caput*, de nossa Constituição Federal.

Verifica-se esta conduta, tratada pelo legislador ordinário, quando estipula-se valores específicos para o ajuizamento de ação fiscal, em razão das enormes despesas verificadas por recursos materiais e humanos, a movimentar toda a máquina judiciária.

No caso do delito do delito em questão, o artigo 20 da Lei 10.522/02, com a alteração trazida pela Lei 11.033/04 dispõe:

> "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).”

Nesse sentido é nossa melhor jurisprudência:

“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).

“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).

"*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).

Em novel decisão a TERCEIRA SEÇÃO, formada pelas 1ª e 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça apreciando RECURSO ESPECIAL REPETITIVO, houve por bem pacificar definitivamente o limite de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para aplicação do princípio da insignificância em crime de descaminho, cuja ementa está assim redigida:

> "RECURSO ESPECIAL *REPETITIVO* REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 105, III, 'A' E 'C' DA CF/88. PENAL. ART. 334, § 1º, ALINEAS 'C' E 'D', DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.
> 1 - 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.
> 2 - Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (*vide* EREsp 966.077/GO, 3ª Seção, Relatora Min. Laurita Vaz, Dje de 20.08.09) 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.
> Recurso especial desprovido."
> (REsp 1.112.748/TO 2009/0056632-6 Relator Ministro FELIX FISCHER, Data do Julgamento 09/09/2009) (g. n.)

No caso em questão, o valor das mercadorias apreendidas totaliza R$ 8.791,00 (oito mil setecentos e noventa e um reais). Evidencia-se nesta circunstância, pelas características das mercadorias e seu valor estimado que o valor que deixou de ser recolhido aos cofres públicos de R$ 3.891,52 (três mil, oitocentos e noventa e um reais e cinquenta e dois centavos) a título de tributo, não supera a R$ 10.000,00 (dez mil reais), sendo cabível,

pelos argumentos acima expostos, a aplicação do Princípio da Insignificância, uma vez que os tributos iludidos não ultrapassam o montante de R$ 10.000,00 (dez mil reais), adotado como parâmetro para sua incidência para esta espécie de delito.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso em sentido estrito.

Transcorrido o prazo legal, baixem os autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 12 de julho de 2010.

Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA - Relator

- Sobre a aplicabilidade do princípio da insignificância aos delitos de descaminho, considerando o teor da Lei nº 10.522/2002, veja também a decisão proferida no REsp RSE 2004.61.06.004199-2/SP, Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 94/22.

APELAÇÃO CÍVEL
0053753-42.2008.4.03.9999
(2008.03.99.053753-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: GEORGINA PEDROSO DE SOUZA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE DIADEMA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA
Classe do Processo: AC 1368989
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/07/2010

TERMO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO

Em face da manifestação da autora, concordando com a proposta de conciliação (fls. 121 a 123), homologo o acordo, para que se produzam os regulares efeitos de direito.

Fundamentado no art. 269, II, do Código de Processo Civil Brasileiro, declaro extinto o processo, com julgamento do mérito, pelo que determino que o INSS conceda o benefício de aposentadoria por invalidez, com data do início do benefício (DIB) em 25/6/2008 e data do início do pagamento (DIP) em 1º/5/2010, sendo cessado o amparo social ao idoso nº 535.744.588-1, com a compensação dos valores já pagos, por serem inacumuláveis, bem como pague as parcelas vencidas, no valor de R$ 5.010,24, mediante requisição pelo juízo de origem, em consonância com o instrumento de acordo e com os cálculos apresentados.

Encaminhem-se os autos ao setor do INSS, incumbido de atuar no programa de conciliação, para que promova a implementação imediata do benefício.

Após, observadas as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado desta decisão e restituam-se os autos ao juízo de origem.

Dê-se ciência.

São Paulo, 30 de junho de 2010.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Coordenador

CONFLITO DE COMPETÊNCIA 0038725-24.2009.4.03.0000 (2009.03.00.038725-4)

Parte Autora: RUDINEI LUIZ LUPINO
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Suscitado: JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE BOTUCATU - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MÁRCIA HOFFMANN
Classe do Processo: CC 11743
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/07/2010

DECISÃO

Conflito negativo de competência, suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Jaú/SP em face do Juizado Especial Federal Cível de Botucatu/SP, nos autos da demanda previdenciária de registro nº 2007.63.07.004000-0, em que Rudinei Luiz Lupino busca a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

Decisão proferida em 18 de agosto de 2009 no âmbito do JEF de Botucatu, *in verbis* (fl. 18):

> "Em petição anexada aos autos em 16/02/2009 o autor declarou expressamente *não renunciar* a valor que excedia a alçada de competência deste JEF, requerendo o envio do feito a Justiça Federal de Jaú S.P.
> Este Juízo acatou a manifestação de vontade da parte e, a homologou em decisão proferida na data de 29/07/2009.
> No entanto em petição anexada aos autos em 30/07/2009 o autor requer a retratação de sua manifestação anterior, para que o feito siga seu tramite neste Juizado, renunciando, agora ao montante excedente.
> Indefiro. A prestação jurisdicional já foi encerrada nesta instância. Mantenho, pois, para todos os efeitos a decisão nº 6307006006/2009.
> Remetam-se os autos à Justiça Federal de Jaú S.P.
> Ficam as partes cientes de que qualquer inconformismo quanto ao decisório deverá, doravante, ser manifestado na via recursal própria, ou seja, perante as Turmas Recursais

da Terceira Região, sob pena de imposição das sanções pertinentes (CPC, artigo 17, inciso VII, e 18).
Int."

Encaminhado o feito ao Juízo Federal de Jaú, foi suscitado o conflito nos termos abaixo (fls. 19/20):

"A própria natureza dos juizados especiais federais sofreria irretorquível abalo, se mantida a decisão proferida.
Insofismavelmente, proceder a remessa dos autos à contadoria do órgão para perquirir se ultrapassado o valor de alçada daquele órgão é, para dizer o mínimo, burocratizar o procedimento, em franco descompasso com os altivos objetivos dele. Tem-se a impressão de buscar filigranas obstativas do direito da parte a postular naqueles juízos, fazendo do 'iter' simplificado quase letra morta...
Ultrapassadas as questões fáticas, enfoquemos a lei.
Transcrevo o artigo 3º da Lei 10.259/01:
'Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.
§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, *caput*.'
Porém, no presente caso, embora tenha a contadoria do JEF elaborado cálculos e apresentado valor de futura e possível condenação superior a 60 (sessenta) salários mínimos, abstraindo o valor atribuído à causa, *a parte autora, após análise dos cálculos refeitos (f. 173/176), renunciou expressamente o valor excedente* (f. 178), retratando-se da manifestação anterior encartada à f. 167, ancorada nos primeiros cálculos elaborados à f. 144.
A própria Lei 10.249/01 prevê no artigo 17, § 4º 'Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido no § 1º, o

pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, *sendo facultado à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente*, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista'.

Se, já no início do processo, os autos foram remetidos à contadoria judicial, para apurar 'eventual e futuro valor da condenação', constatado montante superior àquele permitido para fixar a competência do JEF, também é lícito à parte requerente, *desde já*, renunciar validamente ao montante excedente a 60 salários mínimos, para manter a competência do Juizado, porque amparada em lei.

A decisão judicial proferida às f. 182 não tem o condão de suplantar a manifestação de vontade da parte requerente (f. 178) em consonância com a própria decisão proferida às f. 158/159.

Prestigiando a manifestação de vontade da parte autora, decidiu, recentemente, o E. Superior Tribunal de Justiça:

'PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL COMUM E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL CUMULADA COM REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. CONSIDERAÇÃO DO VALOR DA CAUSA PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA. RENÚNCIA EXPLÍCITA AO VALOR QUE EXCEDER SESSENTA SALÁRIOS-MÍNIMOS. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.

1. O art. 3º, *caput*, da Lei nº 10.259/2001 é explícito ao definir a competência dos juizados especiais federais para toda demanda cujo valor da ação não ultrapasse 60 (sessenta) salários-mínimos.

2. De acordo com § 2º do dispositivo mencionado, quando a demanda tratar de prestações vincendas, o valor de doze prestações não poderá ser superior ao limite fixado no *caput*.

3. Por sua vez, o § 3º do mesmo artigo determina que a competência dos juizados especiais federais é absoluta onde estiver instalado.

4. Se o autor da ação renunciou expressamente o que excede a sessenta salários, competente o Juizado Especial Federal para o feito.
5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara do Juizado Especial Federal do Rio de Janeiro, ora suscitante, para julgar a ação.'
(CC 86398/RJ, Rel.(a) Maria Thereza e Assis Moura, Terceira Seção, DJ 22/02/2008)
Isso posto, adido ao que dos autos consta, suscito conflito negativo de competência, a teor do prescrito no artigo 116 e seguintes, do Código de Processo Civil, a ser dirimido pelo *Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região*.
Oficie-se, instruindo-se com cópias das principais peças dos autos.
Intimem-se e aguarde-se o pronunciamento daquela Corte."

Encartada, às fls. 33/34, cópia da decisão inicialmente proferida pelo juízo suscitado, de seguinte teor:

"*Deixo de conceder a antecipação dos efeitos da tutela*, uma vez que o autor não está desprovido de meios para sua mantença. Não há, pois, perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, porquanto, caso seja confirmada a sentença, ele receberá todos os atrasados, devidamente atualizados e acrescidos de juros de mora.
Ademais, o autor não estará amparado pelas disposições da Lei 10.741/2003.
O processo já está totalmente instruído, do que se conclui que não haverá demora na sua apreciação pelo Juízo competente.
Não tendo havido renúncia do autor ao montante que excedia 60 salários mínimos, determino, com fundamento no que dispõe o artigo 12, § 2º da Lei nº 11.419, de 19-12-2006, que a Secretaria deste Juizado imprima os documentos constantes deste processo virtual, para remessa ao Juízo competente, procedendo na forma do § 3º do mesmo dispositivo.

Após, atenda-se ao requerimento do autor e remeta-se tudo Justiça Federal de Jaú S.P., com as nossas homenagens.
Em seguida, dê-se baixa nos autos virtuais.
Intimem-se.
Botucatu, data supra."

O Ministério Público Federal, às fls. 36/38, opinou "pela improcedência do presente conflito, a fim de que seja declarada a competência do d. Juízo da 1ª Vara da Justiça Federal na Subseção Judiciária em Jaú/SP, para processar e julgar a ação que desencadeou o presente conflito".

Relatei e decido, com base no parágrafo único do artigo 120 do Código de Processo Civil, segundo o qual "havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência".

Assevere-se, inicialmente, a teor do decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento, em 26.8.2009, do Recurso Extraordinário 590.409/RJ, que a competência para apreciar dissídios originados de juizados e turmas recursais federais é do Tribunal Regional correspondente.

No que se refere à matéria de fundo, centra-se a questão em saber, levando-se em conta o valor conferido à causa em epígrafe e renúncia constatada no bojo da demanda, se a competência para o julgamento do feito é do juizado especial federal instalado no foro mais próximo do domicílio do autor ou do juízo federal comum da respectiva localidade.

A Lei nº 10.259/2001 estabelece, em seu art. 3º, que é competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis "processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças".

No presente caso, o MM. Juízo Federal do Juizado Especial Federal Cível de Botucatu/SP declinou da competência sob o fundamento de que a soma das doze parcelas vincendas com as parcelas vencidas até o ajuizamento da demanda, considerando o salário mínimo vigente à época, excede o limite de sessenta salários mínimos.

O Juízo Federal, por sua vez, suscitou o presente incidente, por entender que a renúncia do autor aos valores que excedessem a alçada do Juizado Federal impunha reconhecer a competência do Juizado Especial Federal.

Entendo que a solução deste incidente exige a aplicação das disposições contidas no artigo 3º da Lei nº 10.259/2001.

Segundo o *caput* do mencionado artigo, os Juizados Especiais Federais têm competência definida pelo valor da causa, ou seja, sua alçada está limitada às causas cujos valores não excedam sessenta salários-mínimos.

Versando sobre a matéria em análise, confiram-se os seguintes precedentes, *in verbis*:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUIZ FEDERAL DE JUIZADO ESPECIAL E JUIZ FEDERAL DE JUIZADO COMUM. COMPETÊNCIA DO STJ PARA APRECIAR O CONFLITO. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COMPETÊNCIA. CRITÉRIOS. NATUREZA. VALOR DA CAUSA SUPERIOR A SESSENTA SALÁRIOS-MÍNIMOS. COMPETÊNCIA DO JUIZADO FEDERAL COMUM, E NÃO DO ESPECIAL. (...)
> 4. A Lei 10.259/01, que instituiu os Juizados Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, estabeleceu que a competência desses Juizados tem natureza absoluta e que, em matéria cível, obedece como regra geral a do valor da causa: são da sua competência as causas com valor de até sessenta salários mínimos (art. 3º). É o caso dos autos.
> 5. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, o suscitante."
> (CC 58.796/BA, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, DJ 4/9/2006)

> "CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO COMO LITISCONSORTE PASSIVO NO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.

POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DEFINIDA PELO VALOR DA CAUSA. ARTS. 3º E 6º DA LEI Nº 10.259/2001.
(...)
- A competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis está contida numa competência mais ampla, que é a competência da Justiça Federal.
- O legislador norteou a competência do Juizado Especial Federal Cível tendo como escopo os 'processos de menor expressão econômica'. Por conseqüência, o critério da expressão econômica da lide prepondera sobre a natureza das pessoas no pólo passivo na definição da competência do Juizado Especial Federal Cível.
- A regra de atração da competência para a Justiça Federal se aplica, *mutatis mutandis*, aos Juizados Especiais Federais Cíveis, razão pela qual: (i) se no pólo passivo da demanda a União, autarquias, fundações e/ou empresas públicas federais estiverem presentes; (ii) se o valor dado à causa for de até sessenta salários mínimos; e (iii) se a causa não for uma daquelas expressamente elencadas nos incisos do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 10.259/2001, a competência é do Juizado Especial Federal Cível, independentemente da existência de pessoa jurídica de direito privado como litisconsorte passivo dos entes referidos no art. 6º da Lei nº 10.259/2001.
(...)
Conflito conhecido, declarando-se competente o juízo suscitante."
(CC 73.000/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Segunda Seção, DJ 3/9/2007)

No caso presente, tem-se que o autor renunciou, expressamente, a valores excedentes a sessenta salários mínimos (fl. 178 da ação subjacente, conforme fl. 17 do presente incidente).

Nesse sentido, reporto-me aos precedentes adiante mencionados:

"Cuida-se de conflito negativo de competência entre o Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia e o Juízo Federal da 15ª Vara do Juizado Especial Cível da Seção Judiciária do Estado da Bahia, em ação previdenciária proposta perante o Juizado Especial. (...) Para que a demanda possa ser processada e julgada no Juizado Especial Federal Cível, o valor da causa não deve exceder o valor de sessenta salários mínimos. Caso exceda, deverá ser processada e julgada no rito comum ordinário. *In casu*, entretanto, a parte autora, quando da propositura da ação, expressamente renunciou, em sua inicial, aos valores excedentes a sessenta salários mínimos, a fim de possibilitar a tramitação do feito no Juizado Especial (fl. 26). Da mesma forma, pedindo reconsideração da decisão declinatória, ratificou sua renúncia aos créditos excedentes (fls. 34/35). Em razão disso, restou inalterada a competência do Juizado Especial."
(CC 88.589/BA, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, decisão monocrática, DJ 5/9/2007)

"Gilberto das Neves Conceição propôs ação revisional de cálculo de benefício contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, no Juizado Especial Federal Cível da Bahia, que declarou a incompetência absoluta do Juízo e determinou a redistribuição dos autos a uma das varas cíveis daquela Seção Judiciária, tendo em vista que 'o valor das parcelas em atraso, conforme planilha apresentada pelo INSS, extrapola a competência absoluta do Juizado Especial Federal, a teor do art. 3º, *caput*, da Lei 10.259/2001'. O Juiz Substituto da 4ª Vara Federal da Bahia, por seu turno, suscitou o presente conflito de competência pois, 'intimada a parte autora a se manifestar (fl. 21), a mesma renunciou ao valor do seu crédito que excedesse ao correspondente a 60 salários mínimos (fl. 22), requerendo, ainda, a expedição de Requisição de Pequeno Valor - RPV (fl. 23)'. (...) Em casos como o dos autos, a jurisprudência

do Superior Tribunal diz que a competência para processar e julgar o feito é do Juizado Especial Federal comum. (...) Diante do exposto, com base no art. 120, parágrafo único, do Cód. de Pr. Civil, conheço do conflito e declaro competente o Juízo Federal do Juizado Especial Cível da 15ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, o suscitado."
(CC 79.750/BA, Rel. Min. NILSON NAVES, decisão monocrática, DJ 1/3/07)

"PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL COMUM E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. PREVIDENCIÁRIO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL CUMULADA COM REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. CONSIDERAÇÃO DO VALOR DA CAUSA PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA. RENÚNCIA EXPLÍCITA AO VALOR QUE EXCEDER SESSENTA SALÁRIOS-MÍNIMOS. PRECEDENTES. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL.
1. O art. 3º, *caput*, da Lei nº 10.259/2001 é explícito ao definir a competência dos juizados especiais federais para toda demanda cujo valor da ação não ultrapasse 60 (sessenta) salários-mínimos. 2. De acordo com § 2º do dispositivo mencionado, quando a demanda tratar de prestações vincendas, o valor de doze prestações não poderá ser superior ao limite fixado no *caput*. 3. Por sua vez, o § 3º do mesmo artigo determina que a competência dos juizados especiais federais é absoluta onde estiver instalado. 4. Se o autor da ação renunciou expressamente o que excede a sessenta salários, competente o Juizado Especial Federal para o feito. 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 7ª Vara do Juizado Especial Federal do Rio de Janeiro, ora suscitante, para julgar a ação."
(CC 86398/RJ, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ 22/02/2008)

Com essas considerações, existindo renúncia expressa do

demandante quanto aos valores que excederem o importe de sessenta salários mínimos, a competência para julgar a demanda em tela é do MM. Juízo Federal do Juizado Especial Federal Cível de Botucatu/SP, ora suscitado.

No mesmo sentido: Conflito de Competência 2009.03.00.043235-1, 3ª Seção, rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, Diário Eletrônico de 5.03.2010.

Dito isso, julgo procedente o conflito, declarando a competência do MM. Juízo Federal do Juizado Especial Federal Cível de Botucatu/SP.

Oficiem-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

Observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 11 de junho de 2010.

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN - Relatora

- Sobre a competência do Juizado Especial Federal considerando o valor da causa em ações envolvendo parcelas vincendas, veja também o artigo doutrinário "Temas polêmicos em matéria previdenciária", de autoria da Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, publicado na RTRF3R 74/37 e o seguinte julgado: CC 2007.03.00.000409-5/SP, Relatora Desembargadora Federal Leide Polo, publicado na RTRF3R 88/430.

AÇÃO RESCISÓRIA
0003163-17.2010.4.03.0000
(2010.03.00.003163-2/SP)

Autora: LAURINDA DA ROSA CARDOSO
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PIEDADE - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Classe do Processo: AR 7267
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/07/2010

DECISÃO

I - À vista do documento de fls. 29, defiro à autora os benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos da Lei nº 1.060/50, isentando-a, ainda, do depósito a que se refere o art. 488, inc. II, do CPC.

II - Cuida-se de ação rescisória proposta por Laurinda da Rosa Cardoso em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social visando a desconstituição da decisão monocrática de fls. 59/60, proferida nos autos da Apelação Cível nº 2008.03.99.056610-6, cujo objeto era a concessão de aposentadoria por idade a rurícola.

Pretende a rescisão do V. Acórdão com fundamento em violação a literal disposição de lei (art. 485, inc. V, do CPC), apresentação de documentos novos (art. 485, inc. VII, do CPC) e erro de fato (art. 485, inc. IX, do CPC), requerendo a antecipação de tutela a fim de que o benefício seja imediatamente implantado.

É o breve relatório.

A tutela antecipada tem por escopo entregar ao requerente, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em Juízo ou os seus efeitos, e o deferimento liminar não dispensa - antes o exige expressamente - o preenchimento dos pressupostos essenciais necessários à sua concessão.

No caso em tela, não vislumbro - nem mesmo remotamente, diga-se - a presença deles. O art. 273 do Código de Processo Civil é claro ao exigir a presença de prova inequívoca que imprima convencimento da verossimilhança da alegação e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inc. I).

Examinando a decisão rescindenda, observa-se que o benefício não foi deferido porque o conjunto probatório apresentado não foi apto a demonstrar a atividade campesina da autora durante o período exigido em lei. Foram examinados: a certidão de casamento acostada a fls. 17 dos autos originários, datada de 1975, na qual consta a profissão de lavrador do seu cônjuge; os registros do CNIS que revelam o exercício de atividade urbana por parte de seu marido nos anos de 1990 a 1993 e o contrato de financiamento bancário de fls. 45, expressamente rejeitado pela E. Relatora como início de prova material. Quanto à prova testemunhal, consignou S. Exa.: "As testemunhas ouvidas em juízo, sob o crivo do contraditório e cientes das penas por falso testemunho, não foram suficientemente circunstanciadas e não se revestiram de força probante o bastante para comprovar o labor rurícola e atestar soberanamente à pretensão deduzida nestes autos" (fls. 60).

Na presente rescisória, para a comprovar o referido labor, foram apresentados como documentos novos, a ficha de inscrição nº 2.965 na "Funerária da Paz Pilarense" (fls. 10) e o "contrato particular de compromisso de compra e venda" (fls. 12/15), datado de 18/05/98, onde a autora aparece - juntamente com seu marido - como compradora de uma gleba de terras em Piedade.

O contrato de fls. 12/15 e documento de fls. 10 - destituído de assinatura - não têm o condão de, por si sós, inverterem o entendimento adotado no Aresto impugnado, nos exatos termos do art. 485, inc. VII, do Código de Processo Civil.

De outro lado, neste exame perfunctório, entendo que, igualmente, não foi demonstrada a ocorrência de erro de fato. O instrumento de crédito do programa de eletrificação rural foi objeto de análise na decisão rescindenda, de modo que houve pronunciamento judicial sobre o fato, afastando-se a hipótese do art. 485, inc. IX, § 2º, do CPC.

Por derradeiro, não pode a parte valer-se do inc. V, do art. 485, do CPC visando a reapreciação de fatos e provas relativamente aos requisitos necessários à concessão do benefício requerido. Tal desiderato não é possível, conforme remansosa jurisprudência sobre a matéria (REsp nº 924.012/RS e AgRg no REsp nº 1.184.670/RS)

Ausente, portanto, a verossimilhança das alegações, indefiro a antecipação dos efeitos da tutela. Cite-se a autarquia previdenciária para que apresente resposta no prazo de trinta dias, nos termos do art. 491, do CPC. Int.

São Paulo, 06 de julho de 2010.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

- Sobre a propositura de ação rescisória fundada na apresentação de documentos novos em casos de trabalhadores rurais que visam a concessão de aposentadoria por idade, veja também os seguintes julgados: AR 2001.03.00.000051-8/MS, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, publicada na RTRF3R 73/129; AR 2002.03.00.010886-3/SP, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky, publicada na RTRF3R 80/195 e EInf AR 98.03.062375-3/SP, Desembargador Federal Santos Neves, publicados na RTRF3R 82/342.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0011724-30.2010.4.03.0000
(2010.03.00.011724-1)

Agravante: ANA RITA DE MOURA
Agravado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SANTOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AI 403952
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/07/2010

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, nos autos da ação previdenciária em que se objetiva a cessação do desconto de 30% no valor do benefício de pensão por morte recebida pela agravante.

Sustenta a agravante, em síntese, a presença dos pressupostos necessários à concessão da antecipação da tutela, em virtude do perigo da demora no julgamento da ação subjacente. Afirma que os valores recebidos de boa-fé, por erro da autarquia previdenciária, são irrepetíveis, diante de sua natureza alimentar. Requer a reforma da decisão impugnada.

É a síntese do essencial.

DECIDO.

Na forma do artigo 522, c/c o artigo 527, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 11.187, de 19/10/2005, o relator deverá converter o agravo em retido, salvo nas hipóteses assinaladas em referidos dispositivos legais.

No caso sob análise, observa-se dos documentos acostados aos autos que a agravante recebeu, simultaneamente, benefícios de pensão por morte em virtude do falecimento de seu marido (NB 000.107.755-4 - fl. 19, verso) e em virtude do falecimento de seu companheiro (NB 113.040.274-3 - fl. 19).

Todavia, nos termos do artigo 124, VI, da Lei 8.213/91, não é permitido o recebimento conjunto de mais de uma pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito

de opção pela mais vantajosa. É, portanto, vedada a cumulação de tais benefícios.

Deste modo já decidiu esta Corte Regional:

> "PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. L. 8.213/91, ARTS. 74 E 124, VI. CUMULAÇÃO DE PENSÕES. DIREITO DE OPÇÃO PELA MAIS VANTAJOSA. INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 76, *CAPUT*, E 115, II, DA L. 8.213/91. TUTELA ESPECÍFICA.
> I - Carece de interesse processual quem recebia o benefício concedido administrativamente, cessado pela maioridade.
> II - Tem direito a companheira à pensão por morte do companheiro, mas deverá exercer o direito de opção pela mais vantajosa, se já recebe outra por óbito do marido, dada a vedação de recebimento conjunto de mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro.
> III - Se os autores tiveram indeferido o requerimento administrativo feito no prazo de trinta dias do óbito, é desta data devido o benefício, a ser rateado entre todos em partes iguais.
> IV - O valor integral da pensão pago à pensionista, enquanto os demais dependentes tiveram negado o benefício pelo INSS, não comporta compensação ou desconto com o que estes devem receber.
> V - As obrigações de fazer e não fazer constantes de título judicial, com o advento da L. 10.444/02, têm sua efetivação promovida nos termos do art. 461 do C. Pr. Civil.
> VI - Apelação desprovida." (AC nº 200203990049110/SP, Relator CASTRO GUERRA, DJU 02/09/2003, p. 397).

Deste modo, faz jus a agravante apenas a uma das pensões, sendo-lhe assegurado o direito a opção pela pensão mais vantajosa, inclusive tendo o INSS notificado a agravada que iria efetuar o desconto do montante pago a maior, uma vez constatada a irregularidade (fls. 20/21).

De outra parte, havendo impedimento legal à cumulação de

benefícios, a suspensão do pagamento e a devolução das parcelas recebidas indevidamente, através de descontos nos proventos mensais recebidos pela agravante, é imperativo lógico e jurídico, conforme previsão do art. 115, II e parágrafo único, da Lei nº 8.213/91.

Tal desconto deve ser efetuado no percentual de até 30% (trinta por cento) do valor do benefício recebido, nos moldes do art. 154, § 3º, do Decreto 3.048/1999.

Sobre o tema, trago à colação os seguintes precedentes jurisprudenciais:

> "PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. VALORES PAGOS A MAIOR. DESCONTOS. ART. 115 DA LEI 8.213/91 E ART. 154, § 3º, DO DECRETO 3.048/99.
> I - O desconto do valor do benefício foi precedido de necessário procedimento administrativo, no qual pôde o segurado exercer pleno direito de defesa, consoante se infere do documento de fls. 54, em que o mesmo tomou ciência dos fatos, porém não recorreu de tal decisão à JRPS. Assim, o devido processo legal restou atendido em sede administrativa, não caracterizando afronta ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.
> II - Em havendo hipótese de valor pago a maior ao segurado/beneficiário pode este ser descontado em parcelas que correspondam, no máximo, a 30% (trinta por cento) do valor do benefício em manutenção (artigo 154, parágrafo 3º, do Decreto nº 3.048/99).
> III - Apelação improvida". (AMS nº 231128, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJU 08/11/2004, p. 645);

> "PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RESTITUIÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE ATO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 115 DA

LEI Nº 8.213/1991 E 154 DO DECRETO Nº 3.048/1999. POSSIBILIDADE.

1. Descabe falar em falar em inaplicabilidade dos arts. 115 da Lei nº 8.213/91 e 154 do Decreto nº 3.048/99, porquanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça somente afasta a sua aplicação quando a majoração indevida decorre de decisão judicial.

2. Na hipótese de ter ocorrido pagamento a maior de benefício previdenciário decorrente de ato administrativo e de ausência de má-fé do segurado, pode o INSS efetuar, parceladamente, o desconto de até 30% do benefício, a fim de restituir a majoração paga indevidamente. Tal comportamento está harmônico com o princípio da legalidade.

3. Diante da natureza alimentar dos benefícios previdenciários e da condição de hipossuficiência do segurado, mostra-se desarrazoada fixar o desconto em seu patamar máximo.

4. Recurso especial provido." (RESP 200802736312, Relator Ministro JORGE MUSSI, J. 23/06/2009, DJE 03/08/2009).

Dessa forma, em princípio, não se verifica a existência de ilegalidade no desconto efetuado na renda mensal percebida pela agravante, tal como realizado pela autarquia previdenciária.

Assim, não merecem prosperar as razões da agravante, devendo ser mantida a decisão agravada.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 527, inciso II, do Código de Processo Civil, *INDEFIRO* o efeito suspensivo pleiteado e determino a conversão do presente recurso em agravo retido.

Oportunamente, observadas as formalidades legais, baixem os autos à Vara de origem, para apensamento aos autos principais.

Intimem-se.

São Paulo, 23 de julho de 2010.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

- Sobre a impossibilidade de cumulação de recebimento de pensões por morte deixadas por cônjuge e companheiro, com direito de opção pela mais vantajosa, veja também o seguinte julgado: AC 2002.03.99.004911-0/SP, Relator Desembargador Federal Castro Guerra, publicada na RTRF3R 74/274.
- Sobre o percentual de desconto admitido na renda mensal de benefício, para restituição de valores pagos indevidamente a segurado, veja também os seguintes julgados: REOMS 96.03.040186-2/SP, Relator Juiz Federal Maurício Kato, publicada na RTRF3R 59/270 e AC 2001.61.83.000297-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Leide Polo, publicada na RTRF3 95/181.

MANDADO DE SEGURANÇA
0016222-72.2010.4.03.0000
(2010.03.00.016222-2)

Impetrante: SÉRGIO OLIVEIRA DE SOUZA
Impetrada: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS - COORDENADORA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 3ª REGIÃO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: MS 323412
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/07/2010

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Sérgio Oliveira de Souza contra ato da Desembargadora Federal Marisa Santos, coordenadora dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região, consubstanciado na edição da Portaria nº 04, de 23 de janeiro de 2007, que, segundo alega o impetrante, viola direitos individuais e coletivos na medida em que representa suposta restrição a representação judicial dos jurisdicionados no âmbito do Juizado Especial Federal.

Narra o impetrante, em síntese, que por força da mencionada Portaria está impedido de figurar como representante das partes em ações propostas perante os Juizados Especiais Federais, ainda mencionando que o processo nº 2010.63.14.001098-0 foi extinto sem resolução do mérito em virtude do referido ato normativo.

Requer a concessão de liminar e, ao final, da segurança para que possa atuar como procurador em demandas de competência dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região, independentemente de ser ou não advogado.

Após breve relato, decido.

Dispõe o artigo 36 do Código de Processo Civil, “verbis”:

> “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.”

Desvela-se na hipótese dos autos a ausência de capacidade postulatória do impetrante, que não comprovou enquadrar-se nas exceções estabelecidas no excogitado dispositivo legal.

Com efeito, o impetrante não é advogado regularmente habilitado e tampouco constituiu patrono para atuar na demanda, nesta linha de fundamentação concluindo-se pela ausência de pressuposto processual subjetivo essencial à válida formação da relação jurídica processual. Nesse sentido, excerto do comentário ao art. 36 do CPC extraído da obra "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", de Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, 40ª edição, p. 173, "in verbis":

> "Ninguém, ordinariamente, pode postular em juízo sem a assistência de advogado, a quem compete, nos termos da lei, o exercício do 'jus postulandi'. A exigência de capacidade postulatória constitui indeclinável pressuposto processual de natureza subjetiva, essencial à válida formação da relação jurídico-processual".

Anoto que a hipótese não é de irregularidade na representação processual, para a qual estabelece o artigo 13 do Código de Processo Civil a abertura de saneamento. Não se trata de representação defeituosa mas de inexistência de representação, em que a parte, em nome próprio, postula em juízo sem a devida habilitação.

Diante do exposto, subsumindo-se a hipótese dos autos ao disposto no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, denego o mandado de segurança com fundamento no artigo 6º, § 5º, da Lei 12.016/09.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 01 de junho de 2010.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0018463-19.2010.4.03.0000
(2010.03.00.018463-1)

Agravante: WAGNER MARCELO GUIMARAES BERALDO
Agravada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SANTORO FACCHINI
Classe do Processo: AI 409787
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/07/2010

DECISÃO

Vistos.

Insurge-se o agravante contra decisão que indeferiu a liminar em mandado de segurança no qual se objetiva seja revista a não-habilitação do impetrante na Concorrência nº 007/2010 - CEL/SP.

Alega ter sido inabilitado "com fundamento no subitem 8.2.4, por não comprovar o requisito experiência profissional", não tendo demonstrado "os 36 meses exigidos em função de natureza gerencial", em descumprimento ao subitem 7.4.4 do edital (fl. 04).

Aduz não se haver falar em descumprimento das normas do edital sendo certo "que o agravado está querendo livrar-se do problema que ele próprio criou, colocando expressões idiomáticas permissivas de interpretações diversas, informando ao Magistrado *a quo* que 'concomitantemente' refere-se à possibilidade de apresentação de dois tipos de documentos e não à soma dos prazos trabalhados no mesmo período para integralizar o tempo decorrido" (fls. 05/06).

Inconformado, requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e a reforma da decisão agravada.

DECIDO.

Nos termos do art. 558 do CPC, a suspensão da eficácia de decisão agravada encontra-se condicionada à presença de dois fatores: a relevância da fundamentação e a configuração de situação que possa resultar lesão grave ou de difícil reparação, que, neste aspecto, deve ser certa e determinada, capaz de comprometer a eficácia da tutela jurisdicional.

No caso dos autos, o agravante não demonstrou a presença dos requisitos legais aptos à suspensão da decisão recorrida.

Com efeito, presente na decisão a análise dos pressupostos para a concessão da medida pleiteada, preserva-se neste momento processual a cognição desenvolvida pelo Juízo de origem como mecanismo de prestígio às soluções postas pelo magistrado, privilegiando-se, pois, a aplicação da decisão proferida, na medida em que, quando do julgamento do processo, o juiz poderá analisar todas as questões difundidas com o ajuizamento da ação.

Nesse sentido, manifestou-se o Juízo *a quo*:

> "No presente caso, ausentes os requisitos para a concessão da liminar pretendida.
> Dispõe a cláusula 7.4.4 do edital hostilizado:
> 7.4.4. - Para o cumprimento do requisito EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL a comprovação da função de natureza gerencial (exercício de cargos de gestão) deverá ser feita através dos seguintes documentos, os quais poderão ser apresentados concomitantemente, a fim de integralizar o período exigido - igual ou superior a 36 (trinta e seis) meses, consecutivos ou não.
> 7.4.4.1 Declaração de Empresa Individual. Contrato Social com todas as suas alterações, ou a Consolidação Contratual da empresa (de acordo com o atual Código Civil Brasileiro), desde que comprove(m) o exercício da função de natureza gerencial por um dos sócios de Pessoa Jurídica ou Pessoa Física licitante;
> 7.4.4.1.1 A apresentação da constituição da empresa e/ou alterações contratuais que não comprove(m) período(s) decorrido(s) no exercício de função de natureza gerencial, não será considerada cumprimento do requisito EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL. Neste caso, para comprovar este período o candidato deverá apresentar Certidão Atualizada de Breve Relato expedida pela Junta Comercial competente, juntamente com os atos constitutivos e/ou alterações.

> 7.4.4.2 Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS com a devida identificação do trabalhador e todas as anotações comprobatórias do(s) período(s) decorrido(s) no exercício de função de natureza gerencial, para um dos sócios de Pessoa Jurídica ou Pessoa Física licitante que venha comprovar o quesito através de contrato de trabalho devidamente registrado;
> 7.4.4.2.1 A comprovação através da CTPS poderá ser acompanhada de declaração formal e/ou certidão do(s) empregador(es) constante(s) do(s) contrato(s) de trabalho registrado(s) na mesma, caso as anotações e/ou registros existentes sejam insuficientes para comprovar período(s) decorrido(s) no exercício de função de natureza gerencial.
> O cerne da questão cinge-se em analisar se houve a devida comprovação da experiência profissional do impetrante na forma exigida pelo edital.
> A análise informativa dos autos, notadamente cópia da CTPS e contrato social, permite verificar que o impetrante não comprovou o tempo exigido de 36 (trinta e seis) meses de atividade gerencial, pois a documentação apresenta períodos concomitantes exercidos como empregado e empresário que o impetrante pretende somar.
> De fato, o edital facultou a possibilidade da comprovação da função de natureza gerencial através da apresentação concomitante dos documentos indicados nos itens 7.4.4.1, 7.4.4.1.1, 7.4.4.2 e 7.4.4.2.1 e quanto aos períodos, apenas enfatizou que poderiam ser consecutivos ou não. É dizer, a concomitância permitida no certame refere-se à apresentação dos documentos a fim de possibilitar a comprovação da experiência profissional, e não que os períodos a serem comprovados pudessem ser simultâneos, como alega o impetrante" (fl. 13).

O agravante, por seu turno, não traz elementos hábeis a infirmar as razões que formaram a convicção do Juízo de origem, tampouco documentos que demonstrem a plausibilidade do direito invocado.

Considerando a cognição sumária desenvolvida na via estreita do agravo de instrumento, mormente em sede de apreciação de efeito suspensivo ao recurso, tenho que o agravante não logrou demonstrar a presença dos requisitos ensejadores da concessão da medida pleiteada.

Ante o exposto, indefiro o efeito suspensivo pleiteado.

Comunique-se ao Juízo de origem o teor desta decisão.

Intime-se a agravada, nos termos do art. 527, V, do CPC.

Após, abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

São Paulo, 14 de julho de 2010.

Juiz Federal Convocado SANTORO FACCHINI - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0018984-61.2010.4.03.0000
(2010.03.00.018984-7)

Agravantes: MUNICÍPIO DE CAMPINAS, EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO E UNIÃO FEDERAL
Agravados: HISAKO FUJITA, MORIO FUJITA E OUTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SILVIO GEMAQUE
Classe do Processo: AI 410190
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/07/2010

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão proferida nos autos de Ação de Desapropriação movida pela União Federal, INFRAERO, e Município de Campinas, na qual o juízo "a quo" excluiu a União Federal e a INFRAERO da lide e declinou da competência para a Justiça Estadual.

Aduzem os agravantes que foi firmado convênio entre o Município de Campinas e INFRAERO, objetivando realizar desapropriações visando à ampliação do Aeroporto Internacional de Viracopos, Campinas, obra de interesse nacional e que receberá recursos do Plano de Aceleração do Crescimento - PAC, do governo federal.

Resultado desse convênio, sobrevieram os Decretos Municipais nº 15.378/2006 e 15.503/2006, nos quais se declarou de utilidade pública os imóveis necessários à realização da obra.

Relatam os agravantes que moveram a referida ação de desapropriação, na qual foi requerida a imissão provisória na posse, tendo sido oferecido como pagamento o valor aferido em laudo elaborado por empresa contrata através de procedimento licitatório realizado pela INFRAERO, inclusive com os valores depositados em conta judicial.

Alegam os agravantes que a União Federal e a INFRAERO foram excluídas da lide por entender o juízo de primeiro grau que falta legitimidade ativa àqueles entes para promover a execução

do Decreto Expropriatório, editado pelo Município de Campinas, vez que este ente público não teria legitimidade para fazê-lo.

Busca-se a reforma da decisão sustentando-se, em síntese, que: a) não há previsão constitucional da obrigatoriedade do Decreto Expropriatório ser editado, exclusivamente, pelo Presidente da República; b) tal ausência "não é uma simples omissão do constituinte, uma lacuna legislativa, e sim um silêncio eloqüente, ou seja, não foi incluída, propositalmente, na Constituição, a obrigatoriedade de que Decreto Expropriatório seja emanado pelo ente mesmo que realizará o processo de desapropriação em si, pois se trata de questão meramente procedimental, cuja rigidez apenas serviria para prejudicar a finalidade maior do ato de desapropriação: a supremacia do interesse público"; c) não há unilateralidade por parte do Município ao mover as ações de desapropriação, nem tentativa de invadir a competência da União ou da INFRAERO; d) há uma ação de cooperação entre o Município e o sistema Aeroportuário Nacional, visando a atender o interesse público da população local; e) nos termos do convênio firmado restou estabelecido que os bens expropriados serão ajudicados e passados diretamente ao patrimônio da União; f) dentre as missões constitucionais do município, encontra-se a decretação, para fins de desapropriação, de área necessária à implementação de um sítio aeroportuário, vez que este ente público é que será o responsável pela edição de atos normativos visando a regular normas viárias e de segurança inerentes a existência de um aeroporto; g) não há irregularidades na mera edição do Decreto Expropriatório por parte do município, vez que se objetiva atender as finalidades relacionadas aos interesses locais, principalmente se se considerar que o ajuizamento das Ações de Desapropriação foi encampado pela União e INFRAERO; h) no termo de cooperação firmado não há previsão de doação de áreas do município à União e a INFRAERO, além do que as indenizações serão pagas pela própria INFRAERO.

Pleiteia-se a concessão de liminar com efeito suspensivo.

É o relatório.

Fundamento e decido.

De início, impõe-se a realização de juízo de admissibilidade do presente recurso.

A redação original do art. 162, § 1º do Código de Processo Civil identificava a natureza dos provimentos judiciais segundo a sua finalidade ou repercussão no processo, vale dizer, se encerrasse o processo em primeiro grau, seria sentença (definitiva ou terminativa) cabendo enfrentamento pelo recurso de apelação, do contrário, seria decisão interlocutória, mesmo que resvalasse no mérito da causa, impugnável pelo agravo.

Com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.232/2005, a fim de adequar o sistema recursal ao processo sincrético, o critério identificador da natureza dos pronunciamentos judiciais, passou a ser pelo conteúdo do ato, afastando-se do critério finalístico, ou seja, independentemente da extinção do processo. Noutras palavras, o ato judicial que se ocupar com quaisquer das matérias enumeradas nos artigos 267 e 269 do CPC, será invariavelmente sentença, pondo fim ao processo ou não. Logo, sempre que o magistrado dispuser sobre esses temas estará proferindo sentença e não decisão interlocutória, ainda que só decida questão incidente.

Assim, a rigor, a r. decisão recorrida, reveste-se de natureza de sentença, e como tal, impugnável pelo recurso de apelação.

Não obstante, casos há em que o procedimento do recurso de apelação mostra-se impróprio e ineficaz. A exemplo, o presente caso em que os litisconsortes foram excluídos da lide prosseguindo-se o processo com as partes remanescentes. Veja-se, os autos não estão liberados para remessa ao juízo *ad quem*, inviabilizando o conhecimento do recurso.

Parte da doutrina, a fim de vencer o impasse, defende a figura da chamada "apelação por instrumento", pela qual os apelantes formariam um instrumento a fim de viabilizar remessa e conhecimento do recurso pelo juízo *ad quem*.

Com todo respeito aos que defendem essa solução, entendo que ela esbarra num óbice legal intransponível, qual seja, o princípio da taxatividade, que para além da tipicidade recursal exige a efetiva e integral disciplina recursal por lei federal, com todos os seus pressupostos de admissibilidade, o seu rito e os efeitos de seu julgamento de mérito.

Parece-me, assim, que a solução deve ser dada pela adequação recursal, mas dentro do sistema vigente e de acordo com os instrumentos recursais previstos na lei processual.

Nesse contexto, imperioso que se verifique se a decisão judicial com fundamento em uma das hipóteses constantes do artigo 267 do CPC, importou, para além do conteúdo, no prosseguimento do processo em primeira instância ou não. Vale dizer, se além de se amoldar ao conteúdo do artigo 267, importou no encerramento do processo em primeira instância, cabível o recurso de apelação; ao contrário, verificando-se o prosseguimento do processo em primeira instância, estar-se-ia diante de uma decisão, embora na forma de sentença, de natureza interlocutória resolutória de questão incidente, impugnável pelo recurso de agravo.

Nesse sentido:

> "RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. RECURSO CABÍVEL. FUNGIBILIDADE. EXCLUSÃO POR ILEGITIMIDADE. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. '(...) I - O ato pelo qual o juiz exclui litisconsorte tem natureza jurídica de decisão interlocutória, sujeita, portanto, a interposição do recurso de agravo. II - não se admite o princípio da fungibilidade recursal se inexistente dúvida objetiva na doutrina e na jurisprudência a respeito do cabimento do recurso na espécie. Inaplicável, ademais, referido princípio, em virtude do recurso inadequado não ter sido interposto no prazo próprio' (REsp 164.729/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 2. Ainda que observadas as alterações produzidas no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.232/2005, máxime a redação dada ao § 1º do artigo 162, percebe-se que o legislador manteve a referência às decisões extintivas do processo, com ou sem a resolução do mérito. Todavia, o que se verifica na espécie, como fartamente destacado, é a continuidade do feito; daí, porque, o manejo do recurso de apelação, ao invés do agravo de instrumento, não autoriza a adoção da fungibilidade recursal, porque

consubstancia erro grosseiro. 3. Recurso não conhecido."
RESP 200400291130 - 645388 - QUARTA TURMA - MIN. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA - DJ 02/04/2007 PG: 00277

Ultrapassada essa questão, tendo em vista o novo regime do agravo, instituído pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, necessário verificar o cabimento do agravo na forma de instrumento.

No caso, por se tratar de recurso que desafia decisão passível de causar às partes lesão grave e de difícil reparação, mormente tratando-se de implantação (ampliação) de aeroporto internacional cujo interesse público destaca-se, bem como ante a conseqüência da modificação da competência jurisdicional, admito-o na forma de instrumento.

O pretendido efeito suspensivo é de ser deferido.

A teor do artigo 109 da Constituição Federal, compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes.

Verifico que o processo originário cuida de ação de desapropriação de área localizada dentro dos limites territoriais do Município de Campinas para fins de ampliação das instalações de aeroporto internacional, em litisconsórcio ativo entre a União, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO e o Município de Campinas (fls. 120/122).

Outrossim, às fls. 58/63 e 67/74 constam os Termos de Cooperação firmados entre a INFRAERO, e o Município de Campinas para os fins de implantação da reestruturação do Aeroporto Internacional de Viracopos, bem delineando a presença de interesse local, regional e nacional, importando na necessidade de união de esforços e participação dos entes federados, o município da situação do aeroporto e a União, pela INFRAERO, considerando sua competência exclusiva para os serviços aeroportuários.

Assim sendo, veja-se que, ainda que se considere a hipótese de ilegitimidade ativa da União e INFRAERO, o interesse de ambos é patente, tanto que ora agravantes, restando incólume a

competência da Justiça Federal.

Por outro lado, é de se considerar que os Decretos Expropriatórios não foram impugnados pelos expropriados (fls. 180/181), em plena vigência, pois. Destarte, *a priori*, os Municípios têm competência direta para a desapropriação para fins de interesse social e de interesse público, extraída da própria organização político-administrativa do Estado e da política urbana, conforme fixado na Carta Magna.

Extraindo fundamento da Constituição Federal, o Código Brasileiro de Aeronáutica prevê que a construção de aeroportos poderá se dar mediante Convênio com os Estados ou Municípios, *in verbis*:

> "Art. 36 - Os aeródromos públicos serão construídos, mantidos e explorados:
> I - diretamente, pela União;
> II - por empresas especializadas da Administração Federal Indireta ou suas subsidiárias, vinculadas ao Ministério da Aeronáutica;
> III - Mediante Convênio com os Estados ou Municípios;
> IV - por concessão ou autorização."

Considerando que a conseqüência lógica do r. decisão recorrida é a remessa dos autos à Justiça Estadual, mostrando-se relevantes as fundamentações recursais, tenho por presentes os requisitos constantes do artigo 558 do Código de Processo Civil e, com fundamento no artigo 527, III, do mesmo diploma legal, *atribuo efeito suspensivo ao presente recurso*, mantendo-se a União e a INFRAERO no pólo ativo da ação com o regular prosseguimento do feito.

Intime-se o agravado para os fins do inciso V do artigo 527 do Código de Processo Civil.

Comunique-se, com urgência, ao D. Juízo de origem.

Intime-se.

São Paulo, 02 de julho de 2010.

Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE - Relator

"HABEAS CORPUS"
0021320-38.2010.4.03.0000
(2010.03.00.021320-5)

Impetrantes: ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTROS
Paciente: LI KWOK KUEN (réu preso)
Codinomes: LEE KWOK KWEN, LI KWOK KWEN E PAULO LI
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Co-réus: LEE MEN TAK E OUTROS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: HC 41697
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/08/2010

DECISÃO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de LI KWOK KWEN, contra ato do MM. Juízo Federal da 3ª Vara Criminal de São Paulo - SP, objetivando, em síntese, responder o processo em liberdade e conseqüente expedição de alvará de soltura, alegando manifesto constrangimento ilegal ao seu direito de locomoção, ao direito constitucional da presunção da inocência e da razoável duração do processo, em autos que apuram a suposta prática do delito tipificado no art. 334, § 1º, *c* e *d*, e art. 288, combinados com art. 69, todos do Código Penal.

Sustenta a impetração, em síntese, a ocorrência de eventual constrangimento ilegal sob o argumento de que há excesso de prazo na formação da culpa.

Prestadas as informações do impetrado.

Relatados, decido.

O paciente está preso desde 17 de setembro de 2009; portanto, há mais de dez meses, não tendo, ainda, sido concluída a instrução processual. Embora no primeiro *Habeas Corpus* nº 2009.03.00.002193-6/SP impetrado pelo paciente, tenha-se reconhecido que, até aquele momento do julgamento, a eventual delonga no processamento do feito era decorrente de incidentes processuais regulares, o que afastaria a alegação mora processual irrazoável configuradora de "excesso de prazo", o cenário descrito na presente impetração conduz a um quadro completamente diverso.

Com efeito, há um conjunto de situações e fatos processuais (não imputáveis à defesa) que somados contribuíram para o atraso na instrução processual e a manutenção do réu encarcerado até o momento, sem que a instrução processual esteja finalizada. São as seguintes falhas que prejudicaram o andamento do processo: na ação penal nº 2009.61.81.010296-5, que tramita na 3ª Vara Federal Criminal de S. Paulo, desde a admissão da denúncia em 28 de outubro de 2009, há apenas dois réus presos (Lee Kwok Kwen e Lee Men Tak); os outros acusados foram postos em liberdade provisória. Contudo, o desmembramento do processo com relação aos acusados que tinham direito à proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, em face daqueles que estavam encarcerados só veio a ocorrer em 18/03/2010 (fls. 98/100). Antes dessa medida ter sido tomada, outros incidentes processuais já haviam retardado o regular desenvolvimento do processo, como a falha da secretária na expedição de mandados de citação, conforme bem anotado pela magistrada condutora do processo (fls. 72/730); o próprio ato citatório não ocorreu de maneira expedita, como se exige no caso de réus presos (fls. 74/75).

Mesmo após a saudável medida de desmembramento do processo, outros problemas relativos à oitiva das testemunhas de acusação arroladas pelo MPF atrasaram a instrução processual. Os policiais federais que deveriam comparecer na audiência designada para o dia 07/05/2010 não foram apresentados porque estariam supostamente lotados em Sorocaba e Ribeirão Preto (fls. 101). Por conta dessa informação, a audiência de oitiva das testemunhas de acusação não foi concluída e deprecou-se a oitiva dos policiais ausentes, em face da insistência do MPF em ouvi-las (fls. 104/105). Enquanto se aguardava o cumprimento das precatórias expedidas, soube-se que dois policiais que supostamente estavam lotadas em Sorocaba, estariam prestando serviços em S. Paulo e, por isso, foram eles ouvidas pelo Juízo da 3ª Vara Criminal em 16/06/2010. O fato é que o desencontro de informações a respeito da localização dos policiais que deveriam testemunhar atrasou ainda mais a instrução processual. Por outro lado, a própria cisão

da audiência de instrução processual que deveria ser una, nos termos do artigo 400 do CPP, também contribuiu para a citada mora. Em suma, tais incidentes processuais - que não são atribuíveis à defesa - conduziram ao "excesso de prazo", pois não se pode considerar razoável a demora de dez meses na conclusão da instrução de processo com apenas dois réus presos, visto que a complexidade do caso não justifica tal prazo.

Posto isso, concedo a medida liminar requerida na inicial desse *habeas corpus* para que o paciente *Li Kwok Kuen* aguarde solto o julgamento do presente *writ*. De ofício, também concedo a ordem em favor o co-réu *Lee Men Tak*, que se encontra submetido à mesma situação de constrangimento. Expeçam-se alvarás de soltura clausulados.

Abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 30 de julho de 2010.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

- Sobre a concessão de "habeas corpus" em razão de constrangimento ilegal imposto ao paciente pelo excesso de prazo para conclusão da instrução processual, veja também os seguintes julgados: HC 90.03.030315-0/SP, Relator Juiz Pedro Rotta, publicado na RTRF3R 4/161; HC 90.03.036823-6/SP, Relator Juiz José Kallás, publicado na RTRF3R 5/199 e HC 2002.03.00.032606-4/SP, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo, publicado na RTRF3R 69/320.

JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO RESCISÓRIA

AÇÃO RESCISÓRIA
0043430-22.1996.4.03.0000
(96.03.043430-2)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Réu: ARNALDO WOCZINSKI
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BARRETOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AR 405
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/07/2010

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. ART. 58 DO ADCT. MANUTENÇÃO DA EQUIVALÊNCIA SALARIAL EM CARÁTER PERMANENTE. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. ART. 485, V, CPC.

1 - Sentença rescindenda que determinou a equivalência salarial na renda mensal de benefício mantido na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, em caráter permanente, afrontou a regra do art. 58 do ADCT.

2 - O art. 58 do ADCT assegurou a preservação do poder aquisitivo dos benefícios, determinando a sua recomposição em número de salários-mínimos que representavam na data de concessão, sendo aplicável a partir do sétimo mês subseqüente à promulgação da Carta Magna até a efetiva regulamentação da Lei nº 8.213/91, o que ocorrera em 09 de dezembro de 1991, com a publicação do Decreto nº 357/91.

3 - Pedido rescisório julgado procedente. Sentença rescindida. Pleito da ação subjacente julgado parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional

Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar procedente o pedido rescisório e parcialmente procedente o pedido formulado no feito subjacente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 13 de maio de 2010.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Trata-se de Ação Rescisória proposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face de ARNALDO WOCZINSKI, objetivando desconstituir, com fulcro no art. 485, V, do CPC, a sentença prolatada nos autos nº 1018/92, que teve seu curso junto ao Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Barretos.

Aduz o autor que a r. sentença impugnada acolheu o pedido formulado pelo réu, determinando a manutenção do benefício previdenciário em número de salários-mínimos equivalente ao da época da concessão. Contudo, sendo alega, a decisão não observou os critérios para a aplicação do art. 58 das Disposições Constitucionais Transitórias, estendendo-os a benefício concedido após a Constituição Federal de 1988. Pede, em conseqüência, o rejulgamento da causa para que sejam observados os critérios de reajuste da Lei de Benefício.

Inicial acompanhada de cópias das peças dos autos originais (fls. 14/65).

O *decisum* rescindendo transitou em julgado em 04/05/1995, conforme certidão de fl. 55 e a presente ação foi proposta em 11/06/1996.

O réu apresentou contestação às fls. 89/91, na qual sustenta que o INSS está equivocado em relação à data de início do seu benefício, uma vez que a sua aposentadoria fora concedida em data anterior à vigência da atual Constituição Federal. Acrescenta,

na oportunidade, que a sua renda mensal foi sendo defasada a partir de janeiro de 1992, com o Plano de Benefícios introduzido pela Lei nº 8.213/91.

Em parecer da lavra do i. Procurador Regional da República Antonio Augusto Cesar, o Ministério Público Federal manifestou-se pela procedência do pedido formulado nesta Ação Rescisória, considerando que a decisão rescindenda deferiu a equivalência salarial inclusive para período posterior a julho de 1991, violando a regra transitória do art. 58 do ADCT (fls. 95/96).

Em suas razões finais, a Autarquia Previdenciária reiterou seus fundamentos no sentido da inaplicabilidade de critérios diversos daqueles estabelecidos pela Lei de Benefícios (fls. 99/100). A defesa deixou transcorrer *in albis* o prazo para os seus memoriais (fl. 101).

Em nova manifestação, o Ministério Público Federal, através do Procurador Regional da República Ademar Viana Filho, retificou o parecer anterior, pugnando pela procedência do pedido formulado, levando em consideração que a legislação que sucedeu a regra transitória em questão não tem assegurado a manutenção do valor real do benefício previdenciário (fls. 102/113).

Vieram-me os autos, por redistribuição, em 27 de agosto de 2003 (114).

É o relatório.

À revisão na forma regimental (art. 34, I).

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA (Relator):

Inicialmente, observo a correta indicação da r. sentença de primeiro grau como objeto da rescisão pretendida, considerando que o apelo, conquanto tempestivamente interposto, restou não conhecido em face de suas razões se acharem dissociadas da

matéria *sub judice*, nos termos do v. acórdão de fl. 53.

O autor está dispensado do depósito previsto no art. 488, II, do CPC, nos termos do art. 24-A da Lei 9.028, de 12/04/1995, bem como da Súmula 175 do STJ, *in verbis*: "Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS".

Sem preliminares a analisar, adentro de imediato ao mérito da demanda.

Da inicial do feito subjacente acostada às fls. 14/16, extrai-se que o então autor e ora réu Arnaldo Woczinski ajuizou, junto à 1ª Vara Cível da Comarca de Barretos/SP, ação de revisão da renda mensal de seu benefício de aposentadoria por invalidez, que teve como data de início *1º de março de 1988* (fl. 18), na qual postulava o restabelecimento, após 1º de setembro de 1991, do poder aquisitivo expresso em número de salários mínimos que tinha na data da concessão.

A r. sentença de fls. 30/32 acolheu o pedido, rejeitando a tese da Autarquia no sentido de que a regra constitucional da equivalência salarial seria transitória e determinou a adequação do benefício, *em caráter permanente*, ao número de salários mínimos que contava na data da concessão.

Assim é o dispositivo da sentença atacada:

> "Isto posto, julgo procedente o pedido que ARNALDO WOCZINSKI faz em face ao INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, para determinar que se proceda à revisão e ao reenquadramento da sua aposentadoria, de modo a garantir-lhe, em caráter permanente, o recebimento do benefício previdenciário denominado aposentadoria por INVALIDEZ, no valor nominal de 3,83 salários mínimos, valor que retroagirá ao momento da concessão do benefício (01.03.88), uma vez respeitada a prescrição qüinqüenal.
>
> Em conseqüência, condeno ainda a autarquia-ré a pagar as correspondentes diferenças das parcelas vencidas até a data da propositura da ação, atualizadas pela Súmula nº 71, do extinto Tribunal Federal de Recursos, e, a partir daí, pela

Lei 6.899/81. Os juros de mora são devidos e serão contados a partir da citação.
Fixo a verba honorária devida ao patrono do autor em 15% (quinze por cento) sobre o montante da condenação".

Nesta oportunidade, pretende a Autarquia autora a rescisão do julgado, sustentando a ocorrência de violação ao art. 58 do ADCT, considerando-o aplicável tão somente a benefícios mantidos na data da promulgação da Constituição Federal de 1.988. Acrescenta a seus fundamentos que a regra da equivalência salarial prevaleceu até a edição das Leis 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, as quais estabeleceram novos critérios para reajuste dos benefícios em manutenção.

Conquanto equivocada a alusão que faz ao tempo da concessão do benefício ao réu, eis que efetivamente se achava em manutenção por ocasião da CF/88 (DIB 01/03/1988 - fl. 18), assiste razão à postulante quanto à ofensa a literal dispositivo de lei apontada.

Com efeito. Cônscio de que os reajustes aplicados pela Autarquia vinham diminuindo consideravelmente o valor dos benefícios, o legislador constituinte de 1988 assegurou o direito à preservação do poder aquisitivo dos mesmos, determinando a sua recomposição em número de salários-mínimos que representavam na data de concessão, nos termos do art. 58 do ADCT.

A despeito da norma em questão ser auto-aplicável, seus efeitos encontram-se delimitados no tempo, vigorando a partir do sétimo mês subseqüente à promulgação da Carta Política até a efetiva implantação do Plano de Custeio e Benefícios, o que ocorrera em 09 de dezembro de 1991, com a publicação do Decreto nº 357/91, vindo a regulamentar a Lei nº 8.213/91.

A propósito, "... enquanto esteve em vigor, aplicou-se apenas aos benefícios concedidos até a data da promulgação da Constituição, como deflui da simples leitura do texto que se refere aos 'benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição'. Desse modo, a correção com base no salário mínimo somente se aplica no caso

ali previsto, até porque se trata de regra excepcional e transitória, a ser interpretada restritivamente" (Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 167), sob pena de subverter a sua finalidade, que é reger as relações jurídicas já constituídas à época.

Trago a lume as seguintes ementas:

> "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - REAJUSTES - SÚMULA 260/TFR - ART. 58, DO ADCT - EQUIVALÊNCIA SALARIAL - MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL - NÃO VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO.
> (...)
> 4 - O critério de equivalência ao salário mínimo prevista no art. 58 do ADCT incide apenas sobre os benefícios em manutenção em outubro de 1988 e restringe-se ao período compreendido entre abril de 1989 a dezembro de 1991, quando foi regulamentada a Lei 8.213/91.
> (...)
> 6 - Embargos conhecidos e acolhidos para afastar a equivalência do benefício em número de salários mínimos, ressalvado o período disciplinado no art. 58 do ADCT."
> (STJ, 3ª Seção, EREsp nº 187.647, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 22.03.2000, DJ 15.05.2000, p. 122).

> "PREVIDENCIÁRIO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. DECADÊNCIA DO DIREITO. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. LEI Nº 6.423/77. REAJUSTE DE BENEFÍCIO. ARTIGO 58 DO ADCT. VERBA HONORÁRIA.
> (...)
> V - A equivalência salarial prevista no artigo 58 do ADCT deve ser aplicada aos benefícios previdenciários no período compreendido entre 05/04/89 e 09/12/91.
> (...)
> VII - Remessa oficial e recurso improvido."

(TRF3, 9ª Turma, AC nº 1999.61.00.025367-1, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 06.10.2003, DJU 06.11.2003, p. 255).

Convém salientar, ainda, que a inaplicabilidade do dispositivo transitório aos benefícios concedidos posteriormente não ofende o princípio da isonomia, posto que o art. 201, § 2º (atual § 4º), das disposições permanentes da Carta Magna outorgou-lhes o direito à manutenção de seu valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

Desta feita, transferiu-se ao legislador ordinário - *com exclusividade* - a tarefa de definir os índices, a periodicidade e a forma de incidência dos reajustes previdenciários, sendo-lhe vedado, entretanto, a vinculação ao salário-mínimo, a teor do art. 7º, IV, da Lei Maior.

Atendendo à norma constitucional, editou o legislador, em 24 de julho de 1991, a Lei nº 8.213, com efeitos retroativos a 05 de abril daquele ano, determinando que o reajuste dos benefícios concedidos a partir de 05 de outubro de 1988 observassem as regras por ela estabelecidas, conforme se denota dos arts. 144 e 145, revogados pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001:

> "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."

> "Art. 145. Os efeitos desta Lei retroagirão a 5 de abril de 1991,

devendo os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social a partir de então, terem, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, suas rendas mensais iniciais recalculadas e atualizadas de acordo com as regras estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. As rendas mensais resultantes da aplicação do disposto neste artigo substituirão, para todos os efeitos as que prevaleciam até então, devendo as diferenças de valor apuradas serem pagas, a partir do dia seguinte ao término do prazo estipulado no *caput* deste artigo, em até 24 (vinte e quatro) parcelas mensais consecutivas reajustadas nas mesmas épocas e na mesma proporção em que forem reajustados os benefícios de prestação continuada da Previdência Social."

É entendimento já consagrado pelos Tribunais Superiores que a Lei nº 8.213/91 e alterações supervenientes não ofendem as garantias da preservação e irredutibilidade do valor real dos benefícios, razão pela qual compete à Autarquia Previdenciária tão-somente observar o ordenamento previdenciário em vigor, eis que adstrita ao princípio da legalidade.

Nesta esteira, trago à colação os julgados abaixo transcritos:

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REAJUSTAMENTO DO VALOR DOS BENEFÍCIOS DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.

I - Inexiste quebra de isonomia no reajuste concedido pelo artigo 144 da Lei nº 8.213/91, no período compreendido entre a promulgação da Carta Magna e a edição da respectiva lei, haja vista que a situação jurídica dos benefícios concedidos antes ou depois da Constituição Federal é diversa, justificando-se o tratamento diferente.

II - Inexiste direito adquirido a qualquer critério de reajuste que não o estabelecido pela Lei nº 8.213/91 e as que lhe sucederam, o que não ofende a garantia de preservação e irredutibilidade do valor real dos benefícios.

III - Apelação desprovida."
(TRF3, 7ª Turma, AC nº 98.03.001494-3, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, j. 08.09.2003, DJU 01.10.2003, p. 304).

"PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. REGRA DA PROPORCIONALIDADE DO ART. 41, II, DA LEI 8.213/91. REAJUSTE DO ART. 9º DA LEI 8.542/92, ALTERADO PELA LEI 8.700/93. APLICAÇÃO DO ÍNDICE INTEGRAL DO IRSM EM JANEIRO E FEVEREIRO DE 1994. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DO VALOR REAL. EQUIVALÊNCIA EM NÚMERO DE SALÁRIOS MÍNIMOS APÓS O NOVO PLANO DE BENEFÍCIOS. ART. 58 DO ADCT. INAPLICABILIDADE.
(...)
II - A partir da vigência da Lei 8.213/91, a manutenção do valor real do benefício deve seguir os critérios previstos no art. 41, incisos I e II, e legislação subseqüente, sendo a escolha do índice para manter o valor real dos benefícios uma questão afeta à competência do legislador, nos expressos termos do artigo 201, § 2º (atual § 4º), da Constituição Federal, razão pela qual não pode o Poder Judiciário determinar reajuste acima do previsto no ordenamento legal.
(...)
VII - Apelação da parte autora desprovida. Apelação do INSS provida, com inversão do ônus de sucumbência."
(TRF3, 1ª Turma, AC nº 98.03.012385-8, Rel. Juiz Souza Ribeiro, j. 17.04.2001, DJU 09.10.2001, p. 540).

"CONSTITUCIONAL - PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - BENEFÍCIO CONCEDIDO APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 30.03.89 A 07.05.91. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. ARTIGO 202 DA CF/88. APLICABILIDADE A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.213/91 - ARTS. 144 E 145. REAJUSTE

PARA PRESERVAÇÃO, EM CARÁTER PERMANENTE, DO VALOR REAL DO BENEFÍCIO (CF, ART. 201, § 2º) - CRITÉRIO DE REAJUSTE PREVISTO PELO ART. 58 DO ADCT DA CF/88 - SÚMULA Nº 20 TRF-1ª REGIÃO.
(...)
4. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca da não auto-aplicabilidade do preceito inscrito no art. 201, § 2º da CF/88, declarando que o mesmo constitui 'típica norma de integração, reclamando, para efeito de sua integral aplicabilidade, a intervenção concretizadora do legislador ("interpositio legislatoris"). Existência da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre o reajustamento dos valores dos beneficios previdenciários (arts. 41 e 144)' (RE 148.551-5-Rel. Min. Celso de Mello - 1ª Turma, unânime, DJU 18.08.95, P. 24.913). Em razão disso, não há que se falarem inconstitucionalidade dos aludidos dispositivos legais.
(...)
8. Apelo dos Autores a que se nega provimento.
(...)
10. Peças liberadas pelo Relator em 11/09/2000 para publicação do acórdão."
(TRF1, 1ª Turma, AC nº 1994.01.25175-4, Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral, j. 11.09.2000, DJ 25.09.2000, p. 2).

"PREVIDENCIÁRIO. CRITÉRIO DE PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL DO BENEFÍCIO. EQUIVALÊNCIA SALARIAL. LEI 8213/91.
A cláusula constitucional de preservação do valor real do benefício, inserta no art. 201, par. 2, constitui uma norma programática, a orientar o legislador ordinário na elaboração das leis que regem a previdência social, cujo conteúdo foi definido pela Lei 8213/91, no art. 41 e seus incisos. Não cabe ao operador jurídico fixar o parâmetro para a aplicação do princípio interpretando-o no sentido de vinculação entre o número de salários mínimos apurados no momento da concessão do benefício e a sua equivalência

nos reajuste subseqüentes".
(TRF4, 6ª Turma, AC nº 1998.04.01.065584-3, Rel. Juiz Carlos Sobrinho, j. 15.12.1998, DJ 27.01.1999, p. 668).

Assim, considerando que a r. sentença rescindenda determinou que a equivalência salarial fosse aplicada em caráter permanente, fazendo com que a regra constitucional de vigência transitória perpetuasse indefinidamente, afrontou a regra do art. 58 do ADCT, a qual estabelece a forma de reajuste de benefícios, a ser implantada sete meses após sua vigência até a eficácia da Lei nº 8.213/91. É de ser acolhido, portanto, o pleito de rescisão formulado nesta demanda.

Nesse sentido é o precedente desta Corte:

"AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINARES. SENTENÇA RESCINDENDA 'CITRA PETITA'. PEDIDO RESCISÓRIO LIMITADO AO OBJETO DA RESCISÃO. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 58 DO ADCT AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL EM CARÁTER PERMANENTE. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NOS TERMOS DO ART. 485 V DO CPC. CARACTERIZADA. *IUDICIUM RESCINDENS* E *IUDICIUM RESCISSORIUM.*

I - Admite-se ação rescisória contra sentença transita em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos. (Súmula 514 do C. STF)

II - Ajuizada a rescisória dentro do biênio de que trata o artigo 495 do Código de Processo Civil, não há que se falar em fluência do lapso decadencial extintivo do direito a seu ajuizamento.

III - O critério de atualização do artigo 58 do ADCT incidiu sobre os benefícios em manutenção em outubro de 1988 e limitou-se ao período compreendido entre abril/1989 e dezembro/1991. Após a vigência da Lei nº 8.213/91, com a edição do Decreto nº 357/91, é inaplicável o critério da equivalência salarial nos reajustes dos benefícios

previdenciários, cabendo observar-se os índices revisores previstos nos regramentos previdenciários.
IV - No caso dos autos, a determinação de revisão do benefício previdenciário, de modo a garantir-lhe, em caráter permanente, o recebimento do benefício previdenciário no valor nominal de 3,72, salários mínimos, sem limitação quanto ao termo final, caracteriza ofensa a literal disposição de lei, por afronta à regra preconizada no art. 58, do ADCT, que expressamente estabelece a forma de reajuste de benefícios, a ser implantada sete meses após sua vigência até a eficácia da Lei nº 8.213/91, sendo de rigor a rescisão do julgado.
(...)
IX - Matéria preliminar rejeitada.
X - Procedência da ação rescisória. Ação originária improcedente, quanto à aplicação do art. 58 do ADCT, após o advento da Lei nº 8.213/91."
(3ª Seção, AR nº 1999.03.00.040560-1, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, j. 13.03.2008, DJU 10.07.2008).

Como se vê, o réu tem direito à aplicação do art. 58 do ADCT, de setembro de 1991 (consoante pedido constante da inicial subjacente acostada às fls. 14/16) a dezembro de 1991, quando foi regulamentada a Lei nº 8.213/91.

As parcelas em atraso devem ser corrigidas nos moldes do Provimento nº 64/05 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, da Lei nº 6.899/81 e das Súmulas no 148 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e nº 8 deste Tribunal. Eventuais valores já pagos administrativamente devem ser descontados por ocasião da execução da sentença.

Os juros de mora são devidos a partir da citação, conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil, num percentual de 6% (seis por cento) ao ano até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/02 e, após, à razão de 1% ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil, c.c. o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Esta Seção tem decidido pela extensão às demandas rescisórias dos benefícios da justiça gratuita concedidos na ação subjacente. É o caso dos presentes autos, nos quais, embora não tenha sido formulado pedido nesse sentido, a gratuidade se aplica.

Ante o exposto, *julgo procedente o pedido formulado na presente rescisória*, para rescindir parcialmente o *decisum* hostilizado, com fundamento no art. 485, V, do Código de Processo Civil e, proferindo novo julgamento, *julgo parcialmente procedente o pedido da ação subjacente*. Sem condenação em verbas honorárias considerando que o réu é beneficiário da Justiça Gratuita.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

- Sobre a aplicação da equivalência salarial prevista no artigo 58 do ADCT não ter caráter permanente, veja também os seguintes julgados: AC 98.03.068125-7/SP, Relator Juiz Federal Gilberto Jordan, publicada na RTRF3R 48/145; PRSU 2005.03.00.021048-8/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicado na RTRF3R 92/596 e Ag AI 0023733-92.2008.4.03.0000/SP, Relator Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira, publicado na RTRF3R 100/170.

AÇÃO RESCISÓRIA
0052009-22.1997.4.03.0000
(97.03.052009-0)

Autor: JOAO PIO MEYER
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE ASSIS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LEIDE POLO
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL EVA REGINA
Classe do Processo: AR 513
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/07/2010

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE EQUÍVOCO NA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 11 DA LEI Nº 8.213/91. AUSENTE O REQUISITO CONTIDO NO INCISO V DO ARTIGO 485 DO CPC.

1) As preliminares argüidas pelo requerido, de inépcia da inicial por impossibilidade jurídica do pedido e a de carência da ação por falta de interesse de agir, ante a inexistência de contribuições previdenciárias, bem como o de não cabimento da ação rescisória por não estar presente o requisito contido no inciso V do artigo 485 do CPC, argüido no Parecer do Ministério Público, confundem-se com o mérito.

2) Não houve a interpretação equivocada do artigo 11 da Lei nº 8.213/91, mesmo porque, quando se trata de "contribuições" deve-se fazer remissão à Lei nº 8.212 de julho de 1991, específica do Custeio da Previdência Social e não à Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os benefícios da Previdência Social.

3) O v. acórdão foi prolatado em conformidade com a lei, considerando as circunstâncias dos autos evidenciam que o autor durante tantos anos de sua vida, revelados nos documentos anexos aos autos, foi proprietário da Fazenda "Cervo", denominada depois Fazenda "Santa Cruz". E, não obstante o autor se tenha qualificado como "segurado

especial", na verdade os documentos carreados aos autos revelam ser "empregador rural" tendo procedido a sua inscrição junto ao INSS como "empregador rural", Código de Ocupação 22, na condição de contribuinte individual.

4) Quando do seu casamento, já se qualificara como "agricultor", denominação geralmente utilizada para proprietários de terras, diversamente do vocábulo "lavrador", utilizado por empregado, subordinado a uma relação de emprego. As testemunhas ouvidas no processo originário afirmam que o autor mantinha em sua fazenda, arrendatários e meeiros. Só uma extensa propriedade comporta em sua exploração arrendatários e meeiros. Disso decorre a qualificação do autor como "empregador rural", "empresário", agricultor. Nessa condição, a lei obriga à inscrição e ao recolhimento de contribuições para a vinculação ao regime previdenciário e seus benefícios, e isso desde a Lei nº 6.260, de 06/11/1975.

5) Em nenhum momento, ao contrário do que sustenta a parte autora, se denota no v. acórdão rescindendo, que a necessidade dos recolhimentos é disciplinada pelo artigo 11 da Lei nº 8.213/91. Tanto é que na ementa do julgado, sequer há menção desse dispositivo legal.

6) Ação rescisória improcedente. Condenação do autor ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 515,00 (quinhentos e quinze reais) e arcar com as custas e despesas processuais, *ex vi legis*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória e fixar os honorários advocatícios em R$ 515,00 (quinhentos e quinze reais), custas e despesas *ex vi legis*, nos termos do relatório e voto da Desembargadora Federal Relatora, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de abril de 2010.
Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LEIDE POLO (Relatora):

Trata-se de Ação Rescisória proposta por JOAO PIO MEYER, em 12 de agosto de 1997, com fulcro no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, que objetiva a rescisão do v. acórdão da Segunda Turma deste Tribunal, proferido nos autos da Apelação Cível nº 96.03.071390-2, que conheceu e deu provimento ao recurso do INSS, para julgar improcedente a ação e condenou o autor em honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. O v. acórdão reformou a r. sentença prolatada nos autos da Ação Declaratória nº 299/96 - 2ª Vara da Comarca de Assis/SP, que julgou procedente o pedido declaratório formulado pelo autor, "reconhecendo como trabalhado na atividade rural, o período compreendido entre fevereiro de 1.953 e março de 1.975." O Instituto-réu, em consequência, foi condenado a averbar tal período, expedindo a competente certidão.

A parte autora sustenta, em síntese, que:

a) o v. acórdão emprestou ao artigo 11 da Lei nº 8.213/91 interpretação oposta aos das Superiores Instâncias em casos análogos;

b) o dispositivo legal em comento "cuida, tão somente, de inferir a condição de segurado especial aos rurícolas que labutam em regime de economia familiar, delimitando o conceito e silenciando no que atina o seu 'dever' de proceder o recolhimento das contribuições previdenciárias."

c) o não recolhimento em tempo oportuno das contribuições devidas pelo requerente constitui mera irregularidade administrativa, "cuja invocação não encontra guarida na discussão do lapso temporal efetivamente laborado sem a devida anotação em C.T.P.S.";

d) incumbe ao ente previdenciário através de seu poder de

polícia o exercício regular do dever de fiscalização que lhe é confiado pela legislação positiva;

e) o pedido deduzido, certo e determinado, cingiu-se no reconhecimento do período em que laborou como rurícola em regime de economia familiar, sem a devida anotação em C.T.P.S.,o qual foi reconhecido em 1º grau de jurisdição e pelo v. acórdão em apreciação;

f) se a ação declaratória colima o reconhecimento judicial do tempo trabalhado como rural, em regime de economia familiar, é descabida qualquer outra indagação referente ao recolhimento ou não das contribuições previdenciárias;

g) o v. acórdão rescindendo ao embasar a fundamentação da decisão em interpretação inaplicável de dispositivo de lei, artigo 11 da Lei nº 8.213/91, violou o seu direito e ofendeu o ordenamento jurídico.

Afinal requer seja decretada a rescisão do v. acórdão rescindendo e restabelecida a r. sentença de 1º grau, invertidos os ônus da sucumbência.

A Inicial foi instruída com a documentação de fls. 13/116.

Às fls. 123/126, contestação do réu (INSS), na qual inclusive argúi a preliminar de inépcia da petição inicial, ao argumento de que o autor não demonstrou o dispositivo legal violado. E, assim, requer seja o processo julgado extinto sem julgamento do mérito, com fulcro no artigo 267, inciso I, do CPC, "indeferindo-se a petição inicial por inépcia, uma vez que esta enquadra-se na hipótese do Art. 295, I, combinado com o Art. 295, parágrafo único, inciso III, isto é, *por impossibilidade jurídica do pedido*." Suscita também a preliminar de carência da ação por falta de interesse de agir, vez que a inexistência do recolhimento das contribuições previdenciárias, é na verdade, o motivo pelo qual se julgou inadmissível o reconhecimento do período trabalhado como rurícola para fins de contagem de tempo de serviço. E, dessa forma, sem a coisa julgada acerca do motivo da decisão atacada (inexistência do recolhimento das contribuições), falta ao autor o interesse de agir na ação, o que impõe a sua extinção sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC.

E, no mérito, sustenta que o v. acórdão rescindendo apenas aplicou o artigo 25 da Lei nº 8.212/91, ao condicionar o reconhecimento do período trabalhado como rurícola para fins de contagem de tempo serviço, ao recolhimento da contribuição previdenciária.

Sem especificação de provas e aberta vista dos autos às partes para apresentação das razões finais, o INSS reitera os argumentos da peça contestatória e, se conhecida a ação, o seu improvimento, porquanto o autor não preencheu os requisitos legais para obter a averbação do tempo de serviço (fls. 132/134). E, transcorreu "in albis", o prazo para o autor apresentar as razões finais, conforme certidão de fl. 135.

Dada vista dos autos ao Ministério Público Federal, o ilustre Senhor Procurador Regional da República, opina pelo não cabimento da ação rescisória, uma vez ausente o requisito contido no inciso V do artigo 485 do CPC. E, no mérito, opina pela improcedência da ação rescisória.

Os autos foram redistribuídos a esta Relatoria, em 11 de novembro de 2003.

É O RELATÓRIO.

À REVISÃO.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LEIDE POLO (Relatora):

Trata-se de Ação Rescisória proposta por JOAO PIO MEYER, com fundamento no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, que objetiva a rescisão do v. acórdão da Segunda Turma deste Tribunal, proferido nos autos da Apelação Cível nº 96.03.071390-2, que conheceu e deu provimento ao recurso do INSS, para julgar improcedente a ação e condenou o autor em honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. O v. acórdão, que transitou em julgado em 03 de abril de 1997, reformou a r. sentença prolatada nos autos da Ação Declaratória nº 299/96 - 2ª Vara da Comarca de Assis/SP, que

julgou procedente o pedido declaratório formulado pelo autor, "reconhecendo como trabalhado na atividade rural, o período compreendido entre fevereiro de 1.953 e março de 1.975." O Instituto-réu, em consequência, foi condenado a averbar tal período, expedindo a competente certidão.

Inicialmente, as preliminares argüidas pelo requerido, de inépcia da inicial por impossibilidade jurídica do pedido e a de carência da ação por falta de interesse de agir, ante a inexistência de contribuições previdenciárias, bem como o de não cabimento da ação rescisória por não estar presente o requisito contido no inciso V do artigo 485 do CPC, argüido pelo Ministério Público Federal no parecer de fls. 136/139, confundem-se com o mérito, que será apreciado a seguir.

Passo ao mérito da ação rescisória.

A ação rescisória deve ser julgada improcedente.

Para a melhor compreensão da matéria discutida nos autos entendo que se faz necessária a transcrição do voto proferido na Apelação Cível nº 96.03.071390-2, *verbis*:

> "(...) Apela o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS da sentença do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Assis - SP, que reconheceu ao autor o direito de ver contado como tempo de serviço o período compreendido entre fev/1953 a mar/1975.
> O apelante aduz, em preliminar:
> a) carência de ação;
> b) prescrição extintiva do direito de ação;
> c) incompetência do Juízo *a quo*.
> A suscitada preliminar de carência de ação não merece acolhida.
> Não prospera a tese segundo a qual a ação declaratória não é hábil ao fim colimado pelo autor.
> É que a pretensão do ora apelado é ver reconhecido seu vínculo com a Previdência no período questionado. Noutro dizer, o objetivo do autor é o reconhecimento judicial da relação jurídica securitária entre ele e o Instituto.

Destarte, totalmente cabível o caminho percorrido pelo autor para satisfação de sua pretensão.
No tocante à prescrição do direito de ação, de igual sorte, não merece acolhida a preliminar arguida.
É que o direito ao benefício previdenciário, objeto mediato da presente demanda, é imprescritível.
Destarte, perde o beneficiário, apenas, o direto às prestações atingidas pela prescrição qüinqüenal.
Confira-se o disposto no art. 103 da Lei nº 8213/91:
'Sem prejuízo do benefício, prescreve em 05 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes.'
Por ser objeto mediato da ação de reconhecimento de tempo de serviço o benefício previdenciário, aplica-se, por extensão, o disposto no § 3º do art. 109 da Constituição Federal.
A preliminar de carência da ação face a não comprovação da condição de segurado, se confunde com o mérito e com ele será apreciada.
No mérito, o INSS pleiteia a reforma do *decisum a quo* ao argumento de que:
a) não restou demonstrado o efetivo exercício da atividade rural nos termos da lei;
b) isenção de custas.
Com razão, em parte, a Autarquia em seu apelo.
Com efeito, ainda que se considere a prova testemunhal como suficiente a comprovar o exercício de atividade rurícola, inadmissível reconhecer o período ora questionado como efetivamente laborado pelo autor para fins previdenciários.
É que da inicial, dos depoimentos acostados às fls. 81/82 e dos documentos de fls. 11/53, tem-se que o ora apelado desenvolvia a atividade rurícola em regime de economia familiar, sendo, pois, segurado especial (art. 11, VII, da Lei 8.213/91).

Destarte, nos termos da legislação de regência dos benefícios previdenciários, ao segurado especial incumbe o ônus de recolher as contribuições previdenciárias.

Acrescente-se, por oportuno, que os documentos de fls. 17/53 comprovam o recolhimento das contribuições de março/75 a dez/95 e não do período que o autor quer ver reconhecido (fev/53 a 3/75).

Inadmissível pois, reconhecer o período alegado pelo autor na inicial para fins de contagem de tempo de serviço eis que não comprovou o recolhimento das contribuições devidas.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso do INSS para, reformando a sentença, julgar improcedente a ação e condenar o autor em honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

É o voto."

O pedido rescisório está embasado no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil. O autor alega que o v. acórdão rescindendo violou o seu direito, porquanto teria interpretado equivocadamente o texto legal encerrado no artigo 11 da Lei nº 8.213/91, que nada dispõe sobre o recolhimento das contribuições previdenciárias.

Destaco a redação do artigo 11 da Lei em comento que elenca todos os segurados obrigatórios da Previdência Social entre os quais o segurado especial. Mas não é essa a questão principal dos autos.

Não há dúvidas que esse dispositivo legal, inserto no "Plano de Benefícios", somente "enquadra" a situação do autor perante a Previdência Social e, dessa forma, não poderia tratar das contribuições previdenciárias, as quais são regradas pelo "Plano de Custeio", Lei nº 8.212/91.

Realmente, não houve a interpretação equivocada do artigo 11 da Lei nº 8.213/91, mesmo porque, quando se trata de "contribuições" deve-se fazer remissão à Lei nº 8.212 de julho de 1991, específica do Custeio da Previdência Social e não à Lei

nº 8.213/91, que dispõe sobre os benefícios da Previdência Social.

Por outro lado, entendo que o v. acórdão foi prolatado em conformidade com a lei, considerando as circunstâncias dos autos evidenciam que o Autor durante tantos anos de sua vida, revelados nos documentos anexos aos autos, foi proprietário da Fazenda "Cervo", denominada depois Fazenda "Santa Cruz". E, não obstante o autor se tenha qualificado como "segurado especial", na verdade os documentos de fls. 31/35 e 49/65 revelam ser "empregador rural" tendo procedido a sua inscrição junto ao INSS como "empregador rural", Código de Ocupação 22, na condição de contribuinte individual.

Quando do seu casamento com uma professora primária, já se qualificara como "agricultor", denominação geralmente utilizada para proprietários de terras, diversamente do vocábulo "lavrador", utilizado por empregado, subordinado a uma relação de emprego. Na seqüência dessa conclusão, alia-se à descaracterização do alegado regime de "economia familiar", o fato de a esposa do autor qualificar-se como professora primária e, exercendo as atividades de Educadora, situa-se à parte do alegado regime.

Acrescem essas considerações os depoimentos das testemunhas ouvidas no processo originário, cópias de fls. 69 e 70, que afirmam que o autor mantinha em sua fazenda, arrendatários e meeiros. Só uma extensa propriedade comporta em sua exploração arrendatários e meeiros. Disso decorre a qualificação do autor como "empregador rural", "empresário", agricultor. Nessa condição, a lei obriga à inscrição e ao recolhimento de contribuições para a vinculação ao regime previdenciário e seus benefícios, e isso desde a Lei nº 6.260, de 06/11/1975.

Reitero, pois a leitura atenta do inteiro teor do voto proferido na Apelação Cível nº 96.03.071390-2, permite concluir que não está caracterizada a violação literal de lei, como entende a parte autora.

O v. acórdão rescindendo teria feito menção ao segurado especial (art. 11, VII, Lei nº 8.213/91), vez que o autor alegou que desenvolvia suas atividades rurícolas em regime de economia familiar, situação que não condiz com a realidade de empregador

rural, proprietário de fazenda, demonstrada nos autos. Assim, o julgado rescindendo, embasado "nos termos da legislação de regência dos benefícios previdenciários", dispôs que lhe cabe o ônus de recolher as contribuições previdenciárias. Em nenhum momento, ao contrário do que sustenta a parte autora, se denota no v. acórdão rescindendo, que a necessidade dos recolhimentos é disciplinada pelo artigo 11 da Lei nº 8.213/91. Tanto é que na ementa do julgado, de fl. 107 destes autos, sequer há menção desse dispositivo legal.

E, nesse contexto, adoto o entendimento perfilhado pelo Senhor Procurador Regional da República, no seu parecer de fls. 136/139, *verbis*:

> "Alega o A. que o art. 11 da lei 8.213/91, que supostamente embasou o v. acórdão, delimita o conceito de segurado especial e silencia no seu dever de proceder o recolhimento das contribuições previdenciárias.
> Ao nosso ver, tal alegação não procede, pois o v. acórdão ao elencar o artigo 11, da Lei nº 8.213/91, teve apenas por fim enquadrar a suposta atividade exercida pelo ora A. (entre fevereiro de 1.953 a março de 1.975), qual seja trabalhador rural em regime de economia familiar.
> De forma que, não foi aquele dispositivo legal que embasou o v. acórdão, e nem poderia tê-lo embasado, pois uma leitura atenta do referido artigo de lei demonstra que a sua finalidade é de apenas elencar quais são os segurados obrigatórios da Previdência Social, e não regular a sua forma de contribuição."

O entendimento acima tem suporte na Súmula nº 272 do C. STJ, que assim dispõe:

> "O trabalhador rural, na condição de segurado especial, sujeito à contribuição obrigatória sobre a produção rural comercializada, somente faz jus à aposentadoria por tempo de serviço, se recolher contribuições facultativas."

Portanto, não há que se falar em violação literal de lei, posto que o v. acórdão rescindendo não incorreu em interpretação equivocada do artigo 11 da Lei nº 8.213/91.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação rescisória, na forma da fundamentação.

Condeno o autor ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 515,00 (quinhentos e quinze reais) e a arcar com as custas e despesas processuais, *ex vi legis*.

É como voto.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

AÇÃO RESCISÓRIA
0048351-38.2007.4.03.0000
(2007.03.00.048351-9)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Ré: LUZIA MARQUES POMPERMAYER
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA GISELLE FRANÇA
Revisora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA NOEMI MARTINS
Classe do Processo: AR 5396
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/07/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO POR MORTE. MAJORAÇÃO POSTERIOR À DATA DO ÓBITO. COEFICIENTE. 100%. LEI 9.032/95. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. AÇÃO PROCEDENTE. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. IMPROCEDÊNCIA. CARÁTER ALIMENTAR.

1. A violação a literal disposição de lei, *lato sensu* (artigo 485, V, do CPC), é a decorrente da não aplicação de uma determinada lei ou de sua aplicação incorreta, compreendendo esta tanto os erros de julgamento quanto os de procedimento.

2. O objeto da presente rescisória restringe-se à majoração do coeficiente da pensão por morte, com base em lei posterior à data do óbito, qual seja, a Lei 9.032/95, em confronto com o disposto nos artigos 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da Constituição Federal, bem como no artigo 75, da Lei 8.213/91.

3. As pensões por morte decorrentes de óbitos anteriores à Lei 8.213/91 tinham suas rendas mensais iniciais fixadas em 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado teria direito na data do óbito, nos termos do artigo 50, inciso V, do Decreto 72.771/73, acrescidas de 10% (dez por cento) por cada dependente.

4. A atual Lei de Benefícios, em seu artigo 145, alterou o

coeficiente para 80% (oitenta por cento), igualmente acrescido de 10% (dez por cento) por dependente, e, a partir da Lei 9.032/95, que alterou a redação do artigo 75, daquela Lei, referido coeficiente passou a ser de 100% (cem por cento).
5. A decisão rescindenda deu provimento à apelação e condenou a autarquia previdenciária à revisão do valor da pensão da parte, com a consequente majoração do coeficiente de cálculo para 100% (cem por cento), a partir da Lei 9.032/95, e pagamento das diferenças daí advindas, por entender que a nova lei se aplica às pensões decorrentes de óbitos anteriores à sua edição.
6. O excelso STF, em casos semelhantes, já decidiu que a aplicação de lei posterior a benefícios já concedidos ou cujos requisitos foram implementados anteriormente ao início de sua vigência, viola os artigos 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da Constituição Federal.
7. O Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária do dia 8 de fevereiro de 2007, ao julgar o RE 415.454 e o RE 416.827, fixou entendimento segundo o qual seria inadmissível qualquer interpretação da Lei 9.032/95 que importe aplicação de suas disposições a benefícios concedidos em momento anterior à sua vigência. De acordo com a Corte Suprema, o benefício pensão por morte deve ser calculado de acordo com a legislação vigente à época do óbito, não se modificando o valor da renda mensal inicial, ainda que sobrevenha lei posterior mais favorável.
8. A propósito, assim dispõe a Súmula 340, do STJ: “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.”.
9. Verifica-se que houve ofensa aos artigos 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da Constituição Federal, bem como ao artigo 75, da Lei 8.213/91, o que configura a hipótese prevista no artigo 485, inciso V, do CPC.
10. Não é possível a restituição dos valores pagos a título de benefício previdenciário, devido ao seu caráter alimentar,

em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos (REsp 627808 RS, Min. José Arnaldo da Fonseca), máxime por terem sido recebidos de boa-fé, vez que acobertados por decisão judicial.

11. Ação rescisória procedente.

12. Sem condenação nos ônus da sucumbência, por se tratar a parte ré de beneficiária da assistência judiciária gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória para, em juízo rescindendo, desconstituir a decisão de fls. 95/98, quanto à majoração dos coeficientes de cálculo de pensão por morte, e, em juízo rescisório, julgar improcedente o pedido formulado na ação originária, e improcedente o pedido de restituição, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2010.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA (Relatora):

Trata-se de ação rescisória, ajuizada pelo INSS, com fulcro no artigo 485, V, do CPC, para desconstituir a decisão monocrática proferida nos autos da Apelação Cível nº 2003.61.14.007770-6, que determinou a revisão do valor da pensão por morte, mediante a elevação do coeficiente de cálculo para 100%, a partir da Lei 9.032/95. Pleiteia, ainda, o novo julgamento da causa, para que seja julgado improcedente o pedido da ação originária e restituídas as parcelas pagas em decorrência da ação rescindenda.

Sustenta, em síntese, violação aos artigos 5º, inciso

XXXVI, e 195, § 5º da Constituição de 1988, e artigo 75, da Lei 8.213/91.

A decisão rescindenda transitou em julgado em 12.05.05 (fls. 103).

A tutela antecipada foi concedida em 22.05.07 (fls. 157/158).

Regularmente citada, a ré apresentou contestação (fls. 178/182) na qual assevera que não houve violação de lei e requer os benefícios da assistência judiciária gratuita, a qual restou deferida às fls. 200.

Em seu parecer, o representante ministerial opina pela procedência da ação (fls. 189/198).

Dispensada a produção de outras provas, bem como de razões finais, os autos foram conclusos em 29/09/08, e, redistribuídos por sucessão a este gabinete, em 03/08/09.

É o relatório.

À revisão, na forma regimental.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA (Relatora):

A ação rescisória, de natureza constitutivo-negativa, é a via adequada a desconstituir a autoridade da coisa julgada atribuída a decisões de mérito que alcançaram, por força da preclusão máxima advinda de seu trânsito em julgado, a qualidade da imutabilidade. Tendo por causa de pedir uma das hipóteses elencadas no artigo 485, do CPC, nulidades para as quais o legislador pretendeu assegurar, por um biênio, a possibilidade de extirpá-las da relação processual originária, a rescisória deve ser admitida excepcionalmente, porquanto, ao contrário dos recursos, não tem por objeto rediscutir a lide.

Por tal razão, a violação a literal disposição de lei, *lato sensu* (artigo 485, V, do CPC), é a decorrente da não aplicação de uma determinada lei ou de sua aplicação incorreta, compreendendo

esta tanto os erros de julgamento quanto os de procedimento.

O objeto da presente rescisória restringe-se à majoração do coeficiente da pensão por morte, com base em lei posterior à data do óbito, qual seja, a Lei 9.032/95, em confronto com o disposto nos artigos 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da Constituição Federal, bem como no artigo 75, da Lei 8.213/91.

Mister ressaltar que as pensões por morte decorrentes de óbitos anteriores à Lei 8.213/91 tinham suas rendas mensais iniciais fixadas em 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado teria direito na data do óbito, nos termos do artigo 50, inciso V, do Decreto 72.771/73, acrescidas de 10% (dez por cento) por cada dependente.

A atual Lei de Benefícios, em seu artigo 145, alterou o coeficiente para 80% (oitenta por cento), igualmente acrescido de 10% (dez por cento) por dependente, e, a partir da Lei 9.032/95, que alterou a redação do artigo 75, daquela Lei, referido coeficiente passou a ser de 100% (cem por cento).

A decisão rescindenda deu provimento à apelação e condenou a autarquia previdenciária à revisão do valor da pensão da parte, com a consequente majoração do coeficiente de cálculo para 100% (cem por cento), a partir da Lei 9.032/95, e pagamento das diferenças daí advindas, por entender que a nova lei se aplica às pensões decorrentes de óbitos anteriores à sua edição.

Entretanto, o excelso STF, em casos semelhantes, já decidiu que a aplicação de lei posterior a benefícios já concedidos ou cujos requisitos foram implementados anteriormente ao início de sua vigência, viola os artigos 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da Constituição Federal, senão vejamos:

> "BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 9.032, DE 1995. APLICAÇÃO DA CITADA LEI. IMPOSSIBILIDADE.
> - O benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente na data da sua concessão. Violação configurada do artigo 195, § 5º, da Constituição Federal. Recurso extraordinário provido."

(RE 461092/RS; STF; Tribunal Pleno; Relator Ministro Gilmar Mendes; j. 09.02.2007; DJ de 23.03.2007, pág. 40);

"PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. APOSENTADORIA ESPECIAL. RENDA MENSAL. VALOR. MAJORAÇÃO.
Aplicação dos arts. 44, 57, § 1º, e 75 da Lei nº 8.213/91, com as alterações da Lei nº 9.032/95, a benefício concedido ou cujos requisitos foram implementados anteriormente ao início de sua vigência. Inadmissibilidade. Violação aos arts. 5º, XXXVI, e 195, § 5º, da CF. Recurso extraordinário provido. Precedentes do Plenário. Os arts. 44, 57, § 1º, e 75 da Lei federal nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.032/95, não se aplicam aos benefícios cujos requisitos de concessão se tenham aperfeiçoado antes do início de sua vigência."
(RE 467605/PR; STF; Tribunal Pleno; Relator Ministro Cezar Peluzo; j. 09.02.2007; DJ de 13.04.2007, pág. 27).

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária do dia 8 de fevereiro de 2007, ao julgar o RE 415.454 e o RE 416.827, fixou entendimento segundo o qual seria inadmissível qualquer interpretação da Lei 9.032/95 que importe aplicação de suas disposições a benefícios concedidos em momento anterior à sua vigência. De acordo com a Corte Suprema, o benefício pensão por morte deve ser calculado de acordo com a legislação vigente à época do óbito, não se modificando o valor da renda mensal inicial, ainda que sobrevenha lei posterior mais favorável.

A propósito, assim dispõe a Súmula 340, do STJ: "A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.".

Desta forma, verifica-se que houve ofensa aos artigos 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da Constituição Federal, bem como ao artigo 75, da Lei 8.213/91, o que configura a hipótese

prevista no artigo 485, inciso V, do CPC.

Por seu turno, não é possível a restituição dos valores pagos a título de benefício previdenciário, devido ao seu caráter alimentar, em razão do princípio da irrepetibilidade dos alimentos (REsp 627808 RS, Min. José Arnaldo da Fonseca).

No mesmo sentido já decidiu esta egrégia Corte:

> "PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO POR MORTE. ALTERAÇÃO DE COEFICIENTE. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. VIOLAÇÃO À DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL. DIFERENÇAS RECEBIDAS DE BOA-FÉ. I - O benefício de pensão por morte deve ter sua renda mensal inicial calculada de acordo com a legislação vigente à data do óbito, momento no qual se verificou o fato com aptidão para gerar o direito ao benefício postulado. II - Não merece acolhimento o pedido de restituição das diferenças já pagas, tendo em vista a natureza alimentar de tais diferenças e a boa-fé da ora ré, além do que enquanto a decisão rescindenda produziu efeitos, eram devidas as diferenças dela decorrentes. III - Em se tratando de beneficiária da justiça gratuita, incabível a condenação da ré aos ônus de sucumbência. Precedentes do STF. IV - Ação rescisória cujo pedido se julga procedente. Ação subjacente cujo pedido se julga improcedente. Pedido de restituição de valores eventualmente percebidos pela ré improcedente."
> (AR 2008.03.00.035227-2, Rel. Des. Fed. SERGIO NASCIMENTO, Terceira Seção, j. 26/11/2009, DJ 27/01/2010);

> "AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO POR MORTE. MAJORAÇÃO. COEFICIENTE. ART. 75, LEI 8.213/91. LEI 9.032/95. STF: RE 415.454/SC, 416.827/SC E 580.132/SP. RESCISÃO DO ACÓRDÃO (ART. 485, INC. V, CPC). PEDIDO DA AÇÃO PRIMEVA. IMPROCEDÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PERCEBIDOS DE BOA-FÉ. IMPROCEDENTE. - Súmula 343 do STF. O preceito

afigura-se adequado apenas quando da desconstituição de decisões fundadas em normatização infraconstitucional. - O art. 48 do Decreto 89.312/84 rezava que o benefício de pensão por morte consistia numa renda mensal correspondente a 50% do salário-de-benefício, acrescido de 10% a cada dependente, até o máximo de 100%. - Com a Lei 8.213/91, o sistema previdenciário teve sua sistemática alterada, quanto ao percentual do salário-de-benefício. - Dispôs o art. 75 da Lei 8.213/91 que o valor da pensão por morte seria de 80% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou a que teria direito, se estivesse aposentado na data do seu falecimento, mais tantas parcelas de 10% do valor da referida aposentadoria até quantos fossem os seus dependentes, até o máximo de dois, ou 100% do salário-de-benefício ou do salário-de-contribuição vigente no dia do acidente, o mais vantajoso, se o passamento decorresse de acidente do trabalho. - A Lei 9.032/95 modificou essas regras, inclusive sobre o acidente de trabalho (percentual do benefício), elevando o coeficiente de aplicação a 100% do salário-de-benefício do segurado, o que foi mantido pela Lei 9.528/97. - O Plenário do STF, em julgamento de 08/02/2007, REs 415.454/SC e 416.827/SC (Rel. Min. Gilmar Mendes), decidiu, porém, que as pensões por morte concedidas anteriormente à edição das Leis 8.213/91 e 9.032/95 não deviam ser revistas. - A propósito, Súmula 340 do STJ: 'A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.' - Decisão proferida no RE 580.132, a reconhecer a matéria como repercussão geral, julgando-lhe o mérito. - O pedido de restituição das diferenças eventualmente pagas às ora rés deve ser apreciado no âmbito da presente ação rescisória, visto que a questão surge em razão da desconstituição da decisão rescindenda, que assegurava a majoração do coeficiente do benefício de pensão por morte. - Indevida a restituição das verbas de caráter alimentar, percebidas de boa-fé, em decorrência de sentença judicial

transitada em julgado. Precedente da Terceira Seção de Julgamentos de E. Corte Regional. - Pedido de rescisão do decisório hostilizado procedente. Ação subjacente julgada improcedente. Pedido de restituição dos valores eventualmente recebidos pelas oras rés julgado improcedente."
(AR 2007.03.00.029398-6, Rel. p/ acórdão Juiz Fed. Conv. Alexandre Sormani, Terceira Seção, j. 26/11/2009, DJ 15/01/2010);

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO POR MORTE. ALTERAÇÃO DE COEFICIENTES. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. VIOLAÇÃO À DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL. DIFERENÇAS RECEBIDAS DE BOA-FÉ. I - O benefício de pensão por morte deve ter sua renda mensal inicial calculada de acordo com a legislação vigente à data do óbito, momento no qual se verificou o fato com aptidão para gerar o direito ao benefício postulado. II - O pedido de restituição das diferenças eventualmente pagas às ora rés deve ser apreciado no âmbito da presente ação rescisória, porquanto a aludida questão surge exatamente em função da desconstituição da decisão rescindenda, que assegurava a majoração dos coeficientes dos benefícios de pensão por morte. III - Tendo em vista a natureza alimentar de tais diferenças e a boa-fé das ora rés, além do que enquanto a decisão rescindenda produziu efeitos eram devidas as diferenças dela decorrentes, incabível a restituição pleiteada. IV - Ação rescisória cujo pedido se julga procedente. Ação subjacente cujo pedido se julga improcedente. Extinção do processo sem resolução do mérito rejeitada. Pedido de restituição de valores eventualmente pagos às rés julgado improcedente."
(AR 2007.03.00.084677-0, Rel. p/ acórdão Des. Fed. SERGIO NASCIMENTO, Terceira Seção, j. 22/10/2009, DJ 12/01/2010) e

"PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO DE LEI. ARTIGO 485, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. DESCENDENTE MAIOR DE 21 (VINTE E UM) ANOS. RESCISÓRIA PROCEDENTE. AÇÃO ORIGINÁRIA IMPROCEDENTE.
(...)
Não comprovada má-fé no recebimento dos valores discutidos, não é permitida a restituição, mesmo porque enquanto a sentença produziu efeitos, o pagamento era devido. - A ré está isenta de pagamento da verba honorária, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita (artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal). - Procedente a ação rescisória. Ação originária improcedente."
(AR 96.03.001239-4, Rel. Des. Fed. EVA REGINA, Terceira Seção, j. 26/04/2006, DJ 05/07/2006).

Este também é o entendimento das demais Cortes Regionais:

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO ATO JURÍDICO PERFEITO, AO ART. 195, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E, AO ART. 75 DA LEI Nº 8.213/91, VIGENTE À ÉPOCA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE. MAJORAÇÃO. PERCENTUAL DE 100% DA APOSENTADORIA DO INSTITUIDOR. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.032/1995. PENSÃO CONCEDIDA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI INSTITUIDORA DO REAJUSTE. RETROATIVIDADE. NÃO-CABIMENTO. PEDIDO RESCISÓRIO PROCEDENTE EM PARTE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES AUFERIDOS POR FORÇA DA DECISÃO RESCINDENDA. IMPROCEDÊNCIA. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR, DE VALOR IRRISÓRIO.

1. É incabível a aplicação do reajuste no percentual de 100% à pensão por morte concedida antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, instituidora do reajuste. Precedente da 1ª Turma (AC 2002.01.00.037817-1/MG, 1ª Turma, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves). 2. Não havendo disposição expressa acerca do efeito retroativo, a aplicação de lei nova ao benefício concedido anteriormente à sua vigência configura ofensa à garantia do ato jurídico perfeito (RE 108.410/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Rafael Mayer). 3. O direito ao benefício previdenciário de pensão por morte inicia-se com o surgimento do respectivo fato gerador, qual seja, o óbito do instituidor, em cujo momento deverão ser analisadas as condições legais para a concessão, segundo a legislação vigente à época. Precedente (AC 1999.37.00.003939-5/MA, rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves). 4. Os proventos de pensão recebidos pela segurada, verba de natureza alimentar de valor irrisório, não ensejam repetição. 5. Pedido rescisório que se julga procedente em parte para rescindir o acórdão prolatado pela Primeira Turma desta Corte no julgamento da AC 2004.01.99.051547-7/MG, e, em reexame da demanda, dar provimento à Remessa Oficial e à AC 2004.01.99.051547-7/MG para julgar-se improcedente o pedido inicial de reajuste do benefício de pensão por morte na forma do art. 75, da Lei nº 8.213/91. 6. Requerida na ação rescisória condenada ao pagamento de verba honorária da sucumbência no percentual de 10% sobre o valor atribuído à causa rescisória. Sem custas".
(TRF1, AR 200701000199456 - MG, Des. Fed. José Amílcar Machado, DJ 09.06.08);

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO ATO JURÍDICO PERFEITO, AO ART. 195, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E, AO ART. 75 DA LEI Nº 8.213-91, NO

VIGENTE À ÉPOCA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. REQUERIMENTO EM CONTESTAÇÃO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS. DEFERIMENTO. PENSÃO POR MORTE. MAJORAÇÃO. PERCENTUAL DE 100% DA APOSENTADORIA DO INSTITUIDOR. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.032/1995. PENSÃO CONCEDIDA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI INSTITUIDORA DO REAJUSTE. RETROATIVIDADE. NÃO-CABIMENTO. PEDIDO RESCISÓRIO PROCEDENTE EM PARTE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES AUFERIDOS POR FORÇA DA DECISÃO RESCINDENDA. IMPROCEDÊNCIA. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR, DE VALOR IRRISÓRIO.

1. Presentes os pressupostos legais, deve ser deferido o requerimento de assistência judiciária formulado em contestação. 2. É incabível a aplicação do reajuste no percentual de 100% à pensão por morte concedida antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, instituidora do reajuste. Precedente da 1ª Turma (AC 2002.01.00.037817-1/MG, 1ª Turma, Rel. Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves). 3. Não havendo disposição expressa acerca do efeito retroativo, a aplicação de lei nova ao benefício concedido anteriormente à sua vigência configura ofensa à garantia do ato jurídico perfeito (RE 108.410/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Rafael Mayer). 4. O direito ao benefício previdenciário de pensão por morte inicia-se com o surgimento do respectivo fato gerador, qual seja, o óbito do instituidor, em cujo momento deverão ser analisadas as condições legais para concessão, segundo a legislação vigente à época. Precedente (AC 1999.37.00.003939-5/MA, rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves). 5. Os proventos de pensão recebidos pela segurada, verba de natureza alimentar de valor irrisório, não ensejam repetição. 6. Pedido rescisório que se julga procedente em parte para rescindir-se o acórdão prolatado pela Primeira Turma desta Corte no

julgamento da REO 2004.36.00.005234-4/MT, e, em reexame da demanda, dar provimento à REO 2004.36.00.005234-4/MT, julgando-se improcedente o pedido inicial de reajuste do benefício de pensão por morte na forma do art. 75, da Lei n. 8.213/91. 7. Requerida condenada ao pagamento de verba honorária da sucumbência no percentual de 10% sobre o valor atribuído à causa rescisória, suspensa a respectiva execução dada a assistência judiciária concedida (Lei nº 1.060/50, art. 12). Sem custas".
(TRF1, AR 2007.01.00.0068973, Des. Fed. José Amílcar Machado, DJ 09.06.08);

"CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NO ART. 75 DA LEI 8.213/91 (REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 9.032/95) A BENEFÍCIO INSTITUÍDO ANTES DA SUA EDIÇÃO - VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTS. 5º, XXXVI E 195, § 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
I - O pedido rescisório se funda em violação a dispositivos constitucionais, o que afasta a aplicação da Súmula 343 do STF. II - À luz dos princípios preconizados no art. 5º, XXXVI, da CF, e do preceito insculpido no art. 195, § 5º, da CF, não é possível aplicar a nova regra de conformação das pensões dispostas no art. 75 da Lei nº 8.213/91 aos benefícios concedidos antes da sua vigência. Precedentes do STF. III - Procedente o pedido de rescisão do julgado para negar provimento ao pedido de majoração da cota da pensão por morte percebida pela Autora da ação rescindenda. IV - Ressalvada a impossibilidade de repetição dos valores porventura já recebidos em decorrência da sentença transitada em julgado, eis que se trata de verba de natureza alimentar recebida de boa-fé".
(TRF2, AR 2007.02.01.007122-4, Des. Fed. Messod Azulay Neto, DJ 07.03.08);

"AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. PENSÃO POR MORTE. ART. 75 DA LEI 8.213/91. APLICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE E MAIS BENÉFICA PARA FINS DE MAJORAÇÃO DO COEFICIENTE DE PENSÃO POR MORTE. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 485, V, CPC. RESTITUIÇÃO INDEVIDA. PARCELAS RECEBIDAS DE BOA-FÉ. AJG.
1. A majoração do percentual de cálculo para os benefícios de pensão concedidos anteriormente às alterações introduzidas pela Lei 9.032/95, nos moldes ali definidos, viola o disposto no artigo 195, § 5º, da CF/88, que veda a 'majoração de benefício sem a correspondente fonte de custeio total' e o princípio *tempus regit actum*, devendo os benefícios deferidos em momento pretérito ser regulados pela legislação vigente ao momento da concessão (art. 5º, XXXVI da CF). Precedentes do STF: RE nº 416.827-8 e RE nº 415.454-4.
2. Considerando a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, o caráter social das prestações e o fato de terem sido recebidas de boa-fé, é indevida a devolução de eventuais valores percebidos pelo segurado em razão da rescisão rescindenda. 3. A gratuidade de justiça deferida na ação originária abrange todos os atos do processo até a decisão final do 'litígio' (Lei nº 1.060/50, art. 9º, o que inclui a ação rescisória, visto que por meio dela o litígio é reavivado".
(TRF4, AR 2007040001179900, Des. Fed. Alcides Vettorazzi, DJ 17.03.08);

"AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. PENSÃO POR MORTE. ART. 75 DA LEI 8.213/91. APLICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE E MAIS BENÉFICA PARA FINS DE MAJORAÇÃO DO COEFICIENTE DE PENSÃO POR MORTE. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 485,V, CPC. RESTITUIÇÃO INDEVIDA. PARCELAS RECEBIDAS DE BOA-FÉ.

1. A majoração do percentual de cálculo para os benefícios de pensão concedidos anteriormente às alterações introduzidas pela Lei 9.032/95, nos moldes ali definidos, viola o disposto no artigo 195, § 5º, da CF/88, que veda a 'majoração de benefício sem a correspondente fonte de custeio total' e o princípio *tempus regit actum*, devendo os benefícios deferidos em momento pretérito ser regulados pela legislação vigente ao momento da concessão (art. 5º, XXXVI da CF). Precedentes do STF: RE nº 416.827-8 e RE nº 415.454-4. 2. Considerando a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, o caráter social das prestações e o fato de terem sido recebidas de boa-fé, é indevida a devolução de eventuais valores percebidos pelo segurado em razão da rescisão rescindenda". (TRF4, AR 200604000395343, Des. Fed. CELSO KIPPER, DJ 11.01.08);

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO QUE ASSEGUROU A REVISÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE CONCEDIDO ANTES DO ADVENTO DA CF/88. MAJORAÇÃO DA COTA, NOS TERMOS DO ART. 75 DA LEI 8.213/91, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.032/95. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO LEGAL. ADEQUAÇÃO DO JULGADO AO ENTENDIMENTO DO PRETÓRIO EXCELSO. PEDIDO RESCISÓRIO PROCEDENTE.
1. O egrégio STF, apreciando a constitucionalidade do pagamento integral das pensões por morte concedidas antes de 1995, findou por fixar entendimento no sentido de que a regra é o cálculo dos benefícios de acordo com a legislação vigente na data em que foram concedidos, afastando, por conseguinte, a aplicação retroativa da Lei 9.032/95. 2. Incorre, portanto, em infração a dispositivo legal, o acórdão que assegurou o direito da viúva à percepção de pensão por morte em valor correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício do ex-segurado, concedido anteriormente ao advento da CF/88. 3. Ressalva dos

valores percebidos de boa-fé em face de sua natureza alimentar e do seu recebimento sob abrigo de decisão judicial trânsita em julgado. 4. Ação rescisória procedente. Fixação de verba honorária sucumbencial na monta de R$ 500,00".
(TRF5, AR 2003.05.00.025066-4, Des. Fed. MANOEL ERHARDT, DJ 05.11.07);

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO POR MORTE. MAJORAÇÃO DA COTA INICIAL. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 9.032/95. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO A TEXTO CONSTITUCIONAL. ADEQUAÇÃO DO JULGADO AO ENTENDIMENTO DO STF.
I. Ação rescisória proposta pelo INSS contra acórdão da Segunda Turma que, na AC nº 383476/CE, reconheceu devida a aplicação retroativa da Lei nº 9.032/95 para elevar o percentual para fixação de pensão por morte anteriormente concedida. Alegação de violação direta ao art. 5º, XXXVI da CF/88, que trata do direito adquirido, e do art. 195, parágrafo 5º, referente às fontes de custeio da seguridade social. II. Não se aplica a Súmula nº 343 do STF ao caso, pois, ainda que se reconheça que a matéria tinha interpretação controvertida à época do julgamento, a discussão versa sobre a extensão dos conceitos contidos no texto da Constituição Federal de 1988. III. O julgamento do STF no Recurso Extraordinário nº 415454/SC, bem como em processos semelhantes, pacificou o entendimento de que a Lei nº 9.032/95 só se aplica aos benefícios de pensão por morte deferidos após sua vigência, não alterando para maior os valores das pensões anteriores. Ainda que posterior, tal conclusão torna inconstitucional a coisa julgada, pelo que o acórdão é passível de rescisão segundo o art. 485, V do CPC. IV. Precedentes do TRF/5ª: AR nº 5643/PE, Pleno, Rel. Paulo Roberto de Oliveira Lima, DJ 11/02/2008, p. 678; AR nº 4801/PB, Pleno, Rel. Manoel

Erhardt, DJ 05/11/2007, p. 680. Precedente do STJ: ERESP nº 608122/RJ, Primeira Seção, Rel. Teori Albino Zavascki, DJ 28/05/2007. p. 280. V. Procedência do pedido rescisório. Improcedência do pedido da segurada no processo originário, com a ressalva da não-devolução das parcelas por ela recebidas de boa-fé".
(TRF5, AR 2007.05.00.077109-8, Des. Fed. MARCO BRUNO MIRANDA CLEMENTINO, DJ 02.07.08).

De se considerar, ainda, que tais valores foram recebidos de boa-fé, vez que acobertados por decisão judicial.

Diante do exposto, julgo procedente a ação rescisória para, em juízo rescindendo, desconstituir a decisão de fls. 95/98, quanto à majoração dos coeficientes de cálculo de pensão por morte, e, em juízo rescisório, julgar improcedente o pedido formulado na ação originária, bem como improcedente o pedido de restituição.

Deixo de condenar a parte ré nos ônus da sucumbência, por se tratar de beneficiária da assistência judiciária gratuita.

É o voto.

Comunique-se o Juízo da Execução acerca do teor do acórdão.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

- Sobre o descabimento da devolução de quantias recebidas a título de majoração de coeficiente de pensão por morte, anteriormente à decisão do STF no sentido de que as pensões concedidas antes da Lei nº 9.032/95 não deveriam ser revistas, veja também os seguintes julgados: decisão proferida na AR 2008.03.00.001327-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Eva Regina, publicada na RTRF3R 87/34 e AR 2007.03.00.05636-8/SP, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky, publicada na RTRF3R 92/72.

AGRAVO

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL 0031191-64.1993.4.03.9999 (93.03.031191-4)

Agravante: WILSON BRANDANI TENÓRIO
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: WILSON BRANDANI TENÓRIO
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE SÃO CAETANO DO SUL - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE
Classe do Processo: AC 105545
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/04/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ. EXECUÇÃO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA.

I - Recurso recebido como agravo legal.

II - Agravo legal interposto da decisão monocrática que manteve a sentença de extinção da execução.

III - É descabido o pedido de sobrestamento do julgamento do presente recurso, pois o E. STF, apesar de reconhecer a existência de repercussão geral quanto às questões que envolvem os juros de mora no período compreendido entre a data do cálculo de liquidação e a data da expedição de RPV ou precatório, não determinou a suspensão de recursos fundados em idêntica controvérsia.

IV - O E. STJ firmou entendimento no sentido de que, de acordo com o prescrito no art. 543-B, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que poderão ser sobrestados. (ED no RESP 815.013 - Edcl - AgRg, Min. Arnaldo Esteves, j.

13.8.08, DJ 23.9.08; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008; AgRg no REsp 1.046.276/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12.08.2008, DJe 15.09.2008).

V - Consoante orientação firmada pelo Pleno do C. STF, no julgamento do RE nº 298.616, datado de 31.10.2002, é incabível a aplicação de juros de mora na tramitação regular do precatório.

VI - Se não há caracterização de mora durante a tramitação do precatório, observado o prazo constitucional, plausível revela-se a tese de que igualmente não se constitui mora no interregno entre a data da conta e a data da inscrição do precatório no orçamento, sobremaneira porque a demora nessa fase não é imputada ao devedor. Entendimento ratificado pelo Plenário do C. STF, no julgamento do RE 591.085.

VII - A RPV nº 2006.03.00.070032-0, foi distribuída neste E. Tribunal Regional Federal em 04.07.2006 e paga (R$ 2.927,52) em 31/07/2006, isto é, no prazo legal, não sendo devidos os juros de mora. Por sua vez, o Precatório nº 2006.03.00.066753-5 foi distribuído neste E. Tribunal Regional Federal em 03.07.2006 e pago (R$ 37.981,12) em 14/03/2007, também no prazo legal, não sendo devidos os juros de mora.

VIII - A decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

IX - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o

órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

X - *In casu*, a decisão está solidamente fundamentada e traduz de forma lógica o entendimento do Relator, juiz natural do processo, não estando eivada de qualquer vício formal, razão pela qual merece ser mantida.

XI - Agravo legal 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, rejeitar a preliminar e negar provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 12 de abril de 2010.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): Trata-se de agravo, interposto por Wilson Brandani Tenório, com fundamento no artigo 250 do Regimento Interno deste E. TRF da 3ª Região, em face da decisão proferida nos autos da Apelação Cível nº 93.03.031191-4, que manteve a sentença de extinção da execução, cujo dispositivo é o seguinte: "Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego seguimento ao apelo do autor, com fundamento no art. 557 do C.P.C.".

Sustenta o agravante, preliminarmente, que o feito deve ser sobrestado até o julgamento do RE 579.431, em face do reconhecimento da repercussão geral acerca da matéria. No mérito, alega, em síntese, serem devidos os juros de mora no período compreendido entre a data da conta e a data da inscrição da dívida na peça orçamentária.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): Recebo o recurso como agravo legal.

Cuida-se de agravo legal interposto da decisão monocrática que manteve a sentença de extinção da execução.

É descabido o pedido de sobrestamento do julgamento do presente recurso, pois o E. STF, apesar de reconhecer a existência de repercussão geral quanto às questões que envolvem os juros de mora no período compreendido entre a data do cálculo de liquidação e a data da expedição de RPV ou precatório, não determinou a suspensão de recursos fundados em idêntica controvérsia. Além do que, ainda não foi proferida decisão de mérito no RE 579.431. Dessa forma, não há óbice ao julgamento deste agravo.

E o E. STJ firmou entendimento no sentido de que, de acordo com o prescrito no art. 543-B, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da repercussão geral em torno de determinada questão constitucional não impõe o sobrestamento de outros processos nos quais ela também se faz presente. Apenas os recursos extraordinários eventualmente apresentados é que poderão ser sobrestados. (ED no RESP 815.013 - Edcl - AgRg, Min. Arnaldo Esteves, j. 13.8.08, DJ 23.9.08; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008; AgRg no REsp 1.046.276/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12.08.2008, DJe 15.09.2008).

Assentado esse ponto, prossigo na análise do mérito.

Não são devidos os juros de mora no interregno entre a data do cálculo e a data da inscrição do precatório no orçamento.

Esse entendimento encontra-se em consonância com a atual orientação traçada pelos E. Tribunais Superiores:

"CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA ENTRE A DATA DE EXPEDIÇÃO E DO EFETIVO PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL.
1. Não cabe a incidência de juros de mora no período compreendido entre a data de expedição do precatório e a do seu efetivo pagamento. Entendimento ratificado pelo Plenário desta Corte no julgamento do RE 591.085-RG-QO/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, pub. DJE 20.2.2009.
2. A questão da incidência da coisa julgada possui natureza infraconstitucional. Precedentes.
3. Inexistência de argumento capaz de infirmar a decisão agravada, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.
4. Agravo regimental improvido."
(Origem: STF - Supremo Tribunal Federal; Classe: RE-AgR - AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Processo: 480704; 2ª Turma; 31.03.2009)

"CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. PRECATÓRIO. MORA. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.
I - O entendimento firmado no julgamento do RE 298.616/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, no sentido de que, não havendo atraso na satisfação do débito, não incidem juros moratórios entre a data da expedição e a data do efetivo pagamento do precatório, também se aplica ao período entre a elaboração da conta e a expedição do precatório.
II - Embargos de declaração convertidos em agravo regimental a que se nega provimento."
(Origem: STF - Supremo Tribunal Federal; Classe: RE-ED - EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Processo: 496703; 1ª Turma; 02.09.2008.)

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. NÃO INCIDEM JUROS DE MORA ENTRE A HOMOLOGAÇÃO DA CONTA E A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
1. Encontra-se em desacordo com a jurisprudência do STJ o entendimento da aplicação de juros moratórios no lapso compreendido entre a homologação da conta de liquidação e seu registro, pois somente haverá mora que determine sua incidência se o poder público não proceder ao pagamento até dezembro do ano seguinte ao da apresentação do precatório (AgRg no REsp. 990.340/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 17.03.2008)
2. Agravo Regimental desprovido."
(Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça; Classe: AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL; Processo: 200801916960; Fonte: DJE; DATA: 21/09/2009; QUINTA TURMA; Relator: NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

O julgado dispõe expressamente a fls. 130/131, que:

"(...) No que diz respeito aos juros de mora, cumpre observar que no julgamento da questão de ordem suscitada no RE nº 591085, em 04.12.2008, o Pleno da Suprema Corte reconheceu a existência de repercussão geral e ratificou o entendimento firmado pelo Tribunal sobre o tema, no sentido de que não incidem juros de mora sobre os precatórios, no período compreendido entre a sua expedição - inclusão no orçamento das entidades de direito público - e o seu pagamento, quando realizado até o final do exercício seguinte, ou seja, dentro do prazo constitucional de 18 meses.
Conclui-se, portanto, que a orientação traçada pelo Pretório Excelso revela preocupação com a solução da lide, já que de outra forma, essa última etapa do processo satisfativo

comportaria inúmeras requisições suplementares insinuando a eternização do conflito, afastando, então, a possibilidade de uma prestação jurisdicional efetiva, justa e célere.

Nesta esteira, faz-se mister considerar que, se não há caracterização de mora durante a tramitação do precatório, observado o prazo constitucional, plausível revela-se a tese de que igualmente não se constitui mora no interregno entre o momento em que é consolidado o débito, pela decisão final sobre seu montante, e a data de entrada do precatório ou RPV no setor competente do E. Tribunal, sobremaneira porque a demora nessa fase não é imputada ao devedor.

Esse entendimento encontra-se em consonância com a atual orientação traçada pelos E. Tribunais Superiores:

'*Ementa*. Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3. Juros de mora entre as datas da expedição e do pagamento do precatório judicial. Não-incidência. Precedentes. 4. Descabimento, pelos mesmos fundamentos, de juros de mora entre a data de elaboração dos cálculos definitivos e a data de apresentação, pelo Poder Judiciário à respectiva entidade de direito público, do precatório (§ 1º do art. 100 da Constituição). 5. Agravo regimental a que se nega provimento.'

(Origem: STF - Supremo Tribunal Federal; Classe: AI-AgR - AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO; Processo: 492779; UF: DF - DISTRITO FEDERAL; Fonte: DJ; Data: 03-03-2006; PP-00076; EMENT VOL-02223-05; PP-00851; Relator: GILMAR MENDES)

'PREVIDENCIÁRIO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS DE MORA. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. Não incide juros de mora entre a data de homologação dos cálculos de liqüidação e o registro do precatório.

2. Precedentes.

3. Recurso especial provido.'

(RECURSO ESPECIAL Nº 923.549 - RS (2007/0031685-0;

Data da decisão: 24/04/2007; Relator: MINISTRO PAULO GALLOTTI)

Ou seja, de acordo com a interpretação recente dada à matéria pelos Tribunais Superiores, não são devidos os juros de mora entre a data de elaboração dos cálculos definitivos e a expedição do requisitório.

Conforme pesquisa realizada no sistema informatizado de consultas processuais desta E. Corte, a RPV nº 2006.03.00.070032-0, foi distribuída neste E. Tribunal Regional Federal em 04.07.2006 e paga (R$ 2.927,52) em 31/07/2006 (fls. 135), isto é, no prazo legal, não sendo devidos os juros de mora.

Por sua vez, o Precatório nº 2006.03.00.066753-5 foi distribuído neste E. Tribunal Regional Federal em 03.07.2006 e pago (R$ 37.981,12) em 14/03/2007 (fls. 139), também no prazo legal, não sendo devidos os juros de mora (...)".

Diante do acima exposto, verifica-se que não procede a insurgência do agravante.

Cumpre ainda ressaltar que a decisão monocrática com fundamento no art. 557, *caput* e § 1º-A, do C.P.C., que confere poderes ao relator para decidir recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, sem submetê-lo ao órgão colegiado, não importa em infringência ao CPC ou aos princípios do direito.

A norma em questão consolida a importância do precedente jurisprudencial ao tempo em que desafoga as pautas de julgamento.

Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CPC. REDAÇÃO DA LEI 9.756/98. INTUITO. DESOBSTRUÇÃO DE PAUTAS DOS TRIBUNAIS. MENOR

SOB GUARDA. PARÁGRAFO 2º, ART. 16 DA LEI 8.231/91. EQUIPARAÇÃO À FILHO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 9.528/97. ROL DE DEPENDÊNCIA. EXCLUSÃO. PROTEÇÃO A MENOR. ART. 33, PARÁGRAFO 3º DA LEI 8.069/90. ECA. GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - A discussão acerca da possibilidade de o relator decidir o recurso interposto isoladamente, com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil, encontra-se superada no âmbito desta Colenda Turma. A jurisprudência firmou-se no sentido de que, tratando-se de recurso manifestamente improcedente, prejudicado, deserto, intempestivo ou contrário a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, inocorre nulidade da decisão quando o relator não submete o feito à apreciação do órgão colegiado, indeferindo monocraticamente o processamento do recurso.

II - Na verdade, a reforma manejada pela Lei 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 da Lei Processual Civil, teve o intuito de desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão colegiado.

(...)"

(Origem: STJ - Superior Tribunal de Justiça; Classe: AGRESP - Agravo Regimental no Recurso Especial - 727716; Processo: 200500289523; UF: CE; Órgão Julgador: Quinta Turma; Data da decisão: 19/04/2005; Documento: STJ000610517; Fonte: DJ; Data:16/05/2005; página: 412; Relator: GILSON DIPP)

"EMENTA: Recurso extraordinário. Agravo Regimental. 2. Salário-educação. Constitucionalidade. Precedentes desta Corte. 3. Decisão monocrática, nos termos do art. 557, do CPC. Atribuição que não configura violação do devido

processo legal, do contraditório, e da ampla defesa. 4. Agravo regimental a que se nega provimento."
(Origem: STF - Supremo Tribunal Federal; Classe: RE-AgR - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário; Processo: 291776; UF: DF; Fonte: DJ; Data: 04-10-2002; PP-00127; EMENT VOL-02085-04; PP-00651; Relator: GILMAR MENDES)

Por fim, é assente a orientação pretoriana, reiteradamente expressa nos julgados desta C. Corte Regional, no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

Nesse sentido, cabe colecionar o julgado que porta a seguinte ementa:

"PROCESSO CIVIL - RECURSO PREVISTO NO § 1º DO ARTIGO 557 DO CPC - AUSÊNCIA DE TRASLADO DA DECISÃO AGRAVADA E A RESPECTIVA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO, OU EQUIVALENTE - PEÇAS OBRIGATÓRIAS - INSTRUÇÃO DEFICIENTE - INTIMAÇÃO PARA REGULARIZAÇÃO - DESCABIMENTO - LEI 9139/95 - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO IMPROVIDO.
1. A ausência do traslado da decisão agravada e da respectiva certidão de intimação, ou equivalente, inviabiliza o conhecimento do agravo de instrumento.
2. Na atual sistemática do agravo, introduzido pela Lei 9.139/95, cumpre a parte instruir o recurso com as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do recurso, não dispondo o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.
3. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo 1º do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada, e ausentes

qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

4. À ausência de possibilidade de prejuízo irreparável ou de difícil reparação à parte, é de ser mantida a decisão agravada.

5. Recurso improvido."

(Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO - Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 138392 - Processo: 200103000278442 UF: SP - Órgão Julgador: QUINTA TURMA - RELATORA: DES. FED. RAMZA TARTUCE - Data da decisão: 26/11/2002 - DJU DATA: 11/02/2003 PÁGINA: 269)

Por essas razões, rejeito a preliminar e nego provimento ao agravo legal.

É o voto.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/ REEXAME NECESSÁRIO 1205096-12.1996.4.03.6112 (97.03.085828-7)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelantes: HERBIQUÍMICA PAULISTA LTDA. E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apeladas: AS MESMAS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: ApelReex 401011
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2010

EMENTA

AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA NOS TERMOS DO ART. 557, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RESERVA DE PLENÁRIO. DESNECESSIDADE. ART. 481, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

I - Consoante o *caput* e § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, na hipótese de manifesta inadmissibilidade, improcedência ou confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior a negar seguimento ou dar provimento ao recurso. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

II - A discussão acerca da prescrição do crédito tributário encontra-se pacificada no âmbito desta Corte, no sentido de que, tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação ou auto-lançamento, o prazo prescricional flui do seguinte modo para os recolhimentos efetuados até a entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, ocorrida aos 9 de junho de 2005: cinco anos, contados do fato gerador entendido como a data em que foi efetuado o recolhimento, para que a autoridade fiscal homologue o

aludido pagamento; ao término desse prazo, sem manifestação da autoridade fiscal, dá-se a homologação tácita e, por conseguinte, inicia-se a fluência do prazo para o contribuinte pleitear judicialmente a restituição e/ou compensação, também de cinco anos.

III - No mesmo sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1002932/SP, representativo da controvérsia, decisão esta que, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil, deve ser adotada pelos tribunais.

IV - O art. 3º, daquele diploma legal, a pretexto de interpretar o art. 106, do CTN, inovou no plano normativo e, portanto, somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo sobre situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência, conforme decidido no AI no ERESP 644736/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 06.06.07.

V - Desnecessária a submissão da matéria à Corte Especial deste Tribunal, nos termos do art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, uma vez que não foi aplicada a Lei Complementar nº 118/05 por ser considerada inconstitucional, mas pela impossibilidade de sua aplicação retroativa no caso concreto.

VI - Agravo 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 maioria, negou provimento ao agravo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, vencido o Desembargador Federal Mairan Maia, que lhe dava provimento.

São Paulo, 17 de junho de 2010.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto contra decisão proferida por esta Relatora que, nos termos do art. 557, *caput*, e § 1º-A, do Código de Processo Civil e Súmula 253/STJ, deu provimento à apelação da Autora, parcial provimento à remessa oficial e negou seguimento à apelação da União Federal.

Sustenta, em síntese, que a decisão, ao afastar a aplicação dos arts. 3º e 4º, da Lei Complementar nº 118/05, violou o disposto no art. 97, da Constituição Federal, porquanto entende que a inconstitucionalidade de ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou dos integrantes do respectivo órgão especial.

Afirma, ainda, que referida lei complementar conferiu interpretação autêntica ao art. 168, I, do CTN, cuidando-se, pois, de norma interpretativa, razão pela qual pode retroagir, aplicando-se aos casos pendentes de julgamento.

Por fim, requer o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a decisão impugnada e, consequentemente, admitido e processado o recurso de apelação.

Não verificando razões para retratação da decisão, apresento o recurso em mesa para pronunciamento do Colegiado.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Não assiste razão à Agravante.

Inicialmente, nos termos do *caput* e § 1º-A, do art. 557, do Código de Processo Civil e da Súmula 253/STJ, o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ou dar provimento ao recurso e ao reexame necessário, nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte

ou de Tribunal Superior.

Com efeito, não houve a alegada violação ao art. 97, da Constituição da República, nem à Súmula Vinculante nº 10, do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Destarte, nos termos do art. 97, do Texto Fundamental, somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Por sua vez, o Código de Processo Civil prevê, em seu art. 481, parágrafo único, que os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Ademais, o Órgão Especial do Superior Tribunal de Justiça acolheu a arguição de inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005 (AI no ERESP 644736/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 06.06.07).

Ora, a discussão acerca da prescrição do crédito tributário encontra-se pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, no sentido de que, tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação ou auto-lançamento, o prazo prescricional flui do seguinte modo para os recolhimentos efetuados até a entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, ocorrida aos 9 de junho de 2005: cinco anos, contados do fato gerador, entendido como a data em que foi efetuado o recolhimento, para que a autoridade fiscal homologue o aludido pagamento; ao término desse prazo, sem manifestação da autoridade fiscal, dá-se a homologação tácita e, por conseguinte, inicia-se a fluência do prazo para o contribuinte pleitear judicialmente a restituição e/ou compensação, também de cinco anos.

Tal entendimento foi corroborado no julgamento do Recurso Especial nº 1002932/SP, representativo da controvérsia, *por*

decisão que, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil, deve ser adotada pelos tribunais.

Outrossim, melhor sorte não assiste à Agravante no que tange à alegação de que a Lei Complementar nº 118/05 é meramente interpretativa, uma vez que seu art. 3º, a pretexto de interpretar o art. 106, do CTN, inovou no plano normativo e, portanto, somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo sobre situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência, consoante também assinalado no acórdão supramencionado.

Desse modo, entendo desnecessária a submissão da matéria à Corte Especial deste Tribunal, nos termos do art. 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, uma vez que não há nos autos incidente de inconstitucionalidade nem houve sua declaração, sendo que a Lei Complementar nº 118/05 apenas foi afastada em razão da impossibilidade de sua aplicação retroativa no caso concreto, conforme decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Isto posto, *NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL*.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/
REEXAME NECESSÁRIO
0001491-41.2001.4.03.6126
(2001.61.26.001491-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARIA DO CARMO SANTOS MERCADO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: ApelReex 824430
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/06/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. *APOSENTADORIA POR INVALIDEZ*. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO PELA INCAPACIDADE PARCIAL DO SEGURADO. NÃO VINCULAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA SÓCIO-ECONÔMICA, PROFISSIONAL E CULTURAL FAVORÁVEL À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. Para a concessão de *aposentadoria por invalidez* devem ser considerados outros aspectos relevantes, além dos elencados no art. 42 da Lei 8.213/91, tais como, a condição sócio-econômica, profissional e cultural do segurado.

2. Embora tenha o laudo pericial concluído pela incapacidade parcial do segurado, o Magistrado não fica vinculado à prova pericial.

3. O fato de a Autora ter trabalhado após o ajuizamento da demanda não afasta a sua incapacidade laborativa, pois o segurado precisa se manter durante o longo período em que é obrigado a aguardar a implantação do benefício, por necessidade de sobrevivência, não incidindo, conseqüentemente, o comando estabelecido pelo art. 46 da Lei nº 8.213/91. Descontam-se, apenas, os períodos em que as contribuições foram efetuadas.

4. 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.
5. Agravo legal a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região POR MAIORIA, DECIDIU DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, COM QUEM VOTOU A DES. FEDERAL EVA REGINA, VENCIDA PARCIALMENTE A DES. FEDERAL LEIDE POLO QUE LHE DAVA PROVIMENTO.

São Paulo, 26 de abril 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 que deu parcial provimento à apelação.

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.

De maneira geral, faz jus ao benefício da aposentadoria por invalidez o segurado que se mostre incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, como tal determinado em exame médico-pericial e enquanto permanecer nessa condição, consoante disciplina o § 1º, do artigo 42 da Lei nº 8.213/91, *verbis*:

> "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.
> § 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança."

Assim sendo, é necessário que o segurado tenha: a) filiação ao RGPS; b) satisfação da carência; c) manutenção da qualidade de segurado; d) existência de doença incapacitante para o exercício de atividade funcional.

O artigo 151 da Lei nº 8.213/91 estabelece a relação das doenças que independem 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 de doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida - Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.

Nessa linha a jurisprudência desta Corte tem sido unânime em conceder a aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, desde que o exame médico-pericial seja conclusivo a respeito, e que o segurado haja completado, também, as demais condições legais previstas tanto no predito dispositivo, assim como, naquelas constantes do artigo 59, da chamada Lei de Benefícios.

Quanto ao benefício do auxílio-doença é devido ao segurado que ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, artigo 59 da Lei 8.213/91, compreendendo-se no âmbito das prestações devidas ao segurado, inscrito no RGPS (artigo 18, I, "e", da Lei nº 8.213/91).

Tratando-se de trabalhador rural basta a comprovação do exercício da atividade rurícola pelo número de meses correspondentes à carência do benefício requerido, conforme o artigo 39, I, no caso de segurado especial e artigo 25, I, da Lei 8.213/91. Não há necessidade de comprovação dos recolhimentos previdenciários.

Constata-se, com efeito, que foram cumpridas a carência e a exigência da manutenção da qualidade de segurado obrigatório da Previdência Social, nos termos do artigo 15, da Lei de Benefícios, uma vez que em consulta ao Sistema DATAPREV - CNIS

(Cadastro Nacional de Informações Sociais), a parte Autora desde 04.06.1999 até 14.12.1999 estava em gozo do benefício previdenciário auxílio-doença, na esfera administrativa.

Não obstante o *expert* na data do exame não tenha concluído pela incapacidade total e permanente da parte Autora para o trabalho, é de rigor observar que ela se encontra incapacitada para o trabalho braçal em virtude da idade avançada e baixo nível intelectual, não possuindo qualificação profissional que permita outro trabalho de menor esforço físico. Logo, não há como considerá-lo apto ao exercício de sua profissão, que inegavelmente demanda esforço físico intenso.

Valho-me, *in casu*, do que preceitua o art. 436 do Código de Processo Civil, a saber:

> "Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos."

Assim, considerando que os documentos acostados aos autos apontam para a existência de incapacidade laboral total e permanente, faz jus a parte Autora à concessão do benefício de *aposentadoria por invalidez*.

Quanto à correção monetária, deve ser fixada nos termos das Súmulas nº 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e nº 8 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e da Resolução nº 561 do Conselho da Justiça Federal, acolhida pelo Provimento nº 26 da Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento), calculados sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante o parágrafo 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil e Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Cumpre observar que devem ser compensados eventuais valores pagos administrativamente.

O fato de a parte Autora haver recolhido contribuições

após a concessão judicial do benefício previdenciário, mas antes da implementação da tutela, não implica a reforma da decisão monocrática, seja porque tal informação apenas veio a conhecimento desse órgão com a interposição do agravo legal, seja porque nada impede que o segurado, para sobreviver, se sacrifique ainda mais e busque outro meio de subsistência até a resolução da pendência previdenciária. Descontam-se, apenas, os períodos em que as contribuições foram efetuadas.

Quanto a alegação do INSS, cumpre esclarecer, que a parte autora encontra-se incapacitada totalmente para o trabalho, já que é portadora de Síndrome de Túnel do Carpo de natureza adquirida, devendo ser evitado esforço físico, somando-se a isso, a idade avançada 61 (sessenta e um anos) e empregada doméstica. Logo, não há como considerá-lo apto ao exercício de qualquer profissão, que inegavelmente demanda esforço físico.

Ademais, em *agravo regimental* aviado perante o E. Superior Tribunal de Justiça debateu-se a questão e, mais uma vez, aquela Corte, deu aula na interpretação da matéria:

> "PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. *APOSENTADORIA POR INVALIDEZ*. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO PELA INCAPACIDADE PARCIAL DO SEGURADO. NÃO VINCULAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA SÓCIO-ECONÔMICA, PROFISSIONAL E CULTURAL FAVORÁVEL À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Os pleitos previdenciários possuem relevante valor social de proteção ao Trabalhador Segurado da Previdência Social, devendo ser, portanto, julgados sob tal orientação exegética. 2. Para a concessão de *aposentadoria por invalidez* devem ser considerados outros aspectos relevantes, além dos elencados no art. 42 da Lei 8.213/91, tais como, a condição sócio-econômica, profissional e cultural do segurado. 3. Embora tenha o laudo pericial concluído pela incapacidade parcial do segurado, o Magistrado não fica vinculado

> à prova pericial, podendo decidir contrário a ela quando houver nos autos outros elementos que assim o convençam, como no presente caso. 4. Em face das limitações impostas pela *avançada idade*, bem como pelo baixo grau de escolaridade, seria utopia defender a inserção do segurado no concorrido mercado de trabalho, para iniciar uma nova atividade profissional, motivo pelo faz jus à concessão de *aposentadoria por invalidez*. 5. Agravo Regimental do INSS desprovido." (STJ, AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1055886RESP 200701516769, QUINTA TURMA, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 09/11/2009.)

D'outra parte cumpre asseverar que a esta INSTÂNCIA REVISORA, por força do artigo 515 do Código de Processo Civil, disciplinando o efeito devolutivo da apelação, acabou sendo transferida a competência para reexaminar a matéria impugnada no recurso e, também, as questões suscitadas e discutidas no processo, embora a sentença não as tenha julgado por inteiro.

No presente feito, o conjunto probatório mereceu nova apreciação deste MM. Órgão Judiciário, em face da permissão contida no artigo 131 do Código de Processo Civil, que consagra o princípio do livre convencimento ou da persuasão racional, e que impõe ao julgador o poder-dever. O poder no que concerne à liberdade de que dispõe para valorar a prova e o dever de fundamentar a sua decisão, ou seja, a razão de seu conhecimento.

Sob outro aspecto, o juiz não está adstrito a examinar todas as normas legais trazidas pelas partes, bastando que, *in casu*, decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão.

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, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL para descontar, no cálculo do benefício, os períodos em que foram efetuadas contribuições previdenciárias pelo segurado.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL 0004758-44.2002.4.03.6107 (2002.61.07.004758-1)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: EDUARDO FABIANO DOS SANTOS (espólio)
Representante: JUDITE MARIA FERREIRA DOS SANTOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARAÇATUBA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: AC 1464113
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/04/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CARÁTER PERSONALÍSSIMO. FALECIMENTO DO AUTOR. PERCEPÇÃO DE DIFERENÇAS PELOS HERDEIROS. CABIMENTO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Inobstante o caráter personalíssimo do benefício assistencial, os eventuais créditos existentes em nome do titular devem ser pagos aos seus herdeiros, conforme preceitua o Art. 23, parágrafo único, do Decreto 6.213/2007.

2. Pedido da Ré não amparado por entendimento do STJ, sendo inequívoco que a causa, ainda que com conclusão diversa da pretensão da parte agravante, restou enfrentada.

3. Não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam a conclusão que adotou a decisão agravada.

4. 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, 30 de março de 2010.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Trata-se de agravo legal interposto em face da decisão que, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento à apelação, em consonância com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

Sustenta o agravante que, em face do caráter personalíssimo do benefício, o falecimento da parte autora no curso da lide enseja a extinção do feito, sem julgamento do mérito, sendo descabida a percepção de eventuais diferenças em favor de terceiros, mesmo que dependentes ou sucessores do *de cujus*.

Por fim, requer o prequestionamento da matéria, com o fim de eventual interposição de recursos às instâncias superiores.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): A decisão agravada (fls. 192/193 vº) foi proferida nos seguintes termos:

> "Ação de conhecimento, ajuizada por pessoa portadora de deficiência, em 16.08.08, que tem por objeto condenar a autarquia previdenciária a conceder o benefício de prestação continuada previsto no art. 203 da CF/88 e regulado pelo art. 20 da L. 8.742/93.
>
> A r. sentença apelada, de 22.08.08, por considerar preenchidos os requisitos legais, acolhe o pedido e condena a autarquia ao pagamento do benefício desde a data do requerimento administrativo até a data do falecimento do

autor, com correção monetária nos termos do Provimento 64/05 da COGE deste Tribunal e juros de mora em 12% ao ano, a partir da citação.

Em seu recurso, alega a autarquia que os requisitos legais não restaram preenchidos.

Subiram os autos, com contra-razões.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do e. Procurador Regional da República Paulo Thadeu Gomes da Silva, opina pelo provimento do recurso.

Relatados, decido.

É certo que o benefício assistencial possui caráter personalíssimo, razão pela qual não gera direito à pensão por morte. É devido apenas e tão-somente ao seu titular, em razão das suas condições pessoais (idade ou deficiência e miserabilidade).

Não obstante, por força de expressa disposição legal (artigo 23, parágrafo único, do Decreto 6.213/2007), os eventuais créditos existentes em nome do titular devem ser pagos aos seus herdeiros, de acordo com a legislação civil, *in verbis*:

'Art. 23. O benefício de Prestação Continuada é intransferível, não gerando direito à pensão por morte aos herdeiros ou sucessores.

Parágrafo único. O valor do resíduo não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos seus herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil.'

Neste sentido existem inúmeros precedentes deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cujas ementas estão assim redigidas:

'PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. IDOSO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. TERMO INICIAL. TERMO FINAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIA. CUSTAS. (...) V - O benefício é devido até a data do óbito (07/05/2005), conforme o disposto no art. 36, parágrafo único do Decreto nº 1.744/95 (atualmente: art. 23, parágrafo único, do Decreto 6.214/2007),

com nova redação dada pelo Decreto 4.712/2003, que autoriza o pagamento do resíduo não recebido em vida pelo beneficiário aos herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil. (...)'

(TRF3, APELAÇÃO CIVEL 2001.60.03.000442-4, Oitava Turma, Relatora Marianina Galante, D. E. 22/09/2009).

'PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PREVISTO NO ARTIGO 203, V, CF/88. MORTE DA PARTE AUTORA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. I - A certidão de óbito juntada aos autos (fls. 214) demonstra que a autora faleceu em 22 de abril de 2003. No caso presente, há evidente irregularidade no pólo ativo da relação processual, sendo que as petições protocolizadas em 06/10/2006, 23/03/2007 e 08/10/2007 (fls. 210, 216 e 227) foram subscritas por patrono que não mais possuía poderes para representar a autora em Juízo, ante a cessação de seu mandato, nos termos do artigo 682, II, do Código Civil II - Embora o benefício em questão tenha caráter personalíssimo, as parcelas eventualmente devidas a esse título até a data do óbito representam crédito constituído pela autora em vida, sendo, portanto, cabível sua transmissão *causa mortis* III - Com a morte da parte autora, o curso do processo deve ser suspenso para que seja providenciada a habilitação dos herdeiros, na forma do artigo 1055 do CPC, não sendo permitida a prática de qualquer ato processual durante a suspensão, exceto aqueles urgentes visando evitar dano irreparável, de acordo com os artigos 265, I, e 266, ambos do mesmo diploma legal. IV - Apelação parcialmente provida para declarar nulos todos os atos processuais praticados após o óbito da autora, sendo determinado o retorno dos autos à Vara de origem, para que seja procedida a intimação pessoal do cônjuge e dos filhos no endereço indicado na certidão de óbito para que, querendo, promovam sua regular habilitação neste feito.'

(TRF3, APELAÇÃO CIVEL 1999.61.10.005417-9, Nona Turma, Relatora Marisa Santos, D. E. 12/11/2008).

‘PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ÓBITO DO BENEFICIÁRIO. DIREITO DE EXECUÇÃO DAS PRESTAÇÕES ATRASADAS PELOS HERDEIROS OU SUCESSORES PROCESSUAL. AGRAVO PROVIDO. Subsiste como direito à herança das prestações vencidas entre o termo inicial e a data do óbito, pois já se achavam incorporadas ao patrimônio dos beneficiários do benefício assistencial de prestação continuada. Agravo de instrumento provido.’

(TRF3, APELAÇÃO CIVEL 2007.03.00.081709-4, Décima Turma, Relator Castro Guerra, D. E. 12/03/2008).

O laudo pericial, de 13.03.04, comprova que o autor estava incapacitado total e definitivamente para o trabalho, sendo portador de doença degenerativa cerebral - epilepsia de difícil controle.

Além disso, cumpria à parte autora, ainda, demonstrar que não possui meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

Segundo os efeitos do disposto no *caput* do art. 20 da L. 8.742/93, entende-se como família ‘o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto’.

A entidade familiar, referida no § 1º do art. 20 da L. 8.742/93, conforme redação dada pela L. 9.720/98, é constituída por pessoas que vivem sob o mesmo teto, desde que se trate de cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, pais, irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Para os fins do art. 20, § 1º, da L. 8.742/93, a entidade familiar era constituída da parte autora e sua genitora.

O estudo social, de 13.08.03, vem em abono da pretensão, pois evidencia o estado de pobreza da família, que vivia em casa cedida, sem rendimentos, e dependendo da ajuda de terceiros para sobreviver.

Assim, o conjunto probatório demonstra não só o estado miserável em que vive a família, mais ainda dá a conhecer que a parte autora não tem meios de prover a própria subsistência e nem de tê-la provida por sua família.

Diante disso, a parte autora faz jus à concessão do benefício de prestação continuada, correspondente a 1 (um) salário mínimo, nos termos do *caput* do art. 20 da L. 8.742/93.

O benefício é devido a partir do requerimento administrativo, em 25.02.02, até a data do óbito do requerente, em 02.04.05.

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 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) 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 Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.

Os juros de mora de 1% (um por cento) ao mês 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 Autarquia Previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo art. 3º da MP 2.180-35/01, e do art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

Posto isto, com base no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento à apelação, em consonância com a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Int".

Ressalte-se que, inobstante o caráter personalíssimo do benefício assistencial, os eventuais créditos existentes em nome do titular devem ser pagos aos seus herdeiros, conforme preceitua o Art. 23, parágrafo único, do Decreto 6.213/2007.

Assim, firmado o entendimento desta Corte, o qual não ampara o pedido da Ré, consigno ser inequívoco que a causa, ainda que com conclusão diversa da pretensão da parte agravante, restou enfrentada.

Portanto, não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam a conclusão que adotou a decisão agravada.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

- Sobre o recebimento de diferenças de benefícios assistenciais e previdenciários de caráter personalíssimo por herdeiros do titular, veja também os seguintes julgados: AC 1999.61.14.005987-5/SP, Relator Desembargador Federal Galvão Miranda, publicada na RTRF3R 91/286; AC 2002.03.99.006006-3/SP, Relator Desembargador Federal Galvão Miranda, publicada na RTRF3R 91/381 e AC 1999.61.11.007616-0/SP, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, publicada na RTRF3R 92/235.

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL 0004055-80.2006.4.03.6105 (2006.61.05.004055-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 219/223
Apelantes: MIGUEL DE LIMA NITO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DAVID DINIZ
Classe do Processo: AC 1501227
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/07/2010

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO § 1º ART. 557 DO C.P.C. ATIVIDADE ESPECIAL. VIGIA. INDEPENDE DE PORTE DE ARMA DE FOGO. REQUISITO NÃO PREVISTO EM LEI. ERRO MATERIAL. CÁLCULO DO TEMPO DE SERVIÇO.

I - O porte de arma reclamado pelo réu, para fins de enquadramento especial da atividade de vigia, não é requisito previsto em lei, assim, a apreciação do pedido de conversão de tempo de atividade especial em comum deve levar em consideração apenas os critérios legais estabelecidos pela legislação vigente à época em que a atividade foi efetivamente exercida.

II - Diferentemente do que ocorre com a insalubridade, na qual ganha importância o tempo, por seu efeito cumulativo, em se tratando de atividade perigosa, sua caracterização independe da exposição do trabalhador durante toda a jornada, pois que a mínima exposição oferece potencial risco de morte, justificando o enquadramento especial, não havendo que se falar em intermitência, uma vez que o autor exerce a função de vigia durante toda a jornada de trabalho, assim sendo, a exposição ao risco é inerente à sua atividade profissional.

III - Erro material pode ser sanado a qualquer tempo, conforme art. 463, I, do Código de Processo Civil. Equívoco na contagem de tempo de serviço.
IV - Agravo parcialmente provido (artigo 557, § 1º, do CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento ao agravo previsto no § 1º do art. 557 do C.P.C., interposto pelo INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de julho de 2010.
Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ (Relator): Trata-se de agravo previsto no § 1º do art. 557 do C.P.C., interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face da decisão monocrática de fls. 219/223, que negou seguimento à apelação do INSS e deu provimento à apelação da parte autora para julgar procedente o pedido para reconhecer a especialidade das atividades exercidas na condição de vigilante, nos períodos de 03.07.1984 a 17.09.1984, 01.10.1984 a 31.01.1985, 24.05.1985 a 19.08.1985, 19.08.1985 a 24.03.1987 e de 20.05.1987 a 03.11.1994, totalizando 31 anos, 08 meses e 01 dia até 15.12.1998 e 37 anos, 06 meses e 20 dias até a data do ajuizamento da ação. Em conseqüência, condenou o réu a conceder ao autor o benefício de aposentadoria por tempo de serviço, a contar de 28.04.2006, data da citação, com valor a ser calculado nos termos do art. 53, inc. II e do art. 29, *caput*, em sua redação original, ambos da Lei nº 8.213/91, devendo ser observado no cálculo do benefício o disposto no art. 188 A e B do Decreto 3.048/99, e para fixar os honorários advocatícios em 15% sobre o valor das prestações vencidas até a data da sentença.

Alega o agravante, em síntese, que não restou comprovado o exercício habitual e permanente de atividade perigosa, uma vez que as anotações em CTPS não demonstraram que o autor portava arma de fogo na função de vigia, e que excluídos os períodos de conversão de atividade especial em comum o autor não cumpriu o acréscimo de tempo de serviço e a idade mínima, nos termos do artigo 9º da EC nº 20/98. Sustenta ter ocorrido erro material na contagem do tempo de serviço, tendo sido computado o período de 03.07.1983 a 17.09.1984, quando o correto seria o período de 03.07.1984 a 17.09.1984.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ (Relator): A decisão monocrática agravada reconheceu a especialidade da atividade desenvolvida na condição de vigilante nos períodos de 03.07.1984 a 17.09.1984, laborado na empresa G.T.T. Seg. Particular S/C Ltda., 01.10.1984 a 31.01.1985, na empresa Comercial Eletrolar Ltda., 24.05.1985 a 16.08.1985, na empresa Sebil - Serv. Espec. de Vig. Indal. e Bancária Ltda., 19.08.1985 a 24.03.1987, na empresa Borcol - Ind. de Borracha Ltda., 20.05.1987 a 03.11.1994, na empresa Protege - Proteção e Transporte de Valores S.C. Ltda., em razão da categoria profissional, código 2.5.7 do Decreto 53.831/64.

Insta ressaltar que o trabalhador ao proteger, com ou sem a utilização de arma, o patrimônio do empregador, expõe sua vida a riscos, assim, tal atividade deve ser computada de forma diferenciada independentemente do porte de arma, mormente que tal requisito não está previsto em lei. Nesse sentido, confira-se a ementa abaixo transcrita:

> "PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE ESPECIAL. VIGIA. DESNECESSIDADE DO PORTE DE ARMA DE FOGO.

> A atividade de vigia é considerada especial, por analogia à função de Guarda, prevista no Código 2.5.7 do Decreto 53.831/64, tida como perigosa. A caracterização de tal periculosidade, no entanto, independe do fato de o segurado portar, ou não, arma de fogo no exercício de sua jornada laboral, porquanto tal requisito objetivo não está presente na legislação de regência."
> (TRF 4ª REGIÃO, 3ª Seção; EIAC - 15413, 199904010825200/SC; Relatora: Desemb. Virgínia Scheibe; v. u., j. em 13/03/2002, DJU 10/04/2002, pág. 426)

De outro turno, diferentemente do que ocorre com a insalubridade, na qual ganha importância o tempo, por seu efeito cumulativo, em se tratando de atividade perigosa, sua caracterização independe da exposição do trabalhador durante toda a jornada, pois que a mínima exposição oferece potencial risco de morte, justificando o enquadramento especial, não havendo que se falar em intermitência, uma vez que o autor exerce a função de vigia durante toda a jornada de trabalho, assim sendo, a exposição ao risco é inerente à sua atividade profissional.

Outrossim, compulsando os autos, verifica-se ter ocorrido equívoco na contagem efetuada, tendo sido computado tempo de serviço no período de 03.07.1983 a 17.09.1984, quando o correto é de 03.07.1984 a 17.09.1984, conforme demonstra a anotação na CTPS de fl. 23.

Destaco que o erro material pode ser sanado a qualquer tempo, conforme art. 463, I, do Código de Processo Civil.

Somado o tempo de atividade rural, e os períodos sujeitos à conversão de atividade especial em comum e os de atividade comum, o autor totaliza 30 anos, 03 meses e 07 dias de tempo de serviço até 15.12.1998 e 36 anos, 01 mês e 26 dias, na data da propositura da ação, conforme planilha anexa, parte integrante da presente decisão.

Dessa forma, o autor faz jus à aposentadoria por tempo de serviço com renda mensal inicial de 70% do salário-de-benefício, sendo este último calculado pela média aritmética simples dos

últimos trinta e seis salários de contribuição apurados em período não superior a 48 meses, anteriores a 15.12.1998, nos termos do art. 53, inc. II e do art. 29, *caput*, em sua redação original, ambos da Lei nº 8.213/91.

Caso seja mais favorável ao autor, fica ressalvada a possibilidade de computar o tempo de serviço, e os correspondentes salários-de-contribuição, até 10.04.2006, data do ajuizamento da ação, mas com valor do beneficio calculado na forma do art. 29, inciso I, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876, de 28.11.1999, opção sistematizada no art. 188 A e B do Decreto 3.048/99.

Insta ressaltar que o art. 201, § 7º, inciso I, da Constituição da República de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, garante o direito à aposentadoria integral, independentemente de idade mínima, àquele que perfez 35 anos de tempo de serviço.

Ante o exposto, *dou parcial provimento ao agravo previsto no § 1º do art. 557 do C.P.C., interposto pelo INSS* para declarar que o autor totalizou 30 anos, 03 meses e 07 dias de tempo de serviço até 15.12.1998 e 36 anos, 01 mês e 26 dias, na data da propositura da ação, fazendo jus à aposentadoria por tempo de serviço.

É como voto.

Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL 0053906-75.2008.4.03.9999 (2008.03.99.053906-1)

Agravante: BENEDITO DOS ANJOS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 109/111
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: BENEDITO DOS ANJOS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE RIO CLARO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AC 1369208
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/05/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO C.P.C. PRECATÓRIO. JUROS DE MORA. PERÍODO ENTRE A DATA DA CONTA E A DATA DA INSCRIÇÃO DO PRECATÓRIO NO ORÇAMENTO. PAGAMENTO. PRAZO CONSTITUCIONAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 17.

I - O E. Supremo Tribunal Federal, por meio de seu órgão fracionário (2ª Turma), esposou o entendimento de que é incabível a incidência dos juros moratórios entre a data da elaboração da conta de liquidação até a data de apresentação do precatório pelo Poder Judiciário à respectiva entidade de direito público (AI-AgR 492779 - Rel. Min. Gilmar Mendes).

II - Não há incidência de juros de mora no período compreendido entre o termo final da conta de liquidação e a data de expedição do requisitório, ou mesmo da sua inscrição no orçamento, porquanto o pagamento foi efetuado dentro do prazo constitucionalmente estabelecido.

III - As determinações ora especificadas não colidem com o disposto na Súmula Vinculante nº 17, haja vista que esta tão somente exclui a incidência dos juros de mora no período previsto no § 1º, do art. 100, da Constituição da República.

IV - Agravo da parte exequente, previsto no art. 557, § 1º, do CPC, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo do exequente, interposto na forma do art. 557, § 1º, do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de maio de 2010.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de agravo previsto no § 1º do art. 557 do Código de Processo Civil, interposto por Benedito dos Anjos, em face da decisão monocrática de fl. 109/111, que deu provimento à apelação do INSS, para reconhecer a inexistência de crédito em seu favor.

Objetiva o agravante a reforma de tal decisão monocrática, ao argumento de que está em desacordo com a Súmula Vinculante nº 17, que estabelece a não incidência de juros de mora apenas no período compreendido entre a inclusão do precatório no orçamento e o seu pagamento. Aduz, ainda, que a matéria em discussão não está pacificada, uma vez que foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a repercussão geral sobre o tema.

Dispensada a revisão na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): De início, assinalo que o reconhecimento da repercussão

geral pelo Supremo Tribunal Federal, em relação à aplicação de juros de mora no período entre a data da conta de liquidação e a data da inclusão do precatório no orçamento, não impede o julgamento do recurso na atual fase processual, a esse respeito confira-se jurisprudência:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182/STJ. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO STF. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. Não se conhece de Agravo Regimental que deixa de impugnar os fundamentos da decisão atacada. Incidência da Súmula 182/STJ.
> 2. Ao relator não compete determinar o sobrestamento do feito em razão de ter sido reconhecida a repercussão geral da matéria pelo STF, por se tratar de providência a ser avaliada quando do exame de eventual Recurso Extraordinário. Precedentes.
> 3. Agravo Regimental não conhecido."
> (AgRg no Ag 1061763/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 19/12/2008)

Conforme assinalado na decisão ora hostilizada, a interpretação do disposto no art. 100, § 5º, da Constituição da República permite afirmar que não são devidos juros de mora quando o pagamento do precatório é efetuado dentro do prazo constitucionalmente estabelecido.

Nessa linha decidiu, aliás, o E. Supremo Tribunal Federal, por meio de seu órgão fracionário (2ª Turma), no sentido de afastar a incidência dos juros moratórios entre a data da elaboração da conta de liquidação até a data de apresentação do precatório, pelo Poder Judiciário à respectiva entidade de direito público, consoante se verifica de trecho de voto da lavra do eminente Ministro Gilmar Mendes, no julgamento de Agravo Regimental no

Agravo de Instrumento nº 492.779-1/DF, *in verbis*:

> "... cabe registrar, a partir do argumento específico do agravante no sentido de que haveria 'mora' por parte do Poder Público - e, conseqüentemente, de que seriam devidos 'juros moratórios' - desde a 'data de elaboração dos cálculos até a formação do precatório e da data do pagamento do precatório até a expedição do precatório complementar, em relação ao saldo residual apurado', que pelos mesmos fundamentos dos precedentes acima referidos não lhe assiste razão: é que o lapso entre a data da elaboração dos cálculos definitivos até a apresentação, pelo Poder Judiciário à respectiva entidade de direito público, do precatório (§ 1º do art. 100 da Constituição) também integra o iter constitucional necessário à realização do pagamento sob a forma de precatório - o *caput* e o § 1º do art. 100 impedem o Poder Público, neste caso, pagá-los sem a observância deste procedimento..."

Portanto, não há se falar em incidência de juros de mora no período compreendido entre o termo final da conta de liquidação e a data da inclusão do precatório no orçamento, a teor do posicionamento adotado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que as determinações ora especificadas não colidem com o disposto na Súmula Vinculante nº 17, haja vista que esta tão somente exclui a incidência dos juros de mora no período previsto no § 1º, do art. 100, da Constituição da República.

Diante do exposto, *nego provimento ao agravo interposto pelo exequente,* na forma do art. 557, § 1º, do CPC.

É o voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL 0028520-09.2009.4.03.9999 (2009.03.99.028520-1)

Agravante: ODETE PIMENTA DE OLIVEIRA
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 146/148
Apelante: ODETE PIMENTA DE OLIVEIRA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CACHOEIRA PAULISTA - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MARISA CUCIO
Classe do Processo: AC 1444337
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/07/2010

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. PENSÃO POR MORTE. NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 118 DA LOMAN. EX-CÔNJUGE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Inexiste qualquer nulidade do acórdão por afronta ao princípio do juiz natural (incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Federal). O processamento e julgamento dos processos que competiriam ao Desembargador afastado pelo juiz convocado é legítimo. Art. 118 da LOMAN.

2. A convocação de juízes de 1º grau de jurisdição para atuar em auxílio ao Tribunal, substituir desembargadores em suas férias, licenças e afastamentos, não viola o princípio constitucional do juiz natural, encontrando amparo na Lei 9.788/99 e no Regimento Interno deste Tribunal, em seu Art. 51.

3. A Terceira Seção do STJ entendeu que o poder decisório dos juízes de primeiro grau convocados, com observância das disposições estabelecidas pela Constituição Federal e dentro dos parâmetros legais, deve ser equiparado ao dos desembargadores.

4. Não preenchimento dos requisitos necessários para a concessão do benefício. Comprovado o óbito e a qualidade de segurado do "de cujus", não restou, entretanto, demonstrada a dependência econômica.
5. A separação judicial e a renúncia à pensão alimentícia por si só não impedem a concessão do benefício de pensão por morte, contudo, a dependência econômica do ex-cônjuge por não ser mais presumida deve ser comprovada (Art. 16, I, § 4º, da Lei 8.213/91). Súmula 336 do STJ.
6. Recurso desprovido.

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, 29 de junho de 2010.

Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO (Relatora):

Trata-se de agravo legal, interposto contra decisão que, com fulcro no Art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento à apelação, em feito em que se pleiteia o benefício da pensão por morte em razão de falecimento de ex-cônjuge.

Alega a agravante, preliminarmente, que a prolatora da decisão agravada, não sendo Desembargadora Federal, não poderia, monocraticamente, julgar o recurso de apelação, vez que, para o julgamento monocrático, a legislação em vigência confere apenas aos Desembargadores Federais tal competência, pelo que requer seja anulada a r. decisão.

No mérito, sustenta, a tese da dependência relativa da

ex-mulher para obtenção da pensão por morte, razão pela qual pleiteia a aplicação da Súmula 336 do STJ, vez que não haveria necessidade de haver "um relacionamento entre a agravante e o falecido, como se fossem marido e mulher antes do óbito do ex-marido" para a aplicação da súmula mencionada.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO (Relatora):

A decisão agravada (fls. 146/148 vº) foi proferida nos seguintes termos:

> "Ação de conhecimento, ajuizada em 13.11.06, que tem por objeto condenar a autarquia previdenciária a conceder o benefício da pensão por morte de ex-companheiro, ocorrida em 23.09.97.
> A sentença julgou improcedente o pedido e condenou a parte autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios arbitrados em R$ 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais), no regime de cobrança do Art. 12, da Lei 1.060/50.
> Em apelação, a parte autora pugnou a reforma integral da sentença. Sustentou estar comprovada sua dependência econômica em relação a JARBAS ANTONIO DOS SANTOS. Aduziu que mesmo tendo dispensado os alimentos tem direito a percepção do benefício de pensão por morte.
> Com contra-razões, os autos foram remetidos a esta Corte.
> Autos conclusos desde 12.08.09.
> É o breve relatório. Decido.
> A controvérsia se restringe a comprovação da dependência econômica da parte autora com relação ao ex-companheiro.
> 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 assim 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).

O óbito ocorreu em 23.09.1997 (fl. 80).

No caso em tela, a qualidade de segurado evidencia-se pelo beneficio de aposentadoria especial de ferroviário (NB 107.605.210-7) de que gozava JARBAS ANTONIO DOS SANTOS (fls. 83/86).

Por outro lado, não restou patenteada a dependência econômica da parte autora em relação ao ora 'de cujus'. Não há provas nos autos da existência da união estável entre JARBAS ANTONIO DOS SANTOS e a parte autora, à época do óbito.

A parte autora juntou aos autos apenas as cópias das certidões de nascimento de filhos em comum (fls. 08/11). Todavia, tais nascimentos são anteriores ao casamento de JARBAS ANTONIO DOS SANTOS com MARIA DAS GRAÇAS PEREIRA, conforme consta na certidão de casamento, à fl. 81.

Observa-se, ainda que JARBAS ANTONIO DOS SANTOS pagava alimentos para os filhos comuns, que eram representados pela parte autora (fls. 12/13 e 18).

Com efeito, a renúncia a pensão alimentícia, por si só não impede a concessão do benefício de pensão por morte. No entanto, a dependência econômica da ex-companheira por não ser mais presumida, nos termos do Art. 16, I, § 4º, da Lei 8.2113/91, deve ser comprovada.

Nesse diapasão é a orientação jurisprudencial desta Colenda Corte:

'PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. SENTENÇA *ULTRA PETITA*. EX-ESPOSA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. QUALIDADE DE SEGURADO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. PROCEDÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. VERBA HONORÁRIA. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS.
I. Remessa oficial tida por interposta conhecida, em observância ao disposto no § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil.
II. Trata-se de sentença "ultra petita", vez que o MM. Juiz "a quo" fixou o termo inicial da concessão do benefício a partir de data anterior à requerida na exordial, infringindo, assim, vedação contida nos artigos 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil. Destarte, ao Tribunal ad quem cabe decotar o excesso.
III. Com o divórcio dos cônjuges a dependência econômica deixa de ser presumida (art. 16, § 4º da Lei nº 8.213/91), de modo que se torna necessário que a parte autora comprove que continuou a depender economicamente do falecido.
IV. "In casu", a requerente e o falecido voltaram a conviver após o divórcio, restabelecendo o vínculo conjugal e o domicílio conjunto, conforme prova documental apresentada e os depoimentos testemunhais.
V. O registro em carteira de trabalho na data do óbito demonstra a condição de segurado junto à Previdência Social.
VI. Demonstradas a condição de segurado do falecido junto à Previdência Social na data do óbito e a dependência econômica da requerente em relação ao "de cujus", a parte autora faz jus à pensão pleiteada.
VII. Por força do art. 26, inciso I, da Lei nº 8.213/91, o benefício de pensão por morte independe de carência.
VIII. As parcelas em atraso devem ser corrigidas monetariamente nos termos do disposto no 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.

IX. Juros de mora devidos à razão de 6% (seis por cento) ao ano, a contar do termo inicial do benefício e, após a vigência do novo Código Civil, em 11/01/2003 (Lei nº 10.406/02), à taxa de 12% (doze por cento) ao ano, conforme Enunciado nº 20 aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

X. A incidência dos honorários advocatícios é limitada às parcelas vencidas, considerando-se como tais as compreendidas entre o termo inicial do benefício e a data da sentença (Súmula nº 111 do STJ).

XI. O INSS é isento do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 4º, inc. I, da Lei Federal nº 9.289/96, devendo reembolsar as eventuais despesas comprovadas nos autos.

XII. Em matéria de Direito Previdenciário, presentes os requisitos legais à concessão do benefício, meros formalismos da legislação processual vigente não podem obstar a concessão da tutela antecipada, para determinar ao INSS a imediata implantação do benefício, que é de caráter alimentar, sob pena de se sobrepor a norma do artigo 273 do CPC aos fundamentos da República Federativa do Brasil, como a "dignidade da pessoa humana" (CF, art. 1º, III), impedindo que o Poder Judiciário contribua no sentido da concretização dos objetivos da mesma República, que são "construir uma sociedade livre, justa e solidária", bem como "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (CF, art. 3º , I e III).

XIII. Sentença, de ofício, reduzida aos limites do pedido. Remessa oficial tida por interposta e apelação do INSS parcialmente providas.' (grifo nosso).

(TRF3, SÉTIMA TURMA, AC 2004.03.99.032152-9, relator

DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, Data do julgamento 12/01/2009, DJF3 04/03/2009, p. 777).
'PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. SEPARAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADEDE COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA EM RELAÇÃO AO "DE CUJUS".
1. A separação judicial, por si só, não impede a concessão do benefício de pensão por morte. Todavia, a dependência econômica com relação ao ex-cônjuge não é mais presumida, devendo ser efetivamente demonstrada pela prova dos autos.
2. Não tendo sido comprovado que a autora dependia economicamente do seu ex-marido, é indevido o benefício de pensão por morte.
3. Apelação da Autora improvida.' (grifo nosso).
(TRF3, DÉCIMA TURMA, AC 2004.61.13.000708-6, relator DESEMBARGADOR FEDERAL GALVÃO MIRANDA, Data do julgamento 29/03/2005, DJU 27/04/2005, p. 645).
'PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. QUALIDADE DE SEGURADO DO FALECIDO. EX-CÔNJUGE. SEPARAÇÃO JUDICIAL. NÃO RECEBIMENTO DE ALIMENTOS. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. INOCORRÊNCIA. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA.
I - A condição de segurado do falecido resta incontroversa, uma vez que entre a data do recolhimento de sua última contribuição à Previdência Social (outubro/1996; fls. 84) e a data do óbito (16.11.1997) transcorreram menos de doze meses, considerando que o reconhecimento da perda de qualidade de segurado somente ocorre no dia seguinte ao do vencimento da contribuição do contribuinte individual relativa ao mês imediatamente posterior ao término daquele prazo retro mencionado (10/1997), nos termos do art. 14 do Decreto nº 3.048/1999, ou seja, o mês posterior é novembro de 1997,e a data limite para o recolhimento desta contribuição é o 15º dia do mês seguinte, dezembro, estando albergado, portanto, pelo período de "graça"

estabelecido pelo art. 15, II, da Lei nº 8.213/91.
II - Malgrado a autora estivesse separada judicialmente do "de cujus", conforme consta de averbação aposta no verso da certidão de casamento, e ante a inexistência do recebimento de alimentos, a infirmar a presunção de dependência econômica estabelecida pelo art. 76, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a jurisprudência do STJ é assente no sentido de que o ex-cônjuge pode reivindicar o benefício de pensão por morte mesmo com a renúncia ao recebimento de alimentos, desde que comprove a dependência econômica em relação ao falecido em momento posterior.
III - Não obstante as testemunhas tenham afirmado que o falecido prestou ajuda financeira à família até a data do óbito, não houve menção quanto à existência do relacionamento da autora com seu amasiado à época do falecimento de seu ex-marido, de modo a esmaecer referidos depoimentos, bem como o laudo social não constatou qualquer documento que indicasse a alegada dependência econômica, razão pela qual é de ser indeferida a concessão do benefício de pensão por morte.
IV - Em se tratando de beneficiária da justiça gratuita, incabível a condenação da autora nos ônus de sucumbência. Precedentes do STF.
V - Apelação do réu provida. Recurso adesivo da autora prejudicado.' (grifo nosso).
(TRF3, DÉCIMA TURMA, AC 1999.61.02.004686-5, relator DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, Data do julgamento 26/10/2004, DJU 29/11/2004, p. 397).
Destarte, inexistente prova de dependência econômica, não faz jus a parte autora à pensão por morte.
Ante o exposto, com base no Art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento à apelação, dado que manifestamente improcedente.
Corrijo, de ofício, a inexatidão material atinente à condenação em honorários de advogado, para excluí-la, nos termos do art. 463, I, do CPC, considerada a assistência judiciária gratuita.

> Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem. Intimem-se."

Primeiramente, inexiste qualquer nulidade do acórdão por afronta ao princípio do juiz natural (incisos XXXVII e LIII do Art. 5º da Constituição Federal).

A prolatora da decisão agravada foi convocada por este Tribunal para exercer as funções em razão do afastamento de Desembargador, nos termos do caput do Art. 118 da LOMAN, cabendo-lhe, em razão dessa circunstância, o processamento e julgamento dos processos que competiriam ao Desembargador afastado.

O exercício de suas funções é legítimo, sendo o Art. 118 da LOMAN compatível com a Constituição Federal no que se refere ao juiz natural.

Cumpre esclarecer, ainda, que a convocação de juízes de 1º grau de jurisdição para atuar em auxílio ao Tribunal, substituir desembargadores em suas férias, licenças e afastamentos não viola o aludido princípio constitucional, encontrando amparo na Lei 9.788/99 e no Regimento Interno deste Tribunal, em seu Art. 51:

> "Art. 51 - Em caso de vaga ou de afastamento de Desembargador Federal do Tribunal, por prazo superior a 30 (trinta) dias, poderá ser convocado Juiz Federal da Primeira Instância, para substituição. A convocação far-se-á pelo voto da maioria absoluta de seus membros, observando-se o disposto no art. 118 da Lei Complementar nº 35/79, com a redação da Lei Complementar nº 54/86."

Outrossim, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o poder decisório dos juízes de primeiro grau convocados, com observância das disposições estabelecidas pela Constituição Federal e dentro dos parâmetros legais, deve ser equiparado ao dos desembargadores (HC 109.456/DF, Rel. Min. JANE SILVA, Desembargadora Convocada do TJMG, julgado em 25/3/09). Explicou o Ministro SIDNEI BENETI que não havendo

dúvida a respeito da regularidade da convocação, não há que se falar em nulidade (Ag 1219689, julgado em 26/05/10).

No mais, quanto ao mérito, ante o conjunto probatório apresentado, constata-se que não houve o preenchimento de todos os requisitos necessários para a concessão do benefício.

Comprovado o óbito e a qualidade de segurado do "de cujus", não restou, entretanto, demonstrada a dependência econômica.

Ressalta-se que, nos termos da Súmula 336 do STJ, a separação judicial e a renúncia à pensão alimentícia por si só não impedem a concessão do benefício de pensão por morte, contudo, a dependência econômica do ex-cônjuge por não ser mais presumida deve ser comprovada (Art. 16, I, § 4º, da Lei 8.213/91).

Assim, reporto-me, pois, à decisão agravada.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Juíza Federal Convocada MARISA CUCIO - Relatora

- Sobre o julgamento de processo com a participação de Juiz Federal convocado pelo Tribunal para exercer as funções em razão de afastamento de Desembargador Federal não ferir o princípio do juiz natural, veja também o seguinte julgado: EDcl AI 2008.03.00.037221-0-1/SP, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, publicados na RTRF3R 98/439.

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 0044781-73.2009.4.03.0000 (2009.03.00.044781-0)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 47
Parte Autora: ASSOCIAÇÃO HOSPITAL DE COTIA
Parte Ré: JOSE TORREZANI
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DO SAF DE COTIA - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ALEXANDRE SORMANI
Classe do Processo: AI 394719
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/07/2010

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE RECONHECEU A IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO MUNICÍPIO DESAPROPRIANTE PELA DÍVIDA TRIBUTÁRIA DA DESAPROPRIADA. DESAPROPRIAÇÃO DE PATRIMÔNIO. DÉBITO RELATIVO À CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. SUB-ROGAÇÃO NO VALOR DA INDENIZAÇÃO.

I - Segundo se depreende dos autos, a executada Associação Hospital de Cotia esteve sob intervenção municipal desde 30/11/2001. Posteriormente, por meio do Decreto nº 5.651, de 01/03/2005, o Município de Cotia desapropriou os bens afetados ao objeto social daquela entidade, a princípio, para dar prosseguimento às atividades do hospital, embora não haja informação precisa neste sentido nos autos.

II - Com a desapropriação, os bens deixaram de pertencer à Associação executada e foram sub-rogados no valor indenizatório oferecido. Esclareça-se que a desapropriação diz respeito aos bens materiais, ou seja, não se trata de extinção ou desconstituição da personalidade jurídica da Associação Hospital de Cotia, que continua a existir e permanece, portanto, responsável por suas obrigações.

III - Segundo se verifica do ofício de fls. 28 e relação de habilitantes nos autos da ação de desapropriação que o

acompanha, o crédito cobrado nos autos principais (Execução Fiscal nº 12580/05) encontra-se devidamente habilitado naquele feito, onde foi oferecido pelo Município desapropriante, como indenização à Associação Hospital de Cotia, a quantia de R$ 4.443.512,59 (quatro milhões, quatrocentos e quarenta e três mil, quinhentos e doze reais e cinqüenta e nove centavos).

IV - Na espécie, a execução fiscal diz respeito a contribuições sociais e não a tributo incidente sobre a propriedade, caso em que haveria sub-rogação na pessoa do respectivo adquirente.

V - No caso presente, a desapropriação, que recaiu sobre o patrimônio da executada, não tem o condão de desconstituir o vínculo obrigacional anteriormente existente, até porque inexiste "desapropriação de deveres", cumprindo ao credor se voltar, para recebimento de seu crédito, ao valor indenizatório correspondente.

VI - Nesse contexto, inaplicável ao caso o artigo 133 do Código Tributário Nacional, vez que tal dispositivo regula a hipótese de uma pessoa, física ou jurídica, adquirir de outra, por livre decisão, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, o que não ocorre no presente caso, onde o Município, movido por razões de interesse público, promoveu a desapropriação do patrimônio da executada, a fim de dar prosseguimento aos serviços hospitalares necessários à população.

VII - Não há, pois, como responsabilizar a municipalidade pela dívida tributária cobrada, encontrando-se correta a decisão de primeiro grau, que deve ser mantida.

VIII - Agravo legal desprovido. Decisão monocrática mantida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo

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

São Paulo, 22 de junho de 2010.

Juiz Federal Convocado ALEXANDRE SORMANI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ALEXANDRE SORMANI (Relator): Trata-se de recurso de agravo legal interposto pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), com fundamento no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, em face da decisão monocrática proferida às fls. *47*, que negou seguimento ao agravo de instrumento por ela interposto e manteve a decisão de primeiro grau, tendo em conta a presunção de certeza e liquidez da CDA, onde não consta como co-responsável o Município em questão, e considerando que foi lavrada em data posterior ao decreto de desapropriação.

Postula a recorrente seja reformada a decisão proferida, para que o executivo fiscal seja redirecionado para o Município de Cotia, por restar caracterizada hipótese de sucessão, considerando que tal ente público, após ter decretado intervenção no Hospital de Cotia (mantido pela Associação Hospital de Cotia), promulgou o Decreto nº 5.561, de 01 de março de 2005, declarando a desapropriação da associação executada.

Feito em mesa, nos termos do artigo 557, § 1º, do CPC e do artigo 80, I, do RITRF 3ª Região.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado ALEXANDRE SORMANI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ALEXANDRE SORMANI (Relator): A decisão monocrática hostilizada negou provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto pela União, por entender não ser cabível o redirecionamento da execução fiscal contra o Município de Cotia, ente que não consta como co-responsável na certidão de dívida ativa.

A agravante, todavia, argumenta que o caso trata de hipótese de sucessão tributária, na forma do artigo 133 do CTN, vez que, com a desapropriação, o expropriante transfere para si a propriedade particular, passando à condição de sucessor, e, consequentemente, de responsável por todas as obrigações da associação sucedida.

Pois bem. Segundo se depreende dos autos, a executada Associação Hospital de Cotia esteve sob intervenção municipal desde 30/11/2001. Posteriormente, por meio do Decreto nº 5.651, de 01/03/2005, o Município de Cotia desapropriou os bens afetados ao objeto social daquela entidade, a princípio, para dar prosseguimento às atividades do hospital, embora não haja informação precisa neste sentido nos autos.

Enquanto interventor, o Município agiu como administrador dos bens do hospital, gerindo-os e representando-os. Entretanto, não passou a ser deles proprietário ou possuidor, permanecendo privada a natureza dos bens sob intervenção.

Contudo, com a desapropriação, os bens deixaram de pertencer à Associação executada e foram sub-rogados no valor indenizatório oferecido. Esclareça-se que a desapropriação diz respeito aos bens materiais, ou seja, não se trata de extinção ou desconstituição da personalidade jurídica da Associação Hospital de Cotia, que continua a existir e permanece, portanto, responsável por suas obrigações.

Ademais, segundo se verifica do ofício de fls. 28 e relação de habilitantes nos autos da ação de desapropriação que o acompanha, o crédito cobrado nos autos principais (Execução Fiscal nº 12580/05) encontra-se devidamente habilitado naquele feito, onde foi oferecido pelo Município desapropriante, como indenização à Associação Hospital de Cotia, a quantia de R$ 4.443.512,59 (quatro milhões, quatrocentos e quarenta e três mil, quinhentos e doze reais e cinqüenta e nove centavos).

Veja que, na espécie, a execução fiscal diz respeito a contribuições sociais e não a tributo incidente sobre a propriedade, caso em que haveria sub-rogação na pessoa do respectivo adquirente.

No caso presente, a desapropriação, que recaiu sobre o patrimônio da executada, não tem o condão de desconstituir o vínculo obrigacional anteriormente existente, até porque inexiste "desapropriação de deveres", cumprindo ao credor se voltar, para recebimento de seu crédito, ao valor indenizatório correspondente.

Nesse contexto, inaplicável ao caso o artigo 133 do Código Tributário Nacional, vez que tal dispositivo regula a hipótese de uma pessoa, física ou jurídica, adquirir de outra, por livre decisão, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, o que não ocorre no presente caso, onde o Município, movido por razões de interesse público, promoveu a desapropriação do patrimônio da executada, a fim de dar prosseguimento aos serviços hospitalares necessários à população.

Não há, pois, como responsabilizar a municipalidade pela dívida tributária cobrada, encontrando-se correta a decisão de primeiro grau, que deve ser mantida.

Diante de todo o exposto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL.

É como voto.

Juiz Federal Convocado ALEXANDRE SORMANI - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 0008799-61.2010.4.03.0000 (2010.03.00.008799-6)

Agravantes: DABI ATLANTE INDÚSTRIAS MÉDICO ODONTOLÓGICAS LTDA. E ARTHUR BIAGI
Agravadas: R. DECISÃO DE FLS. E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: AI 401705
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2010

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INOMINADO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI Nº 11.941/09. LIBERAÇÃO DE HIPOTECA. GARANTIA ANTERIOR. PAGAMENTO COM APROVEITAMENTO DE PREJUÍZOS FISCAIS. EFEITO LIBERATÓRIO DEPENDE DE EXAME DA EXISTÊNCIA E SUFICIÊNCIA DE PREJUÍZOS FISCAIS. CONSOLIDAÇÃO DOS VALORES. RECURSO DESPROVIDO.

1. Ao contrário do afirmado, existe fundamentação fática e jurídica bastante a amparar a decisão agravada. Com efeito, não existe dúvida de que a garantia é anterior à manifestação do contribuinte quanto ao interesse em aderir aos termos da Lei nº 11.941/09. A hipoteca constituída prestou-se à garantia da execução fiscal e dos respectivos créditos tributários, até a sua plena satisfação. A agravante alegou que houve recolhimento de parte da dívida, e "pagamento" através de prejuízos fiscais, nos termos do artigo 1º, § 7º, da Lei nº 11.941/2009, conforme planilha juntada. A apuração e a suficiência dos prejuízos fiscais para o efeito legal de extinção dos créditos tributários, objeto de inscrições em dívida ativa, demandam evidente constatação fiscal, mediante prestação de informações e consolidação de valores.

2. A literal disposição do artigo 11, § 1º, da Lei nº 11.941/2009 refere-se a qualquer tipo de garantia existente, inclusive a hipotecária, desde que seja anterior, tal como ocorreu na espécie. Por outro lado, a informação administrativa a que se referiu a agravante remete a hipótese de "pagamento à vista" (artigo 1º, § 3º, I), diferente do pagamento com utilização de prejuízos fiscais (artigo 1º, § 7º).
3. O que constou da decisão agravada foi que a garantia não pode ser liberada na pendência da confirmação da existência efetiva dos prejuízos fiscais para viabilizar a integral extinção do crédito tributário, para cuja garantia foi dado o imóvel em hipoteca.
4. A causa foi apreciada em todos os seus aspectos, no sentido de que a Lei nº 11.941/09 não dispensa as garantias constituídas anteriormente, sendo certo que o levantamento da hipoteca, em casos que tais, somente é possível após a consolidação dos valores, apurando a existência e suficiência dos prejuízos fiscais para a extinção do crédito tributário, na pendência da qual deve prevalecer o bem vinculado à execução fiscal.
5. Agravo inominado desprovido.

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

São Paulo, 17 de junho de 2010.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Trata-se de agravo inominado, contra negativa de seguimento a agravo de instrumento (artigo 557, CPC), interposto contra negativa de liminar, em mandado de segurança, impetrado para liberação de hipoteca de imóvel dado em garantia de IPI, alegando, em suma, que: (1) realizaram pagamento à vista do IPI das inscrições nº 80304003232-44, 20304000010-42 e 80203002271-70 com prejuízo fiscal; (2) houve prévia consulta fiscal para dirimir dúvida na liberação da hipoteca depois de realizado o pagamento, obtendo resposta no sentido da extinção da hipoteca; (3) depois do pagamento, alegou-se a necessidade de consolidação do pagamento dos créditos tributários; e (4) a liberação é essencial para concretização de operação bancária que tem por objeto tal imóvel.

No recurso, alegou-se, em suma, que: *(1)* não indicou-se motivos para amparar a decisão agravada; *(2)* a autoridade fiscal respondeu consulta no sentido de ser possível a liberação da hipoteca depois do pagamento à vista da dívida fiscal; *(3)* tem urgência na liberação para utilizar o imóvel em operação bancária, embora não haja como comprovar tal situação; *(4)* não existe base legal ou normativa para impedir a liberação da garantia; e *(5)* a suficiência de prejuízos fiscais pode ser constatada da DIPJ apresentada.

Apresento o feito em Mesa.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator):

Senhores Desembargadores, consta da decisão agravada (f. 235 e verso):

> "A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.
>
> Com efeito, consta expressamente da Lei nº 11.941/09 que o acordo de parcelamento não dispensa as garantias constituídas anteriormente (artigo 11, I), como é o caso da

hipoteca, ora examinada, formalizada em 24/01/05 (f. 138). Para liberar tal garantia, consideradas as inscrições nº 80.3.04.004150-17, 80.3.04.004149-83, 80.3.03.005097-45 e 80.3.03.004970-46 (f. 198, 200, 203 e 205), o contribuinte requereu pagamento à vista através de utilização de prejuízos fiscais e pagamento do saldo (f. 140), tendo sido deferida a adesão aos termos da Lei nº 11.940/01, sem prejuízo da advertência quanto à necessidade de prestação de informações para consolidação (f. 47).

O pagamento com aproveitamento de prejuízos fiscais foi requerido e deferido, porém depende da consolidação dos valores para a extinção do crédito tributário, não sendo autorizado o imediato levantamento da garantia enquanto o próprio contribuinte não prestar as informações necessárias para tanto.

A alegação de que não existe previsão legal de consolidação não é dotada de relevância, mesmo porque pagamento, mediante utilização de prejuízos fiscais, depende, logicamente, da verificação fiscal da regularidade na apuração do crédito declarado pelo contribuinte, e não se confunde com o recolhimento em dinheiro.

Ademais, embora alegado, não restou comprovado dano irreparável a exigir a liberação da hipoteca, fato, inclusive, destacado pelo Juízo agravado (f. 208), cuja conclusão se adota porque reforçada pela constatação de que a medida requerida tem efeito satisfativo e exauriente, sem qualquer justificativa capaz de respaldar o seu deferimento.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso."

Como se observa, ao contrário do afirmado, existe fundamentação fática e jurídica bastante a amparar a decisão agravada. Com efeito, não existe dúvida de que a garantia é *anterior* à manifestação do contribuinte quanto ao interesse em aderir aos termos da Lei nº 11.941/09. A hipoteca constituída prestou-se à garantia da execução fiscal e dos respectivos créditos tributários,

até a sua plena satisfação. A agravante alegou que houve recolhimento de parte da dívida (f. 139), e "pagamento" através de *prejuízos fiscais*, nos termos do artigo 1º, § 7º, da Lei nº 11.941/2009, conforme planilha juntada (f. 142). A apuração e a suficiência dos prejuízos fiscais para o efeito legal de extinção dos créditos tributários, objeto de inscrições em dívida ativa, demandam evidente constatação fiscal, mediante prestação de informações e consolidação de valores.

A literal disposição do artigo 11, § 1º, da Lei nº 11.941/2009 refere-se a qualquer tipo de garantia existente, inclusive a hipotecária, desde que seja anterior, tal como ocorreu na espécie. Por outro lado, a informação administrativa a que se referiu a agravante remete a hipótese de "pagamento à vista" (artigo 1º, § 3º, I), diferente do pagamento com utilização de prejuízos fiscais (artigo 1º, § 7º).

O que constou da decisão agravada foi que a garantia não pode ser liberada na pendência da confirmação da existência efetiva dos prejuízos fiscais para viabilizar a integral extinção do crédito tributário, para cuja garantia foi dado o imóvel em hipoteca.

A causa foi apreciada em todos os seus aspectos, no sentido de que a Lei nº 11.941/09 não dispensa as garantias constituídas anteriormente, sendo certo que o levantamento da hipoteca, em casos que tais, somente é possível após a consolidação dos valores, apurando a existência e suficiência dos prejuízos fiscais para a extinção do crédito tributário, na pendência da qual deve prevalecer o bem vinculado à execução fiscal.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo inominado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0005810-19.2009.4.03.0000
(2009.03.00.005810-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: MARIA QUITERIA COELHO GOMES
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE AMAMBAÍ - MS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS
Classe do Processo: AI 363836
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/05/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. HONORÁRIOS PERICIAIS. VALOR ELEVADO. REDUÇÃO. RESOLUÇÃO Nº 558/2007 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL.
- A Resolução nº 541/2007 do Conselho da Justiça Federal estabelece, em seu artigo 1º, que "as despesas com advogados dativos e peritos no âmbito da jurisdição delegada correrão à conta da Justiça Federal".
- Requerida a perícia pela parte autora, o pagamento é feito com os "recursos vinculados ao custeio da assistência judiciária aos necessitados" (artigo 1º, § 3º, da Resolução nº 558/2007, do CJF) que, posteriormente, serão reembolsados ao Erário pelo vencido (artigo 6º da Resolução citada), quando este não for beneficiário da justiça gratuita.
- No caso concreto, não se verifica complexidade na perícia, motivo pelo qual o valor deve ser reduzido a R$ 234,80, nos termos do artigo 3º, § 1º, da Resolução 558/2007, do CJF.
- Agravo de instrumento a que se dá provimento, para reduzir o valor dos honorários periciais para R$ 234,80 (duzentos e trinta e quatro reais e oitenta centavos).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional

Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, sendo que a Desembargadora Federal Vera Jucovsky acompanhou o voto do Relator, com ressalva de seu entendimento.

São Paulo, 19 de abril de 2010.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator): Cuida-se de agravo de instrumento interposto de decisão que, em processo de conhecimento objetivando a concessão de benefício previdenciário, nomeou médico para realização de perícia, fixando seus honorários em R$ 704,00 (setecentos e quatro reais), "ante a natureza da perícia e especialização do perito", e determinando que "após a realização da perícia, encaminhe-se o ofício ao douto Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado comunicando-lhe do presente arbitramento e também solicitando-lhe o pagamento".

Sustenta, o INSS, que a "manutenção de tais valores pode vir a criar precedente para futuras decisões fixando honorários periciais em quantias elevadas e que, em face da natureza da ação e da concessão da assistência judiciária gratuita praticamente na totalidade dos feitos previdenciários, ficarão a cargo da Autarquia Previdenciária, ente público com disponibilidade de recursos orçamentários notoriamente precária". Alega que, embora "não tenha sido intimado para depositar mencionados valores, consoante determinação trazida na Resolução nº 558/2007, o perito poderá levantar os honorários periciais após o prazo que as partes possuem para apresentar manifestação acerca do laudo", o que poderá causar-lhe lesão grave e de difícil reparação.

Às fls. 39/40, foi deferida parcialmente a atribuição do efeito suspensivo.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS (Relator): Cuida-se de agravo de instrumento interposto de decisão que, em processo de conhecimento objetivando a concessão de benefício previdenciário, fixou seus honorários em R$ 704,00 (setecentos e quatro reais).

Às fls. 39/40, assim foi decidido:

> "A Resolução nº 541/2007 do Conselho da Justiça Federal estabelece, em seu artigo 1º, que 'as despesas com advogados dativos e peritos no âmbito da jurisdição delegada correrão à conta da Justiça Federal'.
> Trata-se, pois, de resolução destinada a disciplinar as hipóteses em que, em casos de competência delegada, haja beneficiários da justiça gratuita.
> Nesse passo, dispõe o artigo 1º, § 3º, da Resolução nº 558/2007, também do Conselho da Justiça Federal:
> '§ 3º Os recursos vinculados ao custeio da assistência judiciária aos necessitados destinam-se ao pagamento de honorários dos advogados dativos, curadores, peritos, tradutores e intérpretes.'
> O artigo 19 do Código de Processo Civil determina a antecipação do pagamento das despesas dos atos que as partes realizam ou requerem no processo, 'salvo as disposições concernentes à justiça gratuita'. Nessa hipótese, o pagamento é feito com os 'recursos vinculados ao custeio da assistência judiciária aos necessitados' (artigo 1º, § 3º, da Resolução nº 558/2007, do CJF) que, posteriormente, serão reembolsados ao Erário pelo vencido (artigo 6º da Resolução citada), quando este não for beneficiário da justiça gratuita.
> No tocante à perícia, o artigo 33 do Código de Processo Civil, determina que a remuneração do perito 'será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes, ou determinado de ofício pelo juiz.'

Caso somente o INSS, sendo réu, tivesse requerido a perícia médica, a ele caberia a antecipação dos honorários periciais, a título do disposto no Código de Processo Civil. A perícia, contudo, foi requerida pela parte autora (fls. 12), beneficiária da justiça gratuita, a ela aplicando-se o disposto na Resolução nº 541 de 18.01.2007.

Nesse passo, conquanto o pagamento tenha sido determinado à Justiça Federal, pugna, a autarquia, pela redução do valor fixado, que poderá vir a causar-lhe lesão grave ou de difícil reparação.

Dispõe o artigo 6º, da Resolução nº 558/2007: 'Os pagamentos efetuados de acordo com esta resolução não eximem o vencido de reembolsá-los ao erário, exceto quando beneficiário da assistência judiciária gratuita'.

Referida resolução estipula valores para pagamento de honorários de defensores dativos, periciais, tradutores e intérpretes, bem como auxiliares dos juizados especiais federais.

O quadro relativo aos honorários periciais subdivide-se em duas áreas: engenharia e outras. Para esta última categoria, na qual se insere a perícia médica e o estudo social, estipula-se, de acordo com a nova tabela, R$ 58,70, como valor mínimo, e R$ 234,80, como valor máximo. É certo que o 'juiz está autorizado a ultrapassar até três (3) vezes o limite máximo, atendendo o grau de especialização do perito, à complexidade do exame e ao local de sua realização' (artigo 3º, § 1º, da Resolução 558/2007, do CJF). Todavia, não se verifica tal complexidade no caso concreto, já que as enfermidades relatadas são de natureza ortopédica (fl. 13), motivo pelo qual o valor da perícia deve ser reduzido a R$ 234,80 (duzentos e trinta e quatro reais e oitenta centavos).

Dito isso, defiro parcialmente a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento para reduzir o valor dos honorários periciais para R$ 234,80 (duzentos e trinta e quatro reais e oitenta centavos)".

Posto isso, mantendo as razões da decisão supra, dou provimento ao agravo de instrumento, para reduzir o valor dos honorários periciais para R$ 234,80.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RODRIGO ZACHARIAS - Relator

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL 0008116-53.1993.4.03.6100 (95.03.048841-9)

Agravante: UNIÃO FEDERAL
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 499/500
Apelantes: JAIR SALDANHA E OUTROS
Apeladas: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 20ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: AC 258361
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/07/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA TOMADA COM BASE EM SÚMULA E EM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB O REGIME DE FEITOS REPETITIVOS. ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO NÃO DEMONSTROU TRATAR-SE DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. INCLUSÃO DE JUROS NA FASE DA EXECUÇÃO. SÚMULA 254 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.960/2009. RECURSO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO. ATUAÇÃO PROCESSUAL TEMERÁRIA. RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA AO ANDAMENTO DO FEITO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.
1. Proferida decisão monocrática fundada em entendimento sumulado e em orientação jurisprudencial adotada sob o regime de recursos repetitivos, revela-se de todo injustificável que a parte vencida interponha agravo interno sob a alegação de que o relator não demonstrou tratar-se de jurisprudência dominante.
2. Na conformidade da Súmula 254 do Supremo Tribunal Federal, os juros podem ser incluídos na fase de execução mesmo que não constem no pedido inicial ou na condenação.
3. Na consonância da jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o regime de recursos repetitivos,

regra nova a respeito de juros não se aplica a feitos anteriormente ajuizados. Assim, não há falar em aplicar-se, ao presente caso (que já se encontra em fase de execução definitiva), a recente Lei nº 11.960/2009. Precedentes.

4. Revelado o propósito procrastinatório do recurso, evidenciada a postura temerária da parte e, ainda, restando clara a oposição injustificada de resistência ao andamento do feito, é de rigor impor-se condenação por litigância de má-fé.

5. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, *NEGAR PROVIMENTO* ao agravo e, com fundamento nos incisos IV, V e VII do artigo 17, bem como no *caput* do artigo 18, ambos do Código de Processo Civil, impor à agravante multa de 1% (um por cento) do valor da presente causa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de junho de 2010.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de agravo interposto pela *União*, inconformada com a decisão monocrática de f. 499-500, por meio da qual se deu provimento à apelação interposta por *Jair Saldanha* e outros, ao fim de "determinar a inclusão, no cálculo do débito, de juros moratórios, a contar da data da citação (16 de setembro de 1993, f. 53 e 55), sendo: a) até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, na base de 6% (seis por cento) ao ano; b) a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, conforme a variação da taxa SELIC".

A decisão ora agravada, num primeiro momento, fundou-se

na Súmula 254 do Supremo Tribunal Federal e, na sequência, aplicou os critérios consagrados pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime de recursos repetitivos.

A agravante alega, de início, que "o relator deu provimento ao recurso, sozinho, sem fundamenta, entretanto, em nenhuma das hipóteses permissivas do art. 557 do CPC", uma vez que "apenas citou julgados que tratam da situação fática colocada em discussão, sem todavia demonstrar a característica de dominante, requisito necessário para o julgamento meramente singular" (f. 506). Assim, segundo a agravante, a decisão estaria "eivada de nulidade, devendo ser levada ao colegiado para apreciação no que toca à parte infundada do julgado" (f. 506).

Prosseguindo, a agravante aduz que "os juros não foram objeto da condenação, mas tão somente o pagamento das diferenças devidas pela aplicação do índice IPC no mês de abril de 1990"; que "a fórmula de cálculo empregada pela CEF para apurar os valores decorrentes das aplicações dos índices expurgados nos planos econômicos está correta, exatamente nos termos da r. sentença recorrida, que inclusive fora confirmada nas demais instâncias"; que, "no mais, a matéria está preclusa, e deveria ter o recorrente se insurgido no momento devido", de sorte que "a discussão acerca da inclusão ou não dos juros de mora não pode mais ser discutida nesta fase processual" (f. 506).

Em arremate, a agravante sustenta, em caráter subsidiário, que, "se forem devidos juros de mora, deve ser respeitado o limite de 6% ao ano, inclusive em razão da redação dada pela Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009, cujo art. 5º deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97" (f. 506).

É o relatório.

Apresento o feito em mesa, para julgamento pela Turma.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): De início, cumpre observar a absoluta improcedência

e, mesmo, a impertinência da alegação, formulada pela agravante, de que a decisão monocrática limitou-se a invocar precedentes, sem demonstrar que se trata de jurisprudência dominante.

Ora, se um dos fundamentos da decisão foi uma súmula do Supremo Tribunal Federal e o outro foi a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça em regime de processos repetitivos, como dizer que não se trata de jurisprudência dominante?

Com a devida vênia, não é possível aceitar que a União, cujo quadro de procuradores é dos mais qualificados, lance nos autos afirmação que pressupõe o desconhecimento do papel das súmulas e do regime de processos repetitivos.

Não bastasse, a agravante insiste, no tocante ao mérito da decisão, que haveria preclusão em relação à incidência de juros, contrariando, frontalmente, o enunciado da súmula 254 do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, a agravante invoca, no agravo interno, a recente Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009, pretendendo que se limitem os juros a 6% ao ano.

Nesse particular, a pretensão, veiculada somente no agravo interno, igualmente não encontra a menor procedência.

Com efeito, a referida Lei nº 11.960/2009 deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, a qual, por sua vez, fora anteriormente alterada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça, também sob o regime de feitos repetitivos, restringiu a aplicabilidade dessa última norma às demandas ajuizadas depois de sua entrada em vigor, ou seja, 24 de agosto de 2001. Veja-se:

> "DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO AJUIZADA ANTES DA EDIÇÃO DA MP 2.180-35/01. JUROS MORATÓRIOS. 12% AO ANO. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça - com fundamento no art. 543-C do CPC - firmou compreensão

segundo a qual o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494/97, que fixou em 6% ao ano os juros moratórios sobre as condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, é aplicável apenas nas ações ajuizadas após a entrada em vigor da MP 2.180-35/01, ou seja, 24/8/01 (REsp 1.086.944/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA).
2. Agravo regimental improvido".
(STJ AgRg no REsp 1069739/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 20/04/2010, DJE 10/05/2010)

Por identidade de razões, não há o menor sentido lógico ou jurídico em pretender que a Lei nº 11.960/2009, posterior não apenas ao ajuizamento, mas até mesmo ao trânsito em julgado da condenação, tenha qualquer aplicação ao caso presente. Confira-se:

"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 AgRg no REsp 1062441/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, 6ª Turma, julgado em 20/04/2010, DJE 10/05/2010)

"ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. SERVIDOR PÚBLICO. GADF. LEI Nº 8.168/1991. JUROS DE MORA. FAZENDA PÚBLICA. LEI Nº 11.960/2009.
1. A decisão agravada foi proferida em consonância com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça

sobre o tema, autorizando o relator a dar provimento ao recurso, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil.

2. Os servidores que recebem as vantagens de Cargo de Direção e Funções Gratificadas, decorrentes da transformação das antigas Funções de Confiança pela Lei nº 8.168/1991, fazem jus ao recebimento da Gratificação de Atividade pelo Desempenho de Função (GADF).

3. A superveniência da Lei nº 11.960/2009 não tem aplicabilidade ao caso, adotando-se, para referida conclusão, o mesmo raciocínio utilizado para a não aplicação da mudança trazida pela Medida Provisória nº 2.180/2001.

4. Agravo regimental a que se nega provimento".

(STJ AgRg no REsp 1127652/SC, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES, 6ª Turma, julgado em 27/10/2009, DJE 22/02/2010)

Nessas condições, o que se conclui é que, em absolutamente todos os aspectos ventilados pela agravante, o manejo do recurso revela nítido e exclusivo propósito procrastinador. Ademais, a postura processual da agravante, no caso presente, mostra-se temerária e sua insurgência à decisão agravada configura resistência injustificada ao andamento do feito.

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao agravo e, com fundamento nos incisos IV, V e VII do artigo 17, bem como no *caput* do artigo 18, ambos do Código de Processo Civil, imponho à agravante multa de 1% (um por cento) do valor da presente causa.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL 0002630-30.2002.4.03.6114 (2002.61.14.002630-5)

Agravantes: JOÃO BAPTISTA DA SILVA E OUTROS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 281/282
Apelantes: JOÃO BAPTISTA DA SILVA E OUTROS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MONICA NOBRE
Classe do Processo: AC 869203
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/07/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO. RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. JUROS DE MORA. JURISPRUDÊNCIA DO STF.

1 - Não há previsão legal que autorize o sobrestamento deste feito em razão de ter sido reconhecida a repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário.

2 - Segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do Relator não deve ser alterada quando fundamentada e dela não se vislumbrar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

3 - O artigo 557, do Código de Processo Civil, consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator.

4 - Na decisão agravada, foi adotado o entendimento no sentido de que não há incidência de juros moratórios entre a data do cálculo e a data de inscrição do precatório

no orçamento, em consonância com precedentes do E. Supremo Tribunal Federal.

5 - Agravo desprovido. Decisão mantida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 21 de junho de 2010.

Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE (Relatora): Trata-se de agravo interposto pela parte autora, contra a decisão de fls. 281/282, em que foi negado seguimento à sua apelação, interposta contra a sentença, em que foi julgada extinta a execução.

Em razões de seu recurso, requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito, nos termos do artigo 543-B do Código de Processo Civil. No mérito, sustenta que os juros de mora devem incidir entre a data do cálculo e a data de inscrição do precatório no orçamento.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE (Relatora): Conheço do recurso, porém nego provimento ao agravo.

Por primeiro, o reconhecimento de repercussão geral em um recurso extraordinário não tem o condão de autorizar a suspensão no andamento das demais ações que tratam da mesma

matéria e se encontram em tramitação neste grau de jurisdição, para julgamento de eventual recurso de apelação, como pretendido pelo agravante.

Em conformidade com o disposto no art. 543-B, do Código de Processo Civil, o reconhecimento da repercussão geral autoriza tão somente a suspensão dos eventuais recursos extraordinários examinados pelo E. STF, com fundamento em idêntica controvérsia. Tal previsão legal não permite a suspensão dos processos na fase em que se encontra o presente feito.

A esse respeito, confira-se a jurisprudência:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 182/STJ. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO STF. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. Não se conhece de Agravo Regimental que deixa de impugnar os fundamentos da decisão atacada. Incidência da Súmula 182/STJ.
> 2. Ao relator não compete determinar o sobrestamento do feito em razão de ter sido reconhecida a repercussão geral da matéria pelo STF, por se tratar de providência a ser avaliada quando do exame de eventual Recurso Extraordinário. Precedentes.
> 3. Agravo Regimental não conhecido."
> (STJ, AGA 200801210121, AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1061763, Relator: HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJE: 19/12/2008, Decisão: 28/10/2008).

Quanto ao mérito do recurso, destaco que na decisão agravada foi adotado o entendimento no sentido de que não há incidência de juros moratórios entre a data do cálculo e a data de inscrição do precatório no orçamento, em consonância com a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal.

Reitero, por oportuno, alguns dos fundamentos expostos quando de sua prolação:

"(...)
Segundo o artigo 394 do Código Civil, considera-se em mora o devedor que não efetua o pagamento no tempo, lugar e forma convencionados, constituindo os juros moratórios gravame pelo não cumprimento oportuno da obrigação, motivo que leva sua incidência até o pagamento total da dívida.
Por essa razão, entendia-se plausível o argumento de que os juros moratórios eram devidos quando do pagamento por precatório, ou seja, ocorria a incidência de juros de mora durante todo o período de tramitação do precatório, até a data de seu efetivo depósito.
No entanto, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 305121/SP - SÃO PAULO, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 07/02/2003, p. 49, assim decidiu sobre a matéria:
'Recurso extraordinário. Precatório complementar. Juros moratórios.
- O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 298.616, firmou entendimento no sentido de que não são devidos juros moratórios no período compreendido entre a data de expedição do precatório judicial e do seu efetivo pagamento no prazo estabelecido na Constituição, uma vez que, nesse caso, não se caracteriza inadimplemento por parte do Poder Público.
- Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.
- Recurso extraordinário conhecido e provido.'
Destarte, não há mora do devedor no período que medeia a expedição do precatório judicial e o respectivo pagamento, desde que cumprido o prazo previsto na Constituição da República.
Quanto à incidência ou não de juros moratórios no período entre a elaboração da conta e a expedição do precatório, passo adotar o entendimento das recentes decisões monocráticas do E. Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:
'Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão

que entendeu ser devida a inclusão dos juros de mora entre a data da conta e a expedição de requisição de pequeno valor. Neste RE, fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição, alegou-se, em suma, ofensa ao art. 100, parágrafo 1º, da mesma Carta. O Subprocurador-Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 94-100). A pretensão recursal merece acolhida. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar caso análogo (RE 298.616/SP), Rel. Min. Gilmar Mendes, conheceu e deu provimento ao RE do Instituto Nacional do Seguro Social ao entendimento de que, não havendo atraso na satisfação do débito, não incidem juros moratórios entre a data da expedição e a data do efetivo pagamento do precatório, nos termos da ementa a seguir transcrita: EMENTA: Recurso Extraordinário. 2. Precatórios. Juros de mora. 3. Art. 100, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Redação anterior à Emenda 30, de 2000. 4. Inclusão no orçamento das entidades de direito público. Apresentação de 1º de julho, data em que terão seus valores atualizados. 5. Prazo constitucional de pagamento até o final do exercício seguinte. 6. Descaracterização da mora, quando não há atraso na satisfação dos débitos. 7. Recurso extraordinário provido.' Esse entendimento se aplica, da mesma forma, ao período entre a elaboração da conta e a expedição do precatório, porquanto somente haveria mora se descumprido o prazo constitucionalmente estabelecido. No mesmo sentido, menciono as seguintes decisões, entre outras: AI 492.779-AgR/DF e RE 449.198/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 552.212/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia. Isso posto, com base no art. 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do recurso e dou-lhe provimento. Publique-se. (STF - RE 556189/SP - SÃO PAULO Relator(a) Min. RICARDO LEWANDOWSKI; DJ 25/10/2007 PP-00073)

'Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada. 3.

> Juros de mora entre as datas da expedição e do pagamento do precatório judicial. Não-incidência. Precedentes. 4. Descabimento, pelos mesmos fundamentos, de juros de mora entre a data de elaboração dos cálculos definitivos e a data de apresentação, pelo Poder Judiciário à respectiva entidade de direito público, do precatório (parágrafo 1º do art. 100 da Constituição). 5. Agravo regimental a que se nega provimento.' (AI - AgR 492779/DF; Relator(a): Min. GILMAR MENDES; Órgão Julgador: Segunda Turma; DJ 03-03-2006; PP-00076)
>
> Assim, não ocorre mora no interregno entre a apresentação da conta de liquidação e a data de expedição do precatório, principalmente porque a demora na elaboração do ofício precatório não é imputada ao devedor.
>
> Portanto, tendo o precatório sofrido a devida atualização pelo Tribunal quando da inscrição orçamentária, bem como no depósito, não há que se falar sejam computados os juros moratórios.
>
> No caso analisado, a sentença que afastou o cálculo de diferenças, apresentado pela parte autora às fls. 204/210, está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e com o entendimento desta Relatoria.
>
> (...)"

A decisão ora agravada foi devidamente fundamentada e proferida com observância do princípio do livre convencimento do juiz, estando em consonância com o entendimento emanado dos Tribunais Superiores.

Ademais, segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do Relator não deve ser alterada quando fundamentada e se dela não se vislumbrar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte. Menciono julgados, deste r. Tribunal, pertinentes ao tema: AgRgMS 2000.03.00.000520-2, Primeira Seção, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, DJU 19.06.01, RTRF 49/112; AgRgEDAC 2000.61.04.004029-0, Nona Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, DJU 29.07.04, p. 279.

Com efeito, o artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser monocraticamente julgado pelo respectivo Relator, que 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" (*caput*), ou, ainda, dará 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" (§ 1º-A).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo.

É o voto.

Juíza Federal Convocada MONICA NOBRE - Relatora

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE EM AÇÃO PENAL 0026541-41.2006.4.03.0000 (2006.03.00.026541-0)

Agravante: EDUARDO FREDERICO DA SILVA ARAÚJO
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 3.346/3.349
Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Réus: NELSON MANCINI NICOLAU E OUTROS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO
Classe do Processo: APN 220
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/03/2010

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. NÃO CABIMENTO. ARTIGO 609, PAR. ÚNICO, CPP. ARTIGO 259 DO REGIMENTO INTERNO. AGRAVO IMPROVIDO.

I - Não se apresenta cabível o recurso de embargos infringentes, em matéria penal, contra decisões proferidas em ação penal de competência originária de Tribunal. Artigo 609, par. único, do Código de Processo Penal e artigo 259, do Regimento Interno desta Corte.

Questão pacificada pela jurisprudência do Excelso Pretório e do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de fevereiro de 2010.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO (Relatora):

O Ministério Público Federal de Primeiro Grau denunciou, em data de 15 de dezembro de 1995, ALFREDO CASARSA NETTO, ANTÔNIO FÉLIX DOMINGUES, ANTÔNIO JOSÉ SANDOVAL, EDSON WAGNER BONAN NUNES, EDUARDO FREDERICO DA SILVA ARAÚJO, FERNANDO MATHIAS MAZZUCCHELLI, GILBERTO DA SILVA DAGA, GILBERTO ROCHA DA SILVEIRA BUENO, JAIR MARTINELLI, JOAQUIM CARLOS DEL BOSCO AMARAL, JÚLIO SÉRGIO GOMES DE ALMEIDA, NÉLSON MANCINI NICOLAU E VLADIMIR ANTÔNIO RIOLI, como incursos no art. 4º, *caput*, e par. único, da Lei nº 7.492/86, c. c. o art. 29, *caput*, do Código Penal.

A denúncia foi recebida. Os acusados foram devidamente processados.

O denunciado Nélson Mancini Nicolau juntou aos autos certidão expedida pela Prefeitura Municipal de São João da Boa Vista/SP, dando conta de ter tomado posse e entrado em exercício no cargo de Prefeito, cujo mandato termina em 31/12/2008 (fls. 1747/48). Em razão disso, e em face do disposto no art. 29, inciso X, da Constituição Federal, os autos foram encaminhados pelo Juízo Federal de Primeiro Grau a este Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em data de 13.12.2005.

Constatada a validade dos atos, foram os mesmos ratificados, com o prosseguimento do feito até a fase de alegações finais.

Em data de 11 de dezembro de 2007 o processo foi submetido a julgamento perante o C. Órgão Especial deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, oportunidade que, *por unanimidade, foram rejeitadas as preliminares de incompetência deste Tribunal para o julgamento de todos os réus e consequente desmembramento dos autos; conversão do julgamento em diligência sob o fundamento de que na fase do artigo 499, CPP, não houve cumprimento de diligência requerida e deferida; extemporaneidade da juntada, pelo MPF, de documentos após a fase do*

artigo 499, CPP; arguição de inconstitucionalidade dos tipos penais do artigo 4º "caput" e parágrafo único, da Lei nº 7.492/86. Por maioria, foi rejeitada a preliminar de inépcia da denúncia. Por maioria, foi julgada parcialmente procedente a ação penal para o fim de condenar ANTONIO FÉLIX DOMINGUES, como incurso no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7492/86, c. c. o artigo 62, I, do Código Penal, às penas de 06 (seis) anos de reclusão, além da sanção pecuniária fixada em 300 dias-multa, no valor unitário de R$ 1.000,00, a ser cumprida no regime inicial semi-aberto; JAIR MARTINELLI, como incurso no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7492/86, c. c. o art. 62, I, do Código Penal, às penas de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além da sanção pecuniária fixada em 200 dias-multa, no valor unitário de R$ 1.000,00, a ser cumprida no regime inicial semi-aberto; GILBERTO DA SILVA DAGA, VLADIMIR ANTONIO RIOLI, JÚLIO SÉRGIO GOMES DE ALMEIDA, EDSON WAGNER BONAN NUNES, ALFREDO CASARSA NETTO, EDUARDO FREDERICO DA SILVA ARAÚJO, GILBERTO ROCHA DA SILVEIRA BUENO, JOAQUIM CARLOS DEL BOSCO AMARAL, ANTONIO JOSÉ SANDOVAL E FERNANDO MATHIAS MAZZUCCHELLI, como incursos no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7492/86, às penas de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além da sanção pecuniária fixada em 100 dias-multa, no valor unitário de R$ 1.000,00, a ser cumprida no regime inicial semi-aberto e, NELSON MANCINI NICOLAU, como incurso no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7492/86, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, além da sanção pecuniária fixada em 150 dias-multa, no valor unitário de R$ 1.000,00, a ser cumprida no regime inicial semi-aberto, aplicando-lhe, ainda, como efeito secundário da condenação, a decretação da perda de cargo público, nos moldes do artigo 92, I, letra "b", do Código Penal, após o trânsito em julgado do édito condenatório. E, por maioria, foram absolvidos os réus ANTONIO FELIX DOMINGUES, JAIR MARTINELLI e GILBERTO DA SILVA DAGA do delito de gestão fraudulenta, previsto no "caput" do artigo 4º, da Lei nº 7492/86, com fulcro no artigo 386, VI, do CPP. Por

maioria, o Órgão Especial reconheceu aos réus o direito de recorrerem em liberdade e determinou que as custas deverão ser, por eles, pagas.

Contra este v. acórdão, a defesa dos réus ALFREDO CASARSA NETTO, ANTÔNIO FÉLIX DOMINGUES, ANTÔNIO JOSÉ SANDOVAL, EDSON WAGNER BONAN NUNES, EDUARDO FREDERICO DA SILVA ARAÚJO, FERNANDO MATHIAS MAZZUCCHELLI, GILBERTO DA SILVA DAGA, GILBERTO ROCHA DA SILVEIRA BUENO, JAIR MARTINELLI, JOAQUIM CARLOS DEL BOSCO AMARAL, JÚLIO SÉRGIO GOMES DE ALMEIDA, NÉLSON MANCINI NICOLAU E VLADIMIR ANTÔNIO RIOLI interpuseram recurso de embargos de declaração.

EDUARDO FREDERICO DA SILVA ARAÚJO interpôs, ainda, embargos infringentes e de nulidade.

Às fls. 3346/3349, neguei seguimento ao recurso de embargos infringentes e de nulidade, nos termos do art. 33, inciso XIII, do Regimento Interno desta Corte, dado serem incabíveis na situação em tela.

Irresignado, EDUARDO FREDERICO DA SILVA ARAÚJO, interpôs o presente agravo regimental, pleiteando a reforma da decisão, sob o argumento, em síntese, de serem cabíveis os embargos infringentes e de nulidade, no caso em exame, por se tratar de único recurso que permite a reapreciação da matéria fática, em respeito ao duplo grau de jurisdição.

É o relatório.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO (Relatora):

Conheço dos embargos, eis que tempestivos. Passo ao seu exame.

Dispõe o artigo 609, par. único, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> "Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.
> Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência".

De outro lado, o artigo 259 do Regimento Interno desta e. Corte preceitua que:

> "Art. 259 - Cabem embargos infringentes, quando não for unânime o julgado proferido *em apelação, em remessa oficial e em ação rescisória*, no prazo de 15 (quinze) dias. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.
> Parágrafo único. Das decisões proferidas em apelação e em remessa oficial em mandado de segurança não cabem embargos infringentes." (grifei)

Portanto, resta hialino que os embargos infringentes, em matéria penal, são cabíveis de decisão não-unânime de tribunal de segundo grau, no julgamento de apelação ou recurso em sentido estrito (nesse sentido Filho, Vicente Greco, *in Manual de Processo Penal*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 380), sendo, portanto, inadmissíveis contra decisões proferidas em ação penal de competência originária de Tribunal.

Ora, conforme lecionam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes: "Somente podem ser objeto de embargos infringentes os acórdãos proferidos pelos tribunais de segundo grau no julgamento de apelações ou recursos em sentido estrito. É o que se deduz, claramente, da rubrica do Cap. V do Tít. II, Livro III, do CPP, no qual está inserido o dispositivo legal acima mencionado: 'Do processo e do

julgamento dos recursos em sentido estrito e das apelações nos Tribunais de Apelação'. Diante disso, duas conclusões podem ser extraídas. A primeira é que os embargos infringentes são incabíveis quando a divergência ocorrer em julgamento de outros recursos ou de ações de impugnação catalogadas como recursos pelo CPP. (.....). *Igualmente inadmissíveis os embargos infringentes quando não unânimes as decisões proferidas em ações penais originárias (STF, RTJ169/273; TJSP, RT 787/602*)" (*in Recursos no processo penal*: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais, 4ª ed., rev., ampl. e atual. com a Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004), São Paulo, RT, 2005, p. 218). grifei. No mesmo sentido Guilherme de Souza Nucci, *in Código de Processo Penal Comentado*, 4ª ed., São Paulo, RT, 2005, p. 933)

A questão também resta mais do que pacificada no Excelso Pretório e no Colendo Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere do teor dos seguintes julgados:

> "CONDENAÇÃO PROFERIDA POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM AÇÃO PENAL ORIGINARIA - ACÓRDÃO NÃO-UNÂNIME - DESCABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES (CPP, ART. 609, PARÁGRAFO ÚNICO). - A norma inscrita no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal não se aplica as hipóteses de condenação criminal, ainda que não-unânime, resultante de ação penal originaria ajuizada perante os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados (Lei nº 8.658/93), eis que os embargos infringentes somente são oponíveis a acórdão proferido em sede de apelação ou de recurso em sentido estrito."
> (STF, HC 72465/SP, Relator Min. CELSO DE MELLO, 1ª Turma, DJ 24-11-1995 PP-40387)

> "PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. NÃO-CABIMENTO. RECURSOS NÃO CONHECIDOS.

1. Já é pacífica a jurisprudência desta Corte, bem como a do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os embargos infringentes, em matéria penal, são cabíveis de decisão não-unânime de Tribunal de segundo grau, no julgamento de apelação ou recurso em sentido estrito, sendo, portanto, inadmissíveis contra decisões proferidas em ação penal de competência originária de Tribunal. 2. Recursos especiais não conhecidos".
(STJ, RESP 200101045442, Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, 5ª Turma, DJ DATA: 30/10/2006 PG: 00372).

"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. EMBARGOS INFRINGENTES. INADMISSIBILIDADE.
1 - Os embargos infringentes, no processo penal, só podem ser interpostos contra as decisões de segunda instância que apreciarem os recursos em sentido estrito ou as apelações.
2 - Agravo regimental desprovido".
(STJ, AgRg no Ag 205671/MG, Ministro FERNANDO GONÇALVES, 6ª Turma, DJ 02.05.2000 p. 190).

"RESP - PROCESSUAL PENAL - EMBARGOS INFRINGENTES - JULGAMENTO ORIGINÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - OS EMBARGOS INFRINGENTES, NO PROCESSO PENAL, FORAM INTRODUZIDOS PELA LEI 1.720-B; ACRESCENTOU REDAÇÃO AO PAR. ÚNICO DO ART. 609, DO CPP. A NORMA INTEGRA O TÍTULO II - DOS RECURSOS EM GERAL. ESPECIFICAMENTE, NO CAPÍTULO V - DO PROCESSO E DO JULGAMENTO DOS RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO E DAS APELAÇÕES NOS TRIBUNAIS DE APELAÇÃO. O INSTITUTO TEM, POIS, COMO PRESSUPOSTO DECISÃO NÃO UNÂNIME DE 2ª INSTÂNCIA. NÃO ALCANÇA A HIPÓTESE DE O TRIBUNAL ATUAR ORIGINARIAMENTE PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO PENAL."

(STJ, REsp 80032/RJ, Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, 6ª T, DJ 17.11.1997 p. 59615).

No mesmo sentido, a jurisprudência deste e. Tribunal Regional Federal, a saber:

"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. INADMISSIBILIDADE DE EMBARGOS INFRINGENTES CONTRA ACÓRDÃO CONDENATÓRIO EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA.
- Cuidando-se de ação penal originária no Tribunal (Lei nº 8.038/90, artigos 1º a 12), não se admite o manejo de embargos infringentes diante de condenações criminais não unânimes.
- Inteligência do artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, cujas hipóteses de cabimento limitam-se aos acórdãos proferidos em apelação ou recurso em sentido estrito, bem como do Regimento Interno desta Corte, ao dispor, no capítulo destinado à ação penal originária, que 'da decisão cabem, para o Plenário, embargos de declaração e revisão criminal' (artigo 218, parágrafo único), reservando os embargos infringentes e de nulidade em matéria penal aos casos em que 'não for unânime a decisão desfavorável ao réu, proferida em apelação criminal e nos recursos criminais em sentido estrito' (artigo 265, primeira parte).
- Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. - Agravo regimental a que se nega provimento".
(APN 200161020016985, Rel. Des. Federal THEREZINHA CAZERTA, ÓRGÃO ESPECIAL, DJF3 CJ1 DATA: 15/12/2009 PÁGINA: 9).

Assim, resultam incabíveis os embargos infringentes e de nulidade interpostos pela defesa do acusado EDUARDO FREDERICO DA SILVA ARAÚJO, motivo pelo qual nego provimento ao presente agravo regimental.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental, mantendo a decisão impugnada por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA 0039440-03.2008.4.03.0000 (2008.03.00.039440-0)

Agravantes: ESTADO DE SÃO PAULO E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Requerente: ESTADO DE SÃO PAULO
Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO CARLOS - SP
Interessados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E OUTROS
Relator para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: SLAT 2854
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/07/2010

EMENTA

AGRAVO EM SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - QUEIMA DA PALHA, NA COLHEITA DA CANA DE AÇÚÇAR.
1. Divergência no Órgão Especial, inclusive na formação da maioria.
2. Prevalência da corrente que autorizou a queima da palha, na colheita da cana de açúcar, nas safras 2.008 e 2.009.
3. Provimento parcial do agravo interposto pelo Estado de São Paulo. Negativa de provimento ao agravo interposto pelo Ministério Público Federal.

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, negar provimento ao agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal e, também por maioria, dar parcial provimento ao agravo regimental interposto pelo Estado de São Paulo, nos termos do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto de Souza, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de abril de 2010.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator para Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Presidente).

Trata-se de Suspensão de Liminar, por meio da qual o Estado de São Paulo pleiteia a suspensão da decisão que concedeu a tutela antecipada, proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 2008.61.15.001195-7, originária da 2ª Vara Federal de São Carlos-SP, ajuizada pelo Ministério Público Federal e Ministério Público do Trabalho, em relação à ora requerente; à Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental - CETESB e ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, a qual determinou a suspensão de imediato da validade das autorizações já concedidas pelo ora requerente, cujo objeto seja a queima controlada da palha da cana-de-acúcar na área compreendida pela Subseção Judiciária de São Carlos, com a paralisação imediata da prática na região, bem como a abstenção por parte da CETESB e do requerente, através da coordenadoria de licenciamento ambiental e de proteção de recursos naturais, para que não forneçam novas autorizações ambientais para a referida atividade, cabendo ao IBAMA a exclusividade do procedimento de licenciamento ambiental para a prática da queima da palha da cana-de-açúcar na região delimitada, respeitando a exigência de EIA/RIMA e as demais etapas atinentes ao procedimento de licenciamento ambiental preconizada no artigo 10, da Resolução CONAMA nº 237/97.

Apreciando o pedido, suspendi parcialmente a r. decisão interlocutória, para autorizar a queima da palha de cana, tal como propugnada pelo Estado de São Paulo tão-somente para o restante da safra de 2008, até que decisão de Turma desta Corte resolva a matéria em grau de recurso voluntário.

Diante das manifestações de fls. 319/324 e 328/334, apresentadas pelo Sindicato da Indústria da Fabricação do Álcool do Estado de São Paulo - SIFAESP, Sindicato da Indústria do Açúcar no Estado de São Paulo - SIAESP e União da Agroindústria Canavieira do Estado de São Paulo - ÚNICA, determinei, às fls. 377/378, a inclusão dos referidos entes como interessados e procedi aos esclarecimentos que se faziam necessários.

Inconformada com o deferimento parcial do pedido de suspensão, o Estado de São Paulo opôs, às fls. 413/429, Agravo, ao argumento de que é inaceitável a negativa de vigência da competência administrativa exercida pelo Estado de São Paulo, prevista no artigo 23, incisos VI, VII e VIII, da Constituição Federal e que a paralisação abrupta do sistema de queima da palha de cana causa séria lesão à ordem pública e aos valores econômicos e sociais, além do que a permissão para sua utilização apenas para a safra em curso em nada contribui para a solução do problema.

Salienta que a decisão acarreta lesão à ordem pública quando nega vigência à competência administrativa estadual para execução de programas, projetos, controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental que se circunscreve aos limites territoriais de um ou mais Municípios, conforme a legislação sobre o assunto e a manifestação expressa do próprio ente federal, e grave lesão à economia pública, uma vez que estudos da Secretaria da Agricultura indicam a impossibilidade de colheita mecânica para a próxima safra até a duração da plantação planejada anteriormente.

Menciona a Lei Federal nº 4.771/65, o Decreto Federal nº 2.661/98, além do julgamento do Resp 578.878, DJ de 06/06/2007, o qual defende normas que regem a eliminação gradativa da queima.

Requer, portanto, a reforma da decisão que deferiu apenas parcialmente o pedido, com a suspensão integral da r. sentença monocrática.

Por seu turno, o Ministério Público Federal opôs, às fls. 552/563, Agravo, alegando que a decisão entrou na questão da competência para o licenciamento ambiental, determinando que a expedição de licença para a queima fosse realizada de comum

acordo com o IBAMA e a Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo; no tocante à exigência do EIA/RIMA, ao invés de simplesmente retirar-lhe os efeitos, foi adiante, afirmando ser incabível tal imposição e; além de liberar totalmente a queima para a safra do ano de 2008, impôs a colheita totalmente mecanizada a partir da safra seguinte, questão que em nenhum momento foi decidida pelo Juízo de primeira instância.

Afirma que a decisão, desse modo, exorbitou dos limites desta medida excepcional, já que não apenas suspendeu parcialmente a eficácia de decisão impugnada mas também alterou o seu conteúdo, em verdadeira substituição ao juízo recursal, ao qual compete exclusivamente o poder revisional da antecipação da tutela.

Salienta que a ordem jurídica não se enquadra em nenhum dos valores tutelados pela suspensão, que são grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, restando clara a intenção do requerente em valer-se dessa via como verdadeiro recurso, ao aduzir que a decisão concessiva da tutela antecipada causa grave lesão à ordem pública na medida em que rompe a estrutura jurídica estadual, consistente na própria legislação do Estado acerca da queima da palha de cana-de-açúcar.

Registra que a antecipação de tutela foi deferida com base nos prejuízos ao meio ambiente e à saúde pública, tendo em vista que as partículas e os gases resultantes da queima da palha de cana-de-açúcar recaem diretamente sobre a população da região e os trabalhadores.

Argumenta que, em nenhum momento, o Juízo de primeira instância impôs a proibição das queimadas, apenas condicionou tal possibilidade ao prévio licenciamento ambiental com realização do estudo de impacto ambiental, já que a referida prática estava sendo “autorizada” por lei estadual, independentemente de licenciamento.

Sustenta que o alegado desemprego somente haveria se tivesse sido proibida a colheita manual da cana-de-açúcar, fato que não ocorreu, pois não se impôs a colheita totalmente mecanizada.

Ressalta que foi privilegiado o interesse econômico, seja

do Estado, no que tange à arrecadação, seja dos produtores que não estão dispostos a gastar mais com mão-de-obra, em detrimento do meio ambiente e da saúde.

Acresce que em grande parte da região afetada pela decisão, a declividade não permite a colheita mecânica, ou seja, não há nem sequer o risco de mecanização total.

Requer, portanto, o provimento do agravo, para o fim de permitir que a antecipação de tutela produza seus regulares efeitos.

Por decisão de fls. 565, mantive a r. decisão agravada por seus próprios fundamentos.

Em consulta ao sistema informatizado de acompanhamento processual da Justiça Federal de 1ª Instância, a ação civil pública nº 2008.61.15.001195-7 encontra-se em fase de instrução.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Presidente

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Presidente).

Trata-se de pedido formulado pelo Estado de São Paulo, visando, com esteio no artigo 4º da Lei nº 8.437/92, a suspensão da execução da tutela antecipada concedida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Carlos, nos autos da ação civil pública nº 2008.61.15.001195-7, ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Estado de São Paulo, da Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental - CETESB e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA.

A decisão pretendida pelo requerente, deferiu a tutela antecipada para suspender de imediato a validade das autorizações já concedidas pelo Estado de São Paulo, cujo objeto fosse a queima controlada da palha da cana-de-açúcar na área compreendida pela Subseção Judiciária de São Carlos, com a paralisação imediata da prática na região, cabendo ao IBAMA a exclusividade do

procedimento de licenciamento ambiental para a prática da queima da palha da cana-de-açúcar na região delimitada, respeitando a exigência de EIA/RIMA e as demais etapas atinentes ao procedimento de licenciamento ambiental preconizadas no artigo 10, da Resolução CONAMA nº 237/97.

A suspensão de segurança concedida em ação ajuizada contra Fazenda Pública, por meio de decisão do presidente do tribunal, é medida excepcional que, conforme aponta o artigo 4º, *caput* da Lei nº 8.437/92, impõe a ocorrência de pressupostos legais específicos, nos seguintes termos:

> "Artigo 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 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 economias públicas".

Por isso, esta contracautela tem como requisito essencial situações excepcionais que coloquem em risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança, e à economia públicas, razão pela qual, aspectos outros pertinentes à lide, que passam ao largo da ocorrência dos elementos necessários à suspensão da decisão, devem ser objeto de impugnação por meio dos instrumentos recursais ordinários.

Como ressaltado, na excepcional via da suspensão, não são apreciadas questões relativas ao mérito da controvérsia, tampouco lesão à ordem jurídica, estando o Presidente adstrito à análise da potencialidade lesiva do ato impugnado, tendo como esteio os bens jurídicos protegidos pela norma de regência.

Assim sendo, não há que se perquirir o acerto ou desacerto da tutela concedida, nem reparar eventual impropriedade da decisão guerreada, pois eventuais *error in judicando* ou *error in procedendo* deverão ser discutidos nas vias recursais próprias, sob pena de erigir-se a Presidência do Tribunal em instância revisora

competente sobre o mérito do recurso oponível.

Todavia, há casos em que a plausibilidade jurídica do pedido acaba por abrandar a incidência desta regra, autorizando um exame, ainda que superficial, de determinados aspectos condizentes com a matéria de fundo, em sede de contracautela.

A discussão subjacente ao presente pedido de suspensão de segurança, refere-se ao angustiante problema da despalha da cana mediante o método das queimadas.

O que se observa no Estado de São Paulo é uma corrida desenfreada pelo lucro fácil do canavial em que se transformou esta unidade federativa, com a complacência tácita dos órgãos fiscalizadores.

Retorno no tempo, para relembrar o Decreto nº 42.056/97, que regulamentou a Lei nº 8421/93, editado pelo então Governador Mário Covas. O saudoso Governador se valeu da afirmação de que a queima dos canaviais, como prática auxiliar de sua colheita, produz emissões que alteram desfavoravelmente a qualidade do ar, para logo depois no art. 5º, § 1º, fixar a seguinte determinação:

> "§ 1º - A prática da despalha da cana de açúcar através de sua queima, como método auxiliar da colheita está proibida no Estado de São Paulo, admitida apenas excepcionalmente e em caráter transitório, na seguinte conformidade:
> em áreas em que a colheita mecanizável, a redução da prática da queima será efetuada ao ritmo de 25% da área com essa característica a cada 2 (dois) anos, exigindo-se um mínimo de 10% de eliminação no primeiro ano, de tal maneira que, ao fim de 8 (oito) anos, a queima da cana nessas áreas esteja completamente eliminada.
> em áreas em que a colheita não mecanizável, a redução da prática da queima será efetuada ao ritmo de 13,35% a cada 2 (dois) anos, de tal maneira que, ao fim, de 15 (quinze) anos, a queima de cana nessas áreas esteja completamente eliminada.
> são consideradas como áreas de colheita mecanizável os canaviais instalados em terras com declividade menor que 12%".

Veja-se que na verdade a preocupação do Ministério Público na promoção da ação civil pública originária é de todo procedente. Isto porque as promessas dos governantes na eliminação da queima da palha de cana de há muito se venceu, sem que os produtores de açúcar e álcool se dessem ao trabalho de mitigar o sofrimento enfrentado pelos munícipes atingidos pelas emissões lançadas na atmosfera.

O art. 225 da Constituição Federal estabelece o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Determina ainda que, ao Poder Público incumbe o controle da produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

A Constituição Federal, em significativo avanço, coloca o ser humano, a vida e a saúde como os elementos de maior relevo no balanceamento de valores constitucionais e legais, tanto assim que no art. 1º, indica como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. Por outro lado o art. 196, da Constituição Federal dispõe que a "... saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

A alegação do Estado de São Paulo neste procedimento volta-se ao risco que os efeitos da decisão impugnada pode trazer à ordem pública, por romper com a estrutura jurídica do Estado de São Paulo. Afirma-se que esta veio a ser concebida para o controle da queima da palha de açúcar, e que equipe especializada contratada está realizando trabalhos para restrição das áreas em que a atividade será permitida mediante autorização da Administração.

Mas não é essa a leitura que ressalta das reiteradas legislações que sucederam o Decreto mencionado acima.

O certo é que, a Administração Pública, talvez pressionada

pela força dos produtores de cana cede a cada passo, diferindo para tempos cada vez mais remotos, o término dessa prática destrutiva. Observe-se que a Lei nº 10.547 de 02.05.2000, determinou que o emprego do fogo como método despalhador e facilitador do corte de cana de açúcar em áreas passíveis de mecanização da colheita seria *eliminado de forma gradativa,* não podendo ser inferior a *um quarto de área mecanizável de cada unidade agro industrial ou propriedade* não vinculada à unidade agro industrial, a cada período de 5 anos contados da vigência da lei. Portanto o prazo total seria de 20 anos, com término para 2020. Fez mais essa lei. Afirmou que em áreas com declividades maiores que 12%, não será considerada mecanizável a colheita. *Portanto a conclusão é que não se deve e não se pode plantar ou mesmo admitir a plantação de cana nessas áreas, porque simplesmente não há maquinário que possa ser empregado para a colheita da cana.*

Em 2002, sobreveio nova legislação - Lei nº 11.241 - que avançou o término desse processo para o ano de 2031.

Induvidosamente as razões desse retrocesso são inexplicáveis, como igualmente o são a não demonstração de cumprimento dos artigos 9º e 10º dessa mesma lei, e ainda os arts. 1º, 2º, 3º e parágrafo único das disposições transitórias desse último regramento legal.

O certo é que o objeto de grave lesão é a saúde pública, em especial dos habitantes dos Municípios atingidos pelos efeitos das queimadas, ainda que o i. requerente tenha afirmado que o MM. Juiz prolator da decisão vergastada apoiou-se em apenas dois valores: meio ambiente e saúde humana, e assim determinou a paralisação imediata das queimadas, causando lesão à ordem pública e a valores econômicos e sociais que superam o impacto ao meio ambiente e à saúde humana.

Assim não entendo, porém.

Colho do eminente Desembargador Estadual Renato Nalini, em matéria publicada no Espaço Aberto do jornal "O Estado de São Paulo", de 28 de fevereiro de 2007, a seguinte assertiva:

> "Perdeu-se de vista que o drama ambiental há de ser avaliado não só na relação entre o homem e os outros seres vivos, ou no plano das relações intergeracionais, mas também com base na categoria ética da justiça. Os trabalhadores, usados como pretexto para a continuidade da prática rudimentar, são as principais vítimas da queimada. E sofrem duas vezes tais efeitos: no trabalho e em suas residências. São parcelas da população que suportam peso desproporcional dos efeitos negativos da degradação ambiental. Quem ordena a queimada pode refugiar-se longe dela. Quem serve de instrumento recebe, imediatamente, suas conseqüências".

A saúde representa a continuidade da vida, que por seu turno busca sua razão de relevância e fundamento maior, na dignidade da pessoa humana. Os munícipes e os moradores da região atingida estão sendo desconsiderados nessa corrida contra o tempo, e a favor de lucro contado, quer a favor do Governo (em decorrência dos tributos que alimentam sua receita), quer em relação aos cultivadores de cana.

As afirmações do requerente são, essas sim, desprovidas de razoabilidade, desproporcionais à grandeza deste pujante Estado, cujo Governo tem dado mostras de extrema seriedade no trato das importantes questões públicas.

A saúde e o meio ambiente valem muito mais que qualquer outro valor, porque preservam a vida, que ao lado da liberdade (tomada em acepção amplíssima) são os bens maiores para o ser humano.

A saúde dispensa a corrida ao precário sistema de manutenção da saúde da população. A saúde perfeita cria as condições de desenvolvimento físico, intelectual e cultural de grandes brasileiros e de grandes futuras esperanças. Nosso povo merece e exige respeito, à saúde e ao meio ambiente, binômio insuperável na régua de valores com a qual o jurista deve medir interesses e direitos.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo com a proficiência de profundo conhecedor da matéria e cuidando do Princípio do Desenvolvimento Sustentável, leciona:

> "... Com isso, a noção e o conceito de desenvolvimento, formados num Estado de concepção liberal, alteraram-se, porquanto não mais encontravam guarida na sociedade moderna. Passou-se a reclamar um papel ativo do Estado no socorro dos valores ambientais, conferindo outra noção ao conceito de desenvolvimento. A proteção do meio ambiente e o fenômeno desenvolvimentista (sendo composto pela livre iniciativa) passaram a fazer parte de um objetivo comum, pressupondo 'a convergência de objetivos das políticas de desenvolvimento econômico, social, cultural e de proteção ambiental'".

Assim é que compete do Estado a administração política e jurídica do desenvolvimento sustentável.

Ressalto que não é cabível exigir-se o EIA/RIMA para a atividade canavieira. Tampouco se retirar da Administração Pública Estadual o controle dessa nefasta atividade, pois na verdade o produtor de cana está se esquivando - como se percebe da legislação reiteradamente revogada - de estabelecer a mecanização total da lavoura, não sendo verídica a afirmação de inexistência suficiente de máquinas, eis que se trata de simples trator adaptado para a cultura canavieira.

Observo ademais que o licenciamento ambiental é instrumento importantíssimo de administração da gestão ambiental, e é certo que tanto o Estado como ente federativo de competência regional, quanto a União, através de vários de seus órgãos (Conselho de Governo, CONAMA, IBAMA), que compõem o SISNAMA, exatamente para dar maior abrangência na formulação e aplicação dos mecanismos de proteção e melhoria da qualidade ambiental, estão envolvidos nessa questão.

Portanto essa atribuição da Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo, não há de afastar a competência concorrente

do IBAMA, eis que os impactos ambientais da atividade sucroalcooleira conformam-se como de alcance regional.

Assim deve restar claro que o IBAMA, juntamente com o órgão ambiental estadual deverá, como legalmente previsto, fixar e uniformizar as exigências para a atividade, dado o significativo impacto causado pela prática em análise.

Observo que em nenhum momento o requerente comprova que a Secretaria de Agricultura e Abastecimento apresenta aos produtores o cadastro das colheitadeiras disponíveis por tipo, capacidade, idade e outros elementos essenciais, bem como de todas as novas colheitadeiras ou equipamentos ligados à operação, como determina o art. 9º da lei. Basta acessar o "site" da referida Secretaria que não se encontrará da determinação legal qualquer registro. Tampouco comprova o requerente que houve a criação de programas de requalificação profissional dos trabalhadores como especificado no art. 10.

No entanto, olhos voltados ao inciso VI do art. 23 da Constituição Federal que fixa competência comum entre a União, Estados, Municípios e Distrito Federal em matéria de proteção de meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas, e considerando que o Estado de São Paulo não está tendo sucesso em suas inúmeras investidas legislativas, no sentido de terminar em definitivo com as queimadas, nada obstante, consoante demonstrado nos autos, as licenças venham sendo concedidas com critério, a expedição da licença para a queima deve ser realizada de comum acordo com o IBAMA (Resol. CONAMA 237/97, art. 4º, § 2º) e a SECRETARIA DE MEIO AMBIENTE, fixando-se políticas públicas transparentes e medidas antecipadas para o fim desse processo de queima, com atuação legislativa de ambos os órgãos, de tudo dando ciência ao MM. Juízo "a quo", inclusive no que tange à implementação das políticas públicas estaduais em cumprimento aos dispositivos transitórios da Lei nº 11.241/02, sem a necessidade de EIA/RIMA.

Quanto ao Protocolo Agro-Ambiental do Setor Sucro-Alcooleiro noticiado pelo i. Secretário de Agricultura e Abastecimento (doc. 16), visando a redução da queima da palha de cana

em prazo mais curto que o previsto na Lei Estadual de Queima supra citada, no qual se antecipa para 2014 a queima em área com declividade inferior a 12% e em 2017 para as áreas com declividade igual ou superior a 12%, não é considerado válido pelo Poder Judiciário. Primeiro porque a lei não foi revogada, e o texto constitucional afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Em segundo lugar porque não há nos autos qualquer elemento que indique que tal protocolo tenha sido assinado por todos os envolvidos no processo de queima de palha de cana. E por último porque é evidente que nesse novo "longo prazo", esqueceram-se as partes que a implementação da mecanização não se coaduna com o plantio dessa cultura em terrenos com declividade igual ou superior a 12%, e que tal prática deve ser abolida, devendo o agricultor utilizar-se de outra cultura compatível com a área que se cuida.

Considerando a colheita da safra de 2008; os compromissos financeiros dos agricultores em relação à mencionada safra; o deslocamento de milhares de trabalhadores de suas origens para a colheita dessa safra; que está em curso sistema de controle de licenciamento ambiental de queimada da palha de cana; considerando mais que a atividade em si não é proibida por lei e que o art. 27 do Código Florestal circunscreve-se tão somente à floresta e vegetação nativa, suspendi a decisão, devendo o requerente - Estado de São Paulo - comprovar o cumprimento dos dispositivos legais invocados, para o fim de não mais permitir a queima da cana a partir da colheita de nova safra, senão através de sistema mecanizado, segundo parâmetros a serem fixados pelo IBAMA.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de negar provimento aos Agravos.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Presidente

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ANNA MARIA PIMENTEL: O Ministério Público Federal e o Ministério Público

do Trabalho agilizaram, em 17/7/2008, ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, em face do Estado de São Paulo, CETESB - Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental e IBAMA - Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis, perante o MM. Juiz Federal da 2ª Vara de São Carlos/SP, objetivando o *cancelamento* de autorizações emitidas pelos órgãos ambientais paulistas, para queima controlada da palha de cana-de-açúcar, nas plantações situadas na área de abrangência da referida Subseção, com *assunção*, pelo IBAMA, da tarefa de licenciamento, mediante apresentação de estudo de impacto ambiental, antecedente à referida prática.

Em síntese, a vestibular ministerial destacou as conseqüências nocivas daquela conduta ao meio ambiente e à saúde da população, inclusive dos próprios trabalhadores rurais e dos munícipes residentes nas regiões próximas às queimadas, além de atentar contra a fauna silvestre. Asseverou, a proemial, que a atividade descrita contraria normas constitucionais e legais, mormente no que tange à ausência de prévio estudo de impacto ambiental, necessário, ante a nocividade que lhe é inerente, daí concluindo pela inconstitucionalidade do Decreto nº 2.661/98, que instituiu a chamada "queima controlada", reputando nulos os licenciamentos ambientais procedidos no âmbito do Estado de São Paulo, dado o nítido interesse federal na matéria em debate, posto o alcance regional do dano produzido (art. 10 da Lei nº 6.938/81 c/c art. 4º da Resolução nº 237 do CONAMA).

Analisando o pedido preambular, o MM. Juiz singular, em 10/9/2008, deferiu a postulada *antecipação dos efeitos da tutela*, determinando, em síntese, a *suspensão* da validade das autorizações já concedidas pelo Estado de São Paulo e CETESB, cujo objeto resida na queima controlada da palha de cana-de-açúcar, na área daquela Subseção Judiciária, abstendo-se, ambos os réus, de fornecimento de novos permissivos, competindo, ao IBAMA, a exclusiva promoção do *licenciamento ambiental*, concernente à atividade em questão.

Inconformado, o Estado de São Paulo dinamizou, em 13/10/2008, *suspensão de execução de tutela antecipada* em ação

civil pública, arrolando, em substância, os seguintes argumentos: a) ocorrência de grave lesão à ordem pública, dada a absoluta constitucionalidade das Leis estaduais enfocadas, conforme jurisprudência do TJ/SP e STJ; b) a exigência de estudo de impacto ambiental importaria em repetir procedimento de estudo já executado em nível estadual, remetendo, ao IBAMA, a promoção de licenciamento de modo abrupto, demandando verbas públicas adicionais, contratação emergencial de técnicos, aquisição de equipamentos, emissão de atos normativos, etc., providências insuscetíveis de organização ao período de colheita de 2008; c) a decisão judicial atenta contra o princípio da continuidade do serviço público, em desapreço à coletividade e ao meio ambiente, além de altercar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, por ser impossível o aguardo do estudo de impacto ambiental, dada a iminência da colheita do ano de 2008; d) o ingresso de campesinos em canavial, sem a antecedente prática de queimada, os sujeitará a risco de acidentes, inclusive pela presença de animais peçonhentos; e) a vedação contida na decisão ocasiona danos econômicos aos trabalhadores, insurgindo-se contra a distribuição de renda; f) a chamada "lei da queima" busca o controle seguro da colheita de cana, assunto de interesse público, de forma a minorar riscos à pessoa e ao meio ambiente; g) existência de risco de grave lesão à ordem econômica, eis que o Estado de São Paulo se ressentirá de pesada perda de arrecadação tributária, sobre arcar com o abalo social advindo da dispensa e desemprego de trabalhadores; h) infactível o corte manual da cana crua, conforme estabelecido em convenções coletivas de trabalho, em face do risco de acidentes aos trabalhadores, com decorrente queda de produtividade, e repercussão na elevação dos custos aos produtores, que perderão competitividade, em relação àqueles não sujeitos à decisão judicial; i) inviável a imediata mecanização da colheita, cuja implementação envolve série de fatores - como demonstrado em estudo de impacto econômico, elaborado pela Secretaria de Estado da Agricultura - insuscetíveis de concretização ao restante da safra; j) o provimento hostilizado tem aptidão a ensejar possível efeito multiplicador de liminares, fomentando

lesão aos cofres públicos; k) protocolo firmado entre o governo de São Paulo e a União da Indústria Canavieira de São Paulo objetiva a redução da queima da despalha, em prazo mais curto que o previsto nas normas estaduais, antecipando-se para 2014 a proibição total da queima.

Apreciando o pedido, a então Presidente do Tribunal, E. Des. Fed. Marli Ferreira, deferiu, em parte, a suspensão requerida.

Em sua decisão, Sua Excelência, após repisar os limites cognitivos da presente sede, bem assim tecer histórico a respeito das normatividades atinentes à queima da palha de cana-de-açúcar, destacou os malefícios decorrentes dessa prática à saúde pública e ao meio ambiente.

Ademais, afiançou o incabimento da exigência de EIA/RIMA à atividade canavieira, salientando que a atribuição da Secretaria de Meio Ambiente do Estado de São Paulo não exclui a competência concorrente do IBAMA, pois os impactos ambientais advindos possuem alcance regional, cabendo a ambas as entidades estatuir políticas públicas transparentes e medidas antecipadas para cessar o procedimento em questão.

Findou, a E. Relatora, por acolher, parcialmente, o pedido de suspensão, nos seguintes termos:

> "Considerando que está em curso a colheita da safra de 2008, considerando que há compromissos financeiros dos agricultores em relação à mencionada safra, considerando que milhares de trabalhadores já se deslocaram de suas origens para a colheita dessa safra, considerando que está em curso sistema de controle de licenciamento ambiental de queimada da palha de cana, considerando mais que a atividade em si, não é proibida por lei, e que o art. 27 do Código Florestal circunscreve-se tão somente à floresta e vegetação nativa, suspendo parcialmente a decisão, devendo o requerente - Estado de São Paulo - comprovar o cumprimento dos dispositivos legais invocados, para o fim de não mais permitir a queima da cana a partir da colheita de nova safra, senão através de sistema mecanizado, segundo

parâmetros a serem fixados pelo IBAMA.
A decisão proferirá seus efeitos até que decisão de Turma desta Corte resolva a matéria em grau de recurso voluntário" (fs. 296/304).

Após, Sindicato da Indústria da Fabricação do Álcool do Estado de São Paulo - SIFAESP, Sindicato da Indústria do Açúcar no Estado de São Paulo - SIAESP e União da Agroindústria Canavieira do Estado de São Paulo - UNICA, tidos como terceiros interessados, opuseram embargos de declaração, com espeque em indigitado erro material, ante apontada discrepância entre o deliberado neste feito e o de nº 2008.03.00.006427-8, em que se busca a neutralização de decisão de mesma matéria e semelhante teor, exarada em outra ação civil pública, ajuizada na Subseção Judiciária de Jaú/SP (fs. 319/324 e 328/374).

Apreciando os embargos de declaração, a E. Presidente teceu esclarecimentos quanto ao posicionamento albergado nesta sede (que visava à suspensão dos efeitos de tutela antecipada) e aquele adotado no âmbito da Suspensão de Segurança nº 2008.03.00.006427-8 (atinente à neutralização da execução de sentença), enfatizando que:

"foi a r. decisão de primeiro grau suspensa, abarcando o restante da safra de 2008 até a duração da plantação planejada anteriormente, tal como requerido pelo Estado de São Paulo em sua inicial. Ressalva se fez em relação à duração da suspensão dos efeitos da sentença, a qual vigorará até que a matéria de mérito seja apreciada em sede recursal" (fs. 377/378).

Na seqüência, o Estado de São Paulo apresentou agravo regimental, objetivando a integral neutralização da execução da decisão de antecipação de tutela, repisando potencial lesão à ordem pública (consistente na negativa de vigência à competência administrativa estadual, para execução de programas, projetos, controle e fiscalização de atividades ensejadoras de degradação

ambiental, circunscrita aos limites de um ou mais municípios, conforme legislação de regência e manifestação expressa da entidade federal) e à economia pública (decorrente da impossibilidade de colheita mecânica, até o fim do ciclo da atual plantação, com duração entre cinco e oito anos, sendo certo que a terra deve ser, diferentemente, tratada, quando a apanha assim for efetivada). Disse, outrossim, que não constitui atribuição do Estado de São Paulo veicular, em sítio eletrônico, informações direcionadas aos produtores de cana, orientando-os acerca de elementos essenciais à eliminação das queimadas (cadastros de colheitadoras disponíveis por tipo, capacidade e idade).

Contra a mesma decisão, também foi manejado agravo regimental, pelo MPF, aos seguintes argumentos: a) a E. Presidente invadiu o mérito da ação principal e modificou o decisório impugnado, tarefa afeta à via recursal própria, ao determinar a expedição de licença à queima, em comum acordo entre o IBAMA e a Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, e no tocante à exigência do EIA/RIMA, além de impor a colheita totalmente mecanizada; b) ausente lesão à ordem pública, tendo o vindicante empregado a sede excepcional como verdadeiro recurso, expediente a ser arredado pelo Judiciário; c) inconfigurada lesão à ordem econômica: a uma, porque, em momento algum, houve demonstração de real prejuízo; a duas, porquanto o magistrado singular limitou-se a condicionar as queimadas ao prévio licenciamento ambiental, com esteio em estudo de impacto ambiental; a três, uma vez que o pretenso receio de desemprego, somente, comportaria cogitação, se afastada, pelo julgador, a colheita manual, em detrimento da mecanizada, sendo certo, por outro lado, que, dificultado o corte, com queda de produtividade, far-se-á necessária a contratação de mais mão-de-obra; d) a decisão exarada pela Presidência acaba por franquear o emprego indiscriminado da queimada, na colheita da cana-de-açúcar.

Mantido o ato atacado, o feito foi submetido a julgamento na sessão de 27/5/2009, ocasião em que a E. Relatora *negou provimento aos agravos*, repisando a motivação constante da decisão infirmada.

Na oportunidade, após antecipação de voto pelos E. Desembargadores Federais André Nabarrete e Fábio Prieto, o primeiro acolhendo o recurso ministerial e negando provimento ao agravo do Estado de São Paulo, e, o segundo, negando provimento ao agravo do MPF e dando provimento ao agravo do Estado de São Paulo, pedi vista dos autos para melhor me apropriar da questão vertida.

Em primeiro plano, destaco que a via da suspensão da execução de decisões exaradas contra o Poder Público (instituto previsto, em se tratando de decisão tirada em ação mandamental, pela Lei nº 4.348/64, originalmente, e à atualidade, pela Lei nº 12.016/2009 e, em se cuidando de provimentos liminares ou tutela antecipada, pela Lei nº 8.437/92) é excepcional, estando, estritamente, reservadas às hipóteses de possibilidade de grave lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas, contrariedade ao interesse público ou flagrante ilegitimidade, valendo atentar ao elastecimento jurisprudencial do conceito de ordem pública, a abarcar a normal execução do serviço público e o regular exercício das funções administrativas.

Do pedido de suspensão quanto à apropriação do mérito da ação principal, a análise aqui procedida limita-se à verificação de potencialidade lesiva àqueles bem jurídicos. Em realidade, o que pode suceder, se as especificidades do caso exigirem, é mero juízo de delibação, referentemente ao mérito da *quaestio*.

Pois bem. Como filtra do relatado, cuida-se de agravo tirado de decisão da Presidência, acolhendo, em parte, a sustação de efeitos de decisão exarada pelo MM. Juiz Federal da 2ª Vara de São Carlos/SP, que, em autos de ação civil pública, deferiu a antecipação de tutela almejada, determinante da suspensão da validade das autorizações concedidas pelo Estado de São Paulo e CETESB, atinentes à queima controlada da palha de cana-de-açúcar, na área da referida Subseção Judiciária, vedando a ambos os réus o fornecimento de novos permissivos, assumindo, o IBAMA, a promoção do licenciamento ambiental, concernente à reportada atividade.

Conforme visto, alega, o Estado de São Paulo, que tal determinação maltrata, com veemência, a ordem e economia públicas.

De saída, calha gizar que o presente requerimento de neutralização se fez acompanhar de cópia da vestibular do feito subjacente, de maneira incompleta, com a ausência de diversas folhas, inclusive, no dizente aos pedidos deduzidos pelo ilustrado representante ministerial, sendo nesses termos que a apreciação se dará.

Feita essa advertência proemial, ressalto a possibilidade de argüição, no bojo de ação civil pública, de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, de forma incidental e sem eficácia *erga omnes*. Exige-se, apenas, que a problematização não constitua o pedido, propriamente, dito, mas causa de pedir, imanente ao desate do litígio. Observe-se que esse é o caso dos autos, em que o pretenso vício portado pelas leis paulistas integram a *causa petendi*.

Avançando na meditação, cumpre consignar que o Direito Ambiental, verdadeiramente, embasa-se no princípio da precaução. O Poder Público, em atuação de antecipação e cautela, deve evitar a ocorrência de potenciais danos, uma vez que dificultosas, e, por vez, inviáveis, reparações, sobrelevando medidas impeditivas de risco de danos à natureza.

Nessa esteira, indisputável perquirir se a paralisação dos efeitos da decisão combatida não poderia resvalar em gravame a outro valor preservado pela legislação de regência, e de maior envergadura, tal seja, a saúde pública, imbricado com o próprio direito à vida.

A essa altura, cabe ponderar que o procedimento de queima de palha de cana-de-açúcar induz, consoante estudos científicos adrede realizados, diversos malefícios ao meio ambiente, dentre os quais podem ser destacados a liberação, à atmosfera, de gases tóxicos ao ser humano (i. e., dióxido de carbono, conhecido como gás do efeito estufa, monóxido de carbono, além de metanos e hidrocarbonetos), que acarretam e fomentam enfermidades respiratórias e cardiovasculares, atingindo, precipuamente, crianças e idosos, a par de ocasionar a morte de diversos animais silvestres, especialmente, pássaros e insetos.

Além da saúde, a decisão emanada na ação civil pública subjacente mostra-se de acordo com o pressuposto segurança pública, visto que a queima da palha da cana, bastas vezes, culmina por danificar rede de transmissão de energia elétrica, a ponto de interromper o respectivo fornecimento. Ademais, é, comumente, catalogada como causa de aumento de acidentes de veículos, dado que a fumaça expedida implica na diminuição do campo visual dos condutores.

Ora, dentro daquele Juízo mínimo de plausibilidade, típico dos pedidos de suspensão, não há dizer que a presença do IBAMA, no processo de licenciamento ambiental, gere grave lesão à ordem pública.

Grave lesão existiria, por exemplo, se, ao primeiro lanço, se verificasse impertinente a participação do IBAMA no procedimento, o que não parece ser o caso dos autos, remarcando-se que esta não é a sede adequada ao aprofundamento da investigação.

Dispõe, o art. 10, § 4º, da Lei nº 6.938/81, competir ao IBAMA a realização de licenciamento ambiental, tratando-se de obras e atividades ocasionadoras de impacto ambiental de âmbito nacional ou regional, sendo supletiva sua atuação, no que diz com estabelecimentos e atividades utilizadoras de recurso ambientais, efetiva e potencialmente poluidores, capazes de causar degradação ambiental.

Veja-se que, pela natureza dos malefícios que produz (i.e., fuligem, atingimento da flora e da fauna, comprometimento da qualidade do ar, fomento do efeito estufa, implicação na camada de ozônio, eclosão de chuvas ácidas), não se descarta que a queima da despalha tenha potencialidade para gerar impactos regionais, assim entendidos aqueles que ultrapassem limites territoriais de um ou mais Estados (art. 4º, III, da Resolução CONAMA nº 237/97).

Em adendo, diga-se que as atividades, potencialmente, causadoras de degradação do meio ambiente têm a licença ambiental condicionada a prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), nos termos do art. 3º da referida Resolução.

De toda forma, trata-se de tema polêmico, havendo abalizados posicionamentos em ambos os sentidos, devendo o cabal esquadrinhamento da matéria dar-se na sede ordinária, inclusive recursal.

Destarte, em princípio, as considerações procedidas acenam à preponderância dos efeitos da decisão exarada em Primeiro Grau de Jurisdição, em sincronia com o sustentado no agravo interposto pelo MPF.

Passa-se, agora, à apreciação dos argumentos tecidos pelo Estado de São Paulo.

Assevera, o Estado de São Paulo, que a decisão promanada de 1º grau segue contra posicionamento já pacificado na jurisprudência.

A par de não ser, aqui, o foro adequado a tal perquirimento, é viável coletar recentes paradigmas na vereda do ato judicial cuja operatividade se quer suspender, quanto à lesividade da prática das queimadas ao meio ambiente.

Confiram-se:

> "AMBIENTAL - DIREITO FLORESTAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CANA-DE-AÇÚCAR - QUEIMADAS - ARTIGO 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 4771/65 (CÓDIGO FLORESTAL) E DECRETO FEDERAL Nº 2.661/98 - DANO AO MEIO AMBIENTE - EXISTÊNCIA DE REGRA EXPRESSA PROIBITIVA DA QUEIMA DA PALHA DE CANA - EXCEÇÃO EXISTENTE SOMENTE PARA PRESERVAR PECULIARIDADES LOCAIS OU REGIONAIS RELACIONADAS À IDENTIDADE CULTURAL - VIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DAS QUEIMADAS PELO USO DE TECNOLOGIAS MODERNAS - PREVALÊNCIA DO INTERESSE ECONÔMICO NO PRESENTE CASO - IMPOSSIBILIDADE.
> 1. Os estudos acadêmicos ilustram que a queima da palha da cana-de-açúcar causa grandes danos ambientais e que, considerando o desenvolvimento sustentado, há instrumentos e tecnologias modernos que podem substituir tal prática sem inviabilizar a atividade econômica.

2. A exceção do parágrafo único do artigo 27 da Lei nº 4.771/65 deve ser interpretada com base nos postulados jurídicos e nos modernos instrumentos de linguística, inclusive com observância - na valoração dos signos (semiótica) - da semântica, da sintaxe e da pragmática.
3. A exceção apresentada (peculiaridades locais ou regionais) tem como objetivo a compatibilização de dois valores protegidos na Constituição Federal/88: o meio ambiente e a cultura (modos de fazer). Assim, a sua interpretação não pode abranger atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, ante a impossibilidade de prevalência do interesse econômico sobre a proteção ambiental quando há formas menos lesivas de exploração.
Agravo regimental improvido."
(AgRg nos EDcl no REsp nº 1094873/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, j. 04/8/2009, DJe 17/8/2009)

"AMBIENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR. PRÁTICA QUE CAUSA DANOS AO MEIO AMBIENTE. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS COMPETENTES.
1. Discute-se nos autos se a queimada de palha de cana-de-açúcar é medida que, em tese, pode causar danos ao meio ambiente e se se trata de prática possível a luz do ordenamento jurídico vigente.
2. Em decisão monocrática, foi dado provimento ao recurso especial do Ministério Público, interposto com fundamento nas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional, tendo sido (i) fixado que a queimada de palhas de cana-de-açúcar causa danos ao meio ambiente e, por isso, só pode ser realizada com a chancela do Poder Público e (ii) determinada a remessa dos autos à origem para que lá seja apreciada a causa com base nos elementos fixados na jurisprudência do STJ, vale dizer, levando-se em consideração a existência ou não de autorização do Poder Público, na forma do

art. 27, p. ún., do Código Florestal.
3. No regimental, sustenta a agravante (i) a impossibilidade de julgamento da lide pelo art. 557 do Código de Processo Civil - CPC, (ii) a inexistência de prequestionamento dos dispositivos legais apontados no especial e a ausência de demonstração do dissídio jurisprudencial, (iii) a incidência da Súmula nº 7 desta Corte Superior, (iv) o não-cabimento de recurso especial, uma vez que a origem validou lei local em face da Constituição da República vigente (cabimento de recurso extraordinário), (v) a existência de lei local autorizando a prática da queimada.
4. Não assiste razão à parte agravante, sob qualquer perspectiva.
5. Em primeiro lugar, no âmbito da Segunda Turma desta Corte Superior, pacificou-se o entendimento segundo o qual a queimada de palha de cana-de-açúcar causa danos ao meio ambiente, motivo pelo qual sua realização fica na pendência de autorização dos órgãos ambientais competentes, sendo perfeitamente possível, portanto, o julgamento da lide com base no art. 557 do CPC. A título de exemplo, v. REsp 439.456/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJU 26.3.2007. Não fosse isso bastante, a apreciação do agravo regimental pela Turma convalida eventual vício.
6. Em segundo lugar, a instância ordinária enfrentou a questão da queima de palha de cana-se-açúcar e suas conseqüências ambientais, motivo pelo qual não cabe falar em ausência de prequestionamento do art. 27 do Código Florestal - que trata justamente dessa temática no âmbito da legislação infraconstitucional federal. O enfrentamento da tese basta para o cumprimento do requisito constitucional.
7. Em terceiro lugar, não encontra óbice na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça o provimento que assevera, em tese, quais são o entendimento da Corte Superior a respeito do tema e qual a norma aplicável à espécie,

remetendo os autos à origem para que lá sejam reanalisados os fatos e as provas dos autos em cotejo com a jurisprudência do STJ. Inclusive, quando do julgamento monocrático, ficou asseverado que 'não há menção, no acórdão recorrido, acerca da (in)existência de autorização ambiental própria no caso em comento, sendo vedado a esta Corte Superior a análise do conjunto fático-probatório (incidência da Súmula nº 7)'. Por isso, foi determinada a remessa dos autos à origem para que lá venha a ser apreciada a causa levando-se em consideração a existência ou não de autorização do Poder Público, na forma do art. 27, p. ún., do Código Florestal.

8. Em quarto lugar, a origem, em momento algum, enfrentou a controvérsia dos autos confrontando a validade de lei local com a Constituição da República. Ao contrário, discutindo dispositivos de leis estaduais, chegou à conclusão de que a queima de palha de cana-de-açúcar era viável e não causava danos ao meio ambiente. Não há que se falar, portanto, em cabimento de recurso extraordinário, no lugar de recurso especial.

9. Em quinto e último lugar, a existência de lei estadual que prevê, genericamente, o uso do fogo como método despalhador desde que atendidos certos requisitos não é suficiente para afastar a exigência prevista em legislação federal, que é a existência específica de autorização dos órgãos competentes. Não custa lembrar que a licença ambiental está inserida na esfera de competência do Executivo, e não do Legislativo (sob pena de violação ao princípio da separação de Poderes).

10. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp nº 1038813, 2ª Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 20/8/2009, v. u., DJ 10/9/2009)

Apenas a ilustrar a relevância da problemática travada, não é demasiado averbar que o E. STF, no âmbito do RE nº 586.224, reconheceu, em 11/12/2008, a existência de repercussão geral,

quanto à existência de competência legislativa municipal (Paulínia), para vedar a queima da palha de cana-de-açúcar. Tal registro aponta a idéia de concorrência na preservação do meio ambiente, remarcando-se, contudo, que as indagações que gravitam em torno da matéria serão objeto de apropriação nas instâncias próprias.

Por outro lado, é certo que o Estado de São Paulo argüiu receio de grande prejuízo à ordem econômica, olvidando, entretanto, que esta - ordem econômica - tem, como princípio geral, o próprio meio ambiente, cuja defesa não restou demonstrada, de forma cabal, neste feito.

Nesse sentido, a Constituição consagra a teoria do desenvolvimento sustentável, ao estatuir, como princípio da ordem econômica, a defesa dos recursos naturais, determinando que todos têm direito ao meio ambiente, ecologicamente, equilibrado, imprescindível à sadia qualidade de vida, salutar às presentes e futuras gerações (art. 170, VI). Tem-se, aqui, direito difuso e indisponível, demandando pronta tutela pelo Poder Público.

Dessarte, o desenvolvimento sustentável encontra-se atrelado à preservação das cadeias ecossistêmicas, cuja implementação reclama proteção aos recursos naturais.

Não se descure, outrossim, que a ordem econômica pressupõe valorização do trabalho humano e obediência ao valores da existência digna e da justiça social, sendo cediço que os procedimentos de queimada insurgem-se não só contra a saúde da população, mas também dos próprios trabalhadores rurais.

Na vestibular do pedido de suspensão, o Estado de São Paulo, ao alvitrar a neutralização da operatividade do decisório, relaciona, outrossim, o receio de que a execução do mesmo ocasionará desemprego.

Discutível, todavia, a argüição lançada. A adoção de outras técnicas na colheita, poderia redundar em efeito, diametralmente, oposto, com reclamo da abertura de novos postos laborais. Sobremais, nesse ponto específico, poder-se-ia contra-argumentar a necessidade do Poder Público encetar programa de treinamento para readequação de mão-de-obra.

De outra margem, para mensurar o possível dano à

economia pública, não se pode perder de vista que a atividade aqui em relevo, objeto da decisão impugnada, implica, também, em elevados dispêndios públicos, devendo-se considerar, nesse juízo de sopesamento, os gastos decorrentes da hospitalização dos cidadãos afetados; despesas oriundas do esgotamento dos recursos hídricos e da falta de fertilidade do solo; além dos custos inerentes à melhoria do ar e de programas de recuperação do meio.

Situa-se, ao demais, no terreno da especulação, antever que a decisão de Primeira Instância ensejará redução da atividade sucroalcooleira, mormente em época de valorização e incremento na utilização da bioenergia, não sendo de descartar que a observância da determinação judicial ocasione efeito diverso, com o implemento de avanços no setor, a partir dos quais poder-se-ia obter lucratividade. Sabe-se, a propósito, a tendência existente acerca do aproveitamento da palha e bagaço da cana, em programas de co-geração de energia elétrica.

Por tudo, não é demasiado observar a não-comprovação, na espécie, dos argumentos lançados pelo Estado de São Paulo, acerca das aventadas afrontas aos valores consagrados na norma de regência. Limita-se a aduzir a evidente existência dos pressupostos autorizadores da medida, sem, contudo, coligirem-se provas hábeis a corroborar o sucesso do pleito. Diga-se, isentas, como não parece ser o caso do estudo de impacto trazido pelo promovente, elaborado pela Secretaria de Estado de Agricultura.

Ora, consoante ensina a doutrina, em virtude da vagueza dos conceitos trazidos pela Lei, conferindo grande margem de liberdade ao magistrado, assim como a excepcionalidade da medida, impende haver demonstração inequívoca da iminência da lesão aos bens e valores por ela protegidos.

Ante o articulado, conclui-se, em congruência com o alegado no agravo deduzido pelo MPF, que não frutifica qualquer das razões invocadas à paralisação do provimento deferitório da tutela antecipada. Veja-se, em síntese:

a) a excepcional via eleita não se destina ao desfecho de temas próprios das instâncias ordinárias, tais como constitucionalidade de leis estaduais, pretenso descompasso da decisão arrostada com a

jurisprudência majoritária, ofensa a atos normativos estatais, existência de intenção de reduzir prazos à eliminação da queima de palha de cana-de-açúcar e hipotética usurpação de competência constitucional estadual, dizente à expedição de licença ambiental e ao exercício do poder de polícia, nesse campo;

b) não se quedaram comprovadas, documentalmente, as conseqüências financeiras do provimento combatido, quer ao IBAMA, quer ao Estado de São Paulo, quer aos trabalhadores rurais, ao contrário, prestigia o direito constitucional à vida, que há de iluminar a ordem econômica e a atuação da administração pública;

c) situam-se no terreno da retórica os argumentos de que a operatividade do ato combatido ocasionará desemprego, incremento da violência urbana, processo de favelização, diminuição na arrecadação tributária, bem assim elevação do risco de acidentes aos rurícolas, sendo certo que competia, ao proponente, o carreamento de estudos e elementos próprios, evidenciando o quebrantamento dos valores da legislação de regência.

Quanto ao receio de que o provimento referenciado poderá desencadear efeito multiplicador, dando azo à prolação de decisões judiciais em igual diapasão, tem-se que o mesmo colide com a garantia constitucional da ampla acessibilidade ao Poder Judiciário, insusceptível de qualquer espécie de afastamento.

Por fim, reconheço, como destacados em ambos os agravos, que a decisão presidencial em apreciação exorbitou os limites do pedido efetivado na suspensão, centrado na paralisação da execução do provimento que antecipou os efeitos da tutela, e modificou, indevidamente, o conteúdo da decisão de Primeiro Grau, ao impor a mecanização da colheita.

Com efeito, tal medida não foi objeto da decisão de Primeiro Grau, nem tampouco de postulação pelo Estado de São Paulo, não sendo dado ao julgador inovar no pedido das partes.

Destaque-se, outrossim, que não se confunde o regramento quanto à queima da palha da cana-de-açúcar ou a adoção de outra técnica manual substitutiva, com a integral mecanização da colheita, cuja efetivação demanda a satisfação de outras condições e estudos. Em outros falares, a vedação à queima da despalha não

importa, necessariamente, na integral mecanização da colheita, posto concorrerem no processo outras técnicas manuais, com aproveitamento da mão-de-obra já existente.

Assim, sopesando os valores contrapostos no caso *sub judice*, gozam de primazia os desígnios encartados no Texto Constitucional, especialmente os que atinam ao direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida; exigência de estudo prévio de impacto ambiental, às atividades, potencialmente, causadoras de degradação ao meio ambiente; necessidade de controle de técnicas ensejadoras de risco à vida e ao meio ambiente; e proteção à fauna e à flora (art. 225, *caput*, e § 1º, inc. IV, V e VII, da CR/88).

Agregue-se, todavia, que as conseqüências do ato judicial de Primeira Instância quedaram-se suspensas desde a safra de 2008, por força da decisão presidencial aqui examinada, integrada por embargos de declaração.

A propósito, segundo divulgado na mídia, durante o inverno de 2009, a queima da palha de cana-de-açúcar também restou restrita em todo o Estado de São Paulo, por iniciativa da própria Secretaria Estadual do Meio Ambiente (Resolução nº 44/2009), acenando ao reconhecimento da possibilidade de ocorrência de sérios problemas de saúde à população.

Pelo quanto se disse, tenho que a ambos os recursos, calha decreto de parcial provimento.

Ao agravo regimental manejado pelo Estado de São Paulo, por reputar escorreita a suspensão dos efeitos da decisão desde a safra de 2008.

Ao recurso ministerial porque, superadas as safras já ocorridas, sob o manto da decisão agravada, não mais se justifica a neutralização da eficácia do ato judicial, prestigiando-se, aqui, o direito à vida, garantido constitucionalmente - salvo, à obviedade, se sobrevier, no campo recursal, determinação, monocrática ou colegial, *a contrario sensu*.

Destaque-se que, em um ponto, ambos os recursos comportam acolhida, para reformar a decisão presidencial, no que

tange à obrigatoriedade de completa mecanização da colheita de cana-de-açúcar, exigência não constante da decisão emanada de Primeiro Grau, sendo certo que o estreito âmbito da via da suspensão não comportaria imposição deste jaez.

Assim, dou parcial provimento aos agravos do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal, por compreender que não mais deve prevalecer a suspensão da decisão de Primeiro Grau, afastando-se, também, a obrigatoriedade de implantação de colheita mecânica.

É como voto.

Desembargadora Federal ANNA MARIA PIMENTEL

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE: Agravos interpostos pelo Ministério Público Federal e pelo Estado de São Paulo contra decisão da então Presidente desta corte, a Desembargadora Federal Marli Ferreira, por meio da qual deferiu em parte liminar em incidente de suspensão de antecipação da tutela proposto pelo Estado de São Paulo, com fulcro na Lei nº 8.437/92, contra decisão do Juízo Federal da 2ª Vara da Subseção Judiciária em São Carlos na Ação Civil Pública nº 2008.61.15.001195-7. A ação originária foi proposta em litisconsórcio ativo pelos Ministérios Públicos Federal e do Trabalho contra o Estado de São Paulo, a Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental - CETESB e o IBAMA - Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis. A antecipação da tutela foi deferida para a imediata suspensão da validade das autorizações concedidas pelo Estado de São Paulo por meio da CETESB para a queima controlada da palha da cana-de-açúcar na referida subseção, bem como a paralisação da prática na região e a abstenção de concessão de novas autorizações, além de estabelecer que cabe exclusivamente ao IBAMA o procedimento de licenciamento ambiental para a queima da palha, observada a exigência de EIA/RIMA.

A eminente Relatora votou no sentido de negar provimento aos recursos. Na sessão do Órgão Especial realizada em 27/05/2009, antecipei meu voto divergente, que ora passo a declarar.

1 - PREÂMBULO: DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

Nos julgamentos de suspensão de segurança de que participei, tenho, reiteradamente, tecido considerações de ordem processual sobre esse incidente que entendo incompatível com a ordem jurídica vigente.

A suspensão de segurança tem mais de setenta anos de idade. Surgiu com a Lei nº 191, de 13 de janeiro de 1936, precisamente no seu artigo 13, editada para regular o processo do mandado de segurança, que fora criado pouco antes, na Constituição de 1934. Passou por várias legislações e modificações ao longo desse período: artigo 328 do CPC de 1939, artigo 13 da Lei nº 1533/51, artigo 4º da Lei nº 4.348/64, profundamente modificado pela Medida Provisória 2.180-35, artigo 25 da Lei nº 8.038/90 e, recentemente, artigo 15 da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. Sua incidência se expandiu, inclusive, para além do mandado de segurança com a Lei nº 8.437/92, que possibilitou sua utilização em qualquer ação ajuizada contra o poder público, inclusive a popular e a civil pública. Desse modo, hoje, não obstante a nomenclatura remeter ao nascimento ligado ao *mandamus*, têm-se dois regimes jurídicos definidos para a *suspensão de segurança*: a) quando utilizada no mandado de segurança, as regras aplicáveis são os artigos 15 da Lei nº 12.016/2009 (pedidos aos Presidentes dos TJs e dos TRFs) e 25 da Lei nº 8.038/90 (pedidos aos Presidentes dos Tribunais Superiores); b) quando utilizada nos demais casos (ações civis públicas, populares etc.), o fundamento é o artigo 4º da Lei nº 8.437/92.

Na origem da suspensão de segurança, o exame da aludida Lei nº 191/36 deixa claro que sua criação estava ligada à ideia de dar efeito suspensivo ao recurso interposto contra decisão (liminar ou sentença) proferida em *mandamus*, quando houvesse

risco de grave lesão à ordem, à saúde pública ou à segurança pública. Assim, no contexto histórico, a suspensão de segurança surgiu com o nobre escopo de equilibrar e preservar o interesse coletivo frente em ao recém-nascido instrumento de oposição do direito individual ao Estado, o *writ*. Essa justificativa, no curso da evolução desse incidente, todavia, como adiante se demonstrará, foi claramente desvirtuada e acabou por torná-lo, atualmente, um instrumento que promove clara e inaceitável distorção em favor do poder público. Sob esse aspecto, transcrevo a seguinte passagem de artigo intitulado "Apresentação e crítica de alguns aspectos que tornam a suspensão de segurança um remédio judicial execrável" (*in* "Revista Bimestral de Direito Público", nº 45, 2007, págs. 43/44), de Marcelo Abelha Rodrigues, destacado estudioso da suspensão de segurança, que publicou o único livro existente sobre o tema e que tem sido citado como referência pelos poucos outros autores que se aventuraram a escrever artigos sobre esse incidente:

> "Tal como no conto de Mary Shelley, a suspensão de segurança foi idealizada para ser uma coisa, mas após o seu nascimento acabou tendo vida própria.
> É importante se ter em mente que a suspensão de segurança nasceu quando estava em ascensão o modelo liberal de Estado, onde o individualismo é festejado, e, com ele, a preservação da propriedade e direitos individuais, mormente contra abusos ou ilegalidades cometidas pelo Poder Público. Nesse particular, o mandado de segurança urgia como 'o remédio' - não penal - mais heróico de preservação *in natura* dos direitos e garantias dos indivíduos frente ao Estado.
> Como se disse, a suspensão de segurança foi idealizada para funcionar como um simples pedido de efeito suspensivo ao recurso interposto pelo Poder Público contra a decisão mandamental, sempre que houvesse um risco de grave lesão à ordem, à saúde e à segurança públicas, ou seja, naquela época, em 1936, idealizou-se que, sendo o

> recurso interposto contra liminar ou sentença em mandado de segurança desprovido de efeito suspensivo, então, nos casos de risco de grave lesão ao interesse público, poderia a pessoa jurídica de direito público interessada requerer ao Presidente da Corte Suprema ou do Tribunal de Apelação, que este sustasse a eficácia da segurança concedida até o julgamento do recurso interposto. Entretanto, o texto do projeto foi modificado e exclui-se a necessidade de interposição do recurso para a utilização da suspensão de segurança. Com isso, o remédio passou a ter vida própria, qual seja, passou a ser utilizado independentemente da interposição de qualquer recurso, e, o que é pior, atualmente, mesmo nos casos em que o recurso é interposto e é negado o efeito suspensivo solicitado ao seu relator.
>
> Como se vê, entre o que se pretendia criar e o que foi criado, há uma diferença abissal, que só é realmente percebida e sentida quando o instituto da suspensão de segurança passou a ser utilizado em larga escala, não só em sede de mandado de segurança, como também em outros procedimentos judiciais em que o Poder Público encontra-se na posição de réu, tendo que cumprir decisões mandamentais contra si proferidas.
>
> O caráter 'político' a que se atribui a suspensão de segurança decorre do fato de que a sua finalidade atual tem sido permitir o exercício de 'políticas públicas' do Poder Executivo, que conseguem impedir - por intermédio dos presidentes dos tribunais - o controle dos abusos e ilegalidades do Poder Público, sempre sob o superficial argumento de que a liminar ou decisão judicial estaria ferindo a supremacia do interesse público sobre o privado."

O professor Marcelo Abelha Rodrigues qualifica aberta e corajosamente esse instituto jurídico como execrável. Aponta quatro razões fundamentais que demonstram que esse remédio é utilizado, nas suas palavras, de forma ruborizante: para impedir a eficácia substitutiva de uma decisão, a fim de permitir que a

anterior volte a vigorar; para suspender a execução até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal; por desequilibrar nitidamente em favor do poder público os meios de obter provimento favorável; finalmente, para a suspensão coletiva de liminares com objeto idêntico. Eis a explicação que apresenta:

> "Dizem que estou muito novo para ficar tão desacreditado com um instituto jurídico. Pode ser, mas como tenho estudado muito, há tempos, sobre este tema, percebo, com ceticismo, que todas as suas supostas evoluções foram, na verdade, meios ou artifícios para tornar a Fazenda Pública um litigante imbatível, inventando ou reinventado situações de cabimento da suspensão de segurança em prol deste litigante, e passando por cima de todas as regras comezinhas do que se chama de devido processo legal. Por isso o adjetivo execrável. Assim, adiante, analisaremos alguns dos motivos pelos quais passei a ter asco da suspensão de segurança. Não quero transferir este sentimento para o leitor, mas apenas alertá-lo de que o processo, infelizmente, também pode ser um caminho de opressão e ditadura. A suspensão de segurança vem demonstrar isso.
> ...
> Vários são os motivos para justificar o adjetivo 'execrável' ao instituto da suspensão de segurança. Todavia, em apertada síntese, listamos apenas quatro situações jurídicas em que dito remédio tem sido utilizado de forma ruborizante, contrariando as regras comezinha do devido processo legal.
> A primeira situação jurídica relacionada ao uso desregrado do incidente de suspensão de segurança ocorre em hipóteses nas quais o Poder Público pretende utilizá-lo para suspender a eficácia substitutiva de uma decisão, permitindo que a anterior sobressaia, tal como ocorre quando pretende suspender a eficácia da sentença de improcedência, esperando assim reaver a eficácia de uma liminar que lhe tenha sido favorável.

...

A segunda situação jurídica que faz-se ter asco deste remédio decorre de uma errada e tendenciosa interpretação do § 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/92, que foi acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35. É que segundo este dispositivo 'a suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal'. Se lido sem nenhum esforço exegético, o dispositivo cria um absurdo, qual seja, por exemplo, o de que a suspensão dos efeitos de uma liminar concedida pelo Presidente do Tribunal (art. 4º, § 4º, da Lei nº 8.437) permanecerá de pé até o trânsito em julgado da última decisão proferida neste processo, ou seja, caso seja concedida a sentença em favor do particular; ou caso seja substituída - porém confirmada - a sentença pelo acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, ainda assim, ficaria de pé a suspensão de segurança concedida pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça naquele incidente iniciado para suspender os efeitos de uma liminar, que não existe mais. *Em outras palavras, de nada adianta substituir o provimento que foi objeto da suspensão, que, ainda assim, continuaria valendo a suspensão deferida pelo presidente*. Isso não pode acontecer, e, por isso, a única interpretação razoável que se deve dar a este dispositivo é o de que a revogação de uma suspensão não é automática, ou seja, não basta ter a sentença substitutiva ou o acórdão que a substitua,embora confirmando o teor da decisão, senão porque será necessário à parte provocar, no âmbito do próprio incidente, a revogação da medida pelas razões que irá indicar, tal como a superveniência de sentença ou acórdão substituindo a decisão. *Infelizmente, essa não é a exegese que se tem.*

A terceira situação jurídica ruborizante diz respeito àqueles casos em que, por exemplo, num mandado de segurança o Poder Público vale-se do pedido de efeito suspensivo do agravo de instrumento interposto contra a medida liminar

e, não obtendo êxito, recorre ao remédio da suspensão de segurança ao Presidente do Tribunal que, se negado, recorrerá do pedido de suspensão da suspensão negada. Caso seja negado o segundo pedido de suspensão da suspensão, ainda lhe restará utilizar o pedido de suspensão contra o acórdão que negar provimento ao agravo de instrumento interposto contra a referida liminar. Mas, se não logra êxito, contra este acórdão, lançará mão de recurso especial e extraordinário e se valerá de medida cautelar para atribuir efeito suspensivo ao recurso excepcional. Enfim, existem para o Poder Público um sem número de meios e atalhos por intermédio de 'suspensões de segurança' com vistas a paralisar a eficácia de uma decisão judicial contra si proferida. Não há paridade de armas, e os litigantes não são iguais. As armas do cidadão comum são menores e menos potentes, e, regra geral, o Poder Público é técnica e politicamente mais articulado, permitindo um êxito constante.

A quarta situação jurídica que faz a suspensão de segurança ser um remédio execrável corresponde às situações descritas no art. 4º, § 8º, da Lei nº 8.437/92, aplicável também aos processos de mandado de segurança pela expressa dicção do art. 4º, § 2º, da Lei nº 4.348/64.

Este dispositivo consagra a hipótese de suspensão coletiva, que segundo pensamos, disputa com a 'suspensão da suspensão' o prêmio de regra processual mais chocante criada pelo legislador da MP nº 2.180-35. Tem-se aí, neste § 8º, uma regra referente ao cabimento e efeitos da suspensão de segurança que ofendem os institutos mais básicos dos princípios constitucionais do processo. É tão gritante a hipótese ali prevista que precisa ser lida com calma, mais de uma vez, para se ter certeza de que o que está impresso no papel é exatamente aquilo que se lê. Assim, reservou para este dispositivo uma figura originalíssima, não só pelo que dispõe no texto, mas também pela reação que causa ao leitor desarmado. Embora de intenção louvável - se é que foi essa mesmo - no tocante à agilização

> dos processo, é criticável sob o ponto de vista formal. Vejamos a redação do referido § 8º, que fala por si mesma: 'as liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original'.
> ...
> Realmente o legislador merece um prêmio no quesito originalidade. Todavia, passou por cima do devido processo legal processual, porque, se cada liminar diz respeito a um determinado processo (ainda que estivessem reunidos por conexão), é óbvio que o pedido de suspensão formulado pela pessoa jurídica de direito público interessada deve ser feito para cada um dos processos existentes. Não existe um pedido de suspensão que, coletivamente, suspenda toda e qualquer liminar que cuide da mesma situação jurídica. Por se tratar de um incidente do processo e no processo, a decisão proferida no pedido de suspensão só atinge as pessoas que deste processo fazem parte."

A distorção da suspensão de segurança fica eloquentemente exposta quando se reflete sobre sua aplicação na ação civil pública. O escopo originário desse incidente, como já foi pontuado, era o de proteger o interesse público, precisamente o mesmo objeto perseguido pela ação civil pública. É, portanto, no mínimo, ilógico e incoerente a utilização de um contra o outro. Esse aspecto também não passou despercebido do Prof. Marcelo Abelha Rodrigues em outro artigo que transcrevo:

> "Para aqueles que estão lendo este ensaio, logo imaginam que se tanto a ação civil pública quanto a suspensão de segurança se prestam à tutela do interesse primário, não seria lógico que ambas pudessem, em algum momento, serem usadas (uma contra a outra) para fins antagônicos.

> De fato, as leituras isoladas do art. 1º da Lei 7.347/85, do § 1º do art. 12 da LACP (ou do art. 4º da Lei 8.437/92) jamais poderiam levar a ideia - por mais remota que fosse - de que a suspensão de segurança pudesse ser usada para evitar o risco de lesão ao interesse público numa ação civil publica destinada à tutela do interesse público! Todavia, o que parece impossível para um leigo que não lida com o Direito, é facilmente aceito por nós - operadores desta ciência - e talvez isso seja preocupante."
> ("Observações Críticas acerca da Suspensão de Segurança na Ação Civil Pública", *in Revista de Direitos Difusos*, pág. 72)

Destaque-se que, atualmente, os institutos da liminar e da tutela antecipada propiciam ao julgador, em caráter provisório, resolver questões incidentes no curso do processo em que haja a alegação do "periculum in mora". Negadas ou deferidas em 1ª instância, o agravo de instrumento possibilita aos tribunais a revisão do pronunciamento do grau de jurisdição *a quo*, assim como, sempre em vista do fator urgência, o próprio relator estará autorizado a conceder ou não efeito suspensivo recursal ou, ainda, na ausência de lesividade, converter em retido o recurso, o que o faz em nome da turma de que é integrante, até que, no momento oportuno, a ela seja dado o conhecimento do recurso. Assim, hoje, o sistema processual brasileiro dá aos litigantes, em caso de alegação de lesão grave e de difícil reparação, instrumentos específicos, bem como os correspondentes recursos que são submetidos às turmas dos tribunais, as quais são o juízo natural. Precisamente em razão dessa evolução, especialmente das modificações introduzidas pela Lei nº 11.187/05 nos artigos 523, § 3º, e 527, inciso II, todos do CPC, a jurisprudência desta corte tem sistematicamente repelido a utilização do mandado de segurança contra a decisão do relator que concede efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou o converte em retido, principalmente, porque o deslocamento da apreciação dessas questões para outros órgãos fracionários da corte, como no caso o Órgão Especial, fere

o princípio e a garantia mencionada. Ressalto, dentre inúmeros, o seguinte precedente deste tribunal:

> "ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. SUCEDÂNEO DE RECURSO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. OFENSA. ARTS. 8º, DA LEI Nº 1.533/51, E 267, INCISO, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVIMENTO NEGADO .
> - Dispõe o parágrafo único do artigo 527, do CPC, na nova redação dada pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, que não há mais a possibilidade de interposição do agravo regimental para atacar decisão do Relator que indefere efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto. Nesses casos, a decisão somente poderá ser reformada por ocasião do julgamento do agravo de instrumento, a não ser que o próprio relator a reconsidere.
> - Com isso, é de se constatar que a intenção do legislador foi a de obstar a interposição de recurso, no âmbito dos tribunais, quando se tratar de decisão proferida no bojo de agravo de instrumento, uma vez que nessa sede recursal os requisitos da relevância e da urgência já foram analisados, não havendo que se falar em reexame da mesma matéria no âmbito da presente impetração.
> - Admitir o mandado de segurança, no caso em tela, significa transferir a outro órgão, no caso, o Órgão Especial, a competência recursal das Turmas, o que não se mostra compatível com o princípio do juiz natural, tampouco com a novel sistemática prevista para o referido recurso.
> - Outrossim, e com fulcro nos mesmos fundamentos, não se pode dizer tratar-se de ato judicial contra o qual não cabe recurso, considerando-se, justamente, a sistemática trazida pelo novo regime jurídico do agravo de instrumento, posto que o legislador relegou o exame ao próprio Relator, concedendo-lhe a faculdade de reconsiderar a

> decisão e, caso assim não ocorra, resta, ainda, o exame da matéria pela Turma, quando do julgamento do próprio agravo. Tudo isto a denotar que não está ceifado o reexame, mas tal deve ocorrer pela via própria, não podendo o mandado de segurança ser utilizado como substitutivo recursal.
> - Pelo exposto, e nos termos do art. 8º da Lei nº 1533/51, c.c. os arts. 267, inciso I, do Código de Processo Civil, e 191 do Regimento Interno desta Corte, é caso de indeferimento liminar do presente *mandamus*, com a conseqüente manutenção da decisão agravada.
> - Agravo regimental a que se nega provimento."
> (Órgão Especial; Mandado de Segurança nº 2007.03.00.103712-6; Rel. Des. Fed. Suzana Camargo; 30/01/2008; DJU DATA: 18/02/2008 PÁGINA: 541)

Guardadas as diferenças, é inegável que poder-se-ia invocar a aplicação do mesmo raciocínio que originou esse entendimento em relação ao *mandamus* à suspensão de segurança, principalmente porque há inegável similitude no que se refere ao deslocamento do juízo natural para o Presidente do Tribunal por meio da artificiosa invocação de grave lesão à economia, saúde, ordem ou à segurança públicas, *periculum in mora* que poderia perfeita e rapidamente ser enfrentado no bojo do recurso próprio.

São essas as considerações que não posso deixar de fazer, com o fim de evitar a aceitação passiva e impensada desse incidente processual e a consequente perpetuação de sua utilização indiscriminada. Diga-se, ainda, que a recentíssima Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, lamentavelmente, praticamente apenas reproduziu o artigo 4º da Lei nº 4.348/64, sem qualquer modificação significativa no instituto da suspensão de segurança. As críticas dos doutrinadores, portanto, continuam plenamente válidas. O legislador perdeu, entretanto, importante oportunidade de expurgar esse instrumento de arbítrio do ordenamento, do qual o poder público agora deu clara mostra de não querer abrir mão. Sobreleva-se, desse modo, a responsabilidade da jurisprudência de construir-lhe oposição.

2 - DA COMPETÊNCIA DO STF SUSCITADA PELO DES. FED. FÁBIO PRIETO

Primeiramente, por questão de ordem lógica, cabe fazer uma breve consideração, à vista do voto do Desembargador Federal Fábio Prieto, que suscitou a competência do Supremo Tribunal Federal no caso em exame, com fulcro no artigo 102, inciso I, letra "f", por entender existente um conflito entre interesses do Estado e da Federação. O Ministério Público, nos termos do que expressamente prevê o inciso III do artigo 129 da Carta Magna, tem entre suas atribuições a de promover ação civil pública em defesa do meio ambiente. Atua no caso dos autos, pois, não como substituto processual, mas em cumprimento de incumbência própria, constitucional. Assim, ao ajuizar a ação contra o IBAMA, o Estado e a CETESB, fê-lo em razão de entender indevido o licenciamento de queima dos canaviais pelo órgão estadual, uma vez que os danos atingem diversas cidades, Estados Federados e, inclusive, países. Pretende, desse modo, que o ente que considera competente, o IBAMA, desempenhe o papel que lhe cabe e tome as providências necessárias para fiscalizar essa prática. Evidencia-se que o Estado de São Paulo, CETESB e o IBAMA são réus, portanto, estão no mesmo pólo processual. O IBAMA, aliás, conforme se verifica da defesa que apresentou em primeira instância (fls. 68/72), postula que a autorização para a queimada da cana é mesmo estadual. Não há, indubitavelmente, conflito algum entre União e Estado que justifique a competência da corte suprema.

3 - DO MÉRITO RECURSAL

Torno ao voto da eminente relatora, que, ao longo de sete páginas, enfrentou cada um dos argumentos contrários à proibição da queima da palha. Assim, peço vênia para dele destacar algumas passagens, porquanto expressam juridicamente meu entendimento da questão. Primeiramente, a gravidade da situação foi bem qualificada, *verbis*:

> "a discussão subjacente ao presente pedido de suspensão de segurança refere-se ao angustiante problema da despalha da cana mediante o método das queimadas. O que se observa no Estado de São Paulo é uma corrida desenfreada pelo lucro fácil do canavial em que se transformou esta unidade federativa, com a complacência tácita dos órgãos fiscalizadores. (fls. 601/602)".

A oportunidade, o cabimento e a urgência da ação civil pública ajuizada pelo *Parquet* também não passaram despercebidas:

> "veja-se que na verdade a preocupação do Ministério Público na promoção da ação civil pública originária é de todo procedente. Isto porque as promessas dos governantes na eliminação da queima da palha de cana de há muito se venceu, sem que os produtores de açúcar e álcool se desse ao trabalho de mitigar o sofrimento enfrentado pelos munícipes atingidos pelas emissões lançadas na atmosfera."

O tratamento privilegiado dado pela Constituição Federal à vida e à saúde, quando em contraste com outros valores constitucionais, foram ressaltados pela Exma. Sra. Presidente, à época:

> "A Constituição Federal, em significativo avanço, coloca o ser humano, a vida e a saúde como os elementos de maior relevo no balanceamento de valores constitucionais e legais, tanto assim que o art. 1º indica como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, o artigo 196 da Constituição Federal dispõe que '... a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação'."

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,

previsto no artigo 225 da Carta Magna, foi igualmente lembrado:

> "O art. 225 da Constituição Federal estabelece o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Determina ainda que, ao Poder Público incumbe o controle da produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente." (fl. 602)

A inoperância e a complacência do Poder Público com a manutenção da prática odiosa da queima da palha da cana-de-açúcar não escapou ao exame:

> "O certo é que a Administração Pública, talvez pressionada pela força dos produtores de cana cede a cada passo, diferindo para tempos cada vez mais remotos o término dessa prática destrutiva. Observe-se que a Lei nº 10.547, de 02.05.2000, determinou que o emprego do fogo como método despalhador e facilitador do corte de cana-de-açúcar em áreas passíveis de mecanização da colheita seria eliminado de forma gradativa, não podendo ser inferior a um quanto de área mecanizável de cada unidade agro industrial, a cada período de cinco anos, contados da vigência da lei. Portanto, o prazo total seria de 20 anos, com término para 2020. Fez mais essa lei. Afirmou que em áreas com declividades maiores que 12%, não será considerada mecanizável a colheita. *Portanto, a conclusão é que não se deve e não se pode plantar ou mesmo admitir a plantação de cana nessas áreas, porque simplesmente não há maquinário que possa ser empregado para a colheita da cana.* (grifo do original)
> Em 2002, sobreveio nova legislação - Lei nº 11.241 - que

avançou o término desse processo para 2031.
Induvidosamente, as razões desse retrocesso são inexplicáveis, como igualmente o são a não demonstração de cumprimento dos artigos 9º e 10º dessa mesma lei, e ainda os arts. 1º, 2º, 3º e parágrafo único das disposições transitórias desse último regramento legal".

Por fim, evidenciou-se que a queimada não agride meramente meio ambiente, mas a saúde das pessoas e, mais grave, penaliza mais direta e intensamente a população desprovida de recursos:

"O certo é que o objeto de grave lesão é a saúde pública, em especial dos habitantes dos municípios atingidos pelos efeitos das queimadas, ainda que o i. requerente tenha afirmado que o MM. Juiz prolator da decisão vergastada apoiou-se em apenas dois valores: meio ambiente e saúde humana, e assim de determinou a paralisação imediata das queimadas, causando lesão à ordem pública e a valores econômicos e sociais que superam o impacto ao meio ambiente e à saúde humana.
Assim não entendo, porém.
Colho do eminente Desembargador Estadual Renato Nalini, em matéria publicada no Espaço Aberto do jornal 'O Estado de São Paulo', de 28 de fevereiro de 2007, a seguinte assertiva:
'Perdeu-se de vista que o drama ambiental há de ser avaliado não só na relação entre o homem e os outros seres vivos, ou no plano das relações intergeracionais, mas também com base na categoria ética da justiça. Os trabalhadores, usados como pretexto para a continuidade da prática rudimentar, são as principais vítimas da queimada. E sofrem duas vezes tais efeitos: no trabalho e em suas residências. São parcelas da população que suportam peso desproporcionados efeitos negativos da degradação ambiental. Quem ordena a queimada pode refugiar-se longe

> dela. Quem serve de instrumento recebe, imediatamente, suas consequências'.
> A saúde representa a continuidade da vida, que por seu turno busca sua razão de relevância e fundamento maior na dignidade da pessoa humana. Os munícipes e os moradores da região atingida estão sendo desconsiderados nessa corrida contra o tempo, e a favor de lucro contado, quer a favor do Governo (em decorrência dos tributos que alimentam sua receita), que em relação aos cultivadores de cana.
> ...
> A saúde e o meio ambiente valem muito mais que qualquer outro valor, porque preservam a vida, que ao lado da liberdade (tomadas em acepção amplíssima) são os bens maiores para o ser humano.
> ...
> Nosso povo merece e exige respeito à saúde e ao meio ambiente, binômio insuperável na régua de valor com a qual o jurista deve medir interesses e direitos."

Meu desacordo com a relatora se restringe ao último parágrafo de seu voto, porém conduz a um resultado oposto. Sua Excelência entendeu que os compromissos financeiros dos agricultores em relação à safra, o deslocamento de milhares de trabalhadores de suas origens para realizar a colheita e a existência de sistema estadual de controle de licenciamento de queimada da palha de cana justificam a suspensão da execução do julgado. Acolheu, desse modo, ao menos em parte, a argumentação do Estado de São Paulo, que havia invocado ocorrência de danos à ordem e à economia pública. O primeiro, sustentou-se que estaria consubstanciado pela ruptura da estrutura jurídica estadual, Leis nº 11.241/02 e 10.547/00, além das respectivas regulamentações, como decorrência da outorga das autorizações ao IBAMA. A lesão econômica postulada pelo requerente seria resultado da quantidade de cana-de-açúcar que deixaria de ser processada, com imenso prejuízo para os produtores e para a indústria de açúcar e

álcool, além da decorrente perda da arrecadação do ICMS sobre o produto. Aduziu-se que milhares de trabalhadores utilizados na colheita seriam financeiramente lesados, com consequente aumento da violência urbana e favelização urbana, geralmente em locais prejudiciais ao próprio meio ambiente que ora se quer proteger.

Nos termos do artigo 4º da Lei nº 8.437/92, o pedido de suspensão incidental é cabível para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. O alegado dano à ordem jurídica não se enquadra na norma, consoante entendimento do STJ:

> "AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR. PROVENTOS DE MAGISTRADA. LESÃO À ORDEM JURÍDICA. INVIABILIDADE. LESÃO À ORDEM ECONÔMICA E EFEITO MULTIPLICADOR NÃO DEMONSTRADOS.
> - A ordem jurídica não se encontra entre os valores tutelados pelo art. 4º da Lei nº 4.348/1964.
> - O potencial lesivo à economia pública, bem como o alegado efeito multiplicador, não foram demonstrados de forma cabal.
> Agravo não provido."
> (STJ, AGSS - AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA nº 1718/DF, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, Corte Especial, DJ 06/08/2007)

Por outro lado, no âmbito do incidente de suspensão em exame, economia pública só pode ser entendida como a que afeta diretamente o Tesouro, as contas públicas. Salta aos olhos, desse modo, que o prejuízo invocado pelo Estado de São Paulo aos produtores e às usinas não se amolda ao conceito legal. Nesse aspecto, o Estado está patrocinando abertamente interesses privados por meio deste instrumento que, não obstante esdrúxulo, foi criado, como dito no preâmbulo, para tutelar exclusivamente o interesse público. Tampouco a alegada perda de arrecadação do ICMS configura a lesão grave à economia pública. Primeiramente, é bom

que se diga, porque não está comprovada. A demonstração inequívoca é indispensável para sustentar o pedido de suspensão, consoante a doutrina e a jurisprudência do STJ, *verbis*:

> "SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS. LESÃO À ORDEM ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA. AMEAÇA À ORDEM JURÍDICA. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA EXCEPCIONAL EFEITO MULTIPLICADOR DA DECISÃO NÃO COMPROVADO. PRETENSÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL.
> 1. No exame do pedido de suspensão, a regra é ater-se o Presidente do Tribunal às razões inscritas na Lei nº 4.348/64, art. 4º. Somente quando a magnitude da decisão atacada implica em grave lesão aos valores ali tutelados (ordem, saúde, segurança e economia públicas) caberá a medida pleiteada.
> 2. A existência de situação de grave risco ao erário público, trazida com a pretensão, há de resultar concretamente demonstrada, não bastando, para tanto, a mera e unilateral declaração de que da decisão impugnada resultarão comprometidos os valores sociais protegidos pela medida excepcional.
> 3. A via da suspensão não é própria ao exame de suposta lesão à ordem jurídica, não funcionando, por isso, como sucedâneo recursal. Precedentes.
> 4. Alegação de potencial efeito multiplicador da decisão que, por unilateral e não comprovada, presume-se como mera hipótese.
> 5. Não demonstrado o risco de dano alegado, impõe-se o indeferimento de pedido de suspensão proposto como sucedâneo recursal. Precedentes.
> 6. Agravo Regimental não provido."
> (AgRg na STA 56/MA, AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA, 2003/0224776-0, Rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, DJ 20/09/2004)

Ainda que houvesse prova, extrair a lesão econômica a partir unicamente da diminuição da arrecadação é um raciocionío, no mínimo, estreito. Há que se considerar que os efeitos nocivos da poluição e da degradação do ambiente sobre a saúde humana certamente sobrecarregam e oneram o sistema público de saúde. Não é só. É notório que a colheita da cana é atividade que agride seriamente a saúde dos trabalhadores e que sabidamente gera para o Estado altos custos com hospitalizações, tratamentos e afastamentos do trabalho suportados pela Previdência. Assim, é razoável concluir que todo esse dispêndio seja muito superior ao que seria arrecadado com a produção obtida com a queima.

Relativamente aos trabalhadores rurais que supostamente ficariam desocupados, deve-se ressaltar, primeiramente, que esse é um problema de ordem social, não de economia pública, como quer fazer quer o Estado de São Paulo. Não obstante, o argumento não se sustenta. Não houve imposição de mecanização total na antecipação concedida e a colheita sem despalha pelo fogo não está proibida. Em verdade, como bem lembrou o Ministério Público Federal, a resistência ao corte da cana crua é muito maior dos produtores, porque o rendimento é menor e, assim, *há necessidade de mais rurícolas*. Ademais, é consensual o reconhecimento de que essa atividade é degradante, além de altamente perniciosa à saúde dos trabalhadores. Sua manutenção inclusive tem gerado ao Brasil acusações de organismos internacionais. A evolução legislativa, como já se destacou do voto da relatora, deixa claro que o problema tem sido sucessivamente postergado, agora, pasme-se, para o ano de 2.031 (Lei Estadual nº 11.241/02 e respectivo decreto regulamentador nº 47.700). É inequívoca, assim, a conivência do Poder Público com o interesse dos grandes produtores e da indústria sucroalcooleira, em detrimento do meio ambiente, da saúde e dos cortadores de cana. Até mesmo a questão social é distorcida, o caso dos autos é um bom exemplo, como se fora preocupação com o desemprego, em lugar de o Estado optar por requalificar os trabalhadores para outras atividades, inclusive, para trabalhar na indústria da cana. Por fim, dentre os princípios constitucionais gerais da atividade econômica estão

o de desenvolvimento sustentável por meio da defesa dos recursos naturais e do meio ambiente (artigo 170, inciso VI) e, ainda mais eloquentes, os do *caput* do artigo 170, no sentido de que se assegure a todos existência digna e de valorização do trabalho humano. É o quanto basta para expor a fragilidade e a inaptidão do argumento utilizado, *in casu*, para dar esteio à suspensão da antecipação da tutela.

Em conclusão, ao sopesar os valores constitucionais contrapostos na discussão dos autos, avulta a primazia o direito à saúde e a um ambiente ecologicamente equilibrado, diretamente imbricados, em última análise, ao direito à vida. Ademais, a lesão econômica não foi minimamente demonstrada e, ainda que o fosse, estaria cingida à esfera privada, cuja proteção não pode se valer deste anacrônico instrumento, utilizável unicamente para proteção de interesses de ordem pública. Por fim, a manutenção da ordem econômica não pode ser invocada para descartar valores ambientais e sociais cujo respeito a Constituição Federal impõe.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo do Estado de São Paulo e de dar provimento ao do Ministério Público Federal, a fim de que seja cassada a suspensão da antecipação da tutela concedida na ação civil pública originária.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA:

a. Trata-se de agravos interpostos pelo *Ministério Público Federal* e pelo *Estado de São Paulo* contra a r. decisão que, em suspensão de tutela antecipada concedida em ação civil pública, restringiu a *queima da palha*, na *colheita da cana de açúcar*, à *safra de 2.008*.

b. O Ministério Público Federal, agora, objetiva a manutenção integral dos vetos impostos na tutela antecipada concedida em ação civil pública.

c. O Estado de São Paulo pretende êxito integral no presente pedido de suspensão.

d. É uma síntese do necessário.

1. A *qualidade das partes* e a *natureza da lide* são elementos de definição da *competência*.

2. Neste contexto, dispõe o artigo 102, inciso I, letra "f", da Constituição Federal:

> "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente: as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta".

3. A jurisprudência *atual* do Supremo Tribunal Federal, quando uma das partes em conflito seja *entidade da administração indireta*, condiciona o reconhecimento da competência acima especificada à *natureza da lide*.

4. A partir da interpretação da cláusula constitucional - *verbis*: "as causas e os conflitos" -, a mais Alta Corte do País passou a exigir, no quadro acima delineado, não apenas o *interesse* de certas partes, mas a necessária perspectiva de "conflito federativo".

5. O exame da jurisprudência revela que o conflito federativo é reconhecido a partir da *magnitude da lide*. O *pressuposto de fato* está na potencial ou efetiva aptidão da causa ou do conflito, para ameaçar ou destruir a harmonia das relações instituições entre ente federativo e pessoa jurídica integrante da administração indireta.

6. No caso concreto, também é relevante considerar que o *Supremo Tribunal Federal*, no âmbito das ações populares e das ações civis públicas, passou a visualizar os autores populares e o Ministério Público como *substitutos processuais* das próprias pessoas jurídicas de direito público interno, titulares originárias dos direitos sob ameaça ou coação.

7. Esta última circunstância hermenêutica tem particular relevo, porque, quando ausente, na ação, a pessoa jurídica de

direito público interno, o *Supremo Tribunal Federal* tem afirmado a própria competência, se o autor popular e/ou o Ministério Público estão a defender direito daquela entidade e isto lança a questão em perspectiva de conflito federativo com outra unidade dotada de poder institucional.

8. Sobre todos estes temas, a jurisprudência:

> "Litígio entre autarquia federal e Estado-Membro sobre propriedade de terras devolutas. Questão de ordem. Litígio dessa natureza envolve questão que diz respeito diretamente ao equilíbrio federativo, sendo, portanto, causa que inequivocamente é da competência originária desta Corte na posição de Tribunal da Federação que lhe outorga o artigo 102, I, *f*, da Constituição Federal." (Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 18-10-95, DJ de 24-11-95).

> "Ação proposta por Estado da Federação contra órgão da Administração Indireta de outro Estado da Federação, caracterizando, em substância, conflito federativo. Competência originária do Supremo Tribunal afirmada com fundamento no art. 102, I, *f*, da Constituição." (Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 2-6-99, DJ de 20-2-04).

> "Supremo Tribunal Federal: competência originária: mandado de segurança em que autarquia federal (OAB) controverte com Estado-membro, pelo órgão mais alto de um dos seus poderes, o Tribunal de Justiça, sobre suas respectivas atribuições constitucionais (questão relativa ao 'quinto constitucional'): controvérsia jurídica relevante sobre demarcação dos âmbitos materiais de competência de entes que compõem a Federação, que atrai a competência originária do Supremo Tribunal." (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 3-11-05, DJ de 10-8-06).

> "Supremo Tribunal Federal: competência: ação civil pública em que autarquia federal controverte com Estado-membro

sobre a competência federal ou estadual para credenciar e autorizar o funcionamento de curso de nível superior de entidade privada de ensino: litígio acerca de divisão constitucional de competência entre a União e Estado-membro, que atrai a competência originária do STF (CF, art. 102, I, *f*); precedente (Néri da Silveira, DJ de 14-12-2001)" (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-8-05, DJ de 30-9-05).

"Reclamação: procedência: usurpação de competência originária do Supremo Tribunal (CF, art. 102, I, *f*). Ação civil pública em que o Estado de Minas Gerais, no interesse da proteção ambiental do seu território, pretende impor exigências à atuação do IBAMA no licenciamento de obra federal - Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional: caso típico de existência de 'conflito federativo', em que o eventual acolhimento da demanda acarretará reflexos diretos sobre o tempo de implementação ou a própria viabilidade de um projeto de grande vulto do governo da União. Precedente: 7-6-01, Néri da Silveira, RTJ 182/420." (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento em 4-8-05, DJ de 30-9-05).

Nesta Reclamação 3074, o destaque:

"O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (Relator) - Data vênia, na construção dessa nossa jurisprudência, 'conflito federativo' é um conflito jurídico. Para ameaças de guerras de secessão, o remédio constitucional é a intervenção. Está-se discutindo, aqui, a decisão de conflitos jurídicos que obviamente envolvem o ponto básico, o ponto nuclear de qualquer estatuto federal, que é a discriminação das competências entre a União e suas entidades menores e os Estados e as suas entidades menores.
O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não é todo conflito que atrai a competência do Supremo. É preciso buscar um critério."

Rcl-AgR 3205/SC.
Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI.
Julgamento: 22/11/2007.
Tribunal Pleno
"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ART. 102, I, *F*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - Ação que contesta a Portaria 1.128/2003, do Ministério da Justiça, que demarcou terras indígenas. II - Configuração do conflito entre entes da Federação, prevista no art. 102, I, *f*, da CF. III - Usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal reconhecida. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido."

Rcl 3331/RR.
Relator(a): Min. CARLOS BRITTO.
Julgamento: 28/06/2006.
Tribunal Pleno
"EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCESSOS JUDICIAIS QUE IMPUGNAM A PORTARIA Nº 534/05, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DEMARCOU A RESERVA INDÍGENA DENOMINADA RAPOSA SERRA DO SOL, NO ESTADO DE RORAIMA.
Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea 'f' do inciso I do art. 102 da Lei Maior). Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria nº 534/05, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta colenda Corte apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. Reclamação procedente."

Rcl 2833/RR.
Relator(a): Min. CARLOS BRITTO.
Julgamento: 14/04/2005.
Tribunal Pleno
"EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCESSOS JUDICIAIS QUE IMPUGNAM A PORTARIA Nº 820/98, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DEMARCOU A RESERVA INDÍGENA DENOMINADA RAPOSA SERRA DO SOL, NO ESTADO DE RORAIMA. - Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea 'f' do inciso I do art. 102 da Lei Maior). - Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria nº 820/98, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta Casa de Justiça apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. - Reclamação procedente."

Nesta Reclamação 2833/RR, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

"Peço vênia apenas ao eminente Relator para dispensar a a douta dissertação feita por S. Exa. quanto à existência do chamado 'conflito federativo': essa construção redutora que o Supremo Tribunal fez, a meu ver, só se aplica quando é parte entidade da Administração *Indireta* do Estado ou da União; situando-se o conflito entre a União e o Estado, a competência é sempre do Supremo Tribunal, independentemente do objeto ou da natureza da causa".

Rcl 424/RJ.
Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE.
Tribunal Pleno.

> "EMENTA: Ação popular: natureza da legitimação do cidadão em nome próprio, mas na defesa do patrimônio público: caso singular de substituição processual. II. STF: competência: conflito entre a União e o Estado: caracterização na ação popular em que os autores, pretendendo agir no interesse de um Estado-membro, postulam a anulação de decreto do Presidente da República e, pois, de ato imputável à União."
>
> ACO-QO 473/RS.
> Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE.
> Tribunal Pleno.
> "EMENTA: STF: competência: ação civil pública do Ministério Público Federal que, em nome da defesa do patrimônio da União (CF, art. 129, III), postula, entre outros provimentos, a condenação do Estado-membro a não implementar municípios que pretende criados irregularmente: conseqüente existência de conflito entre a União - ainda que substituída, na relação processual pelo Ministério Público - e o Estado, que atrai a competência originária do Supremo Tribunal (CF, art. 102, I, 'f')."

Nesta ACO-QO 473/RS, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

> "8. Como o cidadão na ação popular, age o Ministério Público, na ação civil pública, como substituto processual da entidade titular do patrimônio a cuja tutela visa a demanda. 9. Aplicam-se, pois, à espécie, o que assentado pelo Tribunal na Rcl 424, relativo à ação popular proposta contra a União em defesa de pretensões do Estado-membro, quando se afirmou a competência originária do STF, nos termos do art. 102, I, *f*, da Constituição".

9. No feito sob julgamento, *todos* os pressupostos fáticos

e jurídicos qualificados pelo *Supremo Tribunal Federal*, para o reconhecimento da própria competência, estão presentes.

10. Os Ministérios Públicos Federal e do Trabalho, autores da ação civil pública, atuam como verdadeiros substitutos processuais, pois encamparam a *defesa de uma suposta competência privativa do IBAMA*.

11. Ao mesmo tempo, a ação civil pública assume a premissa mencionada no tópico anterior como *modelo de antagonismo excludente* do exercício de *igual* competência pelo *Estado de São Paulo*, no que concerne ao exame e julgamento de *licenças ambientais passadas e futuras*.

12. Da jurisprudência acima transcrita, é oportuno destacar, da Reclamação 424/RJ, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

> "Significativamente, o art. 102, I, *f*, incluiu na competência do Tribunal não apenas as causas entre a União e o Estado-membro - o que poderia levar à exigência de que ambos participassem formalmente na relação processual - , mas também os conflitos entre eles, termo que comporta a hipótese de uma contraposição de interesses substanciais entre os dois entes federativos, na qual - malgrado sujeitos ambos da lide - um deles não o seja do processo, dada a substituição processual pelo autor popular".

13. Neste citado precedente, prevaleceu a tese no sentido de que, a pessoa jurídica de direito público interno qualificada, em tese, pela norma constitucional de competência, não precisa, sequer, figurar no *processo*, sendo exigível, tão-só, a sua caracterização como *sujeito da lide*.

14. No *Plenário* do *Supremo Tribunal Federal*, a tese vencedora ganhou corpo com a invocação da possibilidade, concedida pela Lei da Ação Popular, da pessoa jurídica de direito público interno, inclusive quando ausente na ação, no primeiro momento, assumir qualquer posição nos pólos processuais.

15. Isto porque, até mesmo quando citada como ré, "a

pessoa jurídica de direito público (...), cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente" (art. 6º, § 3º, da Lei de Ação Popular).

16. Ocorre que a Lei da Ação Civil Pública tem dispositivo de igual conteúdo: "Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes" (art. 5º, § 2º).

17. A hipótese sob exame indica a competência do Supremo Tribunal Federal de modo ainda mais *acentuado*.

18. Não obstante os autores da ação civil pública tenham qualificado o IBAMA como réu, a autarquia federal, nas manifestações preliminares oferecidas nas demandas idênticas, tem suscitado a própria ilegitimidade processual passiva, de modo que o *instrumento* do conflito federativo é, *inegavelmente, a ação civil pública*, cujo julgamento, na perspectiva da petição inicial, competiria à Justiça Federal de 1º e 2º graus de jurisdição, em perspectiva de *manifesta usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.*

19. Não há nenhuma dúvida, portanto, que os autores da ação civil pública estão agindo na defesa de uma suposta competência privativa da autarquia federal, com a conseqüência do veto ao Estado de São Paulo, sendo a ação civil pública a *causa* do conflito federativo.

20. Ou seja, na verdade, nos termos da jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal*, há um *conflito de competência entre a autarquia federal e o Estado de São Paulo*.

21. Cabe lembrar que a *federação* é, ontologicamente, modelo político-institucional de *repartição das competências*. O seu estatuto regulamentar é a Constituição.

22. Por último - sempre na linha da observância da jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal* -, cumpre reconhecer que a *magnitude dos interesses* contrapostos na lide é *manifesta*.

23. De um lado, substitutos processuais postulam a defesa do exercício incontrastável de competência privativa da autarquia

federal. De outro, o Estado de São Paulo quer dar curso à competência para deferir, ou não, o licenciamento ambiental.

24. No *Supremo Tribunal Federal*, no precedente relacionado ao Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional, o *Plenário* reconheceu "caso típico de existência de 'conflito federativo', em que o eventual acolhimento da demanda acarretará reflexos diretos sobre o tempo de implementação ou a própria viabilidade de um projeto de grande vulto do governo da União" (Recl. nº 3.074).

25. Salvo melhor juízo, o argumento acima destacado tem inteira pertinência com o feito sob exame. A *complexa* questão da queima da palha da cana-de-açúcar tem *grande vulto e repercussão* para as pessoas jurídicas de direito público interno, as empresas interessadas - direta ou reflexamente - no negócio subjacente, a população vizinha às áreas queimadas e, sobretudo, os trabalhadores rurais.

26. A dimensão da questão pode ser avaliada, também, pela *intensa atividade legislativa dos Poderes Constituídos* na matéria. A petição inicial da ação civil pública focaliza, com exatidão, o amplo contingente populacional relacionado à controvérsia, de *notória* projeção econômica, ambiental e social.

27. Repita-se, então, para o encerramento do tópico: *todos* os pressupostos fáticos e jurídicos qualificados pelo *Supremo Tribunal Federal*, para o reconhecimento da própria competência, estão presentes.

28. Na partilha da jurisdição, a *competência absoluta é pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo*. Matéria cognoscível "de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito", nos termos do artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

29. Por estes fundamentos, dou provimento ao agravo do Estado de São Paulo. Nego provimento ao agravo do Ministério Público Federal.

30. É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator para Acórdão

- Sobre a queima da palha na colheita da cana-de-açúcar, veja também os seguintes julgados: decisão proferida na SS 2008.03.00.006427-8/SP, Desembargadora Federal Marli Ferreira, publicada na RTRF3R 88/5; ApelReex 2000.03.99.032529-3/SP, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, publicada na RTRF3R 96/176 e decisão proferida no AI 0013734-81.2009.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, publicada na RTRF3R 101/117.

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0087893-24.1992.4.03.6100
(94.03.061247-9)

Apelantes: LAERCIO DA SILVA PEREIRA E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelados: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE ALMEIDA E PAULO STOLER
Parte Ré: SALIM SCAFF
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: ApelReex 193779
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/06/2010

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. LOCAÇÃO DE IMÓVEIS FUNCIONAIS. CEF. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ILEGALIDADE E LESIVIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.

1. A Circular nº 78/92 autorizava expressamente a Caixa Econômica Federal a “efetuar locação de imóveis residenciais para moradia de empregados ocupantes de determinadas funções de confiança, nas cidades onde não dispõe de imóvel próprio para tal finalidade”.

2. A mesma Circular nº 78/92 possibilitou o exame de casos particulares, dentre esses incluiu-se o do co-réu Paulo Stoler. Se o Diretor de Administração e Recursos Humanos entendeu que esse empregado, exercendo função de confiança, necessitava valer-se da prerrogativa autorizada pela Circular, o fez no uso das atribuições que lhe foram conferidas por essa mesma norma, e rigorosamente dentro dos limites da discricionariedade contida no item 15 da referida Circular.

3. Infundadas, portanto a ilegalidade e a lesividade, quanto à possibilidade de se concretizar a locação de imóveis a serem utilizados como residência de funcionários, em determinadas circunstâncias, e indiscutível que as disposições

normativas permitiam o exame de casos excepcionais, sendo certo que o responsável por essa autorização e celebração do contrato de locação era competente, e estava exercendo plenamente a delegação que lhe fora conferida.

4. No que tange à lesão da moralidade administrativa, modalidade de desvio de poder, não restou demonstrado nos autos que a autoridade administrativa usou de seus poderes para atingir finalidade diversa para o qual foram conferidos.

5. Apelações e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 06 de maio de 2010.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Trata-se de recurso de apelação interposto por LAERCIO DA SILVA PEREIRA (fls. 352/359) e pelo Ministério Público Federal (fls. 370/381) contra sentença que julgou improcedente o pedido trazido nos autos de ação popular, por não vislumbrar a lesividade apontada na inicial que importaria em anulação do procedimento que culminou em locação de imóvel pela Caixa Econômica Federal a funcionário seu em São Paulo.

Apela o autor popular aduzindo as seguintes razões: que houve flagrante ilegalidade e lesividade no ato impugnado e que

a sentença foi proferida contra o parecer do MPF; que não seria ético e honesto conferir moradia ao réu Paulo Stoller em apartamento luxuoso, às expensas do patrimônio público; que houve desvio de finalidade na conduta dos agentes públicos; que a farta documentação acostada nos autos apontam para a imoralidade, lesividade ao patrimônio público e ilegalidade do ato impugnado, da responsabilidade de maus administradores da coisa pública.

Contrarrazões da Caixa Econômica Federal às fls. 361, na qual alega que os autos estão instruídos com provas confirmatórias da legalidade e legitimidade da operação locatícia, restando caracterizado tratar-se de ato discricionário da empresa e não viciado; que as elucubrações de que lança mão o autor popular, não tem nenhum cunho de justiça, mas o escopo de fazer política; que a Circular Normativa nº 78/92 da CEF previa expressamente no item 15 do documento que os casos ou situações excepcionais a critério do DERAR poderiam ser relatados e submetidos à DIRAR com parecer conclusivo para apreciação e decisão, afirmando ainda esse dispositivo que não impedia que o próprio chefe do DERAR não pudesse submeter seu pedido ao DIRAR; que não houve simulação no negócio porquanto o co-réu Paulo Stoler afirmou no pedido encaminhado ser co-proprietário de imóvel que seria alienado por questões familiares, como efetivamente ocorreu.

Apelação do MPF às fls. 269 alegando que houve abusividade e arbitrariedade na locação impugnada em violação aos princípios da moralidade, impessoalidade. Pede a reforma da sentença com a condenação dos co-réus.

Contrarrazões de apelação da CEF rebatendo os argumentos do apelo do MPF às fls. 384.

Contrarrazões do co-réu Carlos Roberto Siqueira de Almeida às fls. 384 e do co-réu Paulo Stoler às fls. 395.

O MPF opina pela reforma da decisão, provendo-se parcialmente aos recursos interpostos.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

O apelante LAERCIO DA SILVA PEREIRA promoveu ação popular em face da CEF, PAULO STOLER (à época Chefe do Departamento de Administração e Recursos Humanos em São Paulo - DERAR/SP) e CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE ALMEIDA (à época Diretor de Administração e Recursos Humanos da CEF) e SALIM SCAFF, alegando em síntese que editada a Circular Normativa nº 078/92, foi a empresa autorizada a efetuar a locação de imóveis residenciais para a moradia de empregados ocupantes de determinadas funções de confiança em cidades nas quais não dispunha de imóveis próprios para tal finalidade.

Que Paulo Stoler ocupando a função comissionada de Chefe do DERAR/SP pleiteou junto ao Diretor do DIRAR, Carlos Roberto, esse benefício, firmando para tanto declaração falsa datada de 01 de junho de 1992, na qual afirma sob pena de responsabilidade não possuir imóvel residencial em São Paulo. Que a CEF então firmou o contrato de locação com o locador Salim Scaff, em relação a imóvel da propriedade deste em Moema pelo aluguel mensal de Cr$ 4.000.000,00 (quatro milhões de cruzeiros).

Afirma ainda a inicial que esse ato consumou-se de forma ilegal, imoral e lesiva, pois foi concedido ao empregado Paulo Stoler odioso privilégio à custa da CEF, enquanto que outros empregados não gozaram dos favores da diretoria da instituição.

Essa a questão fulcral sobre a qual se voltam os recursos face à sentença de improcedência da ação popular.

É de ser mantida a r. sentença, que julgou improcedente a ação.

A Constituição Federal expressa no art. 5º, inciso LXXIII, que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência".

Por seu turno o art. 2º da Lei 4.717/65, elenca quais são os atos lesivos que se declararão nulos, seguindo-se no parágrafo único cinco hipóteses em que se caracterizariam os casos de nulidade.

Portanto hão de se somar para a configuração técnico-jurídica da ação popular a nulidade do ato administrativo e a lesão deles decorrentes ao órgão emissor desse ato.

Não é o que ocorre nestes autos, como se demonstrará.

Ressalta dos autos que a querela submetida ao Poder Judiciário nada mais é do que, acertadamente assentaram as contestações, de disputa política do autor, à época Presidente do Sindicato dos Bancários em Bauru.

Conforme se verifica dos autos em nenhum momento o empregado da CEF, Paulo Stoler firmou declaração falsa para obter favores.

Ao contrário, segundo consta dos autos, esse réu era detentor de parte ideal do imóvel, partilhado entre si e seu irmão por força de herança, não tinha um imóvel com a plenitude dos direitos de proprietário, tanto assim que foi a parte ideal de seu imóvel doado a seu irmão anteriormente à assinatura do contrato de locação. A sua declaração de que era co-proprietário de imóvel que seria alienado encontra-se às fls. 54.

A inicial afirmava ainda que o réu residiria graciosamente no imóvel, mas os documentos comprovam que pagava ele à CEF uma taxa de ocupação mensal, expressamente consignada na CN 78/92, arcando com todas as despesas relativas ao imóvel, tais como tributos e condomínio, além das despesas de consumo de luz, gás (doc. fls. 61).

O que causa realmente preocupação nos autos é que o autor popular, como alegado pelo co-réu Paulo, era na época Presidente do Sindicato dos Bancários de Bauru, e distribuída a presente ação popular em 29 de outubro de 1992, no dia 03 de outubro de 1992, um boletim dos empregados da CEF, nominado "Nossa Luta Bancária", trouxe matéria acerca da ação popular afirmando, inclusive que Paulo teria feito declaração falsa para obter o favor legal. Na metade da página acostada nos autos às fls. 81,

há uma charge depreciativa indicando o edifício em forma de pirâmide (Edifício Quéops). Detalhe: Paulo Stoler foi citado em 05 de novembro!

A defesa da empresa, CEF é contundente no sentido de que todas as determinações e exigências foram obedecidas e em contrarrazões afirma que a situação do co-réu Paulo se insere no item 15 da mencionada Circular e que os apelantes apenas se fixaram no item 1, e que em nenhum momento se exorbitou ao conceder o imóvel para a moradia do empregado.

Aliás, o imóvel tem exatos 130,21 m^2 de área útil, não se tratando de forma alguma de um "luxuoso apartamento" e ainda que fosse, com razão a e. Magistrada quando afirma que a empresa poderá escolher aquele que lhe é mais conveniente do ponto de vista financeiro, para a moradia de seus funcionários exercentes de cargos superiores.

Não vejo ilegalidade no ato perpetrado pela CEF, por seu Diretor, Carlos Roberto Siqueira de Almeida, Paulo Stoler e ainda o locador Salim Scaff. Tampouco encontro nos autos qualquer prova de lesividade, eis que o resultado do ato não importou em violação de lei, regulamento ou ao ato normativo que embasou a contratação. Por idêntica razão não há nos autos qualquer prova de desvio de finalidade. Toda a documentação trazida aos autos denota transparência, lisura e legalidade.

Assim considerando, nego provimento à remessa, bem como aos recursos voluntários interpostos, mantendo a r. sentença monocrática.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0035139-03.1995.4.03.6100
(97.03.027621-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelados: DANILLO GUIDO BASSANI E OUTROS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: ApelReex 370680
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2010

EMENTA

REEXAME DA CAUSA. RECURSOS REPETITIVOS. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ACÓRDÃO DIVERGENTE MANTIDO.

1. Reexame da causa, nos termos do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, uma vez que o acórdão anterior diverge da orientação do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito ao prazo prescricional para pleitear a compensação do indébito tributário, firmada no julgamento do REsp nº 1.002.932/SP.

2. A jurisprudência desta Turma consolidou entendimento no sentido de que somente podem ser restituídos os valores recolhidos dentro do qüinqüênio que imediatamente antecede à propositura da ação de repetição de indébito.

3. Conforme preceitua o art. 168, inciso I, do Código Tributário Nacional, o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 anos contados da data da extinção do crédito tributário que, na hipótese dos autos, deu-se com o pagamento antecipado do imposto, a teor do que reza o art. 156, inciso VII, c. c. o art. 150, § 1º, ambos do C.T.N.

4. A contagem do prazo prescricional inicia-se no momento em que o crédito tributário é extinto, conforme preceitua o art. 168, I, do C.T.N. O pagamento, por sua vez, ainda que antecipado, extingue o crédito, por força de expressa

disposição legal (art. 150, § 1º do C.T.N.). E a extinção do crédito *in casu* está sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento (parte final do § 1º do art. 150).
5. O direito de pleitear a restituição surge no momento em que o sujeito passivo efetua o pagamento, ainda que antecipado. O contribuinte não está adstrito à ocorrência da homologação do lançamento, seja expressa ou tácita, para postular a restituição do indébito.
6. Aplicação do princípio da *actio nata*, segundo o qual a prescrição se inicia quando surge para o contribuinte, a pretensão e a ação.
7. Acórdão recorrido mantido, nos termos do artigo 543-C, § 8º, do Código de Processo Civil.

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, manter o acórdão recorrido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de junho de 2010.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Cuida-se de ação de repetição de indébito ajuizada por Danillo Guido Bassani e outros em face da União.

Os autores sustentam a inconstitucionalidade do IOF exigido nos termos da Medida Provisória nº 160/1990, convertida na Lei nº 8.033/1990, razão pela qual requerem a restituição dos valores retidos indevidamente de suas contas bancárias.

Valor da causa fixado em R$ 100,00 para 17/5/1995, posteriormente retificado para R$ 2.100,00 (fls. 56).

Processado o feito, foi proferida sentença que julgou procedente o pedido, para condenar a União a restituir as importâncias pagas a título de IOF incidente sobre conta-poupança e ouro e demais aplicações, acrescidas de juros de mora de 1% ao mês. Pela sucumbência, a ré foi condenada em honorários advocatícios de 10% do valor da condenação.

Apelou a União alegando, preliminarmente, a ausência de documentos essenciais à propositura da demanda, bem como a prescrição quinquenal dos créditos. No mérito, sustenta a legalidade e constitucionalidade da exação.

Regularmente processado o recurso, vieram os autos a esta Corte.

Em 23/11/2005, esta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, tida por submetida, para reconhecer a prescrição quinquenal dos créditos relativos aos autores Gisela Maria Toledo de Moraes e Moura, Jaqueline Gil da Costa, João Borges da Costa e Paulo Xavier de Moura Neto.

Foram opostos embargos declaratórios pelos autores, os quais foram parcialmente acolhidos para postergar para a fase de execução a fixação dos juros de mora.

Em seguida, os autores interpuseram recurso especial, no qual pretendem, dentre outras coisas, a contagem do prazo prescricional a partir da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, ou da resolução do Senado, que suspendeu a execução da lei inconstitucional (fls. 118/126).

Remetidos os autos à Vice-Presidência desta Corte, para exame de admissibilidade do recurso, foi determinada a suspensão do feito até que o Superior Tribunal de Justiça se pronunciasse acerca da matéria no recurso representativo de controvérsia no processo nº 95.03.050379-5.

Decidida a questão no âmbito do Tribunal Superior, foi proferida a decisão de fls. 182/183, que determinou a devolução dos autos à Turma para que se proceda conforme previsto no artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, uma vez que o acórdão recorrido encontra-se em desacordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do

julgamento do REsp 1.002.932/SP, no sentido de que, quanto aos valores recolhidos no período anterior à da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, o prazo de prescrição é decenal.

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Cuida-se do reexame da causa, nos termos do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, uma vez que o acórdão de fls. 94/101 diverge da orientação do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito ao prazo prescricional para pleitear a compensação do indébito tributário, firmada no julgamento do REsp nº 1.002.932/SP.

Destaco que esta Turma consolidou seu entendimento no sentido de que somente podem ser restituídos ou compensados os valores recolhidos dentro do quinquênio que antecede a propositura da ação (AMS nº 96.03.093930-7, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, DJU de 08/12/1999 e AC nº 2001.03.99.012298-2, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, DJU de 03/10/2001).

Por se tratar de posicionamento que, com o devido respeito, diverge da orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, algumas considerações acerca dos fundamentos que embasam nosso entendimento merecem ser aqui deslindadas.

Diz o artigo 168, inciso I, do Código Tributário Nacional que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 anos contados da data da extinção do crédito tributário que, na hipótese dos autos, deu-se com o pagamento antecipado do imposto, a teor do que reza o artigo 156, inciso VII, c. c. o artigo 150, § 1º, ambos do C.T.N.

A contagem do prazo prescricional inicia-se no momento em que o crédito tributário é extinto, conforme preceitua o artigo 168, I, do C.T.N. O pagamento, por sua vez, ainda que antecipado,

extingue o crédito, por força de expressa disposição legal e a extinção do crédito *in casu* está sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento, conforme preceitua o artigo 150, § 1º, do C.T.N.

Entendo que a adequada interpretação do § 1º do artigo 150 não autoriza a dilatação do prazo prescricional, sob o fundamento, a meu ver equivocado, de que se deve aguardar o decurso do prazo dos 5 anos previstos no § 4º do artigo 150 para, depois, iniciar-se a contagem do prazo de prescrição, porque, segundo essa orientação, somente após o decurso daquele lapso temporal o crédito estaria extinto, propiciando assim a contagem do prazo prescricional.

Com efeito, o tributo em questão está sujeito ao lançamento por homologação, hipótese em que o contribuinte antecipa o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade administrativa e esta, ulteriormente, o homologa. A homologação posterior, nos termos do que preceitua o § 1º do artigo 150 do CTN, está posta pelo legislador como condição resolutória da extinção do crédito que, por determinação legal, já se operou com o pagamento antecipado. A exata razão da existência dessa condição é a de possibilitar que a Fazenda verifique a validade do lançamento dentro desse período de tempo, vale dizer, enquanto perdurar essa condição, o lançamento ainda está sujeito ao crivo da autoridade administrativa que poderá, se constatada irregularidade, constituir o lançamento do tributo não pago. Mas, essa atividade fazendária só poderá ser exercida dentro do prazo de 5 anos estabelecido no § 4º do artigo 150 do CTN, sob pena de consumar-se a homologação ficta.

Observe-se que se o legislador permitisse que com o pagamento antecipado o crédito tributário fosse definitivamente extinto, estaria obstando a efetivação de qualquer ato tendente a verificar a regularidade do lançamento efetuado pelo sujeito passivo, hipótese que, se concretizada, implica desnaturar o próprio lançamento por homologação que pela sua natureza está sujeito à revisão pela autoridade competente. Impende, portanto, concluir que esse prazo corre exclusivamente em favor da Fazenda.

Nesse sentido, valiosa a lição colhida dos comentários tecidos pelo eminente ZUUDI SAKAKIHARA, em obra coordenada pelo ilustre Desembargador Federal Vladimir Passos de Freitas:

> "O transcurso do prazo, sem nenhum pronunciamento da Fazenda Pública quanto à homologação, ou não, tem como consequência não só a homologação ficta, mas também a extinção definitiva do crédito tributário. Isso não significa que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo não tenha extinguido o crédito, mas apenas que a extinção decorrente daquele pagamento não está mais sujeita à condição resolutória da não-homologação. É esse o sentido da definitividade".
> (*in* "Código Tributário Nacional Comentado", comentário de ZUUDI SAKAKIHARA ao art. 150 do C.T.N., pág. 586, Editora Revista dos Tribunais).

De outra parte, observo que o direito de pleitear a restituição ou a compensação surge no momento em que o sujeito passivo efetua o pagamento, ainda que antecipado. O contribuinte não está adstrito à ocorrência da homologação do lançamento, seja expressa ou tácita, para postular a restituição do indébito. Não se pode olvidar nesse cenário, do princípio da *actio nata*, segundo o qual a prescrição se inicia quando surge para o contribuinte, a pretensão e a ação.

Em lapidar voto-vista proferido por ocasião do julgamento do AgRg no Recurso Especial nº 422.704/BA, em que se discutia a ocorrência da prescrição em caso similar, o eminente Ministro Teori Zavascki, apesar de curvar-se ao entendimento do STJ, reafirmou o seu convencimento acerca da matéria, *in verbis*:

> "O caso dos autos é paradigmático, porque põe em confronto duas orientações do STJ, adotadas há muito tempo, mas que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, se mostram incompatíveis, expondo a fragilidade dos fundamentos que as sustentam. Tal fragilidade

> reside, segundo penso, na circunstância de terem, ambas, se assentado sobre bases que desconsideram inteiramente um princípio universal em matéria de prescrição: o princípio da *actio nata*, segundo o qual a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão ou da ação (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Bookseller Editora, 2.000, p. 332). Realmente, ocorrendo o pagamento indevido, nasce desde logo o direito a haver a repetição do respectivo valor, e, se for o caso, a pretensão e a correspondente ação para a sua tutela jurisdicional. Direito, pretensão e ação são incondicionados, não estando subordinados a qualquer ato do Fisco ou a decurso de tempo. Mesmo em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o direito, a pretensão e a ação nascem tão pronto ocorra o fato objetivo do pagamento indevido. Sob este aspecto, pareceria mais adequado ao princípio da *actio nata* aplicar, inclusive em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o disposto art. 168, I, combinado com o art. 156, I, do C.T.N., ou seja: o prazo prescricional (ou decadencial) para a repetição do indébito conta-se da extinção do crédito (art. 168, I), que, por sua vez, ocorre com o pagamento (art. 156, I). Observe-se que, mesmo em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o pagamento antecipado também extingue o crédito, ainda que sob condição resolutória (CTN, 150, § 1º).” (AgRg no Recurso Especial nº 422.704 - BA, j. em 02.12.2003)

Ademais, adotar entendimento diverso significa atribuir à compensação do indébito um prazo prescricional de 10 anos - 5 anos do prazo para que ocorra a homologação somados a mais 5 anos do prazo prescricional - o que se faria em desprestígio ao espírito da lei, pois, evidentemente, não quis o legislador conceder prazo superior a cinco anos.

Como esta ação foi ajuizada em 17 de maio de 1995, as parcelas recolhidas antes de 17 de maio de 1990 estão prescritas.

Ante o exposto, mantenho o acórdão recorrido, nos termos do artigo 543-C, § 8º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

- Sobre a contagem do prazo prescricional para a repetição do indébito, decidida na nova sistemática dos recursos repetitivos pelo STJ por meio do REsp 1.002.932/SP, veja também a decisão proferida no REsp ApelReex 0017303-41.2000.4.03.6100/SP, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, publicada nesta edição, RTRF3R 102/37.

APELAÇÃO CÍVEL 0050428-58.1995.4.03.6105 (2007.03.99.051500-3)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: BETTER PRODUTOS ADESIVOS LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MIGUEL DI PIERRO
Classe do Processo: AC 1268048
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/06/2010

EMENTA

TRIBUTÁRIO - SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - IPI - INEXIGIBILIDADE.
1. O Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI - tem sua materialidade no produto industrializado, entendido como aquele que tenha sido submetido a operação que lhe modificou a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoou para consumo (artigo 46, parágrafo único do CTN).
2. No caso da operação mista é devido apenas o ISS se a atividade preponderante da empresa for a prestação de serviços, aplicando-se a lista anexa ao Decreto-lei 406/68, mas não o IPI, se seu objeto não se caracterizar pela industrialização reconhecida para fins tributários.
3. Precedentes do STJ. Súmula 156.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de abril de 2010.

Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO (Relator).

Cuida-se de ação declaratória ajuizada com o objetivo de obter declaração de inexistência de relação jurídico tributária com a ré que lhe obrigue ao recolhimento do IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados em relação aos serviços gráficos prestados sob encomenda, nos termos do Decreto-Lei 406/68.

Sustenta que está sujeita ao recolhimento do ISS pela municipalidade e não ao IPI pela Fazenda Nacional, por enquadrar-se como prestadora de serviço.

A sentença julgou procedente o pedido "para declarar o direito da autora de não se sujeitar, quando da prática de serviços de artes gráficas, sob encomenda, ao recolhimento de IPI", condenando a ré em honorários arbitrados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

Sentença submetida reexame necessário.

Em apelação, a União Federal pugnou a reforma da sentença aduzindo, em síntese, que o processo de impressão constitui operação de industrialização nos termos do Regulamento do IPI.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO (Relator).

De acordo com a petição inicial, delimita-se o âmbito da controvérsia às alegações trazidas pela autora e que ampararam sua causa de pedir e pedido, consistente apenas na declaração de inexigibilidade do IPI em relação aos serviços gráficos que presta sob encomenda, não havendo discussão jurídica que envolva propriamente a incidência ou não de ICMS, nem a incidência do tributo

federal (IPI) sobre qualquer outra operação ou produto.

Trata-se, portanto, de apelação e remessa oficial em ação de rito ordinário cuja sentença julgou procedente o pedido para afastar a exigibilidade do IPI em relação aos serviços de artes gráficas realizados pela autora sob encomenda.

Não existem preliminares a serem apreciadas, razão pela qual passo à análise do mérito.

O Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI - tem sua materialidade no produto industrializado, entendido como aquele que tenha sido submetido a operação que lhe modificou a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoou para o consumo (artigo 46, parágrafo único do CTN).

O artigo 46 do Código Tributário Nacional prevê como fato gerador do IPI, o desembaraço aduaneiro quando o produto industrializado for de procedência estrangeira, a sua saída do estabelecimento ou a sua arrematação quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

A exigibilidade do tributo encontra amparo no sistema constitucional tributário e obedece ao princípio da legalidade, que se constitui em uma das garantias do Estado de Direito, desempenhando função protetiva dos direitos dos cidadãos. Como assinala José Eduardo Soares de Melo "somente com a expedição de normas editadas pelos representantes do próprio povo (Poder Legislativo) é que se tem nascimento, modificação ou extinção de direitos e obrigações, competindo à Administração Pública expressa obediência ao princípio da legalidade (art.37 da Constituição Federal). O ordenamento jurídico contempla a reserva formal da lei, mediante a fixação precisa e determinada do órgão titular competente para sua expedição; e a reserva material da lei com a característica de ordem abstrata, geral e impessoal" (*in*: *Curso de direito tributário*. Dialética: São Paulo, 1997, p. 19/20).

Conclui-se do pedido inicial que a autora visa a declaração de inexigibilidade do IPI quando da saída dos produtos gráficos efetuados sob encomenda e para consumidores finais, atividade prevista em seu contrato social. Desnecessária, portanto, se tornou a prova pericial, uma vez não se tratar de ação de cunho

condenatório onde se busca a repetição de valores indevidos, com a imprescindível verificação dos bens produzidos e do tributo recolhido, uma vez restrita aos serviços gráficos inseridos no contrato social da requerente.

A discussão restringe-se, portanto, sobre a incidência ou não do IPI sobre o serviço de impressão gráfica. Para tanto, deve-se fazer uma distinção entre atividade mista e operação mista. A empresa que exerce atividade mista tanto submete determinado bem a uma operação, industrializando-o para o consumo, como presta um serviço. No caso, as operações são autônomas e implicam fatos imponíveis autônomos gerando tantas obrigações tributárias quantas realizadas. Por outro lado, a operação mista é aquela onde se verifica a presença conjunta de industrialização e prestação de serviço num só momento.

No caso da operação mista é devido apenas o ISS se a atividade preponderante da empresa for a prestação de serviços, aplicando-se a lista anexa ao Decreto-lei 406/68, mas não o IPI, pois seu objeto não se caracteriza pela industrialização reconhecida para fins tributários.

A esse respeito decidiu o C. STJ: "A elaboração dos cartões com as características requeridas pelo destinatário, que é aquele que encomenda o serviço, tais como a logomarca, a cor, eventuais dados e símbolos, indica de pronto a prestação de um serviço de composição gráfica, enquadrado no item 77 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68. Há, portanto, nítida violação ao disposto no § 1º do artigo 8º do Decreto-Lei nº 406/68, uma vez que a hipótese dos autos configura prestação de serviços de composição gráfica personalizados, sujeitos apenas à incidência do ISS (Súmulas nºs 156/STJ e 143 do extinto TFR)" (*in*: RESP 437324-RS, Segunda Turma, DJ: 22/09/2003, p: 295, RT VOL.: 00821 p. 191, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO).

A Corte Superior editou, inclusive, a Súmula 156, pela qual "A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita apenas, ao ISS".

Nesse sentido, destaco precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça, bem como desta C. Corte Regional:

> "TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI). SERVIÇOS DE PERSONALIZAÇÃO E GRAVAÇÃO GRÁFICA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES (TRF-2: AC nº 9102112957, Rel. Des. Fed. Tânia Heine, j. 26/04/05, p. DJU 20/05/05; TRF-3: AC nº 2000.61.82.038930-5, Rel. Des. Fed. Miguel di Pierro, j. 10/10/07, p. DJU 03/12/07; TRF-4: Região, REO nº 19970000331877, Rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria, j. 27/08/03, p. DJ 24/09/03).
> Apelação a que se dá provimento".
> PROC.: 2001.61.00.000899-5 AC 1040030 - São Paulo, 06 de agosto de 2009. (data de conclusão do julgamento).
> RELATORA: DES. FED. SALETTE NASCIMENTO / QUARTA TURMA

> "DIREITO TRIBUTÁRIO - IPI - ATIVIDADE GRÁFICA - SÚMULA Nº 156, DO STJ: APLICABILIDADE.
> Não incide o IPI quando a atividade do contribuinte é essencialmente de composição gráfica, sob encomenda.
> Aplicabilidade, no caso concreto, da Súmula nº 156, do STJ.
> Apelação e remessa oficial improvidas".
> APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1999.03.99.086162-9/SP
> São Paulo, 13 de agosto de 2009.
> RELATOR: DES. FED. FÁBIO PRIETO DE SOUZA

> "TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRABALHOS GRÁFICOS. ISS. CRÉDITO REMANESCENTE EM RAZÃO DE TRABALHOS DESPERSONALIZADOS. IPI DEVIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DECRETO-LEI Nº 1025/69.
> 1. Tratando-se de atividade gráfica personalizada não incide IPI, mas, sim, ISS, uma vez que a atividade preponderante é a prestação de serviços. Súmulas nºs 143 do TRF e 156 do E. STJ.

2. Atividade praticada pela empresa, cuja perícia verificou que se trata de atividade despersonalizada, denominada 'linha própria' de trabalhos gráficos, viabiliza a incidência de IPI, porque não se destina a prestação de serviços, mas à livre comercialização.
3. CDA que remanesce parcialmente subsistente no que tange às receitas auferidas a título de 'linha própria', despersonalizada (12,2%), autorizando o prosseguimento da execução fiscal em seus ulteriores termos.
4. Honorários advocatícios afastados, em razão do Decreto-lei nº 1025/69.
5. Apelação e reexame obrigatório parcialmente providos".
Desembargador Federal LAZARANO NETO
TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 35950 Processo: 90030366365 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA Data da decisão: 02/03/2005, DJU DATA: 08/04/2005 PÁGINA: 643

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e a apelação.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MIGUEL DI PIERRO - Relator

- Sobre a incidência de IPI sobre trabalhos gráficos, veja também a AC 90.03.036636-5/SP, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto, publicada na íntegra na RTRF3R 77/256.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
1201183-56.1995.4.03.6112
(98.03.074751-7)

Apelantes: ROLEMAN SOUZA LTDA. E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apeladas: AS MESMAS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SILVA NETO
Classe do Processo: ApelReex 437246
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/06/2010

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - TRIBUTAÇÃO DO PAGAMENTO DA FONTE A PESSOAS FÍSICAS/REPRESENTANTES COMERCIAIS - PAGAMENTO DE COMISSÕES E DESPESAS COM VIAGENS - APURATÓRIO PREVIDENCIÁRIO PROFUNDO/CONSISTENTE, CORROBORADO POR ROBUSTO LAUDO PERICIAL - ÔNUS EMBARGANTE INATENDIDO - TR: INADMISSIBILIDADE DE SUA SUBSTITUIÇÃO PELO IPC, SEM EXPRESSO PEDIDO EMBARGANTE A RESPEITO - MANTIDA SUA EXCLUSÃO COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA - PARCIAL PROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS.
1. Constata-se cenário deveras peculiar, no bojo do qual, consoante consistente apuratório fazendário e robusto laudo pericial, deparou-se o INSS com o contexto em que tributadas restaram as operações em rótulo afirmadas de paga em “comissão” a supostos representantes comerciais, assim afirmados vendedores em prol da parte contribuinte.
2. O trabalho previdenciário desenvolvido utilizou-se de constatações e checagens sobre a efetiva natureza do pagamento efetuado a tais entes, em todos os quais flagrada a relação de subordinação, de sujeição a um pólo patronal, o ora embargante, dados e levantamentos para tanto

minuciosamente colhidos, no sentido de que comissões e reembolso de despesas com viagens foram pagos.
3. Limpidamente constatou o *expert* a ausência de formais registros a comprovarem a jurídica personalidade das "empresas" arroladas pela Fiscalização, exceção se fazendo a Real & Santos Repres. S/C Ltda. e Cavalcante Repres. S/C Ltda., inexistindo elementos quanto a supostas sedes e cadastros profissionais, por exemplo, pecando até em legitimidade a respeito.
4. Estampa o r. laudo haver elementos que indicam a existência de personalidade jurídica em relação às empresas, pois encontradas Notas Fiscais: Kayo Representações Ltda. ME, sede em Presidente Prudente/SP, Sennes Representações Ltda. ME, sede em Presidente Prudente/SP, Adalberto Sebastião Carvalho ME, sede em Jandaia do Sul/PR, Longhi Representações Ltda. ME. Sede em São José do Rio Preto/SP, J. A. Pereira Representações, sede em Ibiporã/PR e J. C. Castro Repres. Ltda., sede em Presidente Prudente/SP.
5. Encampando o pólo contribuinte a tese de que revestidas as "empresas" contatadas de formal personalidade jurídica, não evidenciou tal cenário, vez que não encontrados elementos, pelo *expert*, acerca do registro destas suscitadas entidades empresariais - destaque-se que o pólo embargante a ser sediado em Presidente Prudente, ao passo que várias empresas acima listadas também são de referida urbe, nada tendo encontrado o Perito, no mesmo sentido nada a fortalecer sua tese carreia a parte executada.
6. Cuidando-se de levantamento fazendário das competências 1988 a 1990, certamente que assim a se voltar ao recolhimento de tributo, em sua essência, como o são as contribuições sociais em questão, artigo 149 e 195, CF, dotados de poderes/deveres se puseram os agentes estatais em tela, para a lavratura do procedimento fiscal em questão, artigo 149, incisos V a VII, CTN.
7. Sendo da essência do Direito Tributário a configuração da hipótese de incidência não pelo rótulo nem pela forma do

evento, mas sim em função de seus contornos genuínos, artigo 118, CTN, conhecida a figura como princípio do *non olet*, este exatamente o contexto dos autos, onde flagrada operação de paga por haveres supostamente rotulados de "comissões", em prol de (assim afirmados) "representantes comerciais" quando, em fundo e na essência, constatada a caracterização de paga/retribuição ao trabalho sob sujeição empregatícia.

8. Nem de longe se esteja a se deparar com um plano de desconsideração desta ou daquela personalidade, até porque não envolvidos conclamados entes, mas, sim, insista-se, em face da tributação de específicas remunerações, portanto o tema a ter a ver com o evento riqueza no mundo físico em si, não com o cunho mais ou menos lícito desta ou daquela pessoa, portanto a relacionar-se à essência do montante pago pela parte embargante, este o foco.

9. Claramente a tanto adequado o exaustivo procedimento fiscal construído, corroborado pela r. perícia elaborada, constatando-se efetivamente é a parte embargante que a não atender a seu ônus fundamental, de desconstituir tal cobrança com sólidos elementos (no mesmo rumo nada em concreto aponta, no sentido de macular o levantamento elaborado, não sendo genérica irresignação capaz de desconstituir o *quantum* apurado), o que lhe seria, *data venia*, extremamente simples se razão tivesse, bastando que elucidasse o tom que deseja emprestar às tributadas operações, nada disto porém realizando a parte devedora, como lhe impõem provas o ordenamento, já com a preambular, § 2º, artigo 16, LEF, limitando-se sua inicial a tão-somente alegar sem nada comprovar, lamentavelmente sem mais e portanto despojados de elementos de capital consistência.

10. Registre-se improspera o pleito autárquico, no que pertine à inclusão das empresas Real & Santos Repres. S/C Ltda. e Cavalcante Repres. S/C Ltda., vez que denotada a formal existência de jurídica personalidade, descabendo

demais considerações de como se dá a atividade exercida, vez que perante a lei se sujeita aos estritos limites do quanto juridicamente alçou experimentar.
11. Em sede crepuscular, com razão o pólo executado, pois, sobre não requerida substituição de um índice por outro, tal configura contexto mais gravoso, pois percentualmente superior o gravame referente ao índice IPC, em relação ao da TR.
12. Dessa forma, de rigor a reforma da r. sentença, para unicamente exclusão da TR, nada mais.
13. Com relação à correção monetária através da TRD, sua indicação importa na consideração de seu caráter indevido, como meio de atualização monetária, no plano normativo.
14. A Lei 8.177/91, em seu art. 9º, redação originária, previu a incidência da T.R.D. sobre os débitos para com a Fazenda Nacional, sem especificar sob qual forma isso se daria, o que foi elucidado por meio da nova redação a este dispositivo, promovida pelo art. 30 da Lei 8.218/91, este fixando corresponderia a T.R.D. a juros de mora, o que se coaduna com os artigos 3º e 7º da referida Lei 8.218/91, o primeiro prevendo a incidência de T.R.D. como juros, sobre os débitos para com a Fazenda Nacional, e o segundo determinando a incidência da variação do B.T.N.F., até a extinção deste, e, a partir desta, de T.R.D., equivalente esta a juros de mora. Assim, ao tempo em que foi prevista, a T.R. atuou como juros.
15. Prospera a imperiosidade da manutenção da subtração da T.R. como fator de atualização monetária.
16. Parcial provimento à apelação contribuinte. Improvimento à apelação do INSS e à remessa oficial, mantida a verba sucumbencial arbitrada, por decair a parte contribuinte de maior porção.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional

Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do contribuinte e negar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de junho 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 embargos à execução fiscal, esta no importe de 23.201,77 UFIR em 1994, fls. 02 da execução adunada, aqueles deduzidos por Roleman Souza Ltda. em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

A r. sentença, fls. 136/140, julgou parcialmente procedentes os embargos, asseverando que, conforme laudo pericial, com exceção das empresas Real & Santos Repres. Ltda. e Cavalcante Repres. S/C Ltda., não foram encontrados registros junto ao Cartório de Pessoas Jurídicas ou na Junta Comercial, embora tenha o *expert* constatado a existência de notas fiscais com registros de CGC em relação a algumas, havendo comprovação de pagamento de comissões e reembolso de despesas com viagens, restando constatado que pessoas físicas exerciam o cargo de vendedores. Consignou não possuir razão o contribuinte quanto à impugnação do *quantum* devido, vez que não demonstrou desacerto a respeito. Por fim, considerou ilegal a incidência da TR como atualização monetária, devendo haver correção pela variação do BTN, após sua extinção pelos índices de variação do INPC e, em seguida, desde a criação da UFIR, quando então esta deverá ser aplicada até dezembro/1995, após incidindo a SELIC. Condenou a parte embargante ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor do débito, bem como ao pagamento de honorários periciais, estes da ordem de R$ 500,00.

Apelou a parte contribuinte, fls. 143/153, alegando, em síntese, que as firmas individuais estão devidamente matriculadas nas Juntas Comerciais dos respectivos estados, violando o Instituto o

ordenamento jurídica com a lavratura da NFLD, pois a prestação de serviço era realizada por pessoas jurídicas e representantes comerciais autônomos, que possuem patrimônio e personalidade jurídica distintas, não havendo de se falar em vínculo empregatício, tal a ser de exclusiva competência da Justiça Obreira, de modo que o levantamento das contribuições deve ser feito nominalmente e individualmente, a fim de proporcionar defesa em relação aos segurados considerados empregados. Por derradeiro, pontua que a legislação tributária deve ser interpretada literalmente, logo ausente previsão legal para aplicação do INPC.

Apelou o INSS, fls. 157/162, alegando, em síntese, que as empresas existem quando possuem estabelecimento, possuindo sede, bem como capital, trabalho e organização, requisitos estes não provados pelas empresas Real & Santos Repres. S/C e Cavalcante Repres. S/C Ltda., tratando-se de pessoas físicas com cargos de vendedores, merecendo reforma a r. sentença. Finaliza explanando que a utilização da TR é legítima, pois instituída por lei.

Apresentadas as contrarrazões somente pelo INSS, fls. 163/171, sem preliminares, subiram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental (inciso VIII de seu artigo 33) e do artigo 35, LEF.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVA NETO (Relator): Constata-se cenário deveras peculiar, no bojo do qual, consoante consistente apuratório fazendário de fls. 53/56 e robusto laudo pericial, fls. 111/121, deparou-se o INSS com o contexto em que tributadas restaram as operações em rótulo afirmadas de paga em “comissão” a supostos representantes comerciais, assim afirmados vendedores em prol da parte contribuinte.

Realmente, o trabalho previdenciário desenvolvido utilizou-se de constatações e checagens sobre a efetiva natureza do pagamento efetuado a tais entes, em todos os quais flagrada a

relação de subordinação, de sujeição a um pólo patronal, o ora embargante, dados e levantamentos para tanto minuciosamente colhidos, fls. 119, item "b", no sentido de que comissões e reembolso de despesas com viagens foram pagos.

Por sua vez, limpidamente constatou o *expert* a ausência de formais registros a comprovarem a jurídica personalidade das "empresas" arroladas pela Fiscalização, exceção se fazendo a Real & Santos Repres. S/C Ltda. e Cavalcante Repres. S/C Ltda., fls. 116, item "a", inexistindo elementos quanto a supostas sedes e cadastros profissionais, por exemplo, pecando até em legitimidade a respeito, campo inferior de fls. 117, parte final.

Por outro lado, estampa o r. laudo haver elementos que indicam a existência de personalidade jurídica em relação às empresas, pois encontradas Notas Fiscais: Kayo Representações Ltda. ME, sede em Presidente Prudente/SP, Sennes Representações Ltda. ME, sede em Presidente Prudente/SP, Adalberto Sebastião Carvalho ME, sede em Jandaia do Sul/PR, Longhi Representações Ltda. ME. Sede em São José do Rio Preto/SP, J. A. Pereira Representações, sede em Ibiporã/PR e J. C. Castro Repres. Ltda., sede em Presidente Prudente/SP, fls. 116, parte final e fls. 117.

De sua banda, encampando o pólo contribuinte a tese de que revestidas as "empresas" contatadas de formal personalidade jurídica, não evidenciou tal cenário, vez que não encontrados elementos, pelo *expert*, acerca do registro destas suscitadas entidades empresariais, fls. 117, parte final - destaque-se que o pólo embargante a ser sediado em Presidente Prudente, fls. 02, ao passo que várias empresas acima listadas também são de referida urbe, nada tendo encontrado o Perito, no mesmo sentido nada a fortalecer sua tese carreia a parte executada.

Ora, cuidando-se de levantamento fazendário das competências 1988 a 1990, fls. 53/56, certamente que assim a se voltar ao recolhimento de tributo, em sua essência, como o são as contribuições sociais em questão, artigo 149 e 195, CF, dotados de poderes/deveres se puseram os agentes estatais em tela, para a lavratura do procedimento fiscal em questão, artigo 149, incisos V a VII, CTN.

Da mesma forma, sendo da essência do Direito Tributário a configuração da hipótese de incidência não pelo rótulo nem pela forma do evento, mas sim em função de seus contornos genuínos, artigo 118, CTN, conhecida a figura como princípio do *non olet*, este exatamente o contexto dos autos, onde flagrada operação de paga por haveres supostamente rotulados de "comissões", em prol de (assim afirmados) "representantes comerciais" quando, em fundo e na essência, constatada a caracterização de paga/retribuição ao trabalho sob sujeição empregatícia.

Ou seja, nem de longe se esteja a se deparar com um plano de desconsideração desta ou daquela personalidade, até porque não envolvidos conclamados entes, mas, sim, insista-se, em face da tributação de específicas remunerações, portanto o tema a ter a ver com o evento riqueza no mundo físico em si, não com o cunho mais ou menos lícito desta ou daquela pessoa, portanto a relacionar-se à essência do montante pago pela parte embargante, este o foco.

Então, como se observa, claramente a tanto adequado o exaustivo procedimento fiscal construído, corroborado pela r. perícia elaborada, constatando-se efetivamente é a parte embargante que a não atender a seu ônus fundamental, de desconstituir tal cobrança com sólidos elementos (no mesmo rumo nada em concreto aponta, no sentido de macular o levantamento elaborado, não sendo genérica irresignação capaz de desconstituir o *quantum* apurado), o que lhe seria, *data venia*, extremamente simples se razão tivesse, bastando que elucidasse o tom que deseja emprestar às tributadas operações, nada disto porém realizando a parte devedora, como lhe impõem provas o ordenamento, já com a preambular, § 2º, artigo 16, LEF, limitando-se sua inicial a tão-somente alegar sem nada comprovar, lamentavelmente sem mais e portanto despojados de elementos de capital consistência.

Em tudo e por tudo, portanto, assiste-se a panorama no qual o INSS afetou a essência dos valores pagos pela parte executada, desta forma tributando-os consentaneamente com os contornos em real levantados, de seu turno em momento algum tendo logrado a mesma por desconstituir tão veementes provas.

A esta altura, registre-se improspera o pleito autárquico, no que pertine à inclusão das empresas Real & Santos Repres. S/C Ltda. e Cavalcante Repres. S/C Ltda., vez que denotada a formal existência de jurídica personalidade, descabendo demais considerações de como se dá a atividade exercida, vez que perante a lei se sujeita aos estritos limites do quanto juridicamente alçou experimentar.

Em sede crepuscular, com razão o pólo executado, pois, sobre não requerida substituição de um índice por outro, tal configura contexto mais gravoso, pois percentualmente superior o gravame referente ao índice IPC, em relação ao da TR.

Dessa forma, de rigor a reforma da r. sentença, para unicamente exclusão da TR, nada mais.

Deveras, com relação à correção monetária através da TRD, sua indicação importa na consideração de seu caráter indevido, como meio de atualização monetária, no plano normativo.

A Lei 8.177/91, em seu art. 9º, redação originária, previu a incidência da T.R.D. sobre os débitos para com a Fazenda Nacional, sem especificar sob qual forma isso se daria, o que foi elucidado por meio da nova redação a este dispositivo, promovida pelo art. 30 da Lei 8.218/91, este fixando corresponderia a T.R.D. a juros de mora, o que se coaduna com os artigos 3º e 7º da referida Lei 8.218/91, o primeiro prevendo a incidência de T.R.D. como juros, sobre os débitos para com a Fazenda Nacional, e o segundo determinando a incidência da variação do B.T.N.F., até a extinção deste, e, a partir desta, de T.R.D., equivalente esta a juros de mora.

Assim, ao tempo em que foi prevista, a T.R. atuou como juros.

Logo, prospera, sim, a imperiosidade da manutenção da subtração da T.R. como fator de atualização monetária, fls. 04, do apenso.

Portanto, refutados se põem os demais ditames legais invocados em pólo vencido, tais como o Decreto nº 916/1890, artigo 3º, artigos 6º e 37, III, da Lei 4.726/65, Regulamento 737, artigo 39, artigos 16, 18 e 20, CCB/1916, Lei 6.015/73, Decreto 57.651/66,

Lei 7.787/89, artigo 5º, IV, CLPS, Decreto-Lei 1.455/76, artigos 5º, I, II e X, e 150, I, II e IV, CF, artigos 101, 106 e 111, CTN, Lei 4.886/65, Leis 7.799/89, 8.177/91 e 8.883/91, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado pólo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, *pelo parcial provimento à apelação contribuinte* e *pelo improvimento à apelação do INSS e à remessa oficial*, mantida a verba sucumbencial arbitrada, por decair a parte contribuinte de maior porção.

É como voto.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0013496-52.1996.4.03.6100
(1999.03.99.003031-8)

Apelante: BANCO SANTANDER BRASIL S/A
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Parte Autora: CIA. REAL DE ARRENDAMENTO MERCANTIL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD
Classe do Processo: AC 452527
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/06/2010

EMENTA

ORDINÁRIA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE. LAUDO PERICIAL. IMPARCIALIDADE.

1. A intervenção do M.P.F. nos autos é expressamente vedada pelo disposto no art. 129, inciso IX da Constituição Federal, que proíbe a defesa e a consultoria jurídica por entidades públicas por parte do membro do Ministério Público.

A intervenção do M.P.F. é expressamente vedada pela Constituição Federal, posto que o Estado (União Federal) já está assistido por órgão especializado na defesa de seus interesses, com advogado próprio respondendo nos autos. Tornar obrigatória ou permitir-se a intervenção do M.P.F. nas ações ordinárias seria reduzir a inutilidade da advocacia do Estado.

Não há interesse público a justificar a intervenção do Ministério Público na ação, uma vez que o interesse patrimonial da Fazenda Pública não se identifica com o interesse público previsto no inciso III do artigo 82 do Código de Processo Civil (RJTJESP nº 129/320).

A Fazenda Nacional possui corpo hábil para representá-la em juízo, tanto que apresentou contestação e fez diversas manifestações nos autos.

2. A perícia para apuração dos valores devidos ao imposto de renda e contribuição social sobre o lucro líquido

considerou as alíquotas aplicáveis em relação ao adicional de imposto de renda, e os valores que a Secretaria da Fazenda Nacional, não demonstrou estarem incorretos em relação ao que foi apurado, tal como os valores das antecipações recolhidas no ano de 2005 (fls. 798).

3. Estando o perito oficial eqüidistante das partes e considerando que a elaboração dos cálculos efetuados por este perito está em melhores condições de bem apresentar os mesmos de forma absolutamente correta, pois eqüidistante das partes, além de que seu laudo não sofreu impugnação válida, proporciona ao magistrado certeza e base para dirimir a controvérsia existente quanto à questão relativa aos valores do levantamento e a conversão em renda de parte dos depósitos judiciais, eis que esta é a única pendência que subsiste na presente ação.

4. Tendo em vista que parte dos depósitos judiciais foi convertida em renda da União e a outra deverá ser levantada pelo autor, será determinada a aplicação do art. 21, *caput*, do CPC, em face da sucumbência recíproca.

5. Apelo provido.

6. 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 à apelação e julgar prejudicado o agravo regimental, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de maio de 2010.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator):

Trata-se de apelação interposta contra sentença de fls.960/968 que julgou improcedente o pedido e extinguiu a ação com julgamento do mérito. Arbitrou os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, corrigidos monetariamente. Valor da causa R$ 3.000,00.

Em suas razões de apelação alega o autor que renunciou e desistiu do direito sobre o qual se funda a ação cuja homologação ocorreu às fls. 557/560, a fim de beneficiar-se da isenção prevista pela Lei 9.799/99 pela Medida Provisória 1.807/99 e pela IN/SRF 26/99, não podendo se admitir possa discutir os valores de IRPJ e CSLL exigidos pela Fazenda Nacional, permanecendo pendente de análise somente a questão do depósito existente nos autos.

Interpostos Embargos de Declaração pelo autor, argumentando a falta de apreciação do laudo para conversão dos depósitos em renda da União e a liberação do restante, os mesmos foram rejeitados sob o argumento de que o levantamento dos depósitos judiciais já foram apreciados às fls. 572/573 que converteu em renda da União a totalidade dos mesmos.

Sem contrarrazões subiram estes autos a esta E. Corte e, após distribuição, vieram-me conclusos.

O M.P.F. nesta instância, solicitou vista dos autos e, considerando haver interesse público primário, interveio no feito opinando pelo não conhecimento dos recursos de apelação, bem como pela conversão em renda da União Federal da totalidade dos depósitos judiciais em questão, não obstando a Fazenda Pública prosseguir nos atos de cobrança, seja pela via administrativa ou judicial, visando a satisfação de seu crédito remanescente.

É o relatório.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator):

Trata-se de ação ordinária interposta por CIA. REAL DE

ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, em litisconsórcio com o BANCO SANTANDER S/A contra a União Federal, visando à declaração de inexistência de relação jurídico-tributária resultante da exigência de qualquer crédito tributário constituído em razão do exercício do direito à dedução, para todos os fins tributários, dos encargos correspondentes à Provisão para Devedores Duvidosos (PDD), independentemente dos limites estabelecidos pelo § 4º do art. 43 da Lei nº 8.981/95. Valor da causa fixado em R$ 3.000,00 (três mil reais).

Primeiramente analiso a intervenção do Ministério Público Federal nos autos.

A intervenção do M.P.F. nos autos é expressamente vedada pelo disposto no art. 129, inciso IX da Constituição Federal, que proíbe a defesa e a consultoria jurídica por entidades públicas por parte do membro do Ministério Público.

Dispõe tal art. da nossa Carta Magna:

> "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
> .....
> IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas".

A propósito transcrevo o seguinte julgado do C. STJ:

> "Não cabe ao MP, como fiscal da lei, velar pelos interesses jurídicos de Direito Público, mas pela correta aplicação da lei, e muito menos suprir as omissões dos procuradores de tais entidades.
> A CF em seu artigo 129, IX, parte final, veio expressamente proibir a defesa e a consultoria de entes públicos por parte do membro do *parquet*" (RESP 7.199 - RT nº 671/210).

No caso, em exame, a intervenção do M.P.F. é expressamente vedada pela Constituição Federal, posto que o Estado

(União Federal) já está assistido por órgão especializado na defesa de seus interesses, com advogado próprio respondendo nos autos. Tornar obrigatória ou permitir-se a intervenção do M.P.F. nas ações ordinárias seria reduzir a inutilidade a advocacia do Estado.

Por seu turno, também o art. 82 do C.P.C. elenca as causas em que ao Ministério Público compete intervir.

Para maior clareza, transcrevo referido artigo:

> "Art. 82 - Compete ao Ministério Público intervir:
> I - nas causas em que há interesses de incapazes;
> II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;
> III - nas ações que envolvam litígios coletivos peal posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte".

Assim, conforme se vê, tal dispositivo do C.P.C. também não contempla a intervenção do Ministério Público em feitos da natureza do presente.

Por outro lado, não há interesse público a justificar a intervenção do Ministério Público na ação, uma vez que o interesse patrimonial da Fazenda Pública não se identifica com o interesse público previsto no inciso III do artigo 82 do Código de Processo Civil (RJTJESP nº 129/320).

Anote-se que a Fazenda Nacional possui corpo hábil para representá-la em juízo, tanto que apresentou contestação e fez diversas manifestações nos autos.

A doutrina assim se posiciona a respeito do tema:

> "Não podem ser os interesses patrimoniais da Fazenda e suas Autarquias, porque elas tem seus procuradores judiciais, habilitado a bem defendê-las em Juízo".
> (*Comentários ao CPC* de Celso Agrícola Barbi - Ed. Forense, 3ª Edição, 1983, pg. 380).

> "Evidencia-se o interesse público pela natureza da lide ou causas em que a aplicação do direito objetivo não pode ficar circunscrita as questões levantadas pelos litigantes, mas, ao contrário, deva alcançar valores mais trelevantes que tenham primado na resolução processual de litígio.
> A qualidade da parte, como índice de interesse público emergente da lide, deve ser aferida, tendo-se em vista o órgão ou pessoa que participe do processo como parte. Numa ação em que figura a União, o Estado, o Município ou outra pessoa jurídica de direito público, a qualidade de litigante não é de molde a justificar a intervenção do 'custus legis'. O mesmo não se dá, porém, em litígio em que seja parte, por exemplo, o Presidente da República, como tal, um Estado Estrangeiro, ou as mesas das Câmaras do Congresso Nacional (conforme Lei nº 2264 de 03.12.1055), e assim por diante, quando então incidirá a norma do artigo 82, III do CPC."
> (*Manual de Direito Processual Civil* de José Frederico Marques - Saraiva, 3ª Edição, 1975,1º vol, pg. 294).

Assim, reportamo-nos as seguintes decisões do C. STJ, a respeito do tema:

> "PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO - Ação em que é parte - Impossibilidade de intervenção do Ministério Público velando pelos interesses da demandada e pelas omissões de seu procurador - Inteligência e aplicação dos arts. 82, III, do CPC e 129, IX, da CF.
> Não cabe ao Ministério Público, como fiscal da lei, velar pelos interesses das pessoas jurídicas de Direito Público, mas pela correta aplicação da lei, e muito menos suprir omissões dos procuradores de tais entidades.
> A CF, em seu art. 129, IX, parte final, veio expressamente proibir a defesa e a consultoria de entes públicos por parte de membro do *Parquet*" (Red).

Ementa oficial:
"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PRESSUPOSTOS. AUSÊNCIA.
1. Ante a ausência da indicação das normas violadas, em que pode se assentar o recurso especial, não se pode conhecer do mesmo.
2. Recurso especial não conhecido."
(RESP 7.199 - SP – 1ª Turma - j. 6.5.1991, Relator Ministro Pedro Acioli - DJU 27.05.1991).

Claríssimo também o voto do E. Ministro Castro Meira, ao proceder o julgamento da Ação Rescisória nº 2.896 - SP (2003/0155686-4), de acordo com a seguinte ementa:

"AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO RESCINDENDO. MÉRITO. EXAME. INCOMPETÊNCIA. CORTE. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA.
1. Não é cabível ação rescisória proposta com o fito de desconstituir julgado que não apreciou o mérito da demanda por considerar a matéria preclusa. Incompetência desta Corte para examinar o feito. Precedentes.
2. A intervenção do *Parquet* não é obrigatória nas demandas indenizatórias propostas contra o Poder Público, como é o caso da ação de desapropriação por utilidade pública. Tal participação só é imprescindível quando se evidenciar a conotação de interesse público, que não se confunde com o mero interesse patrimonial-econômico da Fazenda Pública. Precedentes deste Tribunal e do Pretório Excelso.
3. Ação rescisória extinta, sem resolução de mérito."

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO REPARATÓRIA DE DANOS MORAIS. DESNECESSIDADE.
1. Tratando-se de ação indenizatória por danos morais promovida em face do Estado por abuso de autoridade em face

de denúncia promovida pelo Minitério Público, não se impõe a atuação do *Parquet* como custos legis, consoante jurisprudência da E. Corte. (RESP 327.288/DF, 4ª T., Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 17/11/2003; AGRESP 449643/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28.06.2004; AgRg no Resp 258.798, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 11.11.2002; Resp 137.186, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10/09/2001)

2. O artigo 82, inciso III, do CPC, dispõe que compete ao Ministério Público intervir: 'III - em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.'

3. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado 'interesse público secundário'. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.

3. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao 'interesse público'. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

4. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. Nessa última hipótese, não é necessária a atuação do *Parquet* no mister de custos legis, máxime porque a entidade pública empreende a sua defesa através de corpo próprio de profissionais da advocacia da União. Precedentes jurisprudenciais que se reforçam, na medida em que a atuação do Ministério Público não é exigível em várias ações movidas contra a administração, como, *v. g.*, sói ocorrer, com a ação de desapropriação prevista no Decreto-lei nº 3.365/41 (Lei de Desapropriação).

5. *In genere*, as ações que visam ao ressarcimento pecuniário contêm interesses disponíveis das partes, não necessitando, portanto, de um órgão a fiscalizar a boa aplicação das leis em prol da defesa da sociedade.
6. Hipótese em que revela-se evidente a ausência de interesse público indisponível, haja vista tratar-se de litígio travado entre o Estado de Rondônia e INSS e o Procurador de Estado Beniamine Gegle de Oliveira Chaves, onde se questiona a reparação por danos morais, tendo em vista ter sido injustamente denunciado pelo crime tipificado no art. 89, da lei 8.666/93.
7. Ademais, a suposta nulidade somente pode ser decretada se comprovado o prejuízo para os fins de justiça do processo, em razão do Princípio de que 'não há nulidade sem prejuízo' ('pas des nullités sans grief').
8. Recurso especial desprovido."
(REsp 303806/RO, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ 25/04/2005 p. 224).

"DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. MINISTERIO PUBLICO. INTERVENÇÃO.
FACE AO DISPOSTO NO INCISO III, DO ART. 82, DO CPC, A INTERVENÇÃO DO MINISTERIO PUBLICO NA CAUSA EM QUE FIGURE COMO PARTE PESSOA JURIDICA DE DIREITO PUBLICO NÃO E OBRIGATORIA.
A OBRIGATORIEDADE DESSA INTERVENÇÃO ESTA LIGADA AO FATO DA EXISTENCIA DO INTERESSE PUBLICO.
RECURSO NÃO CONHECIDO."
(REsp 10042/AC, Relator MIN. JOSÉ DE JESUS FILHO, DJ 09/03/1992).

Confira-se ainda: Resp 126.43/PE, Relator Ministro Ari Pargendler, DJU de 09.03.1998; Resp 198.514/ES, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU de 29.11.1999, AgRg no Resp

453.420/DF, Relator Ministro Francisco Falcão, DJU de 03.02.2003.

O C. Supremo Tribunal Federal também se posicionou sobre o assunto como se vê dos seguintes julgados:

> "MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 82, III, O SÓ FATO DE EXISTIR INTERESSE PATRIMONIAL DA FAZENDA PÚBLICA NA CAUSA NÃO TORNA OBRIGATORIA A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE DE EVIDENCIAR-SE A CONOTAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO. PRECEDENTES DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO, PARA DETERMINAR QUE A CORTE *A QUO* JULGUE O MÉRITO DO RECURSO. VOLUNTARIO."
> (RE 96899/ES, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ 05-09-1986).

> "MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO. INTERESSE PÚBLICO (CONCEITO). CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 82, III (INTERPRETAÇÃO). A CIRCUNSTANCIA DE A PESSOA DE DIREITO PÚBLICO SER PARTE NA CAUSA NÃO CONSTITUI RAZÃO SUFICIENTE PARA A OBRIGATORIEDADE DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, SE NÃO EVIDENCIADA A CONOTAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO. NA ESPÉCIE, O PRINCÍPIO DO ART. 82, III, DO CPC, NÃO OBRIGA A INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO SÓ ASPECTO DE HAVER INTERESSE PATRIMONIAL DA FAZENDA PÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO."
> (RE 91643/ES, Relator Min. RAFAEL MAYER, DJ 02-05-1980).

A CIA. REAL DE ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, em primeiro grau, teve seu pedido de desistência homologado e nesta instância, o Des. Fed. Andrade Martins (fls. 237/238), por decisão monocrática, deferiu a conversão em renda da União e o

levantamento pela Autora da quantia remanescente em relação aos depósitos judiciais.

O BANCO SANTANDER BRASIL S/A também informou seu interesse em aderir a Instrução Normativa nº 26/99, da Secretaria da Receita Federal, editada com fulcro na Lei nº 9.779/99 e na Medida Provisória nº 1.807/99, permitindo ao Autor quitar o débito discutido judicialmente, com a exclusão de multa e juros moratórios, pedindo a renúncia do direito sobre o qual se fundava a presente ação e a conseqüente conversão em renda da União do valor do débito originário bem como o levantamento do saldo remanescente.

Às fls. 557/560, a desistência foi homologada pelo MM. Juízo "a quo" e determinada à conversão dos depósitos judiciais efetuados, nos moldes pretendidos pela Fazenda Nacional.

Desta decisão o Autor interpôs agravo de instrumento, no qual foi atribuído efeito suspensivo ao recurso, para o fim de suspender a conversão dos depósitos em renda da União, até que fosse realizada prova pericial contábil, que já havia sido determinada pelo E. Desembargador Federal Andrade Martins.

Referida perícia foi realizada em 1º grau, por força de decisão proferida pelo E. Des. Fed. Relator Andrade Martins em maio de 2001 e concluiu pela suficiência do depósito judicial efetuado pelo Autor para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, bem como, pela partilha do depósito judicial.

Entretanto, foi proferida sentença, julgando improcedente a ação sem que o laudo fosse analisado pelo MM. Juízo monocrático.

Interpostos Embargos de Declaração pelo Autor, argumentando a falta de apreciação do laudo, sendo que os mesmos foram rejeitados.

Os autos foram remetidos ao E. Tribunal.

Diante do ocorrido, este Relator determinou que o perito oficial que elaborou o laudo em 1º grau apurasse, diante do laudo anteriormente apresentado e todas as informações prestadas pelas partes, o valor pertencente à União e ao Autor, no tocante ao depósito existente nos autos.

Após, a realização da nova perícia, o Sr. Perito Oficial apresentou o laudo de fls. 1120/1129.

A parte autora manifestou sua concordância com os cálculos elaborados (fls. 1138) e a União Federal, por sua vez, requereu a homologação dos cálculos apresentados pela Delegacia Especial de Instituições Financeiras em São Paulo - DEINF juntados às fls. 1074/1106, sendo que os valores ali apontados são diferentes dos grafados no laudo apresentado pelo perito. Anoto que o laudo da DEINF não foi realizado por assistente técnico aceito pelo Juízo, razão pela qual não pode ser considerado como crítica válida, eis que não preenche os requisitos estabelecidos no C.P.C. para ser considerado como crítica válida.

Outrossim, esclareço que a DEINF é Órgão da Receita Federal e portanto, dependente da parte Ré União (Fazenda Nacional), carecendo assim o laudo da necessária imparcialidade, eis que elaborado por setor da própria Ré.

Houve desistência desta ação, a qual foi homologada, sendo que a única discussão pendente diz respeito aos valores que deverão ser levantados pelo Autor e os que deverão ser convertidos em renda da União Federal, eis que quanto ao mérito inexiste discussão.

O ilustre Desembargador Federal que me antecedeu, Des. Fed. Andrade Martins, na relatoria da causa, dada a complexidade da matéria (PDD de instituição financeira), resolveu determinar a realização de perícia judicial e designou perito contador para tal.

Ressalto que a matéria em foco, em vista da substancial legislação que a rege, é deveras complexa, fazendo-se assim necessário o concurso de perito judicial.

Em face de tal circunstância e, por já haver sido realizada perícia por "expert" nomeado pelo E. Des. Fed. que me antecedeu no comando da causa, bem como pelo fato de haver sido apresentada crítica pela parte ao laudo, é que determinei nova manifestação do Sr. Perito para que diante de tais críticas ao laudo pericial pudesse confirmá-lo ou revê-lo, tudo para que este Juízo pudesse decidir com absoluta segurança, reconhecendo o direito a quem o tem efetivamente.

Assinalo ainda, que a crítica ao laudo pericial somente é de ser feita através de assistente técnico e não por Órgão da parte,

conforme se depreende da leitura do disposto no art. 433 § único do CPC.

Portanto, dada as dificuldades em se chegar a tais valores, foi solicitado o concurso de "expert" no assunto, o qual apresentou substancioso laudo pericial, onde indicou os seguintes valores como pertencentes a cada uma das partes:

A saber:

Banco Santander	percentual de 14,7076%	Valor R$ 6.425.570,78
União Federal	percentual de 85,2924%	Valor R$ 37.263.249,17
Total	percentual de 100,00%	Valor R$ 43.688.819,95

A União Federal, apesar de se reportar-aos cálculos elaborados pela DEINF não apresentou nenhuma impugnação válida ao laudo oficial e nem elementos capazes de infirmar o bem elaborado trabalho apresentado pelo Sr. Perito, além de ter sido elaborado pela parte (Fazenda Nacional).

Por outro lado, a União em quase todos os processos onde tem havido divisão dos depósitos judiciais, tem lançado mão de todos os meios para impedir qualquer levantamento pelos contribuintes.

Saliento ainda que, os cálculos a que se reporta a União Federal foram elaborados anteriormente à apresentação do laudo pericial, não podendo ser considerados neste momento processual, não servindo assim de crítica, primeiro porque não efetuada por assistente técnico e, sim, pela parte e, segundo porque mesmo após a apresentação da impugnação pela parte, ter o Sr. Perito mantido seu laudo. Por outro lado, a segunda manifestação da Fazenda Nacional reporta-se integralmente a anterior, que não foi considerada pelo Sr. Perito.

Ademais, não se trata de o perito modificar lançamentos efetuados pela Receita Federal, mas sim, apresentar elementos ao Juízo para que este homologando tal laudo, faça-o ter força de decisão judicial.

A perícia para apuração dos valores devidos ao imposto de renda e contribuição social sobre o lucro líquido, considerou as alíquotas aplicáveis em relação ao adicional de imposto de renda, *e os valores que a Secretaria da Fazenda Nacional apresentou*,

não demonstrou estarem incorretos em relação ao que foi apurado, tal como os valores das antecipações recolhidas no ano de 2005 (fls. 798).

Ao contrário do que afirma a Ré, os valores do depósito ainda se encontram em discussão, e o perito pode indicar os valores que mesmo constituídos em crédito tributário, foram assim considerados indevidos, sendo que com a homologação judicial do laudo, tais valores foram modificados não por determinação do perito, mas sim, em decorrência de decisão judicial.

No laudo do perito judicial consta expressamente que "devido a contestação da Procuradoria da Fazenda Nacional e a consequente renúncia da Autora, em relação a dedutibilidade da Provisão para Devedores Duvidosos, em virtude da não comprovação junto àquela Secretaria, do valor de R$ 2.836.081,99, ora lançado como dedutível".

A seguir diz: "apresentar novo cálculo considerando o ajuste desse valor para o recálculo da apuração do valor devido ao imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, conforme se demonstra no anexo A-1".

Após o Sr. Perito esclarece que a União aplicou o percentual de 43% sobre o valor total da adição referente a Provisão para Créditos de Liquidação Duvidosa para apurar a Contribuição Social sobre o Lucro, também sobre o valor estornado da PDD, sem considerar os valores das antecipações do ano de 1995 (DARFs) e outros valores dedutíveis.

Por outro lado, anoto que, segundo a hierarquia das leis, Instrução Normativa da Receita Federal não pode modificar o que vem disposto em lei, pois segundo a pirâmide de Kelsen as Instruções Normativas vem muito abaixo da Lei, naquela classificação.

A propósito transcrevo:

> "CONSTTUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. INSTRUÇÃO NORMATIVA 14/85-SRF. IMPUGNAÇÃO.
> 1. A autoridade impetrada pretende receber o pagamento sem discussão, sem oportunizar a Impetrante o direito de defesa, tal exigência afigura-se ilegal e arbitrária, sendo que

Instrução Normativa além de tudo, tem que se submeter às leis e a Constituição, em face da hierarquia das leis.
2. O processo administrativo fiscal disciplinado pelo Decreto nº 70.235/72, admite a impugnação da exigência fiscal, através da qual se instaura a fase litigiosa do procedimento.
3. Apelação e remessa oficial improvidas."
(TRF - 3ª Região, Rel. Des. Fed. Roberto Haddad, v. u., AMS 96.03.058958-6, data do julgamento 15.01.2009)

Ademais, o art. 3º da referida Instrução Normativa nº 026/99 da SRF dispõe que quando o montante do depósito for superior ao débito haverá levantamento pelo contribuinte da parcela excedente.

No caso dos autos, como apontado no laudo oficial, o depósito efetuado pelo Autor foi maior que o devido, razão pela qual faz jus ao levantamento desta parte apontada como excedente ao devido.

Estando o perito oficial eqüidistante das partes e considerando que a elaboração dos cálculos efetuados por este perito está em melhores condições de bem apresentar os mesmos de forma absolutamente correta, além de que seu laudo não sofreu impugnação válida, proporciona ao magistrado certeza e base para dirimir a controvérsia existente quanto à questão relativa aos valores do levantamento e a conversão em renda de parte dos depósitos judiciais, eis que esta é a única pendência que subsiste, pois houve desistência da ação, homologada pelo Juízo.

Tendo em vista que parte dos depósitos judiciais foi convertida em renda da União e a outra deverá ser levantada pelo autor, será determinada a aplicação do art. 21, *caput*, do CPC, em face da sucumbência recíproca.

Portanto, após o trânsito em julgado da presente, as partes terão direito aos valores como apontado no laudo judicial.

Isto posto, *dou provimento à apelação* e *julgo prejudicado* o agravo regimental.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO: Trata-se de apelação em sede de Ação Ordinária ajuizada por BANCO SANTANDER S/A e CIA. REAL DE ARRENDAMENTO MERCANTIL em face da UNIÃO FEDERAL objetivando afastar as restrições impostas pelo art. 43, § 4º da Lei nº 8.981/95 (na redação dada pela Lei nº 9.065/95) à dedução de valores correspondentes a Provisão para Devedores Duvidoso (PDD) do IR e da CSSL.

Foi homologada a desistência da ação, com renúncia ao direito sobre a qual esta se funda, por parte da Autora CIA. REAL DE ARRENDAMENTO MERCANTIL, pelo despacho de fl. 165, integrado pela decisão em sede de Declaratórios de fl. 171.

A fls. 557/558, o Autor BANCO SANTANDER S/A requer desistência da ação, com renúncia ao direito sobre a qual se funda a ação.

Sobreveio a r. sentença de improcedência do pedido (fls. 962/968). Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Embargos de Declaração do autor BANCO SANTANDER S/A rejeitados a fl. 976.

Irresignado, apela BANCO SANTANDER S/A, sustentando a impossibilidade de análise do mérito da demanda enquanto pendente pedido de desistência do feito, com renúncia do direito em que se funda a ação. Afirma, mais, pendente unicamente a análise do levantamento dos depósitos judiciais, requerendo a reforma da r. decisão.

Sem contrarrazões, foram os autos remetidos a esta E. Corte Recursal.

Determinada a baixa dos autos em diligência para verificação de cálculos (fl. 1011), o autor BANCO SANTANDER S/A interpôs Agravo Regimental (fls. 1016/1022). Reconsideração da r. decisão a fl. 1065.

A fls. 1142/1143, homologado o laudo pericial contábil de fls. 1120/1129, tendo a União Federal interposto Agravo Regimental

(fls. 1148/1156), pugnando pela conversão em renda da integralidade dos depósitos efetuados.

A fls. 1168/1169, reconsiderada a decisão homologatória (fls. 1142/1143) e determinada a submissão do feito ao Órgão Colegiado.

O Ministério Público Federal manifestou-se a fls. 1180/1191, opinando pelo não conhecimento da apelação e conversão em renda da União Federal da totalidade dos depósitos efetuados.

Em sessão de julgamento de 12/11/2009, o ilustre Relator, Desembargador Federal Roberto Haddad, proferiu voto no sentido de dar provimento à apelação, prejudicado o Agravo Regimental, no que foi acompanhado pela Des. Fed. Alda Basto, em antecipação de voto.

Na oportunidade, pedi vista dos autos para melhor me interar da matéria. Analisado o processado, acompanho o entendimento esposado pelo relator.

Preliminarmente, tenho por descabida a intervenção ministerial na espécie, expressamente vedada pelo art. 129, inc. IX da Constituição Federal:

> "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
> (...)
> IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas".

Como bem destacado pelo relator, em vista dos pedidos de desistência, com expressa renúncia do direito em que se funda a ação, apresentados pelos autores, a discussão que resta nos presentes autos diz apenas com o levantamento da quantia depositada judicialmente, ausente interesse público primário que justifique a intervenção ministerial.

No mérito, tenho que a r. sentença deve ser reformada.

De fato, formulado pedido de desistência com renúncia ao direito em que se funda a ação, e manifestada a concordância pela

União Federal (fls. 563/566), não pode o juiz furtar-se à análise do pedido, analisando diretamente o mérito da ação. Nesse sentido:

> "PROCESSUAL CIVIL. DESISTÊNCIA DO PEDIDO, COM RENÚNCIA AO DIREITO SOBRE QUE SE FUNDA A AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. SENTENÇA DE MÉRITO. ARTIGO 269, V, CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Enquanto não decidida a lide, pode o autor dispor da ação de conhecimento proposta, dela desistindo a qualquer tempo, prescindindo da anuência do réu, se ainda não contestado o feito. 2. A desistência do pedido, com expressa renúncia ao direito sobre que se funda a ação, impõe a extinção do processo com julgamento de mérito, a teor do disposto no art. 269, V, do CPC. Precedentes do STJ. 3. Merece ser mantida a verba honorária que foi adequadamente fixada em atendimento às prescrições do disposto no art. 20, § 3º, suas alíneas e, no § 4º, do CPC". (TRF-3, AC 200103990568029, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. MARIAN MAIA, DJF3 CJ1 DATA: 19/04/2010 PÁGINA: 371).

No que tange ao levantamento pretendido, é de se ressaltar que o laudo pericial de fls. 1120/1129 foi elaborado por perito oficial compromissado, tendo sido submetido à apreciação das partes interessadas. E, na ocasião, a União Federal apenas reiterou a manifestação da Delegacia Especial das Instituições Financeiras, não demonstrando qualquer justificativa a eventual discordância com os cálculos (fls. 1139/1140).

Assim, inexistente fundamentação apta a afastar as conclusões periciais, devida a determinação de levantamento do excedente, pela parte interessada.

Nada obsta, contudo, a que a União Federal persiga, em ação própria, eventual crédito tributário a que tenha direito.

Isto posto, pelo meu voto, acompanho o relator e dou provimento à apelação, prejudicado o Agravo Regimental.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO

APELAÇÃO CÍVEL 0039255-81.1997.4.03.6100 (2003.03.99.016772-0)

Apelantes: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO E FERCI COMUNICAÇÕES COM. E IND. LTDA.
Apeladas: AS MESMAS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ROBERTO JEUKEN
Classe do Processo: AC 878192
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/07/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO PÚBLICA. SERVIÇOS AEROPORTUÁRIOS. EMBARGOS À MONITÓRIA. CONTRATOS DE CONCESSÃO DE USO DE ÁREA PARA PROMOÇÃO E PROPAGANDA DE EMPRESAS QUE ESPECIFICAM, EM *OUT DOOR'S* DE PROPRIEDADE DA INFRAERO. AGRAVOS RETIDOS. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO ALEGADO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. INÉPCIA DA INICIAL. CONTRATOS QUE SATISFAZEM O REQUISITO LEGAL EXIGIDO PELO ART. 1.102A DO CPC. MULTA. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PARA CONTRATOS DA ESPÉCIE.

1 - Agravo retido rejeitado, no qual insurge-se a embargante contra despacho exarado no sentido de que caberia a ela a apresentação de documentos comprobatórios de suas alegações, volvidas ao fato de que estaria com sua sede lacrada por decisão judicial em processo falimentar, período no qual sofrera invasão, degradação e incêndio em suas instalações, impossibilitando qualquer prova contábil ou documental, não localizando fornecedores de engrenagens e luminárias para demonstrar ter realizado investimentos no local de sorte a ensejar abatimentos no valor do

débito, pugnando pela inversão do ônus da prova, em ordem a que a autora comprovasse ter ela mesma adquirido os painéis publicitários.

2 - De fato, a petição da embargante veio desacompanhada de qualquer comprovação do alegado. A inversão do ônus da prova não se justificaria sob qualquer ótica, mormente em face do argumento lançado de que *bastaria* ao juízo *requisitar junto aos anunciantes informados pela ora Apelante o quanto pagaram e a quem pagaram por conta dos anúncios nos painéis publicitários ao longo do acesso ao aeroporto de Cumbica,* sendo que ao juízo é vedado substituir às partes no curso do processo, certo ademais que a providência seria de fácil adoção pela própria embargante, uma vez que sustenta ser a responsável pela aquisição dos referidos painéis. O direito a uma segunda via dos respectivos comprovantes, certamente não lhe seria negado, sem embargo de, neste delineamento, render ensejo ao quanto requerido. Com tal requerimento busca, tão somente, esquivar-se do ônus processual que lhe compete (CPC: art. 333, I).

3 - Quanto ao segundo agravo retido, interposto em face de negativa de esclarecimentos acerca dos pontos da prova pericial impugnados, volvidos à comprovação de que cobrados valores a maior, relativos aos anunciantes que tinham contrato com a requerida, também não prospera a pretensão.

4 - De fato, o argumento gira em torno de indevida rescisão unilateral do contrato, que, na verdade, ocorreu em face de seu próprio inadimplemento e amparado em previsão contratual. Novamente busca a embargante apenas esquivar-se do ônus processual de comprovar o quanto alega. A prova pericial realizada foi exaustivamente impugnada pelas partes, com vários esclarecimentos prestados pelo vistor judicial e, especificamente quanto ao ponto, não modificado o posicionamento pericial ante a absoluta ausência de comprovação documental.

5 - Por fim, o terceiro agravo retido foi interposto sustentando cerceamento de defesa ante o cancelamento da audiência designada para oitiva de testemunhas e depoimento pessoal do representante da requerida.
6 - Mais uma vez a pretensão recursal não merece acolhimento. De fato, a audiência foi designada por despacho exarado em 24.05.2001 e, depositado o respectivo rol de testemunhas, verificou-se verdadeiro calvário para localização de uma delas, apesar de concedida oportunidade para a agravante fornecer seu endereço correto. No dia designado, não compareceram sequer as testemunhas intimadas. Redesignada a audiência, novas diligências foram perpetradas com vistas à intimação das testemunhas e representante legal da própria agravante, sendo fornecido ora o nome, ora o endereço, errados.
7 - Neste contexto, o despacho determinando o cancelamento da audiência por manifesto desinteresse da embargante na sua realização mostra-se correto, cabendo assentar que o feito prolongou-se demasiadamente, em razão de inúmeros expedientes adotados pela mesma, agindo sempre cautelosamente a magistrada no sentido de garantir a mais ampla defesa.
8 - Inocorrente inépcia da inicial, por amparar-se em contrato de locação incerto, visto que foram carreados com a inicial todos os contratos firmados, demonstrando à saciedade a existência da dívida, e revelando aptidão para preencher o requisito legal volvido à *prova escrita*, exigido pelo art. 1.102a do CPC, cabendo ressaltar que o demonstrativo de débito não tem caráter documental propriamente dito e sim informativo.
9 - Também reforça este posicionamento o quanto disposto no artigo 614, II, do Estatuto Processual Civil, ao prever que bastam para instruir a petição inicial o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da execução judicial, sendo os requisitos volvidos à liquidez e certeza do título, próprios desta última (CPC: art. 586) e não da

ação monitória, cujo manejo justifica-se exatamente em razão dessa carência.
10 - Quanto ao pedido de reversão da multa contra a INFRAERO, não há amparo legal ou contratual. A multa incide por força do atraso no pagamento do preço ajustado, o que ocorreu na hipótese dos autos, de sorte que sua cobrança é devida.
11 - Com razão a INFRAERO, quando defende que o contrato de concessão de uso formalizado com Ferci Comunicações e Indústria Ltda. não se sujeita às disposições consumeristas e, por isso, não seria exacerbada a multa prevista no percentual de 10%. Alega que, as áreas aeroportuárias fazem parte da universalidade jurídica que constitui o aeródromo público, bem coletivo e considerado bem público federal, certo que detém condição de administradora, donde que aplicáveis somente as Leis nºs 5.332/67, 6.009/73, 7.565/86 e 8.666/93, bem como o Decreto-lei nº 9.760/46, que dispõe sobre bens imóveis da União.
12 - Tratam-se de contratos de concessão de uso de área para promoção e propaganda de empresas que especificam, em *out door's* de propriedade da INFRAERO. Ora, não se destinando o objeto da concessão ao uso da parte requerida como destinatária final, e sim a veiculação de informes publicitários, à evidência que não se erige a mesma à condição de consumidora. E tampouco a INFRAERO poderia ser considerada como produtora ou tampouco fornecedora de bem ou serviço destinado ao mercado de consumo.
13 - Apelo da requerida a que se nega provimento. Apelação da INFRAERO a que se dá parcial provimento, para retornar o patamar da multa contratual aos 10%, nos termos supracitados, improvendo os agravos retidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da

Terceira Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo da requerida, dar parcial provimento ao apelo da INFRAERO e improver os agravos retidos, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de junho de 2010.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN (Relator): Trata-se de dupla apelação em face de sentença que julgou parcialmente procedentes embargos a ação monitória, ajuizada com vistas ao recebimento de valores devidos por força de contratos de concessão de uso de área para promoção e propaganda de empresas que especificam, em *out door's* de propriedade da INFRAERO.

A. r. sentença afastou preliminar de inépcia da inicial, posto que requerida expressamente a expedição de mandado de pagamento, e reconhecendo hábeis os documentos trazidos pela requerente para instruir a ação monitória, nos termos dos arts. 1102b e 1.102a, respectivamente, ambos do Código de Processo Civil, e, ainda, para determinar a redução da multa moratória de 10% para 2% nos contratos firmados após 02.08.1996, remetendo a apuração do valor da dívida para posterior liquidação, com correção monetária na forma da Lei nº 6.899/81 e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, sendo que a prova pericial afirmou a inocorrência de anatocismo, pois prevista a incidência de juros de 1% ao mês *pro rata tempore*. *C*ondenação em honorários, fixados em 10% do valor da causa corrigido, a ser partilhado entre as partes em razão da sucumbência recíproca.

Em seu apelo, INFRAERO busca a reforma do julgado no ponto em que reduzida a multa, pois não incidiria, no caso, as disposições da Lei de Defesa do Consumidor, mas sim a Lei nº 9.760/46, recepcionada pela novel Constituição Federal, tratando-se de uso de bem imóvel pertencente à União.

Apelou a embargante, reiterando as razões expostas em

agravos retidos interpostos no curso da ação e pugnando pela sua análise preliminar. No mérito, aduz que a INFRAERO cobra valores sem base legal, incluindo alguns posteriores a rescisão unilateral dos contratos, sustentando ser inepta a inicial por amparar-se em contratos de locação incertos, pedindo a inversão da multa contra a embargada.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

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 dupla apelação contra sentença que acolheu em parte embargos a ação monitória ajuizada com vistas ao recebimento de valores devidos por força de contratos de concessão de uso de área para promoção e propaganda de empresas que especificam, em *out door's* de propriedade da INFRAERO.

Inicialmente, passo à apreciação dos agravos retidos interpostos pela embargante e reiterados na apelação.

No recurso de fls. 489/492, insurge-se a embargante contra despacho exarado às fls. 475, no sentido de que caberia a ela a apresentação de documentos comprobatórios de suas alegações, volvidas ao fato de que estaria com sua sede lacrada por decisão judicial em processo falimentar, período no qual sofrera invasão, degradação e incêndio em suas instalações, impossibilitando qualquer prova contábil ou documental, não localizando fornecedores de engrenagens e luminárias para demonstrar ter realizado investimentos no local de sorte a ensejar abatimentos no valor do débito, pugnando pela inversão do ônus da prova, em ordem a que a autora comprovasse ter ela mesma adquirido os painéis publicitários.

Não há reparos a fazer à decisão guerreada. A petição da embargante veio desacompanhada de qualquer comprovação do alegado. A inversão do ônus da prova não se justificaria sob

qualquer ótica, mormente em face do argumento lançado de que *bastaria* ao juízo *requisitar junto aos anunciantes informados pela ora Apelante o quanto pagaram e a quem pagaram por conta dos anúncios nos painéis publicitários ao longo do acesso ao aeroporto de Cumbica* (fls. 688).

Ora, ao juízo é vedado substituir às partes no curso do processo, certo ademais que a providência seria de fácil adoção pela própria embargante, uma vez que sustenta ser a responsável pela aquisição dos referidos painéis. O direito a uma segunda via dos respectivos comprovantes, certamente não lhe seria negado, sem embargo de, neste delineamento, render ensejo ao quanto requerido. Com tal requerimento busca, tão somente, esquivar-se do ônus processual que lhe compete (CPC: art. 333, I).

Quanto ao segundo agravo retido (fls. 590/592), interposto em face da decisão de fls. 581, contra negativa de esclarecimentos acerca dos pontos da prova pericial impugnados, volvidos à comprovação de que cobrados valores a maior, relativos aos anunciantes que tinham contrato com a requerida, também não prospera a pretensão.

De fato, o argumento gira em torno de indevida rescisão unilateral do contrato, que, na verdade, ocorreu em face de seu próprio inadimplemento e amparado em previsão contratual. Novamente busca a embargante apenas esquivar-se do ônus processual de comprovar o quanto alega. A prova pericial realizada foi exaustivamente impugnada pelas partes, com vários esclarecimentos prestados pelo vistor judicial e, especificamente quanto ao ponto, não modificado o posicionamento pericial ante a absoluta ausência de comprovação documental.

Por fim, o terceiro agravo retido (fls. 638/641) foi interposto em face da decisão de fls. 635, onde sustentado cerceamento de defesa ante o cancelamento da audiência designada para oitiva de testemunhas e depoimento pessoal do representante da requerida.

Mais uma vez a pretensão recursal não merece acolhimento. De fato, a audiência foi designada por despacho exarado em 24.05.2001 e, depositado o respectivo rol de testemunhas, verificou-se verdadeiro calvário para localização de uma delas, apesar

de concedida oportunidade para a agravante fornecer seu endereço correto. No dia designado, não compareceram sequer as testemunhas intimadas. Redesignada a audiência, novas diligências foram perpetradas com vistas à intimação das testemunhas e representante legal da própria agravante, sendo fornecido ora o nome, ora o endereço, errados.

Neste contexto, o despacho determinando o cancelamento da audiência por manifesto desinteresse da embargante na sua realização mostra-se correto, cabendo assentar que o feito prolongou-se demasiadamente, em razão de inúmeros expedientes adotados pela mesma, agindo sempre cautelosamente a magistrada no sentido de garantir a mais ampla defesa.

Rejeitados os agravos retidos, passo à análise do ponto volvido à inépcia da inicial, por amparar-se em contrato de locação incerto.

Foram carreados com a inicial todos os contratos firmados, demonstrando à saciedade a existência da dívida, e revelando aptidão para preencher o requisito legal volvido à *prova escrita*, exigido pelo art. 1.102a do CPC, cabendo ressaltar que o demonstrativo de débito não tem caráter documental propriamente dito e sim informativo.

Também reforça este posicionamento o quanto disposto no artigo 614, II, do Estatuto Processual Civil, ao prever que bastam para instruir a petição inicial o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da execução judicial, sendo os requisitos volvidos à liquidez e certeza do título, próprios desta última (CPC: art. 586) e não da ação monitória, cujo manejo justifica-se exatamente em razão dessa carência.

Quanto ao pedido de reversão da multa contra a INFRAERO, não há amparo legal ou contratual. A multa incide por força do atraso no pagamento do preço ajustado, o que ocorreu na hipótese dos autos, de sorte que sua cobrança é devida.

Ingressando no exame das razões recursais da INFRAERO, defende a mesma que o contrato de concessão de uso formalizado com Ferci Comunicações e Indústria Ltda. não se sujeita às disposições consumeristas e, por isso, não seria exacerbada a multa

prevista no percentual de 10%. Alega que, as áreas aeroportuárias fazem parte da universalidade jurídica que constitui o aeródromo público, bem coletivo e considerado bem público federal, certo que detém condição de administradora, donde que aplicáveis somente as Leis nºs 5.332/67, 6.009/73, 7.565/86 e 8.666/93, bem como o Decreto-lei nº 9.760/46, que dispõe sobre bens imóveis da União.

Com razão a INFRAERO.

Tratam-se de contratos de concessão de uso de área para promoção e propaganda de empresas que especificam, em *out door's* de propriedade da INFRAERO.

De fato. A teor da Lei nº 8.078/90:

> "Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.
> Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
> Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
> § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
> § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

Ora, não se destinando o objeto da concessão ao uso da parte requerida como destinatária final, e sim a veiculação de informes publicitários, à evidência que não se erige a mesma à condição de consumidora.

E tampouco a INFRAERO poderia ser considerada como produtora ou tampouco fornecedora de bem ou serviço destinado ao mercado de consumo, embora em algumas concessões resida o nítido intuito da outra parte em prestar serviços ou comercializar bens a adquirentes finais, como no caso de lojas ou restaurantes, por exemplo. Contudo a relação de consumo, nestas situações, é estabelecida entre estas partes e sua clientela, ai não se imiscuindo a citada empresa pública, cujo objeto social e institucional consiste na exploração da infraestrutura aeroportuária, em nome da União (CF: art. 21 inc. XII, alínea "c", segunda parte).

Segundo o escólio do pranteado Hely Lopes Meirelles, *contrato de concessão de uso de bem público, ou, simplesmente, concessão de uso é o destinado a outorgar ao particular a faculdade de utilizar um bem da Administração segundo a sua destinação específica, tal como um hotel, um restaurante, um logradouro turístico ou uma área de mercado pertencente ao Poder Público concedente. É um típico contrato de atribuição, pois visa mais ao interesse do concessionário que ao da coletividade, mas como todo contrato administrativo, não pode contrapor-se às exigências do serviço público, o que permite à Administração alterá-lo unilateralmente e até mesmo rescindi-lo, e isto o distingue visceralmente das locações civis ou comerciais* (*in Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, São Paulo: 1998, 23ª ed., pág. 233).

Daí porque não incidem as disposições consumeristas no ajuste formalizado entre as partes, cabendo assim a reforma da sentença recorrida na parte em que reduziu a multa contratual do patamar de 10%, a teor do art. 52 § 1º daquele diploma legal, ora modificado para 2%, por obra da Lei nº 9.298, de 01.08.96.

A propósito vale lembrar que a modificação em causa também não afetara os pagamentos mensais a título de despesas condominiais em prédios, que continuaram sujeitas as disposições contida nas convenções respectivas, cujos atrasos implicavam, de regra, em penalidade no patamar de 20%, até a vinda do NCC, onde também limitadas a 2%, contribuindo para gerar um aumento estrondoso da inadimplência.

À propósito, esta Corte já teve o ensejo de analisar questão semelhante:

> "ADMINISTRATIVO. INFRAERO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DE ÁREA EM AEROPORTO. PAINEL ELETRÔNICO. DÍVIDA VENCIDA E NÃO PAGA NA DATA APRAZADA. 1. Trata-se de ação de cobrança, proposta pela INFRAERO, em que pretende a condenação da ré ao pagamento de valores relativos a contrato de concessão de uso de área no Aeroporto Internacional de Guarulhos. 2. Inexistência de nulidade da sentença. *Afastada a suposta violação* às garantias constitucionais da inafastabilidade do acesso à jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além de violação à regra do art. 884 do Código Civil e, *de forma genérica, ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).* 3. Correção dos valores cobrados, sobre os quais foram aplicados os encargos previstos no contrato e que excluem parcelas vencidas depois do distrato. 4. Apelação a que se nega provimento." (AC 200503990213312, JUIZ RENATO BARTH, TRF3 - TERCEIRA TURMA, 30/01/2008) (grifamos)

No âmbito do C. STJ, restou afastada a aplicação das disposições consumeristas em ajuste formalizado pela ECT e empresa construtora, sob o amparo da Lei 8.666/93, em V. Acórdão assim ementado:

> "ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NATUREZA ADMINISTRATIVA.
> 1. Contrato de prestação de serviços firmado, após procedimento licitatório, entre a ECT e as recorrentes para a construção de duas agências dos Correios. Paralisação das obras. Alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do

contrato. Natureza da relação jurídica contratual entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e as Construtoras prestadoras de serviços.
2. Pleito recursal visando a *aplicação* das normas de Direito Privado relativas ao Direito do *Consumidor* com o objetivo de evitar prática contratual considerada abusiva.
3. A ECT é empresa pública que, embora não exerça atividade econômica, presta serviço público da competência da União Federal,sendo por esta mantida.
4. O delineamento básico da Administração Pública brasileira, seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União,dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, restou estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, que no seu inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública.
5. A Lei de Licitações e Contratos estabelece que o contraente poderá servir-se das cláusulas exorbitantes do direito privado para melhor resguardar o interesse público. É de sabença que as cláusulas exorbitantes são as que inexistem no Direito Privado e permitem ao Poder Público alterar as condições de execução do contrato, independentemente da anuência do contratado.
6. À luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão *sub judice* não envolve Direito Privado, tampouco de relação de consumo. Aliás, apenas os *consumidores*, usuários do serviço dos correios é que têm relação jurídica de consumo com a ECT.
7. Consoante o acórdão *a quo*, a empresa contratada não logrou demonstrar qualquer ilegalidade cometida pela ECT em face da legislação que rege os *contratos públicos* quando da licitação, ou o efetivo desequilíbrio econômico na execução da obra, matéria esta que não pode ser revista nesta instância extraordinária, ante o óbice da súmula 07.

> Sob essa ótica, resvala a tese sustentada pelas empresas recorrentes no sentido de que o acórdão recorrido malferiu os artigos 6º, 29 e 51 do Código de Defesa do *Consumidor*, mercê de burlar as regras de revisão contratual destinadas ao equilíbrio financeiro do ajuste firmado entre as partes.
> 8. Recurso especial desprovido." (REsp 527137/PR - 2003/0047959-4 - Relator Ministro LUIZ FUX PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 11/05/2004 Data da Publicação/ Fonte DJ 31/05/2004 p. 191 RSTJ vol. 185 p. 113)

Dada a pertinência com o tema em desate, reproduzo o voto do eminente relator, proferido na ocasião:

> "A questão versa sobre a natureza da relação jurídica contratual entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e as Construtoras prestadoras de serviços, ora recorrentes. Sustentam as empresas, no recurso especial, que a relação jurídica é de direito privado, sendo aplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor.
> O recurso não merece prosperar.
> Deveras, a ECT é empresa pública que, embora não exerça atividade econômica, presta serviço público da competência da União Federal, sendo por esta mantida.
> Celso Antônio Bandeira de Melo, ao definir empresa pública, assim leciona:
> 'Deve-se entender que empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por lei como instrumento de ação do Estado, com personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas com predominância acionária residente na esfera federal.' (*Curso de Direito Administrativo*, 14ª Ed. p. 164)

Seus empregados são contratados sob o regime da legislação trabalhista (CLT). Todavia, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para a investidura, acumulação, vencimentos, entre outras previstas na Constituição Federal.

O delineamento básico da Administração Pública brasileira, seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, restou estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, que no seu inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública, com a amplitude definida no *caput*, expressado nos seguintes termos:

'Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e também ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.'

No que pertine aos contratos, as empresas públicas também se curvam ao procedimento licitatório, previsto na lei 8.666/93. Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Melo: 'Os contratos que tais empresas firmem para atendimento das finalidades a que estão legalmente propostas - e assim também os efetuados pelas empresas estatais encarregadas da promoção de obras públicas - são contratos administrativos, nos mesmos termos e condições em que o seriam os

travados pela Administração direta.
Ademais, ditas pessoas são obrigadas a adotar o procedimento pré-contratual da licitação.' (*Op. cit.* p. 189)
Na precisa lição de Hely Lopes Meirelles:
'1) as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos (incluindo-se neste conceito aquelas que dão suporte à Administração) de qualquer dos entes federados continuam subordinadas às normas gerais da Lei 8.666, de 1993, podendo ter, todavia, normas simplificadas adaptadas às suas necessidades, mas sempre obedecendo ao regramento da Lei 8.666;
2) as empresas públicas ou sociedades de economia mista que explorarem ou desenvolvam atividade econômica, estas, sim, podem ter regulamentos especiais para suas licitações e contratações, também sob a égide do Direito Privado, mas atendendo aos princípios administrativos, desde que tais regulamentos tenham esteio em lei.Isso quer dizer que não podem licitar ou contratar de qualquer forma ou com a mesma liberdade como as entidades do setor privado: evidentemente, continuam sujeitas aos princípios basilares que regem a Administração Pública, também norteadores das licitações: legalidade, moralidade, publicidade, competitividade etc.' (*Licitação e Contrato Administrativo*, 13ª Ed. p. 188)
Por seu turno, a Lei de Licitações e Contratos estabelece que o contraente, *in casu*, a ECT, poderá servir-se das cláusulas exorbitantes do direito privado para melhor resguardar o interesse público. É de sabença que as cláusulas exorbitantes são as que inexistem no Direito Privado e permitem ao Poder Público alterar as condições de execução do contrato, independentemente da anuência do contratado, podendo, inclusive, suspender sua execução. Constitui uma viga-mestra do Direito Administrativo contratual, que só é compreensível na sua inteireza quando se tem em consideração que a outra viga-mestra é a garantia do equilíbrio econômico-financeiro assegurada ao contratado.

Na linha do magistério de Hely Lopes Meirelles:
'Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contrato. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. É, portanto, a presença dessas cláusulas exorbitantes no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam *la marque di Droit Public*, pois, como observa Laubadère: "C'est en effet la prèsence de Telles clauses dans um contrat que est le critère par excellence de son caractère administrati"' (*Op. cit.* p. 189)
Forçoso concluir que à luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão *sub judice* não envolve Direito Privado, tampouco de relação de consumo.
Aliás, apenas os consumidores, usuários do serviço dos correios é que têm relação jurídica de consumo com a ECT. Sob essa ótica, resvala a tese sustentada pelas empresas recorrentes no sentido de que o acórdão recorrido malferiu os artigos 6º, 29 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, mercê de burlar as regras de revisão contratual destinadas ao equilíbrio financeiro do ajuste firmado entre as partes.
Todavia, consoante assentado no acórdão *a quo*, a empresa contratada não logrou demonstrar qualquer ilegalidade cometida pela ECT em face da legislação que rege os contratos públicos quando da licitação, ou o efetivo desequilíbrio econômico na execução da obra, matéria esta que não

pode ser revista nesta instância extraordinária, ante o óbice da súmula 07.

Não obstante, conquanto o objetivo dos recorrentes seja a incidência das normas de direito do consumidor para evitar prática contratual considerada abusiva, consigne-se que esta mesma tese poderia ter sido prequestionada sob outro enfoque, considerando a natureza administrativa da avença, posto que o princípio da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro também é assente nas relações jurídicas de Direito Administrativo.

Caio Tácito, lecionando sobre o assunto, afirma que:

'O princípio visa, sobretudo, à correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos e, especialmente, à concessão de serviço público' (*in*, o *Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público*)

Nesse mesmo sentido, o saudoso professor Hely Lopes Meirelles:

'A proteção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato tem rais constitucional. A Constituição anterior, ao cuidar da concessão de serviço público, estabelecia que as tarifas devem assegurar o equilíbrio econômico-fianceiro do contrato (art. 167, II). Todavia, a Carta de 1988 expressamente a estendeu a todos os contratos administrativos, no art. 37, XXI, quando determina a obrigatoriedade de serem "mantidas as condições efetivas da propostas". Portanto, é a partir da proposta apresentada pelo contratado que se inicia a proteção à equação econômico-financeira do contrato. São numerosos os preceitos da Lei 8.666, de 1993, que se referem a este tema, como, por exemplo, os arts. 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, 65, II, "d", e § 6º.' (*Op. cit.* p. 193)"

Aquele Superior Tribunal também afastou a incidência das mesmas disposições consumeristas no âmbito de questões relacionadas a FCVS e crédito educativo, citando-se dentre os inumeráveis precedentes registrados, os seguintes:

"ADMINISTRATIVO - *CRÉDITO EDUCATIVO* - AÇÃO REVISIONAL - CDC - INAPLICABILIDADE - CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS - MATÉRIA DECIDIDA SOB ENFOQUE CONSTITUCIONAL - TABELA PRICE - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - TR - INCIDÊNCIA EM CONTRATOS POSTERIORES Á LEI 8.177/61 - SÚMULA 295/STJ - LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS E COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS - SÚMULA 282/STF.

1. Na relação travada com o estudante que adere ao programa do *crédito educativo*, não se identifica relação de consumo, porque o objeto do contrato é um programa de governo, em benefício do estudante, sem conotação de serviço bancário, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC.

2. Assim, na linha dos precedentes da Segunda Turma do STJ afasta-se a aplicação do CDC e, em conseqüência, mantém-se a multa contratual pactuada, bem como inviável a repetição em dobro de eventuais valores pagos a maior.

(...)

7. Recursos especiais parcialmente conhecidos e não providos." (REsp 831837/RS - 2006/0069993-5 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON SEGUNDA TURMA Data do Julgamento: 02/06/2009 Data da Publicação/Fonte: DJe 17/06/2009)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. CONTRATO COM COBERTURA DO *FCVS*. CDC. INAPLICABILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ.

(..)

2. A Primeira Seção do STJ firmou entendimento quanto à inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de mútuo habitacional firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação com cobertura do Fundo

de Compensação de Variações Salariais - *FCVS*, uma vez que a garantia ofertada pelo Governo Federal, de quitar o saldo residual do contrato com recursos do mencionado Fundo, caracteriza cláusula protetiva do mutuário e do SFH.

3. O STJ tem reiteradamente entendido que a capitalização de juros na Tabela Price e a incidência do CES demandam reexame de provas e cláusulas contratuais, o que é vedado pelas Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido." (AgRg nos EDcl no REsp 1032061/RS 2008/0032387-0 Relator Ministro HERMAN BENJAMIN SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 09/03/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 18/03/2010)

Ante o exposto, nego provimento ao apelo da requerida e dou parcial provimento ao apelo da INFRAERO, para retornar o patamar da multa contratual aos 10%, nos termos supracitados, improvendo os agravos retidos.

É o voto.

Juiz Federal Convocado ROBERTO JEUKEN - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
2000.03.99.004727-0

Apelante: MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE - MS
Apelado: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA - CREA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 19ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARANO NETO
Classe do Processo: AC 566247
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/06/2010

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA - ITBI - IMUNIDADE RECÍPROCA - AUTARQUIA - CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÃO REGULAMENTADA - APLICAÇÃO À PATRIMÔNIO, RENDA E SERVIÇOS VINCULADOS ÀS SUAS FINALIDADES ESSENCIAIS - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 150, § 2º.

1 - A imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea *a*, da Constituição é aplicável aos conselhos de regulamentação profissional, mesmo depois da vigência da Lei 9.649/98, visto que conservaram a natureza jurídica de autarquias. Precedente: ADI 1.717-DF, relator Ministro SYDNEY SANCHES, DJ 28-03-2003.

2 - A imunidade recíproca, no que diz respeito às autarquias, restringe-se à renda, patrimônio e serviços vinculados às suas finalidades essenciais.

3 - Sem comprovação da destinação do imóvel, o Conselho não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, de modo a impedir o reconhecimento da imunidade em relação ao ITBI cobrado pelo Município.

4 - Ônus da sucumbência invertido, pelo que deverá a parte autora arcar com custar e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

5 - Apelação e remessa oficial providas.

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 e ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de maio de 2010.

Desembargador Federal LAZARANO NETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LAZARANO NETO (Relator): Trata-se de ação de repetição de indébito ajuizada pelo CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA DE MATO GROSSO DO SUL em face do Município de CAMPO GRANDE em que se postula a restituição dos valores recolhidos a título de ITBI, ao argumento de que se lhe aplica a imunidade recíproca a que se refere o art. 150, VI, "a", da CF/88, combinado com o seu § 2º.

Em cognição exauriente, o Juízo de origem julgou procedente o pedido do autor e condenou a parte adversa a arcar com custas e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 500,00.

Em grau de apelação, o Município de Campo Grande alega o não preenchimento dos requisitos constitucionais previstos no art. 150, § 2º, "a", por não ser mantida pelo Estado, bem como não ter demonstrado que o imóvel no qual incidiu o ITBI está vinculado as suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

Apresentadas contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

É o relatório.

Desembargador Federal LAZARANO NETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LAZARANO NETO

(Relator): O desate da questão diz respeito ao alcance da imunidade recíproca disposta no art. 150, VI, "a" da Carta Constitucional combinado com o seu § 2º.

Esta limitação do poder de tributar decorre do Pacto Federativo, garantindo a efetiva autonomia aos entes da Administração Pública, de molde a preservar-lhes a necessária independência para manutenção da auto-organização administrativa e financeira.

Quanto à extensão da imunidade no caso dos conselhos regionais, cabe ressaltar sua natureza jurídica de autarquia mesmo depois da vigência da Lei 9.649/98, conforme decidiu o STF ao julgar a ADI 1.717-DF, em acórdão assim ementado:

> EMENTA: "DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do 'caput' e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime."
> (ADI 1717, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 28-03-2003 PP-00061 EMENT VOL-02104-01 PP-00149)

Por decorrência lógica, é de se aceitar a abrangência da imunidade recíproca aos conselhos de fiscalização profissional, ante as prerrogativas de que gozam tais entidades com fim de atingir seus desígnios institucionais.

Nesse diapasão, o próprio texto constitucional, ao dispor acerca dessa essencial limitação ao poder de tributar, impõe, às autarquias e fundações públicas, para o gozo dessa autêntica hipótese de não incidência tributária constitucionalmente qualificada, a vinculação de suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes no que se refere ao patrimônio, renda e seus serviços.

In casu, tanto no pedido administrativo como nesta ação, a autora deixou de comprovar a destinação do bem sobre o qual recaiu a tributação, de modo que não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, nos termos do art. 333, I, do CPC, sendo de rigor a improcedência do pedido.

Nesse sentido é a jurisprudência desta E. turma, conforme aresto a seguir transcrito:

> "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA. AUTARQUIA. IMUNIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DA VINCULAÇÃO DO PATRIMÔNIO ÀS SUAS FINALIDADES. ARTIGO 150, § 2º DA CF. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA NOS PARÂMETROS LEGAIS. 1. Remessa oficial descabida nas ações em que a condenação, ou direito controvertido, não exceder 60 salários mínimos (art. 475, § 2º do CPC, acrescentado pela Lei nº 10.352/01). 2. A imunidade em apreço impede a instituição de imposto, referente aos entes federados, sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. 3. No caso vertente o fato de o embargante ser proprietário do imóvel não é suficiente para esclarecer a questão controvertida, qual seja: a vinculação de suas finalidades

essenciais ao imóvel quando do fato gerador do imposto em janeiro de 2000. 4. O embargante deu início ao procedimento para regularização da situação do imóvel somente em 2001 - folhas 17/19, requerendo ao Município o reconhecimento da imunidade tributária, concluindo-se, através das provas, que somente a partir de 2001 o embargante passou a utilizar o imóvel como Delegacia Seccional. 5. A Certidão de Dívida Ativa foi regularmente inscrita, apresentando os requisitos obrigatórios previstos no art. 2º, § 5º da Lei nº 6.830/80 e no art. 202 do Código Tributário Nacional. 6. À míngua de impugnação mantenho a verba honorária fixada na sentença. 7. Remessa oficial não conhecida e apelação improvida."
(AC 200161820140125, JUÍZA CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, 09/05/2008)

Por fim, cabe ressaltar que, não obstante o fundamento para o indeferimento da imunidade na via administrativa tenha sido a sua independência financeira em relação ao ente político que o criou, o pedido de restituição dos valores recolhidos indevidamente com supedâneo nessa limitação do poder de tributar exige a demonstração inequívoca de todos os seus requisitos, sob pena de não comprovar os fatos constitutivos de seu direito, como no caso em apreço.

Em face da decisão ora proferida, inverto o ônus da sucumbência, pelo que deverá a parte autora arcar com custar e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Por todo o exposto, dou provimento à apelação e ao reexame necessário.

Desembargador Federal LAZARANO NETO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0016822-78.2000.4.03.6100
(2000.61.00.016822-2)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: ANTONIA ROBLES LAFORE (= ou > de 65 anos) E ANTONIO LAFORE (espólio)
Partes Rés: MANOEL DE ALMEIDA (espólio) E EGLE LAURELLI DE ALMEIDA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AC 958056
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/07/2010

EMENTA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO. BEM PÚBLICO. HERANÇA JACENTE. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA POR OCORRIDA, IMPROVIDAS.

1. Remessa oficial tida por ocorrida, em face da presença inequívoca de interesse jurídico e patrimonial da Autarquia Federal.

2. A alegação de carência de ação se confunde com o mérito da presente ação e com ele exaurida.

3. Conforme se depreende das informações carreadas aos autos pelo Instituto Nacional do Seguro Social verifica-se que o imóvel foi alienado e que o promitente-vendedor recebeu o preço total do imóvel.

4. Evidente que o imóvel em tela não faz mais parte do patrimônio da Autarquia Federal, não mantendo portanto as características intrínsecas ao bem público, pelo que não há que se falar em imprescritibilidade, a qual se oporia à aquisição por usucapião, tendo em vista que não se aperfeiçoaria a prescrição aquisitiva em favor do possuidor.

5. No direito pátrio a transferência de propriedade se concretiza mediante o registro do título translativo no registro de imóveis (art. 1.245 do Código Civil de 2002 - com

correspondência no art. 530, I, do Código Civil de 1916), contudo no caso concreto o fato de o imóvel estar registrado perante o Cartório de Registro de Imóveis, não surge como óbice de natureza absoluta ao reconhecimento do direito de propriedade.

6. Desse modo, considerando que no sistema registrário nacional, o fato de o imóvel estar anotado em nome de alguém não elide a possibilidade de se excepcionar esse apontamento, posto que não é absoluto, e voltando-se vistas ao caso concreto, é possível concluir que o INSS jamais poderá vindicar ou reivindicar o imóvel em questão, pelo simples fato de já tê-lo vendido e recebido o preço integral, fato não questionado nos autos.

07. Não prospera a tese de que o imóvel enquadra no conceito de herança jacente, uma vez que com os documentos carreados aos autos não há possibilidade de se aferir com certeza a ocorrência do óbito de Manoel de Almeida e de sua mulher Egle Laurelli de Almeida. As buscas efetuadas junto ao Serviço Técnico de Informações Cíveis da Capital (fls. 81/82), não deram conta do falecimento dos mesmos e a conseqüente abertura de inventário, arrolamento de bens ou testamento, pelo que não há possibilidade de proferir decisão baseada em conjecturas.

08. Ademais, para que a herança seja declarada jacente, tem que ser observado o rito legal (artigos 1.819 a 1823 do Código Civil e artigos 1.142 a 1158 do Código de Processo Civil), e não consta dos autos que tal procedimento tenha se efetivado. No mais, é certo que o bem integrante de herança jacente só é devolvido ao Estado com a sentença de declaração de vacância.

09. No que pertine ao aperfeiçoamento da prescrição aquisitiva e a conseqüente aquisição da propriedade por meio do instituto da usucapião, verifica-se que estão presentes os requisitos exigidos pelo artigo 183 da Constituição Federal.

10. A posse da parte autora, segundo narrado na inicial, advém da sua qualidade de promitente-compradora do imóvel em face do Sr. Manoel de Almeida e sua mulher, nesse particular, há quem diga se erigir óbice à usucapião, afirmando que tal qualidade - promitente-comprador e portanto possuidor direito - afasta o requisito psíquico do *animus domini* sem o qual não há possibilidade de usucapir.

11. Inexiste incompatibilidade entre ser possuidor direto, na condição de promitente-comprador do imóvel, e adquirir a propriedade por usucapião, uma vez que sempre existe a possibilidade da transmutação do caráter de posse não própria para própria, ocorrendo a *interversio possessionis*. Precedentes do e. Superior Tribunal de Justiça: REsp 220.200/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16.09.2003, DJ 20.10.2003 p. 269; REsp 143.976/GO, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 06.04.2004, DJ 14.06.2004 p. 221.

12. Verificando-se o cumprimento dos requisitos pessoais, reais e formais para a aquisição do domínio através da usucapião, e com o escopo de garantir a estabilidade e a segurança da propriedade, entende-se que deve ser reconhecida a ocorrência da prescrição aquisitiva, pelo que mantenhem-se *in totum* a r. sentença.

13. Apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, improvidas.

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 e à remessa oficial, tida por ocorrida*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 18 de maio de 2010.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator): Trata-se de apelação relativa à r. sentença prolatada pelo MM. Juiz da 13ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP que *julgou procedente* ação ajuizada por Antonia Robles Lafore e outro em face de Manoel de Almeida e sua esposa, junto à Primeira Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, com o escopo de ver declarado por usucapião o reconhecimento do domínio útil do imóvel, indicado detalhadamente na exordial, situado na Rua Engenheiro Ranulfo Lima, nº 14, Bairro do Ipiranga, São Paulo, Capital.

Aduziu a parte autora em sua inicial que adquiriu o referido imóvel em dezembro de 1986, *sem contrato escrito*, do Sr. Manoel de Almeida e sua esposa, a Sra. Egle Laurelli de Almeida. Salienta que o imóvel foi adquirido pelo vendedor Sr. Manoel junto à Caixa de Aposentadoria e Pensões de Serviços Telefônicos do Distrito Federal (sucedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social).

Alegou ser detentora da posse mansa e pacífica, apesar de lhe faltar justo título, e que exerce todas as ações peculiares ao proprietário. Informou, ainda, que após buscas realizadas em relação ao imóvel, verificou-se que, através da transcrição nº 19.243 do 6º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo figura como proprietária do mesmo a Caixa de Aposentadoria e Pensões de Serviços Telefônicos do Distrito Federal (sucedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social) e que este imóvel foi compromissado à venda ao Sr. Manoel de Almeida e a sua mulher, Sra. Egle Laurelli de Almeida.

O MM. Juiz de Direito da Primeira Vara de Registros Públicos determinou a realização de perícia com o escopo de verificar a área e as dimensões do imóvel. O laudo pericial foi carreado aos autos às fls. 156/173.

Intimadas, a Fazenda do Estado de São Paulo, a Municipalidade de São Paulo e a União, informaram inexistir interesse patrimonial no presente feito, pelo que manifestaram o seu desinteresse.

O Instituto Nacional do Seguro Social contestou o feito às fls. 254/257, aduzindo: 1) a competência da Justiça Federal para julgar e processar o presente feito, nos termos do que dispõe o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal; 2) a impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que os imóveis públicos não podem ser adquiridos por usucapião; 3) inadequação da via processual eleita, uma vez que deveriam recorrer à via da adjudicação compulsória, desde que tivessem prova suficiente de seu direito.

Em face da impossibilidade de citação dos réus foi nomeada curadora especial nos termos do artigo 9º do Código de Processo Civil, que apresentou contestação pugnando pela negação geral do pedido (fls. 301/302).

O Ministério Público do Estado de São Paulo requereu a remessa dos autos para uma das Varas da Justiça Federal (fl. 304), o que foi acolhido e determinado pelo Juiz de Direito (fl. 310).

Foi realizada audiência de conciliação, instrução e julgamento em 23 de setembro de 2003, na qual foram ouvidas as testemunhas arroladas e apresentadas as alegações finais (fls. 401/405).

O MM. Juiz "a quo" prolatou sentença do seguinte teor:

> "As preliminares levantadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social em verdade dizem com o próprio mérito do pedido deduzido pelos autores, e com ele será apreciado. Em primeiro lugar é preciso afastar a alegação do INSS de que o imóvel objeto da lide é *público* e, portanto, não sujeito a usucapião.
> Como se depreende da documentação agregada aos autos pelo próprio INSS, o imóvel foi *vendido* a Manoel de Almeida e sua esposa Egle Laurelli de Almeida (escritura de fls. 263 e ss.), no ano de 1944, que pagaram por ele de modo parcelado, havendo realizado a quitação do imóvel; tanto é verdade que o próprio INSS os convocou para lavratura da escritura definitiva, como se vê do documento de fl. 277, agregado à contestação do INSS, *verbis*: 'à fl. 43-21-001.58 para convocar o Sr. MANOEL DE ALMEIDA

para apresentar documentação de praxe, *uma vez que a dívida foi liquidada em 1966'*.

Vê-se portanto que além de não ser o imóvel afetado a qualquer finalidade pública, posto que efetivamente vendido a particular, foi integralmente pago, não remanescendo, sequer, a possibilidade de o INSS reivindicar o imóvel, posto que não mais compõe o seu patrimônio. (...)

A defesa do INSS, a propósito confirma essa conclusão no caso concreto, posto que ele se insurge *tão só* quanto à via processual eleita (questionamento de natureza processual), reconhecendo, em contrapartida, que uma ação de adjudicação compulsória seria o veículo adequado para que se reconheça o direito ora reclamado; não há, como se percebe, questionamento acerca da efetiva alienação do imóvel (questionamento de natureza material).

Portanto, se reconhece o INSS, quer pela documentação apresentada em que dá conta de ter sido o imóvel vendido e quitado (fl. 277), como também a possibilidade de titulação do imóvel em nome do então comprador, por meio de adjudicação compulsória (fl. 257) é claro que há de se reconhecer, em contrapartida, que o imóvel não mais se reveste de afetação ou de qualidade que lhe atribua inalienabilidade; de outro lado, se não mais se reveste o imóvel desse atributo, próprio dos bens públicos, é forçoso reconhecer que igualmente não se reveste de *imprescritibilidade*, dado que tais requisitos andam, obrigatoriamente juntos e, uma vez desvestido da qualidade da inalienalbilidade (no caso concreto, objetivamente, por já ter sido vendido), acha-se também desvestido da imprescritibilidade.

De outro lado, não há que se apegar no caso concreto ao fato de o imóvel estar registrado perante o Cartório de Registro de Imóveis, como óbice de natureza *absoluta* ao reconhecimento do direito de propriedade, posto que o sistema nacional registrário não adotou a teoria da abstração quanto a esse ponto. (...)

Desse modo, considerando que no sistema registrário nacional, o fato de o imóvel estar anotado em nome de alguém não elide a possibilidade de se excepcionar esse apontamento, posto que não é absoluto, e voltando-se vistas ao caso concreto, é possível concluir que o INSS jamais poderá vindicar ou reivindicar o imóvel em questão, pelo simples fato de já tê-lo vendido, fato não questionado nos autos. (...)
Assim, sob o aspecto *objetivo*, *ontológico*, o imóvel objeto da lide não se reveste de natureza pública e, sob o aspecto *subjetivo*, da *titularidade* do bem, o imóvel igualmente não mais pertence ao INSS, posto que comprovada e reconhecidamente vendido e quitado por particular. (...)
Face a todo o exposto *JULGO PROCEDENTE* o pedido para *DECLARAR* a prescrição aquisitiva de propriedade imóvel urbana em favor dos autores consistente de um prédio e seu respectivo terreno, situado à Rua Engenheiro Ranulfo Lima, nº 14, antiga Rua K, nº 37-T, no 18º subdistrito Ipiranga, no município, comarca e 6ª circunscrição imobiliária da Capital de São Paulo, medindo 3,85 ms de frente para a referida Rua Engenheiro Ranulfo Lima, por 12,00 ms para a Rua Caiambé, antiga rua M e 6,75 ms em curva de concordância entre os dois alinhamentos: 19,60 ms, do lado direito, 11,35 ms nos fundos, confrontando do lado direito com o prédio nº 35-T da Rua K, atualmente nº 20 da mesma Rua Engenheiro Ranulfo Lima e, nos fundos, com o prédio nº 2-T da Rua M, atualmente nº 31, da Rua Caiambé. Deixo de condenar os intervenientes, por não verificar na espécie, figura do vencido, na dicção própria do artigo 20, do Código de Processo Civil, considerada a natureza da lide. Custas *ex lege*.
Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado para a transcrição da sentença perante o Cartório de Registro de Imóveis (art. 945, Código de Processo Civil c. c. art. 12, § 2º e 13 da Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001 - Estatuto das Cidades).” (fls. 407/414)

Inconformado, apelou o Instituto Nacional do Seguro Social, pugnando pela reforma da r. sentença, uma vez que conforme se depreende da certidão fornecida pelo 6º Cartório de Registro de Imóveis da Capital, conta da transcrição nº 19.243 que a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Serviços Telefônicos do Distrito Federal *apenas prometeu a venda e não vendeu o imóvel usucapiendo* a Manoel de Almeida e sua mulher. Ocorre que o Instituto Nacional do Seguro Social, como sucessor da Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Serviços Telefônicos do Distrito Federal, figura na escritura de promessa de venda e compra como promitente-vendedor. Assim, enquanto não for lavrada a escritura definitiva em nome de quem de direito (compromissários compradores ou seus sucessores) e esta não for devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis, o imóvel objeto da presente ainda permanece como sendo propriedade do Instituto Nacional do Seguro Social, imóvel público, portanto. Ressalta, ainda, que permanece a impossibilidade jurídica do pedido porque a ordem pública proíbe a aquisição de imóvel público, por usucapião, assim como veda a aquisição de bens de herança jacente pela prescrição aquisitiva, visto que na ausência de sucessores esses bens passam a ser públicos (art. 1.819 e 1.844 do Código Civil), pelo que a parte autora é carecedora da ação nos termos do artigo 267, IV, do Código de Processo Civil, por absoluta impossibilidade jurídica do pedido (fls. 417/423).

Foram apresentadas contra-razões às fls. 427/428.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento da apelação (fls. 441/445).

Foi determinada a conversão do julgamento em diligência, com a remessa dos autos para o Juízo de origem para que providenciasse a intimação do curador especial do Sr. Manoel de Almeida e da Sra. Egle Laurelli de Almeida em relação à sentença proferida às fls. 407/414 (fl. 455).

Devidamente intimada, a curadora especial esclareceu que deixaria de apresentar recurso de apelação em face da ausência de elementos para tanto (fl. 460).

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator): Inicialmente, dou por interposta a remessa oficial, em face da presença inequívoca de interesse jurídico e patrimonial da Autarquia Federal.

Cumpre destacar que a presente ação foi ajuizada com o escopo de ver declarado, nos termos da lei, o reconhecimento do domínio do imóvel, indicado detalhadamente na exordial, situado à Rua Engenheiro Ranulfo Lima, nº 14, Bairro do Ipiranga, São Paulo, Capital.

Aduziu a parte autora que adquiriu o referido imóvel em dezembro de 1986, sem contrato escrito, do Sr. Manoel de Almeida e sua esposa a Sra. Egle Laurelli de Almeida. Salienta que o imóvel foi adquirido pelo vendedor Sr. Manoel junto à Caixa de Aposentadoria e Pensões de Serviços Telefônicos do Distrito Federal (sucedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social).

No que tange à alegação de carência de ação, assevero que esta se confunde com o mérito da presente ação e com ele será exaurida.

Nesse passo se faz necessário verificar se o imóvel que a parte autora pretende adquirir o domínio, por meio de usucapião, é ou não um bem público.

No longínquo ano de 1944 a Caixa de Aposentadoria e Pensões de Serviços Telefônicos do Distrito Federal outorgou ao Sr. Manoel de Almeida e sua mulher escritura de promessa de venda e compra relativa ao imóvel objeto desta ação de usucapião, a qual foi registrada no 6º Cartório de Registro de Imóveis da Capital sob nº 1.446, no livro 4-A de Registros Diversos (fls. 263/272).

Em 23 de dezembro de 1968 o Instituto Nacional do Seguro Social - à época denominado INPS - (sucessor da Caixa de aposentadoria) - convocou o Sr. Manoel de Almeida para a outorga da escritura definitiva, em face da quitação do imóvel, o qual não compareceu para formalizar o ato.

Nesse passo, conforme se depreende das informações

carreadas aos autos pelo Instituto Nacional do Seguro Social, verifica-se que o imóvel foi alienado e que o *promitente-vendedor recebeu o preço total do imóvel*.

Assim, fica evidente que o imóvel em tela não faz mais parte do patrimônio da Autarquia, não mantendo portanto as características intrínsecas ao bem público, pelo que não há que se falar em imprescritibilidade, a qual se oporia à aquisição por usucapião, tendo em vista que não se aperfeiçoaria a prescrição aquisitiva em favor do possuidor.

É cediço que no direito pátrio a transferência de propriedade se concretiza mediante o registro do título translativo no registro de imóveis (art. 1.245 do Código Civil de 2002 - com correspondência no art. 530, I, do Código Civil de 1916), contudo imprescindível a analise da questão concreta aqui trazida a desate.

Em relação a esse tema, o MM. Juiz "a quo" decidiu acertamente, asseverando que "não há de se apegar no caso concreto ao fato de o imóvel estar registrado perante o Cartório de Registro de Imóveis, como óbice de natureza *absoluta* ao reconhecimento do direito de propriedade, posto que o sistema nacional registrário não adotou a teoria da abstração quanto a esse ponto. (...) Desse modo, considerando que no sistema registrário nacional, o fato de o imóvel estar anotado em nome de alguém não elide a possibilidade de se excepcionar esse apontamento, posto que não é absoluto, e voltando-se vistas ao caso concreto, é possível concluir que o INSS jamais poderá vindicar ou reivindicar o imóvel em questão, pelo simples fato de já tê-lo vendido, fato não questionado nos autos. Portanto, sob esse aspecto, o registro no cartório imobiliário é totalmente irrelevante, no caso concreto, para que se lhe possa atribuir a propriedade. Tanto é relativo o valor do registro imobiliário, que o próprio INSS reconhece, em contestação, a viabilidade jurídica de uma ação de adjudicação compulsória como via adequada para a solução da lide. Ora, só pode postular uma adjudicação compulsória, quem já adquiriu o bem e satisfez todas as demais condições compreendidas nesse negócio jurídico."

No mesmo sentido manifestou-se o Exmo. Procurador Regional da República, Dr. André de Carvalho Ramos destacando em seu parecer que "desde 1966 o INSS não pode ser havido como proprietário do imóvel. Embora tal fato não conste do registro, é inequívoco que a venda existiu, que a autarquia recebeu o preço convencionado, e que somente a esfera jurídica dos promissários compradores (Manoel de Almeida e sua mulher Egle Laurelli de Almeida) será atingida pela presente ação. Sendo assim, não há como sustentar que o imóvel é bem público e, destarte, insuscetível de aquisição por usucapião". (fl. 444)

No que tange à alegação da Autarquia Federal de que o imóvel objeto da presente ação se enquadra no conceito de herança jacente, não vejo como possa prosperar tal tese, uma vez que com os documentos carreados aos autos não há possibilidade de se aferir com certeza a ocorrência do óbito de Manoel de Almeida e de sua mulher, Egle Laurelli de Almeida. As buscas efetuadas junto ao Serviço Técnico de Informações Cíveis da Capital (fls. 81/82), não deram conta do falecimento dos mesmos e a conseqüente abertura de inventário, arrolamento de bens ou testamento, pelo que não há possibilidade de proferir decisão baseado em conjecturas.

Ademais, para que a herança seja declarada jacente, tem que ser observado o rito legal (artigos 1.819 a 1823 do Código Civil e artigos 1.142 a 1158 do Código de Processo Civil), e não consta dos autos que tal procedimento tenha se efetivado. No mais, é certo que o bem integrante de herança jacente só é devolvido ao Estado com a sentença de declaração de vacância.

Neste sentido, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito:

> "Usucapião. Herança jacente.
> O bem integrante de herança jacente só é devolvido ao Estado com a sentença de declaração da vacância, podendo, até ali, ser possuído *ad usucapionem*. Precedentes.
> Recursos não conhecidos."

(REsp 253719/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 26.09.2000, DJ 27.11.2000 p. 169)

"Herança jacente. Usucapião.
- Se a sentença de declaração de vacância foi proferida depois de completado o prazo da prescrição aquisitiva em favor das autoras da ação de usucapião, não procede a alegação de que o bem não poderia ser usucapido porque do domínio público, uma vez que deste somente se poderia cogitar depois da sentença que declarou vagos os bens jacentes (arts.1593 e 1594 do CCivil).
- A arrecadação dos bens (art. 1591 do CCivil) não interrompe, só por si, a posse que as autoras exerciam e continuaram exercendo sobre o imóvel.
- Recurso não conhecido."
(Resp 209967/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 06.12.1999, DJ 21.02.2000 p. 132)

No mais, no que pertine ao aperfeiçoamento da prescrição aquisitiva e a conseqüente aquisição da propriedade por meio do instituto da usucapião, verifico que estão presentes os requisitos exigidos pelo artigo 183 da Constituição Federal, *in verbis*:

"Aquele que possuir como sua, área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.
§ 3º os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião".

O compulsar dos autos está a demonstrar que a parte ré tem a posse mansa e pacífica do referido imóvel há mais de 20 anos, e com *animus domini*, conforme se depreende dos documentos carreados aos autos (fls. 10/65), dos depoimentos das testemunhas colhidos na audiência (fls. 401/405) e da constatação do perito judicial (fls.156/173) e, ainda, a área total do imóvel, que perfaz 134,45 m^2 se enquadra na exigência constitucional; atende, ainda, a parte ré a condição de não ser proprietária de outro imóvel.

Cabe destacar, ainda a lição de Silvio de Salvo Venosa em relação ao instituto da usucapião, que se amolda ao caso em tela:

> "9.4.1 Fundamentos do usucapião
> A possibilidade de a posse continuada gerar a propriedade justifica-se pelo sentido social e axiológico das coisas. Premia-se aquele que se utiliza utilmente do bem em detrimento daquele que deixa escoar o tempo, sem dele utilizar-se ou não se insurgindo que o outro o faça como se dono fosse. Destarte, não haveria justiça em suprimir-se o uso e gozo de imóvel (ou móvel) de quem dele cuidou, produziu, ou residiu por longo espaço de tempo, sem oposição. Observa Serpa Lopes (1964, v. 6:644) a esse respeito que, 'encarado sob este aspecto, o usucapião pode ser admitido na lei sem vulneração aos princípios da justiça e da equidade.'"

Ressalto, ainda que a posse da parte autora, segundo narrado na inicial, advém da sua qualidade de promitente-compradora do imóvel em face do Sr. Manoel de Almeida e sua mulher, nesse particular, há quem diga se erigir óbice à usucapião, afirmando que tal qualidade - promitente-comprador e portanto possuidor direto - afasta o requisito psíquico do *animus domini* sem o qual não há possibilidade de usucapir.

Assim, não penso, pois inexiste incompatibilidade entre ser possuidor direto, na condição de promitente-comprador do imóvel, e adquirir a propriedade por usucapião, uma vez que sempre existe a possibilidade da transmutação do caráter de posse não própria para própria, ocorrendo a *interversio possessionis*.

Neste sentido tem sido a jurisprudência iterativa emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, cujos arestos transcrevo a seguir:

> "Processo civil e civil. Recurso Especial. Promessa de compra e venda de imóvel. Usucapião extraordinário. Transformação do caráter originário da posse. Dissídio. Caracterização.
> - *O fato de ser possuidor direto na condição de promitente-comprador de imóvel, a princípio, não impede que este adquira a propriedade do bem por usucapião, uma vez que é possível a transformação do caráter originário daquela posse, de não própria, para própria*.
> - A caracterização do dissídio jurisprudencial ensejador de Recurso Especial exige que o acórdão recorrido tenha divergido de afirmação assentada no paradigma e que os julgados comparados tenham analisado questão delineada faticamente de modo semelhante.
> Recurso Especial não conhecido."
> (REsp 220.200/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16.09.2003, DJ 20.10.2003 p. 269)

> "USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PROMESSA DE VENDA E COMPRA. TRANSMUTAÇÃO DA POSSE, DE NÃO PRÓPRIA PARA PRÓPRIA. ADMISSIBILIDADE.
> - '*O fato de ser possuidor direto na condição de promitente-comprador de imóvel, em princípio, não impede que este adquira a propriedade do bem por usucapião, uma vez que é possível a transformação do caráter originário daquela posse, de não própria, para própria*' (REsp nº 220.200-SP).
> Recurso especial não conhecido."
> (REsp 143.976/GO, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 06.04.2004, DJ 14.06.2004 p. 221)

Assim, verificando-se o cumprimento dos requisitos pessoais, reais e formais para a aquisição do domínio através da usucapião, e com o escopo de garantir a estabilidade e a segurança da propriedade, entendo que deve ser reconhecida a ocorrência da prescrição aquisitiva, pelo que mantenho *in totum* a r. sentença.

Ante o exposto, *nego provimento à apelação e à remessa oficial, tida por ocorrida.*

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0011913-56.2001.4.03.6100
(2001.61.00.011913-6)

Apelante: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Apelado: EDUARDO CORONADO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: AC 1013321
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/06/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. TELEGRAMA. CONVOCAÇÃO CONCURSO. FALTA DO SERVIÇO. DANO MORAL. PRESUMIDO. COMPROVAÇÃO DO DANO E DO NEXO CAUSAL. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A responsabilidade objetiva pressupõe seja o Estado responsável por comportamentos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Impõe, tão-somente, a demonstração do dano e do nexo causal, por prescindir da culpa do agente, nos moldes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

2. Na hipótese de omissão, conforme jurisprudência predominante do STF e do STJ, adota-se a responsabilidade subjetiva. Contudo, a doutrina e a jurisprudência mais modernas apresentam distinção entre omissão genérica (aquela em que a conduta omissiva da Administração Pública é condição que propicia a ocorrência do dano, ou seja, causa adequada do não-impedimento do resultado lesivo) e específica (aquela em que a conduta omissiva da Administração Pública é a própria causa direta do dano), incidindo, no último caso, a responsabilidade objetiva do Estado.

3. À situação descrita nos autos aplica-se a responsabilidade objetiva, uma vez que o ato omissivo da ECT, por si só, gerou o dano, configurando-se hipótese de omissão específica.
4. Comprovados o nexo causal entre o ato lesivo, no caso a falha na prestação do serviço postal, e o dano moral, uma vez que o não conhecimento do conteúdo da correspondência postada (telegrama de convocação) deu causa ao não comparecimento tempestivo do autor para assumir cargo público, resta configurada a responsabilidade civil da Administração.
5. No caso em exame, não se pode afirmar peremptoriamente que o autor seria efetivamente nomeado para assumir o cargo público. Apenas a oportunidade de transformar essa expectativa em realidade restou frustrada pela falha da prestação do serviço, gerando prejuízo extrapatrimonial. Nesse diapasão, não há que se falar em danos materiais, sendo de rigor afastar a condenação nesse ponto.
6. A partir de 11/01/2003, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, há que se observar o seu art. 406, c/c art. 161, § 1º, do CTN, de sorte que os juros serão contados, a partir de então, com base na Taxa SELIC (Resolução nº 561/2007), excluído qualquer outro índice, de correção ou de juros de mora. Correta a sentença nesse aspecto.
7. No tocante aos honorários advocatícios, a despeito de afastada a condenação por danos materiais, entendo ter ocorrido sucumbência mínima da apelada. Dessarte, de rigor a manutenção do percentual fixado na decisão de primeiro grau.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 20 de maio de 2010.
Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Cuida-se de ação de conhecimento processada sob o rito comum ordinário movida por Eduardo Coronado em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), em que se objetiva o recebimento de indenização por prejuízos materiais e morais.

Narra o autor que, aprovado em concurso público, deixou de assumir o cargo por conta de falha na entrega da carta de convocação. Requer seja a ré condenada ao pagamento de 60 salários, a título de danos materiais, e 200 salários mínimos, como compensação pelos danos extrapatrimoniais sofridos.

Com a inicial foram juntados os documentos de fls. 7/23.

Deferidos os benefícios da assistência judiciária (fl. 28).

Em contestação (fls. 37/60), a ECT arguiu preliminares de incompetência absoluta do juízo e ilegitimidade da parte. No mérito, aduziu terem ocorrido problemas técnicos que impossibilitaram a entrega da correspondência, bem como negligência do autor por não acompanhar o Diário Oficial. Argumentou que não restaram demonstrados os danos, o nexo causal e a sua culpa. Pugnou pela limitação da indenização aos ditames da legislação postal. Quanto aos danos morais, sustentou inexistir padecimento que justificasse sua reparação. Juntou documentos às fls. (61/73).

Réplica às fls. 75/80.

Remetidos os autos à Justiça Federal (fl. 88).

Durante a audiência de instrução e julgamento, foi produzida a prova oral (fls. 174/178).

A sentença rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva. No mérito, julgou procedente o pedido. Reconheceu a ocorrência de prejuízos materiais, uma vez que o autor deixou de receber os vencimentos a que fazia jus, e morais, porquanto foram experimentados dissabores e angústias. Nesse diapasão, condenou a ré ao pagamento de R$ 570,00 (quinhentos e setenta reais), vencimentos previstos no edital, durante 24 (vinte e quatro) meses,

em virtude dos prejuízos materiais, e R$ 15.600,00 (quinze mil e seiscentos reais, equivalente a 60 salários mínimos à época), para compensação dos danos morais. Determinou a atualização dos valores pela taxa SELIC e fixou os honorários em 10% sobre o valor das indenizações.

Em apelação, a ECT pugnou pela reforma da sentença. Sustentou inexistir direito adquirido ao cargo público, fato impeditivo da condenação com base nos vencimentos mensais previstos no edital. Demais disso, aduziu ter havido falha de terceiro, porquanto o conteúdo do telegrama de convocação não foi transmitido corretamente pela empresa GTELL. Insurgiu-se, por fim, contra os valores de condenação e a aplicação da taxa SELIC.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.

É o relatório.

Submeto o processo à audiência do Revisor.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): A Constituição Federal de 1988 adotou, em seu art. 37, § 6º, a Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva da Administração Pública, na modalidade do risco administrativo, de sorte que o particular se encontra dispensado de comprovar o dolo ou a culpa dos agentes públicos a fim de obter a reparação do dano sofrido. Transcrevo:

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

Portanto, em se tratando de responsabilidade extracontratual por dano causado por agente público, impõe-se, tão-somente, a demonstração do dano e do nexo causal, prescindindo a responsabilidade objetiva da comprovação de culpa do agente.

Assim leciona o Professor Hely Lopes Meirelles, *in Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª Edição, Editora RT, pág. 553:

> "Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor, pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins."

Na hipótese de omissão, conforme jurisprudência predominante do STF e do STJ, adota-se a responsabilidade subjetiva. Prevalece, assim, a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível a indenização se demonstrada a culpa ou o dolo.

Nesse sentido:

> "EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: DETENTO FERIDO POR OUTRO DETENTO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes - a negligência, a imperícia ou a imprudência - não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público,

por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido." (Recurso extraordinário - RE 382054/RJ, Relator: Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgamento 03/08/2004)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, 'D.J.' de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido."
(Recurso Extraordinário - RE 369820/RS, Relator: Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgamento 04/11/2003)

Contudo, a doutrina e a jurisprudência mais modernas vêm distinguindo entre omissão genérica (aquela em que a conduta omissiva da Administração Pública é condição que propicia a ocorrência do dano, ou seja, causa adequada do não-impedimento do resultado lesivo) e específica (aquela em que a conduta omissiva da Administração Pública é a própria causa direta do

dano), incidindo, neste último caso, a responsabilidade objetiva do Estado.

Nessa esteira, leciona Sérgio Cavalieri Filho, *in* "Programa de Responsabilidade Civil", 7ª Edição Revista e Ampliada, ed. Atlas, página 231:

> "Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado."

Nossos tribunais têm reconhecido a omissão específica do Estado quando a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não-impedimento do evento. Cito:

> "ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DISTINÇÃO ENTRE DEVER GENÉRICO E DEVER ESPECÍFICO DE AGIR. HIPÓTESE DE OMISSÃO A DEVER ESPECÍFICO DE FISCALIZAÇÃO E CONSERVAÇÃO DE VIAS PÚBLICAS MUNICIPAIS. BURACO GRANDE NO MEIO DA VIA PÚBLICA MUNICIPAL. ACIDENTE COM MOTOCICLETA. RESULTADO MORTE. OMISSÃO ESPECÍFICA. CARACTERIZADA. TESES DEFENSIVAS. CULPA EXCLUSIVA

DA VÍTIMA. FATO DE TERCEIRO. NÃO DEMONSTRADAS. INDENIZAÇÃO E PENSIONAMENTO PARA FILHA MENOR DE IDADE. SENTENÇA MANTIDA.
Impõe-se o reconhecimento da obrigação de indenizar danos causados por omissão a dever específico de fiscalizar, zelar e conservar as vias públicas da localidade municipal. No caso dos autos, a inobservância deste dever legal culminou na morte de um indivíduo que trafegava de moto e caiu numa grande vala aberta no meio de via pública. Os limites da pensão fixados para filha menor de idade da vítima devem ser mantidos. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME." (Apelação e Reexame Necessário Nº 0014805394, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 30/04/2008)

"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE DETENTO. OMISSÃO ESPECÍFICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. DANO MORAL. Aplicação do princípio da carga dinâmica da prova. Restando caracterizada senão a ação dolosa de agentes policiais do Estado, ao menos a omissão culposa do ente público quanto ao dever de vigilância no presídio, cuidando da integridade física e moral dos detentos conforme determinação constitucional vigente (art. 5º, XLIX, da CF/88), resta configurada a responsabilidade pelos danos daí advindos, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, sendo que, no caso, a responsabilidade é ainda objetiva, porquanto decorrente de omissão específica. Ademais, ainda que assim não fosse, a responsabilidade subjetiva encontra-se configurada, caracterizada pela negligência do Estado quanto ao dever legal de vigilância no presídio. O dano moral decorre do próprio fato ilícito, sendo que a prova, nesse caso, é prescindível, estando *in re ipsa*. Valor da indenização arbitrado em 300 salários mínimos. APELO PROVIDO."

> (Apelação Cível Nº 70006519847, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 26/04/2006)

Nesse contexto, configurada hipótese de omissão específica, entendo enquadrar-se a situação descrita nos autos na teoria da responsabilidade objetiva, uma vez que o ato omissivo da ECT foi a causa geradora, por si só, do dano.

Assim, comprovados o nexo causal entre o ato lesivo, no caso a falha na prestação do serviço postal, e o dano moral, uma vez que o não conhecimento do conteúdo da correspondência postada (telegrama de convocação) deu causa ao não comparecimento tempestivo para assumir cargo público, resta configurada a responsabilidade civil da Administração.

De outro lado, assiste razão à ré quando, em sua contestação, sustenta que o autor não teve qualquer direito violado, uma vez que se tratava de mera expectativa de direito.

A situação aqui tratada consubstancia-se naquilo que se convencionou chamar, na doutrina e na jurisprudência mais modernas, de responsabilidade civil pela perda de uma chance, emprestando-se ao vocábulo "chance" o sentido jurídico de probabilidade de obter um lucro ou evitar um prejuízo.

Esclarecedoras as considerações feitas por Raimundo Simão de Melo, membro do Ministério Público da União:

> "Regra geral, os pedidos são feitos de forma inadequada, buscando-se indenização por conta da perda da vantagem perdida e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo. Todavia, uma coisa é a perda da vantagem esperada; outra é a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo. É esta última hipótese que pode justificar o pedido de indenização."

E, mais à frente:

> "Assim, o que se indeniza não é o valor patrimonial total

> da chance por si só considerada, como equivocadamente se tem visto na maioria dos pedidos. O que se indeniza é a possibilidade de obtenção do resultado esperado; o valor da indenização deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final esperado."
> (*Indenização pela Perda de uma Chance*, artigo publicado no endereço eletrônico www.boletimjuridico.com.br, acessado em 02/04/2008).

Não se indeniza, destarte, a perda de um direito adquirido, mas sim a perda da chance de transformar uma expectativa de direito em direito adquirido.

No caso em exame, o demandante classificou-se em 16º lugar no concurso, não demonstrando existir o número de vagas necessário para a sua nomeação. Nesse passo, havendo candidatos melhor classificados no certame, não se pode afirmar peremptoriamente que o autor seria efetivamente nomeado para assumir o cargo público.

Resta claro, dessarte, que o direito ao preenchimento da vaga ainda não havia se integrado ao seu patrimônio jurídico, não se podendo falar em direito adquirido, tal como definido pela LICC, art. 6º, § 2º ("Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem"). Havia, pois, mera expectativa.

Ora, foi exatamente a oportunidade de transformar essa expectativa em realidade que restou frustrada pela falha da prestação do serviço, gerando prejuízo extrapatrimonial.

Nesse diapasão, não há que se falar em prejuízos materiais, sendo de rigor afastar a condenação nesse ponto.

Quanto aos danos morais, mister fixar o seu alcance.

Nos termos do art. 944, *caput*, do Código Civil, a indenização mede-se pela extensão do dano e, na situação sob análise,

o prejuízo consiste no que se convencionou chamar "perda de uma chance".

Nesse passo, interessante trazer à baila os ensinamentos do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito e do Desembargador Sérgio Cavalieri Filho (*Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XIII, Editora Forense, pág. 95):

> "A doutrina francesa, aplicada com freqüência pelos nossos Tribunais, fala na perda de uma chance (*perte d´une chance*), nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, conseguir um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc."
> (...)
> "É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. O mestre Caio Mário, citando Yves Chatier, enfatiza que a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo..."

As considerações supra aplicam-se ao caso concreto, pois havia chance real e séria de o autor assumir o cargo de técnico em radiologia (chance, não certeza, frise-se). Havia, assim, uma probabilidade. Por outro lado, há uma certeza: o prejuízo decorrente da perda da chance.

A jurisprudência do C. STJ também alberga a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance, como revela o seguinte julgado:

> "RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

> 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.
> 2. Recurso conhecido e, em parte, provido."
> (STJ, 4ª Turma, REsp 788459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 13/03/2006).

Colho, do voto condutor do v. acórdão acima, a seguinte passagem, bastante ilustrativa:

> "Na hipótese dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente - ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta, no dizer do acórdão, sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso - que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à 'pergunta do milhão'. ... Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante. Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com a questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagara-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. Resta, em conseqüência, evidente a perda da oportunidade pela recorrida..."

Configurada, assim, a hipótese de perda de uma chance, a indenização pelo dano moral sofrido há de ser reduzida, na proporção da chance de êxito da vítima, em atenção ao disposto no CC, art. 944, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa da mesma. Tal critério, ademais, foi explicitamente adotado no aresto acima reproduzido, colhendo-se a seguinte passagem do respectivo voto condutor:

> "... Quanto ao valor do ressarciamento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado da outra. A quantia sugerida pela recorrente (R$ 125.000,00) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma 'probabilidade matemática' de acerto da questão de múltipla escolha com quatro itens, reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida".

Não há também falar em falta de comprovação do dano moral, sendo incontestável sua ocorrência, valendo lembrar que a jurisprudência atual do C. STJ chega mesmo a dispensar sua prova, sendo suficiente a demonstração do ato ilícito para que o dano seja presumido (dano *in re ipsa*), como revelam os seguintes julgados:

> "1. A CONCEPÇÃO ATUAL DA DOUTRINA ORIENTA-SE NO SENTIDO DE QUE A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE CAUSADOR DO DANO MORAL OPERA-SE POR FORÇA DO SIMPLES FATO DA VIOLAÇÃO (*DANUM IN RE IPSA*). VERIFICADO O EVENTO DANOSO, SURGE A NECESSIDADE DA REPARAÇÃO, NÃO HAVENDO QUE SE COGITAR DA PROVA DO PREJUIZO, SE PRESENTES OS PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA QUE HAJA A RESPONSABILIDADE CIVIL (NEXO DE CAUSALIDADE E CULPA).

ASSIM, O SO FATO DE O R. ACORDÃO GUERREADO TER RECONHECIDO A PERDA EM 30% DA CAPACIDADE LABORATIVA DA RECORRENTE, CONSEQUENTE DE ATO CULPOSO ATRIBUIDO A RECORRIDA, JA É BASTANTE, POR SI MESMO, PARA SE TER COMO EXISTENTE A LESÃO MORAL E, POR DECORRENCIA, O DIREITO DAQUELA A SER INDENIZADA E DESTA DE ARROSTAR COM O ONUS DA REPARAÇÃO.
2. *OMISSIS*.
3. *OMISSIS*.
4. *OMISSIS*.
5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSAS PARTES, PROVIDO."
(STJ, 4ª Turma, REsp 23.575/DF, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 01/09/97).

"1. NÃO HA FALAR EM PROVA DO DANO MORAL, MAS, SIM, NA PROVA DO FATO QUE GEROU A DOR, O SOFRIMENTO, SENTIMENTOS INTIMOS QUE O ENSEJAM. PROVADO ASSIM O FATO, IMPÕE-SE A CONDENAÇÃO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO ART. 334 DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL.
2. *OMISSIS*.
3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE."
(STJ, 3ª T, REsp 86.271/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 09/12/97).

Não se desconhece, é verdade, que a presunção de dano, originária da conduta ilícita do ofensor, é meramente relativa, devendo ceder diante de prova em sentido contrário. Entretanto, não se vislumbra nos autos qualquer elemento apto a demonstrar a inexistência de abalo da vítima ante a impossibilidade de assumir cargo público para o qual havia sido aprovada em concurso seletivo.

Assim, comprovada a falha na prestação do serviço da qual

decorreu o dano moral, assiste à vítima o direito de ser indenizada e à ré o dever de indenizar.

Relativamente ao valor da indenização, afora os critérios mencionados para o presente caso concreto, os seguintes aspectos deverão ser analisados na quantificação dos danos a bens imateriais da pessoa:

a-) condição social do ofensor (trata-se de empresa pública federal, responsável pela prestação de serviço postal, em regime de monopólio, da qual outra coisa não se pode esperar senão pontualidade e eficiência na execução de seus elevados misteres, o que não se verificou na hipótese sob apreciação) e do ofendido (pessoa física que seria beneficiada pelo serviço prestado com excelência);

b-) viabilidade econômica do ofensor (neste aspecto, há que se considerar que a indenização não pode ser tão elevada, a ponto de inviabilizar suas atividades, mas nem tão baixa, que não sirva de efetivo desestímulo à repetição de condutas semelhantes) e do ofendido (a soma auferida deve minimizar os sentimentos negativos advindos da ofensa sofrida, sem, contudo, gerar o sentimento de que valeu a pena a lesão, sob pena de, então, se verificar o enriquecimento sem causa);

c-) grau de culpa (no caso a negligência pela falta do aviso foi reconhecida pela própria ECT);

d-) gravidade do dano (no caso, leve, visto que decorrente de presunção, sem maiores elementos probatórios);

e-) reincidência (não consta dos autos informação no sentido de reincidência da ECT na conduta descrita).

Em face dos parâmetros acima destacados, somando-se ao fato de se tratar de mera expectativa de direito (“perda de uma chance”), bem como de que, no presente caso, o dano moral é presumido da demonstração do ato ilícito, inexistindo nos autos elementos probatórios que reforcem a presunção e demonstrem ter ocorrido em intensidade que justifique uma indenização em valor maior, mantenho a indenização em R$ 15.600,00 (quinze mil e seiscentos reais).

Saliente-se, ainda que, não se afigura correto, nesse diapasão, que se dê prevalência ao critério da capacidade econômica da empresa ré, em detrimento dos demais, sob pena de instaurar-se um desequilíbrio frente aos outros parâmetros de determinação do valor do dano. Assim, eventual excesso na indenização, decorrente do privilégio conferido à capacidade econômica da ECT poderia implicar enriquecimento injusto da vítima, com a sensação de ter valido a pena a afronta sofrida, em violação à regra insculpida no CC, art. 884. Ao mesmo tempo, a quantia fixada deve-se mostrar suficiente para alertar a ré a fim de que tome providências no sentido de fortalecer a segurança para que não se repitam condutas como a ora tratada.

Quanto aos juros, a partir de 11/01/2003, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, há que se observar o seu art. 406, c/c art. 161, § 1º, do CTN, de sorte que os juros serão contados, a partir de então, com base na Taxa SELIC (Resolução nº 561/2007), excluído qualquer outro índice, de correção ou de juros de mora. Correta a sentença nesse aspecto.

No tocante aos honorários advocatícios, a despeito de afastada a condenação por danos materiais e minorada a compensação pelos prejuízos morais, entendo ter ocorrido sucumbência mínima da apelada. Dessarte, de rigor a manutenção do percentual fixado na decisão de primeiro grau.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação, para afastar a condenação em danos materiais.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

- Sobre a responsabilidade civil do Estado pela falha na entrega de telegrama de convocação para concurso público, veja também o seguinte julgado: AC 2004.61.10.005845-6, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto, publicada na RTRF3R 93/249.

APELAÇÃO CÍVEL 0000528-09.2004.4.03.6100 (2004.61.00.000528-4)

Apelantes: ASSIS HIGIENIZAÇÃO E CONSERVAÇÃO LTDA. - ME E EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO
Apelados: OS MESMOS E AMERICAN AIRLINES INC.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 19ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS
Classe do Processo: AC 1387356
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2010

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INFRAERO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO DE ÁREA. INTERVENIÊNCIA DE EMPRESA AÉREA. AÇÃO DE COBRANÇA. CONDENAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA NO PAGAMENTO DO DÉBITO. ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DA EMPRESA AÉREA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DE VONTADE. DÉBITO POSTERIOR AO TERMO FINAL DO CONTRATO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DE TERMO ADITIVO. APELAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA: MERA REPETIÇÃO DA PEÇA CONTESTATÓRIA. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO DA INFRAERO: NÃO PROVIMENTO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O apelo da primeira co-ré reporta-se, simplesmente, à contestação apresentada no feito, configurando simples remissão, sem declinar qualquer fundamento de fato e de direito capaz de oferecer supedâneo ao apelo de reforma da decisão recorrida.

2. Contudo, isso não é o bastante, pois, nos termos do artigo 514, do Código de Processo Civil, é dever da parte apelante observar os requisitos necessários para a correta interposição do recurso, principalmente, no que se refere aos fundamentos de fato e de direito, que se constituem no lastro que justifica o pedido de nova decisão, não sendo

suficiente a mera reiteração ou referência a peças anteriores, mormente quando as alegações lá aduzidas não guardam mais relação de pertinência com as razões que ofereceram supedâneo para a decisão atacada.
3. Cuida o caso concreto de contrato de concessão de uso de área em aeroporto, firmado entre a INFRAERO e concessionária, com interveniência de empresa aérea. Porém, no término do prazo, o termo aditivo não foi subscrito por esta, conquanto não teria concordado com as condições impostas, não havendo, pois, falar em solidariedade desta no pagamento de dívida de período posterior ao do contrato originário.
4. Em se tratando de contrato por tempo determinado e sem cláusula de prorrogação automática, há a necessidade de concordância expressa para manifestar o acordo de vontade entre as partes em eventual termo aditivo, prevendo, assim, a prorrogação do prazo anteriormente convencionado.
5. Quanto ao pedido de condenação solidária das rés, em perdas e danos, basta anotar que este foi deduzido em sede de apelação, sendo, assim, manifestamente descabido, pois, admiti-lo, significaria legitimar tentativa impertinente de inovação da lide posta em juízo.
6. Apelação da concessionária que não se conhece e apelo da INFRAERO que se conhece em parte, porém, na parte conhecida, nega-se-lhe 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, não conhecer do recurso de apelação da concessionária, conhecer, em parte, a apelação da INFRAERO, e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de maio de 2010.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelações, em sede de ação ordinária, ajuizada com a finalidade de obter provimento jurisdicional para condenar as rés no pagamento de débito no valor de R$ 3.494,62 (três mil quatrocentos e noventa e quatro reais e sessenta e dois centavos), decorrente de ocupação de área nas instalações do Aeroporto Internacional de São Paulo, em face do contrato de concessão de uso nº 2.01.57.032-7 e termo aditivo nº 143/02(IV)0057, celebrado com a primeira co-ré, com a interveniência da segunda co-ré.

A r. sentença (fls. 169/171) julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, em relação à co-ré American Airlines Inc., com base no disposto no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, acolhendo, pois, a sua preliminar de ilegitimidade passiva de parte, e, quanto à co-ré Assis Higienização e Conservação Ltda., julgou procedente o pedido, condenando-a a pagar o valor pleiteado na inicial, além de suportar as despesas e honorários advocatícios.

Apelou a co-ré Assis Higienização e Conservação Ltda. (fls. 177/180), aduzindo que o débito não existe, pois a empresa aérea é responsável pelo pagamento, nos termos do artigo 476, do Código Civil, sustentando, ainda, que, conforme alegado na inicial, a apelante não ocupa espaço no aeroporto e, portanto, nada deve.

Apelou a Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - INFRAERO (fls. 184/194), alegando, em suma, que merece reforma a sentença fustigada conquanto não há falar em ilegitimidade de parte da empresa aérea, tendo em vista a solidariedade prevista no contrato, onde esta assumiu eventuais débitos existentes em face da outra co-ré, sustentando, ainda, que não reconhecida a solidariedade prevista no contrato administrativo, esta deve ser reconhecida, devendo o feito ser resolvido como ação de perdas e danos, pois a obrigação persistiu, sem, contudo, serem adimplidos os débitos, causando-lhe prejuízos passíveis de indenização por ato ilícito e, via de conseqüência, remetendo à solidariedade legal prevista no artigo 271, do Código Civil. Ademais, a empresa aérea não manifestou discordância em celebrar a prorrogação

do contrato, pelo contrário, solicitou a emissão da segunda via do termo aditivo, o que pressupõe que havia concordado com a continuidade da relação contratual havida entre as partes, devendo esta, pois, arcar com o ônus da inadimplência da primeira co-ré.

Em seguida, a INFRAERO apresentou (fls. 199/205) contra-razões ao recurso interposto pela primeira co-ré, pugnando pelo seu não conhecimento, em face do descumprimento do disposto no artigo 514, II, do Código de Processo Civil, sendo certo que a apelante apenas repetiu os mesmos argumentos apresentados em sua defesa (fls. 110/111), deixando de atacar propriamente os fundamentos da sentença, ou, subsidiariamente, pugna pelo improvimento do recurso fustigado.

Por sua vez, a companhia aérea apresentou contra-razões aos recursos interpostos pela primeira co-ré (fls. 207/214), bem como pela INFRAERO (fls. 216/223).

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, compulsando os autos verifica-se, de fato, que as razões do recurso interposto pela apelante Assis Higienização e Conservação Ltda., reportam-se, simplesmente, à contestação apresentada no feito, configurando simples remissão, sem declinar qualquer fundamento de fato e de direito capaz de oferecer supedâneo ao apelo de reforma da decisão recorrida.

Ora, isso não é o bastante, pois, nos termos do artigo 514, do Código de Processo Civil, é dever da parte apelante observar os requisitos necessários para a correta interposição do recurso, principalmente, no que se refere aos fundamentos de fato e de direito, que se constituem no lastro que justifica o pedido de nova decisão, não sendo suficiente a mera reiteração ou referência a peças anteriores, mormente quando as alegações lá aduzidas não guardam mais relação de pertinência com as razões que ofereceram supedâneo para a decisão atacada.

Nesse sentido, anoto, da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, os seguintes excertos de julgados: 1. "(...) 'De acordo com o princípio da dialeticidade, as razões recursais devem impugnar, com transparência e objetividade, os fundamentos suficientes para manter íntegro o *decisum* recorrido. Deficiente a fundamentação, incidem as Súmulas 182/STJ e 284/STF' (AgRg no Ag 1.056.913/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 26/11/2008)." (EDAG1134682, Processo 200802467261/RS, 3ª Turma, rel. Paulo Furtado, DJE 08/06/2009). 2. "Recurso. Petição inicial tida pelo recorrente 'como parte integrante das razões do recurso'. Impossibilidade. É dever do recorrente apresentar explicitamente em suas razões os fundamentos pelos quais o *decisum* recorrido não merece subsistir. A simples menção à petição inicial não tem o condão de transferir às razões recursais os argumentos constantes da exordial, mesmo que o recorrente tenha a petição inicial 'como parte integrante das razões do recurso'. Precedentes do STJ: REsp nº 43.537/PR, REsp nº 23.115/MS e REsp nº 25.656/RJ" (ED-RMS nº 909/PI, rel. Min. Ademar Maciel, DJU, 18.11.1996, p. 44.860). 3. "Apelação. Fundamentos. Mera remissão à peça anterior. Impossibilidade. A apelação deve conter os fundamentos de fato e de direito, não bastando simples remissão à inicial, à contestação ou a qualquer outra peça existente nos autos, produzidas anteriormente à prolação da sentença." (REsp nº 170.409/PE, rel. Min. Garcia Vieira, DJU, 24.08.1998, p. 30).

Assim sendo, o recurso de apelação (177/180) interposto pela apelante Assis Higienização e Conservação Ltda., não merece ser conhecido.

Passo, assim, ao exame do recurso de apelação interposto pela INFRAERO, pugnando pela reforma parcial da sentença recorrida, para reconhecer a legitimidade *ad causam* da empresa aérea, bem como para reconhecê-la como devedora solidária do débito em discussão nos autos.

Compulsando os autos, verifico que o contrato em questão, nº 2.01.57.032-7 (fls. 65/86), em que figuravam como partes a INFRAERO, como concedente, a empresa Assis Higienização

Conservação Ltda. - ME, como concessionária, e, a American Airlines Inc., na condição de interveniente, foi firmado em 15.04.2001, com vigência a partir desta data e término em 30.03.2002, tendo como objeto a concessão de uso de área para operar a coleta de itens de lavanderia.

Contudo, com o decurso do prazo previsto no referido contrato, a INFRAERO providenciou o termo aditivo nº 143/02(IV)/0057 (fls. 62/64), prevendo, em sua cláusula primeira, a prorrogação do prazo contratual por 12 (doze) meses, com a previsão de término, portanto, para 30/03/2003, com fulcro no subitem 2.1 das Condições Gerais anexas ao contrato originário. Porém, este instrumento não foi firmado, nem pela concessionária e nem pela interveniente.

Na verdade, dispõe referido subitem de cláusula que o prazo contratual poderá ser renovado, a critério exclusivo da concedente, quando a área objeto do contrato destinar-se à exploração de atividade comercial, até o limite de 60 (sessenta) meses, desde que revistas as condições contratuais, e, pelo que consta dos autos, a INFRAERO até tomou a iniciativa, a destempo, anote-se, de firmar termo aditivo, porém, a companhia aérea não mais concordou com as condições impostas, recusando-se, pois, a continuar na condição de interveniente da concessionária.

Dessa forma, não se pode supor, como quer fazer a apelante, que, ao solicitar a segunda via do mencionado termo, a companhia aérea teria manifestado aceitação com as condições nele previstas, até porque no seu silêncio (fls. 59), a concedente deveria ter presumido desistência do desejo de ser interveniente, pois, o contrato administrativo exige manifestação expressa e afirmativa da vontade de contratar, - ou de ser interveniente -, como no caso, daí ser inafastável a anuência expressa da parte, não podendo ser esta meramente presumida.

Ora, verifico no mencionado contrato, que não foi estipulada cláusula de prorrogação automática, ante o silêncio das partes, no termo do prazo acordado, não sendo plausível a assertiva de que a não manifestação em contrário da empresa aérea, acrescido o fato desta solicitar uma segunda via do termo aditivo,

implicaria em sua aceitação dos termos ali constantes, pois, na verdade, não houve de sua parte manifestação de concordância expressa ou tácita.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já deixou assentado, em julgado de relatoria do eminente Ministro Moreira Alves, que "não há contrato se inexiste manifestação de vontade expressa ou tácita de uma das partes. Por outro lado, sem comportamento de significação inequívoca no sentido da concordância, não há que se falar em concordância tácita". (RE 97662/SP, DJ 23/09/1983).

Nesse mesmo sentido, colho da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como atesta o seguinte julgado: 1. "RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. ALTERAÇÃO TÁCITA. ART. 1.079 DO CÓDIGO BEVILÁQUA. 1. Não aceita tacitamente a alteração unilateral do contrato, a parte lesada notifica a outra, advertindo-a para o ilícito contratual. 2. A regra de que quem cala consente tem aplicação restritíssima nas relações jurídicas: dentro do prazo prescricional, quem cala, simplesmente silencia." (RESP 555803, Processo 200300867786/MS, 3ª Turma, rel. Min. Castro Filho, DJ 23/04/2007, p. 253).

Ademais, em se tratando de contrato por tempo determinado e sem cláusula de prorrogação automática, como visto, há a necessidade de concordância expressa para manifestar o acordo de vontade entre as partes em eventual termo aditivo, prevendo, assim, a prorrogação do prazo anteriormente convencionado.

Ora, não restou colacionada aos autos qualquer prova capaz de demonstrar a vontade da companhia aérea em aditar o contrato em comento. Assim, sendo os débitos exigidos de período posterior ao contrato originário, onde, de fato, figurava como interveniente, não poderá ser chamada a honrar dívida com a qual não se compromissou, não cabendo falar em sua responsabilidade solidária.

Quanto ao pedido de condenação solidária das rés, em perdas e danos, basta anotar que este foi deduzido em sede de apelação, sendo, assim, manifestamente descabido, pois, admitilo, significaria legitimar tentativa impertinente de inovação da lide posta em juízo.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já deixou exarado o seguinte: "É vedado, em sede de apelação, inovar a causa de pedir não explicitada na petição inicial, inexistindo a alegada violação ao artigo 515 do CPC. Precedentes: REsp nº 658.715/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 06/12/2004 e REsp nº 51.687/RS, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ de 24/10/1994. III - Recurso especial improvido." (RESP 819778, Processo 200600059130/SP, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 28/09/2006, p. 218).

Nesse mesmo sentido já decidiu esta Corte Regional, como se verifica no seguinte julgado: "PROCESSUAL CIVIL. RAZÕES DE APELAÇÃO DISSOCIADAS DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS ABORDADOS NA SENTENÇA E DA PRÓPRIA PETIÇÃO INICIAL. INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL. DESCABIMENTO. ART. 264 DO CPC. NÃO CONHECIMENTO 1. Razões recursais que não guardam sintonia com os fundamentos apresentados pela r. decisão recorrida. 2. Afronta a um dos princípios genéricos que informam o sistema recursal, qual seja, o princípio da dialeticidade, ou da adstrição. 3. Falta de regularidade formal do recurso (art. 524 do CPC), requisito extrínseco (pressuposto objetivo) de admissibilidade. 4. Eventual tese de nulidade do próprio feito executivo fiscal deveria ser externada no momento oportuno, quando ajuizados os correspondentes embargos, em respeito ao art. 264 do Código de Processo Civil, não sendo lícito à parte embargante inovar em razões de apelo, conforme se verifica, sob pena de supressão de instância. 5. Apelação não conhecida." (AC 325865, Processp 96030515655/SP, Turma Suplementar da Primeira Seção, DJU 22/11/2007, p. 721).

Em suma, o recurso de apelação, interposto pela apelante Assis Higienização e Conservação Ltda., não deve ser conhecido, conquanto limitou-se apenas a reproduzir as razões aduzidas na contestação. Quanto ao recurso da INFRAERO, não merece prosperar porque correta a decisão recorrida ao decretar a ilegitimidade de parte *ad causam* da empresa aérea, por não ter manifestado expressamente a sua vontade de continuar figurando como interveniente no contrato em questão, restringindo-se a sua

obrigação ao contrato originário, impondo-se, pois, a confirmação da sentença.

Ante o exposto, não conheço da apelação interposta pela concessionária Assis Higienização e Conservação Ltda., e, quanto ao apelo da INFRAERO, dele conheço em parte, porém, na parte conhecida, nego-lhe provimento, para manter íntegra a sentença recorrida.

É como voto.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

- Sobre o contrato de concessão de uso de área, veja também os seguintes julgados: decisão proferida no Ag 2002.03.00.051235-2/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicada na RTRF3R 57/75; AC 2001.03.99.033687-8/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, publicada na RTRF3R 65/252 e CC 0004697-30.2009.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicado na RTRF3R 100/497.

APELAÇÃO CÍVEL
0001956-54.2004.4.03.6123
(2004.61.23.001956-6)

Apelante: RIBEIRÃO DO PÂNTANO EMPRESA DE SANEAMENTO DE TUIUTI LTDA.
Apelado: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA DA 4ª REGIÃO - CRQ4
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: AC 1247240
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2010

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRATAMENTO E DE ÁGUA PARA CONSUMO HUMANO - OCORRÊNCIA DE REAÇÕES QUÍMICAS DURANTE O PROCESSAMENTO - NECESSIDADE DE REGISTRO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO JUNTO AO CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA.

1. Trata-se de embargos à execução referente a anuidades relativas aos anos de 2002 e 2003, bem como de multa pela ausência de profissional químico para responder pelas atividades da empresa (relacionadas à operação e manutenção dos serviços de água e esgoto, de acordo com seu Contrato Social - fls. 73).

2. Em razão do não atendimento pela embargante/apelante dos despachos de fls. 413 e 417, relativos à juntada de instrumento procuratório, não há como o órgão judicial homologar o acordo informado às fls. 405/409.

3. Possuía a empresa em seus quadros um responsável técnico inscrito perante o Conselho Regional de Química da 4ª Região, sendo que este solicitou o cancelamento de seu registro junto àquele órgão por intermédio de documento protocolado em 05/02/02, não havendo designação de novo responsável técnico (fls. 137/138).

4. O tratamento de água para fins potáveis, em que se empreguem reações químicas controladas e operações unitárias, é atividade básica da área da química, a teor do art.

2º, inciso III, do Decreto nº 85.877, de 07/04/1981 (fl. 117).
6. Conforme o Laudo Pericial juntado aos autos, há necessidade da existência de um profissional da química como responsável técnico pela atividade desenvolvida pela embargante, ante a ocorrência de operações unitárias e reações químicas controladas no tratamento da água fornecida à população. Precedentes: *STJ, Segunda Turma, RESP 1152050, Relator Ministro Herman Benjamin, DJE em 11/12/09; TRF 3ª Região, Turma Suplementar da Segunda Seção, AC 53158, Relator Juiz Fed. Conv. Silva Neto, DJU em 10/05/07, página 601; TRF 4ª Região, Quarta Turma, AC 200504010132040, Relator Des. Fed. Amaury Chaves de Athayde, DJ em 14/06/06*.
7. Não afastada a presunção legal de liquidez e certeza de que goza o título executivo em apreço, correta a sentença ao julgar improcedentes os embargos opostos.
8. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de junho de 2010.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Cuida-se de apelação interposta em face de r. sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Química da 4ª Região - CRQ4, visando à cobrança de anuidades relativas aos exercícios de 2002 e 2003, bem como multa por ausência de profissional

químico para responder pelas atividades da empresa. Não houve condenação em honorários advocatícios. Valor da causa de R$ 5.443,05 em nov/03 - fls. 80.

Apelação da embargante, fls. 357/359, pugnando pela reforma da r. sentença. Argumenta que, por realizar atividades predominantes na área de engenharia, possui engenheiro sanitarista inscrito perante o Crea; desta forma, entende que está satisfeita a obrigação referente a registro em órgão de classe. Alega que não realiza tratamento de esgotos sanitários, sendo este serviço realizado pela prefeitura municipal.

Regularmente processado o recurso, os autos subiram a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Às fls. 405/409, juntou-se aos autos documento informando a composição amigável das partes, com o pagamento da dívida em 09 prestações mensais. Tendo em vista não estar constituído nos autos o causídico que subscreveu o pedido em nome da apelante, determinei a intimação da embargante/apelante para que providenciasse a juntada do respectivo mandato (fls. 413). Não havendo manifestação, determinei a intimação pessoal da (fls. 417). Assim intimada (fls. 427), novamente não se manifestou (fls. 429).

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de embargos à execução referente a anuidades relativas aos anos de 2002 e 2003, bem como de multa pela ausência de profissional químico para responder pelas atividades da empresa (relacionadas à operação e manutenção dos serviços de água e esgoto, de acordo com seu Contrato Social - fls. 73).

Primeiramente, cumpre consignar que, em razão do não atendimento pela embargante/apelante dos despachos de fls. 413 e 417, relativos à juntada de instrumento procuratório, não há como o órgão judicial homologar o acordo informado às fls. 405/409.

Na presente hipótese, pelo que dos autos consta, possuía a empresa em seus quadros um responsável técnico inscrito perante o Conselho Regional de Química da 4ª Região, sendo que este solicitou o cancelamento de seu registro junto àquele órgão por intermédio de documento protocolado em 05/02/02, não havendo designação de novo responsável técnico (fls. 137/138).

Nomeada Perita pelo d. Juízo (fls. 281), juntou-se às fls. 292/300 o Laudo Pericial. No documento em questão, restou consignado que "a atividade básica de um Sistema de Tratamento de Água é área química, pois ocorrem operações unitárias e reações químicas controladas no tratamento da água, tornando obrigatória a existência de um profissional da química como responsável técnico" (fls. 296). Por fim, conclui a Perita que "a atividade de tratamento de água como o desenvolvido pela empresa em questão é uma atividade química e portanto necessita de técnico da área de química legalmente habilitado para conduzir, responsabilizar e responder pelo processo e pela qualidade da água distribuída" (fls. 300).

De fato, o tratamento de água para fins potáveis, em que se empreguem reações químicas controladas e operações unitárias, é atividade básica da área da química, a teor do art. 2º, inciso III, do Decreto nº 85.877, de 07/04/1981 (fl. 117).

Assim, conforme o Laudo Pericial acima mencionado, há necessidade da existência de um profissional da química como responsável técnico pela atividade desenvolvida pela embargante, ante a ocorrência de operações unitárias e reações químicas controladas no tratamento da água fornecida à população.

A respeito do tema, trago à colação os seguintes precedentes:

> "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. EMPRESA DE TRATAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO - CASAN. ART. 267, VI, DO CPC E ART. 121 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. PROFISSIONAL QUÍMICO. REGISTRO OBRIGATÓRIO. ANUIDADE DE FILIAL SITUADA NA MESMA JURISDIÇÃO DA MATRIZ. REQUISITOS. SÚMULA 7/STJ. COBRANÇA DA TAXA

DE ANOTAÇÃO DE FUNÇÃO TÉCNICA - AFT. POSSIBILIDADE.

1. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão que, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ.

2. A empresa que explora serviços de água e esgoto, atividade que demanda procedimento essencialmente químico, deve ter registro no Conselho Regional de Química e pagar a respectiva anualidade.

3. Não prospera a irresignação no tocante à obrigatoriedade do pagamento de anuidades pela filial da Casan, tendo em vista que aferir a existência ou não do 'capital social destacado', conforme exige o art. 1º, § 4º, do Decreto 88.147/1983, implica, em regra, reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

4. Imprescindível o registro no órgão fiscalizador e, conseqüentemente, o pagamento da taxa de Anotação de Função Técnica - AFT, porquanto também vinculada à atividade básica ou à natureza dos serviços prestados pela recorrida.

5. Trata-se de empresa que exige, em seus quadros, profissional químico devidamente inscrito no Conselho Regional, razão pela qual é devida a cobrança da taxa de Anotação de Função Técnica - AFT. Precedente do STJ.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido." (grifo meu)

(STJ, Segunda Turma, RESP 1152050, Relator Ministro Herman Benjamin, DJE em 11/12/09)

"PROCESSO CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - NÃO-CONHECIMENTO DA REMESSA OFICIAL - APLICAÇÃO DO ART. 475, DO CPC - CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA CRQ/SP X MUNICÍPIO DE BADY BASSITT - RITO/PROCEDIMENTO CONVERTIDO/

APROVEITADO DE EXECUÇÃO FISCAL PARA O DOS PRECATÓRIOS - SUPERADA A ALEGADA NULIDADE DA CITAÇÃO - CDA LEGÍTIMA - DESNECESSIDADE DE PLEITO COGNITIVO PRÉVIO: SUFICIÊNCIA DO TÍTULO EXECUTIVO - AUSENTE CERCEAMENTO DE DEFESA - NECESSIDADE DA PRESENÇA DE RESPONSÁVEL QUÍMICO - ILÍCITO CONFIGURADO - PRECEDENTES - PARCIAL PROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS.

(...)

14. Versa a presente controvérsia sobre a necessidade ou não de profissional especializado na área de química, devidamente registrado no mesmo Conselho, a fim de acompanhar o serviço de tratamento de água da Municipalidade originalmente executada, ora parte embargante/apelante. 15. Como se extrai dos autos, tendo a parte apelada lançado multa ao Município embargante, parte apelante, por não haver contratado profissional habilitado em química, originando, assim, a execução fiscal em tela, por estar sujeita a fiscalização do Conselho embargado/apelado, claramente se evidenciou nos autos que referido Município, máxime ante a realização de vistoria pelo Departamento de Fiscalização do Conselho e com o parecer da área técnica para a manutenção de seu registro junto ao Conselho, revela este quadro o tratamento de água que abastece a cidade denota a importância de dito profissional, a fim de acompanhar referido serviço, conforme determina o art. 2º, incisos III e IV, alíneas 'b' e 'c', do Decreto 85.877/81 e a Resolução Normativa nº 114/89, do Conselho Federal de Química. 16. Configurando os embargos ação de conhecimento desconstitutiva, é ônus elementar de seu autor demonstrar/provar o quanto afirma, impondo o § 2º do art. 16, LEF, concentradamente, através da preambular. 17. Do quanto carreado ao feito, por meio da parte apelada e do laudo de avaliação acostado aos autos, limpidamente resulta a consistente evidência da realização de tratamento de água pela Municipalidade em pauta e da conseqüente

obrigatoriedade de um profissional habilitado, responsável técnico químico, a assim então não se elidir a cobrança em pauta: límpida sua cabal relação, junto ao Conselho em tela, como ali sinalizado. Precedentes. 18. Não-conhecimento da remessa oficial e improvimento ao apelo."
(TRF 3ª Região, Turma Suplementar da Segunda Seção, AC 53158, Relator Juiz Fed. Conv. Silva Neto, DJU em 10/05/07, página 601)

"ADMINISTRATIVO. REGISTRO DE EMPRESA. EXIGÊNCIA. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. EMPRESA DE TRATAMENTO DE ÁGUA. CABIMENTO.
A exigência de profissional habilitado, bem como a inscrição no Conselho Regional de Química, aplica-se às empresas de natureza comercial que explorem serviços como os de tratamento, saneamento e controle de qualidade de água destinada ao consumo humano, para os quais são necessárias as atividades químicas especificadas na CLT."
(TRF 4ª Região, Quarta Turma, AC 200504010132040, Relator Des. Fed. Amaury Chaves de Athayde, DJ em 14/06/06)

Portanto, não afastada a presunção legal de liquidez e certeza de que goza o título executivo em apreço, correta a sentença ao julgar improcedentes os embargos opostos.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0006840-38.2004.4.03.6120
(2004.61.20.006840-0)

Apelante: CONSTRUTORA MORONI RANZANI LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF
Classe do Processo: AC 1508837
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/07/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RESTITUIÇÃO DE VALORES RETIDOS PELA FONTE PAGADORA COMO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. AUDITORIA FISCAL NO CURSO DO PROCESSO. PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE. ART. 330, CPC. PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL ART. 131. CPC. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. RECONHECIMENTO DO PEDIDO E SATISFAÇÃO PARCIAL DO DÉBITO. PRESCRIÇÃO AFASTADA.

1. A prova pericial foi requerida pela apelada, que, em seguida, efetuou sua própria auditoria fiscal na sede da apelante, vindo a reconhecer parcialmente o pedido, resistindo quanto à outra parte em virtude de suposta decadência.

2. A demanda *sub judice* encontra deslinde por meio da prova documental acostada aos autos, de modo que o possível julgamento antecipado não lhe acarreta cerceamento de defesa, consoante determina o artigo 330, I, do CPC.

3. O artigo 131 do CPC consagrou o princípio da persuasão racional, possibilitando ao magistrado valer-se do seu convencimento, fundamentado na Lei, nos fatos, provas e em julgados anteriores, repelindo diligências que prolonguem sem necessidade o julgamento da ação, como ocorre no presente caso, no qual a prova documental produzida é suficiente para a formação de juízo de valor.

4. A ação fiscal foi realizada no curso da presente ação, em 2008. Diante de irregularidades encontradas na contabilidade de empresa no período das competências 01/2003 e 12/2004, os dados foram desconsiderados, arbitrando-se o valor correto, após as devidas deduções. Como resultado, a autoridade fiscal efetuou lançamentos e, concomitantemente, procedeu à compensação de valores apurados no período 12/2002 a 01/2004.
5. A compensação de ofício equivale ao pagamento, que, por sua vez, é ato incompatível com a resistência à pretensão. Disso, dois efeitos emergem: o reconhecimento parcial do pedido e a satisfação parcial do crédito pretendido pelo autor. Portanto, procedente o pedido no que se refere ao período apurado, lançado e compensado de 12/2002 a 12/2004.
6. O reconhecimento do pedido deu-se de maneira parcial, tendo em vista que ainda persiste, posto que por fundamento diverso, a resistência da Fazenda Pública com relação aos créditos supostamente atingidos pela decadência, ou seja, aqueles compreendidos no período entre 11/2000 e 11/2002 (11/2000; 01/2001 a 05/2001; 07/2001; 10/2001; 12/2001; 01/2002; 04/2002 a 06/2002; e 10/2002 a 11/2002).
7. Não se trata de repetição de indébito, mas da compensação ou restituição de valores retidos pela fonte pagadora como substituto tributário (Decreto nº 20.920/1932, Art. 4º, Único).
8. A apelante protocolizou diversos requerimentos de restituição de retenção em 2004, de valores retidos entre 2000 e 2004, e obteve resposta apenas em 2008, no curso da presente ação, de sorte que não se consumou a prescrição.
9. Com mais forte razão não se poderia falar em prescrição se entendêssemos aplicável ao caso a disciplina própria da repetição de indébito, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça acolheu a tese dos “cinco mais cinco”.
10. Afastada a prescrição (do direito de repetir/compensar), conclui-se que a Administração não compensou a totalidade da quantia efetivamente devida. Deve, pois, proceder à

restituição da quantia correspondente à diferença entre o que era inicialmente devido pela Administração e os valores compensados *ex officio*, isto é, aquela parte do débito que considerou atingida pela prescrição 11/2000; 01/2001 a 05/2001; 07/2001; 10/2001; 12/2001; 01/2002; 04/2002 a 06/2002; e 10/2002 a 11/2002).

11. Nada impede, contudo, que eventual discussão quanto ao lançamento dos débitos que foram extintos por essa compensação administrativa, ou aos valores envolvidos nessa compensação, sejam trazidas à baila em demanda autônoma, não podendo a Corte pronunciar-se sobre atos administrativos (lançamento e compensação) que não foram objeto da petição inicial e não constituem meros incidentes.

12. Por ora, deve considerar-se satisfeita a obrigação relativa aos créditos que foram objeto de compensação administrativa. Remanesce a possibilidade de execução do período reputado prescrito pela autoridade fiscal (11/2000; 01/2001 a 05/2001; 07/2001; 10/2001; 12/2001; 01/2002; 04/2002 a 06/2002; e 10/2002 a 11/2002).

13. Apelação a que se dá provimento para julgar procedente o pedido, com a ressalva de satisfação parcial do crédito a ser compensado ou repetido, exceto se o lançamento ou a compensação administrativa forem tornadas ineficazes por decisão administrativa ou sentença judicial.

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 a fim de que sejam restituídos à parte autora os valores não compensados *ex officio*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de junho de 2010.

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF (Relator):

Trata-se de apelação (fls. 729/736), interposta pela Construtora Morani Ranzani Ltda., em face de sentença de fls. 724/726, que julgou improcedente ação que visava à restituição de R$ 148.294,39 (cento e quarenta e oito mil, duzentos e noventa e quatro reais e trinta e nove centavos), referente a saldo decorrente da compensação entre a contribuição de 11% retida em nota fiscal e contribuição incidente sobre a folha de pagamento, no montante de 28,8%, nos períodos 11/2000; 01/2001 a 05/2001; 07/2001; 10/2001; 12/2001; 01/2002; 04/2002 a 06/2002; 10/2002 a 12/2002; 01/2003 a 07/2003; 09/2003; 10/2003; 12/2003; 01/2004; 09/2004; e 10/2004.

A apelante alega, em síntese, que a documentação juntada aos autos demonstra a existência de saldo remanescente a ser restituído, que a apelada não comprovou a inexistência dos referidos valores, e que o pleito se refere à retenção e compensação em folhas de pagamento de 2000 a 2004. Alternativamente, requer a anulação da sentença de primeira instância, tendo em vista a ausência de realização de perícia para apurar o saldo remanescente objeto da restituição.

Com contrarrazões da União Federal (fls. 753/757), pelas quais sustenta que realizou compensação autorizada pelo Art. 31, § 1º, Lei nº 8.212/91 e que o período fiscalizado está compreendido entre as competências 12/2002 e 01/2004, em face de irregularidades observadas na contabilidade da apelante. Ressalta que as competências no período de 11/2000 a 11/2002, porquanto atingidas pela decadência, não poderiam ser cobradas e, em consequência, também não poderiam ser objeto de compensação/restituição, nos termos do Art. 173, I, do referido diploma legal.

É o relatório.

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF (Relator):

A prova pericial foi requerida pela apelada, que, em seguida, efetuou sua própria auditoria fiscal na sede da apelante, vindo a reconhecer o pedido parcialmente.

Ademais, do exame das peças processuais, denota-se que a demanda *sub judice* encontra deslinde por meio da prova documental acostada aos autos, de modo que o possível julgamento antecipado não lhe acarreta cerceamento de defesa, consoante determina o artigo 330, I, do CPC:

> "O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência".

O artigo 131 do CPC consagrou o princípio da persuasão racional, possibilitando ao magistrado valer-se do seu convencimento, fundamentado na Lei, nos fatos, provas e em julgados anteriores, repelindo diligências que prolonguem sem necessidade o julgamento da ação, como ocorre no presente caso, no qual a prova documental produzida é suficiente para a formação de juízo de valor.

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. AVERIGUAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECEDENTES MÚLTIPLOS.
> 1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento ao recurso especial da agravante.

2. O acórdão *a quo* manteve decisão singular que indeferiu a realização de prova pericial.
3. Para a verificação dos valores devidos, os quais são efetivados por simples cálculo do contador, pela Delegacia da Receita Federal ou pela parte interessada, à vista dos comprovantes constantes dos autos e sendo dispensável a utilização de conhecimento técnico-especial para a apuração de tais valores, é desnecessária a realização de prova pericial.
4. Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, 'a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide' e que 'o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento' (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99).
5. Precedentes no mesmo sentido: MS nº 7834/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER; REsp nº 330209/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER; REsp nº 66632/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, REsp nº 67024/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL; REsp nº 132039/PE, Rel. Min. VICENTE LEAL; AgReg no AG nº 111249/GO, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; REsp nº 39361/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA; EDcl nos EDcl no Resp nº 4329/SP, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA; AgReg no AG nº 14952/DF, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA.
6. Inexistência de cerceamento de defesa em face do indeferimento de prova pericial pleiteada.

> 7. Agravo regimental não provido."
> (STJ - PRIMEIRA TURMA - AGRESP 614221/PR - Data da decisão: 18/05/2007, Relator MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI)

A referida ação fiscal foi realizada no curso da presente ação, em 2008. Diante de irregularidades encontradas na contabilidade de empresa no período das competências 01/2003 e 12/2004, os dados foram desconsiderados, arbitrando-se o valor correto, após as devidas deduções. Como resultado, a autoridade fiscal efetuou lançamentos e, concomitantemente, procedeu à compensação de valores apurados no período 12/2002 a 01/2004.

A compensação de ofício equivale ao pagamento, que, por sua vez, é ato incompatível com a resistência à pretensão. Disso, dois efeitos emergem: o reconhecimento parcial do pedido e a satisfação parcial do crédito pretendido pelo autor. Portanto, procedente o pedido no que se refere ao período apurado, lançado e compensado de 12/2002 a 12/2004.

O reconhecimento do pedido deu-se de maneira parcial, tendo em vista que ainda persiste, posto que por fundamento diverso, a resistência da Fazenda Pública com relação aos créditos supostamente atingidos pela decadência, ou seja, aqueles compreendidos no período entre 11/2000 e 11/2002 (11/2000; 01/2001 a 05/2001; 07/2001; 10/2001; 12/2001; 01/2002; 04/2002 a 06/2002; e 10/2002 a 11/2002).

Não se trata de repetição de indébito, mas da compensação ou restituição de valores retidos pela fonte pagadora como substituto tributário. Assim, a matéria é regulada pelo Decreto nº 20.920/1932, que dispõe:

> "Art. 4º Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.
> Parágrafo único. A suspensão da prescrição, neste caso,

> verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano."

A apelante protocolizou diversos requerimentos de restituição de retenção em 2004, de valores retidos entre 2000 e 2004, e obteve resposta apenas em 2008, no curso da presente ação, de sorte que não se consumou a prescrição.

Com mais forte razão não se poderia falar em prescrição se entendêssemos aplicável ao caso a disciplina própria da repetição de indébito, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça acolheu a tese dos "cinco mais cinco".

Assim, o argumento da apelada de que não se poderia mais cobrar o crédito não pode prosperar.

Afastada a prescrição (do direito de repetir/compensar), conclui-se que a Administração não compensou a totalidade da quantia efetivamente devida. Deve, pois, proceder à restituição da quantia correspondente à diferença entre o que era inicialmente devido pela Administração e os valores compensados *ex officio*, isto é, aquela parte do débito que considerou atingida pela prescrição 11/2000; 01/2001 a 05/2001; 07/2001; 10/2001; 12/2001; 01/2002; 04/2002 a 06/2002; e 10/2002 a 11/2002).

A parte da obrigação correspondente ao período já compensado *ex officio* resta devidamente satisfeita. Nada impede, contudo, que eventual discussão quanto ao lançamento dos débitos que foram extintos por essa compensação administrativa, ou aos valores envolvidos nessa compensação, sejam trazidas à baila em demanda autônoma. Apenas não se pode, nestes autos, apreciar matéria que não foi objeto da petição inicial e não é mero incidente da ação, cuidando de atos administrativos de lançamento e compensação.

Portanto, por hora remanesce a possibilidade de execução do período reputado prescrito pela autoridade fiscal (11/2000; 01/2001 a 05/2001; 07/2001; 10/2001; 12/2001; 01/2002; 04/2002 a 06/2002; e 10/2002 a 11/2002).

Com tais considerações, voto por DAR PROVIMENTO à

apelação, nos termos acima expendidos, julgando inteiramente procedente o pedido para condenar a União a restituir os valores mencionados na inicial, todavia ressalvando que a execução deste julgado deverá alcançar apenas as competências 11/2000; 01/2001 a 05/2001; 07/2001; 10/2001; 12/2001; 01/2002; 04/2002 a 06/2002; e 10/2002 a 11/2002, estando já satisfeito o crédito compensado administrativamente.

Ressalvo, outrossim, que a execução poderá alcançar os valores compensados administrativamente se o lançamento ou a compensação forem tornados sem efeito na esfera administrativa ou por sentença em ação autônoma.

Condeno a União ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que arbitro em 5% (cinco por cento) do valor dado à causa, devidamente atualizado.

A fim de que sejam restituídos à parte autora os valores não compensados *ex officio*, isto é, os valores considerados prescritos na ocasião em que foi efetuada a compensação administrativa, conforme acima explicitado.

É o voto.

Fls. 759/758. À Subsecretaria para proceder às anotações necessárias.

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0006781-19.2005.4.03.6119
(2005.61.19.006781-0)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelado: NILTON DE OLIVEIRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: AC 1464620
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/06/2010

EMENTA

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRAVAMENTO DE PORTA GIRATÓRIA. IMPEDIMENTO DE INGRESSO. AUTOR QUE SE DISPÕE A RETIRAR AS BOTAS COM BICO METÁLICO. IMPEDIMENTO. ACESSO APÓS PRESENÇA DA POLÍCIA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

I. A utilização de portas giratórias é medida imperativa, a fim de propiciar a segurança da instituição bancária e dos usuários dos estabelecimentos. A utilização inadequada ou abusiva de tal equipamento, entretanto, dá ensejo à indenização por danos morais.

II. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que “o dano moral poderá advir, não pelo constrangimento acarretado pelo travamento da porta em si, fato que poderá não causar prejuízo a ser reparado a esse título, mas, dos desdobramentos que lhe possam suceder, assim consideradas as iniciativas que a instituição bancária ou seus prepostos venham a tomar no momento, as quais poderão minorar os efeitos da ocorrência, fazendo com que ela assuma contornos de uma mera contrariedade, ou, de outro modo, agravá-los, degenerando o que poderia ser um simples contratempo em fonte de vergonha e humilhação, passíveis, estes sim, de reparação” (STJ, AgRg no Ag

524457, Terceira Turma, Relator Min. CASTRO FILHO, DJ 09.05.2005).

III. As portas giratórias de travamento automático são instrumentos de segurança necessários a proteger não só o patrimônio das instituições bancárias, mas também a integridade física dos seus colaboradores e clientes. Tais equipamentos são acionados quando detectam metal, independentemente da aparência da pessoa.

IV. Acusando referido aparelho que o Apelante portava metal, a Apelada e seus prepostos não tinham outra conduta a adotar a não ser obstar o ingresso do Autor na agência.

V. No entanto, a partir do momento que o autor se dispôs a retirar as botas e, assim, comprovar que não portava qualquer outro objeto metálico atentatório à segurança do estabelecimento e dos usuários do serviço, cabia à CEF permitir sua passagem pela porta detectora de metais.

VI. No caso, mesmo se dispondo a retirar as botas, o autor só obteve acesso à agência após a presença da Polícia Militar no local. O impedimento, nessas circunstâncias, configurou ato arbitrário ensejador de indenização por dano moral.

VII. A indenização de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) fixado na r. sentença é excessivo tendo em vista as circunstâncias do caso concreto. Indenização reduzida a R$ 3.000,00 (três mil reais), tendo em vista os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

VIII. 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, *dar parcial provimento* à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de junho de 2010.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto por CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF contra a r. sentença proferida pela MM. Juíza Federal da 2ª Vara de Guarulhos - SP, que julgou procedente o pedido de indenização por dano moral formulado pelo Autor.

Em sua petição inicial, o autor alegou que: *(i)* em 24.06.2005, dirigiu-se até a agência da CEF mas foi impedido de ingressar no recinto da agência em virtude do travamento da porta giratória; *(ii)* estava calçando bota bico de aço, própria do seu trabalho; *(iii)* foi chamada a gerente da agência, mas a mesma não permitiu sua entrada, nem mesmo se tirasse a bota com bico de aço; *(iv)* dirigiu-se até o 1º DP, onde foi instruído a retornar à agência da CEF e tentar, novamente, entrar no local; *(v)* como não conseguiu entrar, chamou a polícia; *(vi)* o policial militar conversou com o gerente geral da agência, que autorizou sua entrada, desde que escoltado pelos policiais; *(vii)* após entrar na agência, dirigiu-se à Delegacia de Policia, onde lavrou Boletim de Ocorrência e Termo Circunstanciado (fls. 18/23); *(viii)* tal fato lhe causou dano moral, uma vez que foi impedido de entrar na agência da CEF pelo travamento da porta giratória.

Após o regular processamento do feito, foi proferida a sentença de fls. 142/145, que julgou procedente o pedido do Autor, para condenar a CEF ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) ao Autor, acrescidos de juros moratórios fixados à taxa de 1% ao mês desde a data do ilícito, 24.06.2005. Condenou a CEF, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação. Custas ex *lege*.

Inconformada, a CEF interpôs recurso pugnando pela reforma da sentença, pelos seguintes motivos: *a)* é necessária a instalação de dispositivos de segurança para a proteção dos próprios clientes; *b)* a bota metálica que o Autor estava usando não pode ser utilizada fora do ambiente de trabalho, sendo de uso

exclusivo no serviço, podendo disfarçar o porte de algum outro metal; *c)* uma possível entrada do autor descalço na agência poderia ser utilizada contra a CEF, sob o argumento de humilhação; *d)* houve culpa exclusiva da vítima, sendo uma excludente de responsabilidade da CEF (artigo 14, §3º, II, do CDC); *e)* ocorreu somente um mero aborrecimento, um dissabor, o que não gera indenização por dano moral; *f)* deve o valor da indenização por dano moral ser reduzido, para que não ocorra enriquecimento ilícito por parte do Autor.

Contrarrazões às fls. 181/188.

É o Relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de pedido de indenização por dano moral por não ter o autor/apelado conseguido entrar na agência da CEF em virtude do travamento da porta giratória e da falta de interesse dos funcionários em solucionar o problema.

A responsabilidade civil das instituições financeiras é objetiva, em face da submissão aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento pacífico da jurisprudência pátria, inclusive sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: "Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Nessa seara, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 14, dispõe sobre a responsabilidade pelo fato do serviço nos seguintes termos:

> "Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

A Caixa Econômica Federal, como instituição financeira prestadora de serviços bancários, está sujeita ao Código de Defesa do Consumidor e, portanto, sua responsabilidade por danos causados aos usuários dos serviços é objetiva, ou seja, independe da comprovação de culpa.

As portas giratórias de travamento automático são instrumentos de segurança necessários, mormente em estabelecimentos bancários, alvos freqüentes e preferenciais de assaltantes. Tais equipamentos são acionados quando detectam metal, independentemente da aparência da pessoa. Elas ajudam a segurança não só do patrimônio, mas também a integridade física dos empregados da instituição bancária e dos seus clientes, segurança esta que consiste numa obrigação do banco, ensejando, inclusive, a sua responsabilização caso algum dano a estes venha a ser causado.

Acusando referido aparelho que o Apelante portava metal, a Apelada e seus prepostos não tinham outra conduta a adotar a não ser obstar o ingresso do Autor na agência.

Em sua peça exordial o autor sustenta que o travamento era ocasionado por suas botas de bico metálico e que se propôs a tirá-las para ingressar no recinto da agência. Tal fato é confirmado pela CEF em sua contestação.

Por não serem infalíveis, por terem o condão de ensejar constrangimentos aos usuários da agência, já que inviabilizam o acesso destes à instituição bancária, a utilização destes equipamentos há que ser feita de forma proporcional e razoável pelos prepostos da Apelada.

A respeito da ocorrência de dano moral em virtude do travamento de porta giratória em agência bancária, o C. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no seguinte sentido:

> “o dano moral poderá advir, não pelo constrangimento acarretado pelo travamento da porta em si, fato que poderá não causar prejuízo a ser reparado a esse título, mas, dos desdobramentos que lhe possam suceder, assim consideradas as iniciativas que a instituição bancária ou seus prepostos venham a tomar no momento, as quais poderão

> minorar os efeitos da ocorrência, fazendo com que ela assuma contornos de uma mera contrariedade, ou, de outro modo, agravá-los, degenerando o que poderia ser um simples contratempo em fonte de vergonha e humilhação, passíveis, estes sim, de reparação" (STJ, AgRg no Ag 524457, Terceira Turma, Relator Min. CASTRO FILHO, DJ 09.05.2005).

No caso em tela, houve o travamento da porta giratória e o Autor, mesmo se dispondo a retirar as botas com bico metálico, foi impedido de ingressar na agência. A autorização só veio após negociações com a Polícia Militar. Tais fatos foram afirmados pela apelante/ré em sua contestação.

Assim, em que pese ter comparecido ao estabelecimento bancário com botas de bico metálico, o autor se dispôs a retirá-las para obter acesso à agência, mas foi impedido de fazê-lo, não havendo que se falar em culpa exclusiva da vítima no caso em tela.

Resta verificar se tal situação autoriza o deferimento de uma indenização por dano moral.

Neste contexto, importa observar que, para tanto, faz-se mister a identificação dos elementos configuradores da responsabilidade civil, quais sejam: dano, conduta ilícita e nexo de causalidade. Ausente um destes elementos, não há como se impor o dever de indenizar.

Se o autor se propôs a retirar as botas de bico metálico para comprovar que não portava qualquer objeto metálico lesivo à segurança do estabelecimento bancário e de seus clientes, cabia ao preposto da CEF franquear sua entrada na agência caso a porta detectora de metais não travasse indicando o porte de outros objetos impeditivos do ingresso. No entanto, não foi o que ocorreu, pois o autor/apelado somente conseguiu acesso à agência após a presença da Polícia Militar ao local.

É indene de dúvidas que a conduta do preposto da CEF foi ilegítima ao impedir que o autor retirasse suas botas para comprovar que não portava objetos metálicos ofensivos à segurança.

Por outro lado, resta claro que tal conduta causou dano à honra do apelante.

Evidente, portanto, que os elementos configuradores da responsabilidade civil - dano, nexo de causalidade e conduta ilícita - estão presentes na hipótese dos autos.

Para corroborar as argumentações supra, colaciono precedente desta C. Turma em caso da mesma natureza do vertente:

> "CIVIL, PROCESSO CIVIL - DANO MORAL - OCORRÊNCIA - PORTA GIRATÓRIA - USO INDEVIDO E ABUSIVO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO PELO DANO MORAL .
> I - A utilização de porta giratória é medida imperativa, a fim de assegurar a segurança da instituição bancária e dos usuários dos estabelecimentos.
> II - A utilização inadequada ou abusiva de tal equipamento, entretanto, dá ensejo a indenização por danos morais, especialmente quando constatado que o usuário impedido de entrar na agência bancária não portava qualquer objeto potencialmente danoso à segurança.
> III - Ocorrência de dano moral, especialmente porque a CEF não tentou minimizar os efeitos danosos, fazendo com o que poderia ser um simples contratempo se transformasse em fonte de vergonha e humilhação, passível de reparação.
> IV - Ausência de responsabilidade de terceiro, já que o dano, antes mesmo da conduta do terceiro, já havia se caracterizado, sendo a conduta da CEF, por si só, a ensejadora do dano.
> V - O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que 'o dano moral poderá advir, não pelo constrangimento acarretado pelo travamento da porta em si, fato que poderá não causar prejuízo a ser reparado a esse título, mas, dos desdobramentos que lhe possam suceder, assim consideradas as iniciativas que a instituição bancária ou seus prepostos venham a tomar no momento, as quais poderão minorar os efeitos da ocorrência, fazendo com que

> ela assuma contornos de uma mera contrariedade, ou, de outro modo, agravá-los, degenerando o que poderia ser um simples contratempo em fonte de vergonha e humilhação, passíveis, estes sim, de reparação' (STJ, AgRg no Ag 524457, Terceira Turma, Relator Min. CASTRO FILHO, DJ 09.05.2005). VI - Recurso improvido" (TRF 3ª Região, Segunda Turma, AC 1264258, Rel. Des. Cotrim Guimarães, DJF3 27.08.2009, p. 87, unânime)

Quanto ao valor da indenização, o recurso merece provimento. Isto porque o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) é excessivo e desproporcional ao dano suportado pelo apelado.

No que tange à fixação do quantum indenizatório, de acordo com a jurisprudência pátria, o valor arbitrado a título de danos morais deve guardar dupla função, uma de ressarcir a parte lesada e outra de desestimular o agente lesivo à prática de novos ilícitos. Desta forma, o *quantum* não pode ser ínfimo, mas também não pode ser de tal forma alto a implicar enriquecimento sem causa à parte lesada.

Com isso, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e os precedentes desta C. Turma em casos que tais, reduzo o valor da indenização para R$ 3.000,00 (três mil reais).

Posto isso, *dou parcial provimento* ao recurso da CEF para reduzir o valor da indenização por dano moral a R$ 3.000,00 (três mil reais).

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

- Sobre a responsabilidade de agência bancária em caso de travamento de porta giratória, veja também o seguinte julgado: AC 2002.61.13.002386-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 88/316.

APELAÇÃO CÍVEL
0011931-83.2005.4.03.6182
(2005.61.82.011931-2)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: TRANS NIB TRANSPORTES LTDA. (massa falida)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
Classe do Processo: AC 1382785
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/06/2010

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA DA EXECUTADA. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. PROSSEGUIMENTO DA COBRANÇA.

I. A lei ressalva a causa fiscal da aptidão atrativa que emerge do processo de execução concursal falimentar.

II. Havendo a quebra da executada, no curso da execução fiscal, a penhora será efetivada no rosto dos autos da falência.

III. O pedido da exequente, no sentido de realização de penhora no rosto dos autos da falência e consequente desistência de eventual penhora no processo executivo, assim também o de suspensão da execução, não pode ser interpretado como desistência tácita da execução fiscal.

IV. O crédito tributário goza da prerrogativa da indisponibilidade e do interesse público.

V. 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, 18 de fevereiro de 2010.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Trata-se de execução fiscal, ajuizada em 20 de janeiro de 2005, objetivando a cobrança de imposto, referente ao período de 1997/1998; 2000/2001; 2002/2003, com acréscimo de multa de 20%. Valorada a execução em R$ 23.824,32, em outubro de 2004.

Em maio de 2006, a Fazenda informou (fl. 34) que a executada teve sua falência decretada pelo juízo de Direito da 36ª Vara Cível da Comarca de São Paulo.

Assim, no juízo falimentar, a União requereu a habilitação do crédito e, no juízo de execução, desistiu de eventual penhora no rosto dos autos da falência, pedindo o arquivamento provisório do executivo fiscal, até o desfecho do processo de falência.

Sobreveio sentença, *extinguindo a execução, sem resolução do mérito*, a teor do art. 267, VIII, do CPC, considerando o requerimento da exeqüente como desistência tácita do executivo fiscal. Sem fixação de honorários advocatícios.

Irresignada, apela a União, sustentando (a) *error in procedendo*, em razão da possibilidade de prosseguir com a execução fiscal, mesmo havendo habilitação no crédito perante o juízo falimentar e (b) inexistência de ato de desistência da execução fiscal.

Sem contra-razões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso.

Dispensei a remessa ao revisor, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

A matéria ventilada nos autos cinge-se à possibilidade jurídica de se prosseguir com a execução fiscal, ajuizada anteriormente à quebra da executada.

O juízo de primeiro grau extinguiu o processo, sem apreciação do mérito, ao fundamento de os pedidos, feitos pela Fazenda Nacional, de penhora no rosto dos autos da falência e de posterior arquivamento provisório da execução fiscal, serem considerados desistência tácita do processo executivo.

Inicialmente, diga-se que, embora seja universal o Juízo de Quebras, a própria lei de falências ressalva a "causa fiscal" da chamada "aptidão atrativa do juízo falimentar" ou simplesmente princípio da universalidade (art.76, da lei 11.101/2005), de sorte a deixar correr em separado o processo de execução fiscal do processo de execução concursal falimentar.

Nesse sentido, pode-se vislumbrar duas hipóteses: caso a quebra se dê após a realização da penhora, esta vincula o bem contristado ao juízo fiscal, que só depois da liquidação remeterá à falência o valor arrecadado, para sujeitá-lo à classificação dos créditos. Caso a quebra se dê antes da penhora, esta poderá ser efetivada no rosto dos autos da falência, continuando normalmente o curso da ação fiscal.

Assim se dispôs no STJ. Vejamos:

> "TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL EM CURSO.
> 1. Apesar de o art. 29 da LEF preceituar que 'a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência', a jurisprudência do STJ vem reconhecendo que a execução fiscal é atingida em alguns aspectos pela quebra da sociedade executada. Segundo esse entendimento, as conseqüências são:
> a) Havendo bem penhorado na execução fiscal, o produto de sua arrematação reverterá para o juízo universal da falência e não para o juízo da execução, para que seja observada a preferência dos créditos trabalhistas (art. 186 do CTN) e o concurso previsto no parágrafo único do art. 29 da LEF - ERESP 444.964/RS, Rel. p/acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJU de 09.12.03;
> b) *Não estando a execução fiscal aparelhada por penhora*

> *na ocasião da quebra, a constrição se dará no rosto dos autos do processo falimentar* - REsp 253.146/RS, DJU de 14.08.00, Rel. Min. Garcia Vieira;
> (...)
> 2. No particular, *estando a execução fiscal aparelhada com penhora na ocasião da quebra, impõe-se o prosseguimento do processo executivo singular no juízo da execução fiscal, devendo o produto da alienação ser remetido ao juízo falimentar*, para que ali seja entregue aos credores, observada a ordem de preferência.
> 3. Recurso especial provido em parte." (grifei)
> (REsp 423686/RS, Min. Castro Meira, DJ 13/12/2004 p. 278)

Ademais, a sentença enquadrou a conduta da exeqüente na regra insculpida no inciso VIII, do art. 267, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> "Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:
> (...)
> VI. Quando o autor desistir da ação;"

Entretanto, o fato de a executada ter peticionado, requerendo a desistência da penhora no juízo da execução fiscal, *não* significou a desistência desta ação. Tanto que pediu também o arquivamento do processo, até ulterior desfecho na seara falimentar.

Este Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região já se manifestou neste sentido:

> "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. HABILITAÇÃO DO CRÉDITO NO JUÍZO FALIMENTAR.
> 1. No curso do processo, a exeqüente informou que a empresa executada teve sua falência decretada pelo r. Juízo de Direito da 38ª Vara Cível do foro Central da Comarca de São Paulo - autos nº 000.99.891771-0. Diante da notícia, a exeqüente desistiu de eventual penhora no rosto dos autos de falência por ter solicitado reserva de numerários

- habilitação do crédito - suficientes à satisfação do crédito exeqüendo no próprio Juízo Falimentar e, ao final, solicitou o arquivamento do feito até o desfecho do referido processo (fls. 44).
2. Diante da conduta adotada pela exeqüente, o d. Juízo entendeu que os atos por ela praticados - cobrança feita diretamente no Juízo Falimentar e o pedido de arquivamento - equivaleriam a um pedido de desistência tácita quanto ao prosseguimento do feito e julgou extinta a presente executiva, sem resolução do mérito.
3. O crédito fazendário não se sujeita à habilitação no Juízo Falimentar, consoante disposto no art. 29, da LEF.
4. Trata-se, portanto, de uma norma que visa proteger o crédito tributário diante de sua natureza pública.
5. Ao proceder a habilitação dos valores executados nos autos de falência, entendo que a intenção da exeqüente foi, apenas e tão somente, de se resguardar quanto a efetiva satisfação de seu crédito. Logo, *tal comportamento não pode ser interpretado como renúncia ao prosseguimento do feito*, vez que consistente em uma providência meramente suplementar.
6. Provimento à apelação". (grifei)
(TRF3, AC - 1358182, Proc.: 200461820264241, Rel.(a) Des.(a) Fed. (a) Cecília Marcondes, Terceira Turma, 19/02/2009)

Além disso, vale lembrar que o crédito tributário possui uma série de prerrogativas, dentre elas, o *princípio da indisponibilidade* dos direitos da Fazenda Pública e interesse público.

Neste sentido, trago à colação o aresto a seguir:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. INÉRCIA DA EXEQÜENTE. INDEVIDA.
1. A Certidão da Dívida Ativa goza de presunção 'juris tantum' de liquidez e certeza.
2. Ingressou a executada com exceção de pré-executividade

sustentando a quitação do débito. A partir desta data passaram-se mais de 4 anos até a manifestação da Fazenda no sentido do prosseguimento do feito.

3. Mesmo com a requisição para o prosseguimento do feito o Juízo *a quo* extinguiu as execuções fiscais sustentando a iliquidez das CDA.

4. O crédito tributário possui uma série de prerrogativas, dentre as quais estar calcada no *princípio da indisponibilidade* dos direitos da Fazenda Pública, e uma das conseqüências desse princípio é o fato de que a inércia da exeqüente não gera a extinção da execução fiscal, ainda mais se não houve qualquer pedido da executada.

5. Não há respaldo legal na LEF para justificar a extinção do processo". (grifei)

(TRF 3ª Região, AC 1266548, Rel. Des. Fed. Nery Júnior, DJU de 30/04/2008, p. 393)

Em sendo assim, de rigor a anulação da r. sentença, remetendo-se os autos à Vara de origem, para prosseguimento legal.

Ante o exposto, *dou provimento* à apelação da União.

É o voto.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0017207-90.2005.4.03.9999
(2005.03.99.017207-3)

Apelante: ARACY CANDIDO CLEMENTE
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 6ª VARA DE JUNDIAÍ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: AC 1022121
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/06/2010

EMENTA

PROCESSO CIVIL - OMISSÃO DA AUTORA QUANTO À ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO - PREVIDENCIÁRIO - BENEFÍCIO CONCEDIDO EM RAZÃO DE ANOTAÇÃO FALSA DE CONTRATO DE TRABALHO EM CTPS - CONDENAÇÃO CRIMINAL DO EMPREGADOR POR ESTELIONATO - AÇÃO DE COBRANÇA DOS VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ - IMPOSSIBILIDADE.

1. A apelante deixou transcorrer “in albis” o prazo para especificar provas, dando causa à impossibilidade de prestar depoimento pessoal e produzir prova testemunhal.

2. Predomina na jurisprudência entendimento no sentido de que benefícios previdenciários têm caráter alimentar, o que os torna irrepetíveis.

3. A apelante realmente trabalhou para Ademir Mina de 1980 a 1996, como empregada doméstica, em sua residência e, nessa condição, era segurada obrigatória da previdência social. Tem contribuições à previdência social inclusive em período anterior, o que pode, em tese, lhe dar direito à aposentadoria.

4. Não se pode exigir da empregada doméstica conhecimento suficiente para entender a diferença existente entre Ademir Mina e Ademir Mina ME, o que evidencia que a fraude foi cometida pelo empregador.

5. Empregador condenado por incurso no art. 171, § 3º, do Código Penal, em razão da anotação falsa na CTPS da apelante.
6. A devolução dos valores da aposentadoria recebidos só será possível se comprovado o dolo da apelante.
7. Preliminar rejeitada. Apelação 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 a preliminar e dar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de maio de 2010.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente pedido do INSS e condenou a apelante ao pagamento de R$ 31.629,07, com juros e correção monetária a partir da citação. A sentença isentou a ré de custas e honorários advocatícios por ser beneficiária da justiça gratuita.

O INSS moveu ação de cobrança contra ARACY CANDIDO CLEMENTE, ora apelante, para cobrar a quantia indevidamente recebida em razão de pagamento de benefício previdenciário concedido administrativamente com base em prova falsa.

O autor informou que concedeu aposentadoria por idade à ré, no período de 09/1996 a 06/1999. Porém, em auditoria, fez a revisão do benefício, tendo concluído pela irregularidade da concessão porque, dentre os períodos de tempo de serviço considerados, não havia prova efetiva do trabalho na empresa ADEMIR MINA - ME, de 10-1-1980 a 30-8-1996.

O pedido foi contestado às fls. 82/85.

Às fls. 94 o juízo determinou a especificação de provas. O INSS manifestou-se às fls. 94/verso, alegando a suficiência dos documentos juntados à inicial. A ré não se manifestou (fls. 95).

Sentença às fls. 98/100, que julgou procedente o pedido inicial.

A ré apelou às fls. 101/104. Arguiu preliminar de cerceamento de defesa porque não teve oportunidade de prestar depoimento pessoal e nem de produzir prova testemunhal, requerendo a anulação da sentença. No mérito, sustentou que a sentença se baseou apenas na prova documental, "colacionadas de forma unilateral e com conteúdo de interesse somente do apelado". Além do mais, "o processo, na Justiça Federal, isentou a apelante da condenação". Sustentou, ainda, que o INSS não localizou seu recurso administrativo, razão pela qual não pode mover ação de cobrança porque aquele processo ainda está "sub judice".

Com as contrarrazões do INSS, subiram os autos.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

O INSS pretende a condenação da apelante a devolver o que recebeu a título de aposentadoria por idade, benefício que foi suspenso por irregularidade na sua concessão, em razão da falsidade da prova apresentada no requerimento.

A preliminar de cerceamento de defesa arguida na Apelação não pode ser acolhida. A apelante deixou transcorrer "in albis" o prazo para especificar provas, de modo que seu comportamento processual foi a causa da impossibilidade de prestar depoimento pessoal e produzir prova testemunhal. Rejeito a preliminar.

Em consulta ao sistema informatizado desta Corte, ora anexada, contata-se que ADEMIR MINA, dono da empresa "Ademir Mina ME", foi condenado como incurso no art. 171, § 3º, do

Código Penal, em razão da anotação falsa na Carteira de Trabalho da apelante, simulando emprego na referida empresa. Trata-se da Apelação Criminal nº 1892, originária da 1ª Vara Federal de Campinas, 1ª Turma, Relator o Desembargador Federal Luiz Stefanini, Acórdão publicado no DJ em 19-2-2008, p. 1563/1763.

A aposentadoria por idade foi concedida à apelante porque foi computado o tempo de serviço para Ademar Mina ME, no período de 10-1-1980 a 30-8-1996, conforme anotação na CTPS. Porém, a auditoria apurou que a micro empresa só passou a existir a partir de 1994, razão pela qual o período anterior considerado para a concessão do benefício resultou de anotação falsa e, por consequência, não tendo sido cumpridos os requisitos, a aposentadoria por idade foi cassada.

O INSS pretende que a apelante devolva o que indevidamente recebeu em razão da aposentadoria cassada.

A lei não contém previsão expressa sobre a questão, mas o art. 115 da Lei nº 8.213/1991 prevê os descontos que podem ser feitos nos benefícios, dos quais destacamos o previsto no inciso II:

> "Art. 115. Podem ser descontados dos benefícios:
> II - pagamento de benefício além do devido;
> § 1º Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé."

No Decreto nº 3.048/1999, o art. 154, II, §§ 2º e 5º, dispõem:

> "Art. 154. O Instituto Nacional do Seguro Social pode descontar da renda mensal do benefício:
> II - pagamentos de benefícios além do devido, observado o disposto nos §§ 2º ao 5º;
> § 2º. A restituição de importância recebida indevidamente por beneficiário da previdência social, nos casos comprovados de dolo, fraude ou má-fé, deverá ser atualizada nos moldes do art. 175, e feita de uma só vez ou mediante acordo de parcelamento na forma do art. 244, independentemente de outras penalidades legais.

> § 5º. No caso de revisão de benefícios em que resultar valor superior ao que vinha sendo pago, em razão de erro da previdência social, o valor resultante da diferença verificada entre o pago e o devido será objeto de atualização nos mesmos moldes do art. 175."

O decreto regulamentador, *a contrario sensu*, prestigia a boa-fé, uma vez que apenas em caso de dolo, fraude ou má-fé a cobrança se faz em parcela única.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que benefícios previdenciários têm caráter alimentar, o que os torna irrepetíveis:

> "PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ARTIGO 557 DO CPC. CABIMENTO. OMISSÃO NO JULGADO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NÃO-OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. AÇÃO RESCISÓRIA. CONVERSÃO DE BENEFÍCIO EM URV. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. INADMISSIBILIDADE. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR.
> (...)
> 4. Uma vez reconhecida a natureza alimentar dos benefícios previdenciários é inadmissível a pretensão de restituição dos valores pagos aos segurados, em razão do princípio da irrepetibilidade ou da não-devolução dos alimentos.
> 5. Agravo regimental desprovido."
> (AgReg no REsp 697.397/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 16.5.2005).

E, ainda:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL.

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA OMISSÃO ALEGADA. SÚMULA Nº 284/STF. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR TODOS OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA Nº 283/STF. CONVERSÃO DA RENDA MENSAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM URV. RESTITUIÇÃO DOS VALORES. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZA ALIMENTAR. IRREPETIBILIDADE.

(...)

4. É firme o constructo doutrinário e jurisprudencial no sentido de que os benefícios previdenciários têm natureza alimentar, sendo, portanto, irrepetíveis.

5. Agravo regimental improvido."

(AgReg no REsp 668.770/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 11.4.2005).

A apelante recebeu verbas de natureza alimentar, o que, pela jurisprudência do STJ, tornaria irrepetíveis as quantias recebidas.

Por outro lado, afronta a consciência aceitar que a fraude e a má-fé restem relevadas em razão da natureza alimentar do benefício.

A boa-fé tem sido prestigiada por todos os ramos do direito.

Maria Helena Diniz define a boa-fé para o Direito Civil:

"*a)* estado de espírito em que uma pessoa, ao praticar ato comissivo ou omissivo, está convicta de que age de conformidade com a lei; *b)* convicção errônea da existência de um direito ou da validade de um ato ou negócio jurídico. Trata-se da ignorância desculpável de um vício do negócio ou da nulidade de um ato, o que vem a atenuar o rigor da lei, acomodando-a à situação e fazendo com que se dêem soluções diferentes conforme a pessoa esteja ou aja de boa ou má-fé, considerando a boa-fé do sujeito, acrescida de outros elementos, como produtora de efeitos jurídicos

> na seara das obrigações, das coisas, no direito de família e até mesmo no direito das sucessões; *c)* lealdade ou honestidade no comportamento, considerando-se os interesses alheios, e na celebração e execução dos negócios jurídicos; propósito de não prejudicar direitos alheios. (...)".

Conforme se depreende dos autos, a apelante realmente trabalhou para Ademir Mina durante muito tempo, de 1980 a 1996, como empregada doméstica, em sua residência. Nessa condição, era segurada obrigatória da previdência social.

E também consta dos autos que a advogada que providenciou o requerimento do benefício no INSS foi indicada à apelante pelo patrão, Ademir Mina.

Não parece que a apelante, trabalhadora segurada obrigatória do INSS, desempenhando a humilde profissão de empregada doméstica, pudesse ter avaliado que o registro em CTPS feito por Ademir Mina ME não correspondia ao seu real patrão, Ademir Mina. No exame cabível nesta sede, percebe-se que a apelante tem contribuições ao regime previdenciário que podem, em tese, lhe dar o direito à aposentadoria cassada.

Aliás, a situação de que ora se trata é muito comum na realidade das empregadas domésticas, que exercem sua atividade na residência, mas são registradas como empregadas da empresa de seu patrão.

Parece que à mesma conclusão chegou o juízo criminal, uma vez que não há notícias de que tenha sido a ora apelante indiciada por esses fatos, mas sim, o patrão, Ademir Mina, foi enquadrado e condenado como incurso no art. 171, § 3º, do Código Penal.

Por essas razões, não encontro a má-fé na conduta da apelante que justifique sua condenação à devolução das parcelas mensais da aposentadoria por idade.

A cassação da aposentadoria já é penalidade injustificável para quem, a meu ver, não agiu de má-fé e tem contribuições para o sistema previdenciário no período anterior àquele colhido pela fraude. A devolução, por isso, não se justifica e só poderia ser

cogitada em caso de dolo da apelante.

Há precedentes desta Corte no mesmo sentido:

> "PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINARES REJEITADAS. FRAUDE À PREVIDÊNCIA. REPETIÇÃO DE VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA.
> (...)
> 3. A jurisprudência desta Corte, em especial da Décima Turma, tem prestigiado o entendimento de que a continuidade no pagamento de benefício concedido mediante fraude, com suposto esteio em coisa julgada, ofende ao princípio da moralidade, pois, com suporte em um princípio que visa à segurança jurídica, estar-se-ia propiciando a dilapidação do patrimônio público a partir da má-fé escancarada de quem realizou a fraude, impondo-se, assim, o cancelamento do benefício, em nome da própria dignidade da administração pública, até mesmo por sobre o manto da coisa julgada.
> 4. O fato de o procedimento criminal onde se apura a fraude não ter sido, eventualmente, encerrado, não impede a conclusão, pelo magistrado a quo, no sentido da ocorrência da fraude no âmbito desta ação, amparado nas provas aqui produzidas, até porque as instâncias administrativa, civil e penal são independentes.
> 5. Embora não se possa admitir o enriquecimento sem causa e o locupletamento indevido em prejuízo dos cofres públicos, a repetição dos valores recebidos indevidamente em razão de fraude exige, tendo em vista seu caráter alimentar, o dolo na conduta da beneficiada pela fraude. Hipótese não comprovada nos autos.
> (...)".
> (TRF3, Apelação Cível 1061305, Processo nº 2005.03.99.043724-0 - SP, Turma Suplementar da Terceira Seção, Relator: JUIZ CONVOCADO ALEXANDRE

SORMANI, Data do Julgamento: 18/12/2007, DJU: 23/01/2008, PÁGINA: 734)

Isto posto, rejeito a preliminar e dou provimento à apelação para julgar improcedente o pedido inicial.

Condeno o INSS ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em R$ 400,00 (quatrocentos reais), isentando-o das custas.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000010-36.2006.4.03.6104
(2006.61.04.000010-5)

Apelante: JOSÉ PEREIRA DOS SANTOS (= ou > de 60 anos)
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RENATO BARTH
Classe do Processo: AC 1301725
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/07/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. EXTRATOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. "CONTRATO" DE CADERNETA DE POUPANÇA. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL.

A jurisprudência desta Egrégia Terceira Turma consolidou-se no sentido da ausência de interesse processual na propositura de ação cautelar de exibição de extratos de cadernetas de poupança, uma vez que é perfeitamente possível requerer a exibição desses documentos na própria ação condenatória, conforme autorizam os artigos 355 e seguintes do Código de Processo Civil.

A mesma solução deve ser adotada em relação ao alegado "contrato de caderneta de poupança", cuja exibição também é requerida. Sendo certo que as condições de remuneração das cadernetas de poupança são ditadas por lei (ou por norma com a mesma estatura), é absolutamente desnecessária a exibição desse documento, já que não teria qualquer utilidade prática, nem influiria no julgamento da lide principal.

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

São Paulo, 15 de julho de 2010.

Juiz Federal Convocado RENATO BARTH - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RENATO BARTH (Relator):

Trata-se de ação cautelar, proposta com a finalidade de compelir a CEF a exibir os extratos da caderneta de poupança de titularidade da parte autora, assim como do contrato de poupança que teria sido firmado entre as partes.

A r. sentença julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual, diante da ausência de prova de solicitação administrativa dos extratos. A parte autora foi condenada ao pagamento de honorários de advogado, fixados em R$ 300,00 (trezentos reais), cuja execução ficou suspensa, na forma dos arts. 11 e 12 da Lei nº 1.060/50.

Apela a parte autora requerendo a reforma da sentença, aduzindo que havido recusa tácita da CEF, que não teria respondido à requisição administrativa.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal, em que o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RENATO BARTH - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RENATO BARTH (Relator):

A jurisprudência desta Egrégia Terceira Turma consolidou-se no sentido da ausência de interesse processual na propositura de ação cautelar de exibição de extratos de cadernetas de poupança,

uma vez que é perfeitamente possível requerer a exibição desses documentos na própria ação condenatória, conforme autoriza o art. 355 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido são os seguintes precedentes:

> "PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - EXTRATOS DE CONTA POUPANÇA - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - POSSIBILIDADE DE EXIBIÇÃO INCIDENTAL (ART. 355 DO CPC). I - Conquanto esta E. Turma já tenha se pronunciado no sentido de que os extratos bancários são indispensáveis à propositura de ações condenatórias de expurgos inflacionários, devendo ser anexados com a petição inicial, nos moldes do disposto no artigo 283 do CPC, a dificuldade na obtenção dos extratos, somado ao fato de ser aplicável às instituições financeiras o Código de Defesa do Consumidor, provocou a alteração de entendimento deste órgão colegiado, que passou a admitir o ajuizamento da ação sem a aludida documentação desde que provado nos autos que a parte tentou obtê-los de forma administrativa e que haja indícios de ser ou de ter sido correntista na instituição financeira. II - Caso em que foi demonstrada a existência da(s) conta(s) poupança pela parte autora. Desta forma, prescindível o ajuizamento da ação cautelar, porque aplicável à hipótese o disposto nos artigos 355 a 363 do Código de Processo Civil, que preveem a exibição incidental. III - Não existindo interesse de agir por parte da autora, eis que os extratos podem ser apresentados nos próprios autos da ação de cobrança, o feito merece extinção sem resolução do mérito. IV - Sucumbência invertida. V - Apelação provida" (AC 2007.61.24.000860-8, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, DJF3 13.4.2010, p. 121).

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - EXTRATOS DE CONTA-POUPANÇA - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL 1 - Não se vislumbra qualquer interesse de agir por parte do autor/

apelante no que tange à propositura da ação cautelar, posto que basta mera petição, nos próprios autos da ação ordinária, para requerer a juntada dos documentos pleiteados. 2 - Outrossim, conforme entendimento desta Turma, qualquer indício da existência da conta-poupança é suficiente para a apreciação do direito pleiteado. 3 - Apelação não provida" (AC 2007.61.04.006249-8, Rel. Des. Fed. NERY JUNIOR, DJF3 24.3.2009, p. 867).

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. APELAÇÃO. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. EXTRATOS DE CONTA-POUPANÇA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. SENTENÇA MANTIDA. 1. Na hipótese, basta compulsar os autos para verificar que os próprios requerentes demonstraram nos autos ser titulares de caderneta de poupança junto à requerida, sendo isso o bastante para o ajuizamento da ação principal e nesta, por meio de simples pedido na inicial, seria requerida a juntada dos extratos. 2. Ora, sabe-se que a ação cautelar visa a assegurar o resultado útil do processo principal, tornando-se inadequado o seu ajuizamento quando o objeto pleiteado pode ser obtido por meio da ação própria. 3. Ademais, os requerentes não provaram, por meio de documento, a negativa da requerida em fornecer os extratos, não servindo para tanto a carta acostada. 4. Em suma, de um lado, não vislumbro interesse de agir por parte dos requerentes e, de outro, estes não provaram a negativa da requerida, e, ainda, cumularam pedidos incompatíveis em sede cautelar, impondo-se, pois, a confirmação da sentença fustigada. 5. Precedentes da Turma. 6. Apelação a que se nega provimento" (AC 2007.61.19.004399-0, Rel. VALDECI DOS SANTOS, DJF3 04.8.2009, p. 130).

No caso em exame, embora a autora tenha requerido administrativamente a exibição dos extratos (conforme demonstram os documentos de fls. 13-14), tal providência não afasta a

desnecessidade de recurso à via judicial, dado que a conta e a agência foram devidamente individualizados (fls. 03).

A mesma solução deve ser adotada em relação ao alegado "contrato de caderneta de poupança", cuja exibição também é requerida. De fato, sendo certo que as condições de remuneração das cadernetas de poupança são ditadas por lei (ou por norma com a mesma estatura), é absolutamente desnecessária a exibição desse documento, já que não teria qualquer utilidade prática, nem influiria no julgamento da lide principal.

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RENATO BARTH - Relator

APELAÇÃO CÍVEL (AMS) 0004412-94.2006.4.03.6126 (2006.61.26.004412-2)

Apelante: METODO SERVIÇOS TEMPORÁRIOS LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AMS 294909
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2010

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. EMPRESA DE LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA. LEIS Nº 10.637/02 E 10.833/03. LEGITIMIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDEVIDOS.

1 - Vale ressaltar no que tange às alterações promovidas pela MP nº 66/2002, convertida na Lei nº 10.637/2002 e pela MP nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833/2003, que o E. Supremo Tribunal Federal já se manifestara no sentido de ausência de identidade entre a fundamentação que se adotou à interpretação da Lei nº 9.718/1998 com as posteriores alterações decorrentes das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 (RE-AgR 483213/SP e RE-ED 379243/PR).

2 - Outrossim, o § 12º do artigo 195 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 42/03, previu que a lei definirá os setores da atividade econômica para os quais as contribuições serão não cumulativas. Desse modo, a Lei nº 10.637/02, resultante da MP nº 66/02, e a Lei nº 10.833/03, resultante da MP nº 135/03, tornaram o PIS e a COFINS tributos não cumulativos.

3 - A Lei nº 10.637/02, conforme seu art. 68, II, passou a produzir efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2002, enquanto que a Lei nº 10.833/03, a partir de 1º de fevereiro de 2004, nos termos do art. 93, I, desta última.

4 - A contribuição para o PIS/COFINS, nos termos do art. 1º das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, tem como fato

gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, compreendendo a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

5 - No caso em comento, tratando-se a impetrante de empresa fornecedora de mão-de-obra temporária para outras pessoas jurídicas, a partir da vigência das leis acima mencionadas, os valores destinados ao pagamento de salários e demais encargos trabalhistas dos trabalhadores temporários, assim como a taxa de administração cobrada das empresas tomadoras de serviços, passaram a integrar a base de cálculo para o recolhimento da contribuição ao PIS e COFINS, nos termos da legislação vigente.

6 - Não é devida a condenação da impetrante ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos das Súmulas nº 105 do E. STJ e 512 do C. STF.

7 - Apelação da impetrante parcialmente conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer parcialmente da apelação, dando-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

São Paulo, 20 de maio de 2010.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Cuida-se de mandado de segurança, impetrado em 18 de agosto de 2006, contra o Delegado da Receita Federal em Santo

André/SP, com pedido de liminar, objetivando a suspensão da exigibilidade da contribuição ao PIS e da COFINS com base nas Leis nº 10.637/02 e 10.833/03, que ampliaram a base de cálculo e majoraram a alíquota das aludidas exações, para que a impetrante não seja obrigada a recolhê-las sobre o total das Notas, devendo incidir apenas sobre a taxa de administração, considerando ser esse o valor do serviço e, por sua vez, o do faturamento. Requereu, ainda, seja-lhe assegurada a restituição ou compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de COFINS/PIS com base nos referidos diplomas legais, acrescidos de juros e correção monetária, bem como a condenação da autoridade impetrada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios. Atribuído à causa o valor R$ 1.000,00.

A medida liminar foi indeferida (fls. 340/343).

Prestadas as informações pela autoridade impetrada.

A impetrante interpôs agravo de instrumento contra o indeferimento da liminar, tendo sido deferida a suspensividade postulada (fls. 397/401) e, posteriormente, negado seguimento ao agravo (fl. 424).

O MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido e denegou a segurança pleiteada, condenando a impetrante ao pagamento de honorários advocatícios e de custas processuais integrais no percentual de 1% do valor da causa (fls. 368/371).

A impetrante apelou, requerendo, preliminarmente, o processamento e julgamento do agravo de instrumento nº 2006.03.00.101728-7 e, no mérito, a reforma da sentença para que seja reconhecido o direito à tributação apenas sobre a taxa de serviços, sendo esta o faturamento da impetrante (fls. 380/390).

Regularmente processado o recurso e com contrarrazões (fls. 408/411), vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou parecer às fls. 416/421, opinando pelo não provimento do recurso da impetrante, mantendo-se a sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Trata-se de Mandado de Segurança impetrado com o escopo de afastar a exigibilidade da contribuição ao PIS e da COFINS nos termos das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, sob o fundamento de inconstitucionalidade, a fim de que a impetrante possa recolher as referidas exações apenas sobre a taxa de serviços, e efetuar a compensação dos valores recolhidos indevidamente a título dessas contribuições com base nas leis impugnadas.

Primeiramente, não conheço da apelação da impetrante no que tange ao pedido de conhecimento e julgamento do agravo de instrumento nº 2006.03.00.101728-7, porquanto tal recurso já foi processado, conforme se verifica do relatório.

Passo à apreciação da parte conhecida do recurso.

No que tange às alterações promovidas pela MP nº 66/2002, convertida na Lei nº 10.637/2002 e pela MP nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833/2003, o E. Supremo Tribunal Federal já se manifestara no sentido de ausência de identidade entre a fundamentação que se adotou à interpretação da Lei nº 9.718/1998 com as posteriores alterações decorrentes das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003 (RE-AgR 483213/SP e RE-ED 379243/PR).

Outrossim, o § 12º do artigo 195 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 42/03, previu que a lei definirá os setores da atividade econômica para os quais as contribuições serão não-cumulativas. Desse modo, as leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 tornaram o PIS e a COFINS tributos não-cumulativos.

Com efeito, dispõe o art. 1º, e parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 10.637/02, resultado da conversão da MP nº 66/2002:

> "Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.
> § 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas

> compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.
> § 2º A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no *caput*."

E, ainda, o art. 1º, e parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 10.833/03, resultado da conversão da MP nº 135/2003:

> "Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.
> § 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.
> § 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no *caput*."

A Lei nº 10.637/02, conforme seu art. 68, II, passou a produzir efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2002, enquanto que a Lei nº 10.833/03, a partir de 1º de fevereiro de 2004, nos termos do art. 93, I, desta última.

No caso em comento, tratando-se a impetrante de empresa fornecedora de mão-de-obra temporária para outras pessoas jurídicas, a partir da vigência das leis acima mencionadas, os valores destinados ao pagamento de salários e demais encargos trabalhistas dos trabalhadores temporários, assim como a taxa de administração cobrada das empresas tomadoras de serviços, passaram a integrar a base de cálculo para o recolhimento da contribuição ao PIS e COFINS, nos termos da legislação vigente.

Desse modo, não merece prosperar o inconformismo da impetrante, porquanto as Leis nº 10.637/02 e 10.833/03 ampliaram

a base de cálculo para o recolhimento das contribuições ao PIS e COFINS, conforme exposto.

Na esteira desse raciocínio, trago à colação arestos desta Corte e do E. Superior Tribunal de Justiça:

> "TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. PIS E COFINS . EMPRESAS DE LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA TEMPORÁRIA. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. RECEITA BRUTA. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nº 10.637/02 E Nº 10.833/03. DENEGAÇÃO.
> I - Agravo retido interposto pela Fazenda Nacional e reiterado na apelação não conhecido, pois a matéria nele discutida foi devolvida totalmente pela apelação. Precedente desta 3ª Turma.
> II - Originariamente, a contribuição COFINS estava prevista na Lei Complementar nº 70/91, basicamente nos artigos 1º e 2º, e a contribuição ao PIS , antes das alterações promovidas pela Lei nº 9.715/98, estava prevista no art. 3º da Lei Complementar nº 7/70.
> III - O C. STF reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que pretendia alterar a noção do termo faturamento que estava previsto na legislação como sendo a receita bruta da venda de mercadorias e serviços, mesmo que não acompanhadas de fatura, com este significado tendo sido contemplado pela Constituição Federal de 1988 e, assim, não pode a lei tributária modificar tal definição, nos termos do art. 110 do Código Tributário Nacional, e ainda, se a norma legal não encontra amparo no texto original do inciso I do artigo 195 da CF/88 (dentro da expressão faturamento), é irrelevante que tenha sido promulgada posteriormente a EC nº 20/98, que alterou o inciso I do artigo 195 da Constituição da República para incluir, como base de cálculo das contribuições devidas pelos empregadores, a receita bruta, pois ela não tem o poder de convalidar as normas legais anteriormente

editadas com a eiva de inconstitucionalidade (STF, Pleno, maioria. RE 390840/MG. Rel. Min. Marco Aurélio, J. 09/11/2005, DJ 15-08-2006, p. 25; EMENT 2242-03, p. 372).
IV - Legítima a alteração promovida pelos artigos 1º das Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03 na base de cálculo das contribuições PIS e COFINS . O óbice à constitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, reconhecida pela Suprema Corte, agora não mais existe para as citadas Leis desde a Emenda nº 20/98, que deu nova redação ao inciso I, alínea 'b', do artigo 195, da Constituição Federal. Por outro aspecto, foi assentado pela Suprema Corte não estar a contribuição ao PIS sujeita às restrições do artigo 195, inciso I e aos arts. 195, § 4º, e 154, I (ADI nº 1.417), pelo que sua hipótese de incidência não está vinculada à noção constitucional do termo 'faturamento' contido naquele primeiro dispositivo legal, por isso sendo legítimas as alterações de sua base de cálculo promovidas pela Lei nº 10.637/02.
V - No período anterior à vigência das Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, a base de cálculo do PIS e da COFINS das empresas de mão-de-obra temporária (regida pela Lei 6.019/74 e pelo Decreto nº 73.841/74), intermediárias entre o contratante da mão-de-obra e o terceiro que é colocado no mercado de trabalho, consistia justamente nesta intermediação, ou seja, apenas no preço do serviço prestado (taxa de administração ou comissão), pois o faturamento até então era considerado como a venda de mercadorias e serviços.
VI - Após a vigência das Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, com a ampliação de sua base de cálculo, agora definido como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, ou seja, a receita bruta da venda de bens e serviços, nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas, as empresas locadoras de mão-de-obra temporária devem recolher sobre o total do

valor recebido pela impetrante como pagamento pelos serviços prestados, acordado por meio de contrato com a tomadora de serviços, não ficando restrito à taxa de administração.
VII - Na hipótese dos autos, mandado de segurança impetrado em 29/09/2005, após o advento das leis novas, os valores recebidos a título de pagamento de salários e encargos sociais dos trabalhadores temporários, pela fornecedora de serviço de mão-de-obra, não podem ser excluídos da base de cálculo do PIS e da COFINS , em face do disposto nas Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003.
VIII - Apelação e Remessa Oficial providas. Ordem denegada."
(TRF 3ª Região, AMS 308301/SP, Proc. 2005.61.09.007079-2, TERCEIRA TURMA, Relator Juiz Convocado SOUZA RIBEIRO, DJ: 23/04/2009, DJF3 CJ2 data: 12/5/2009, pg. 158)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. SALÁRIOS E ENCARGOS PAGOS AOS TRABALHADORES CEDIDOS. INCIDÊNCIA.
1. O faturamento, entendido como receita bruta obtida por meio das vendas de mercadorias e de serviços de qualquer natureza, constitui a base de cálculo do PIS e da COFINS.
2. No caso de empresas de intermediação de mão-de-obra, os valores recebidos dos tomadores de serviços ingressam no caixa do empresário, por direito próprio, em face do exercício do seu objeto social (locação de mão-de-obra), correspondendo ao seu faturamento.
3. Diante da ausência de previsão legal, os salários e os encargos sociais que a empresa locadora de mão-de-obra desembolsa em razão das pessoas que coloca à disposição do tomador de serviços não podem ser excluídos do âmbito de incidência das Contribuições Sociais sobre o faturamento.
4. Recurso Especial provido."

(STJ, AMS 954719/SC, SEGUNDA TURMA, Relator. MINISTRO HERMAN BENJAMIN, DJ: 13/11/2007, Dje: 25/11/2008, RDDT, vol. 162, p. 112).

Por sua vez, não é devida a condenação da impetrante ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos das Súmulas nºs 105 do E. STJ e 512 do C. STF.

Isto posto, conheço parcialmente da apelação, dando-lhe parcial provimento tão-somente para afastar a condenação da impetrante ao pagamento de honorários advocatícios, mantendo-se o disposto contido na sentença em todos os demais termos.

É o voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0005208-66.2006.4.03.6100
(2006.61.00.005208-8)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: SODEXHO DO BRASIL COML/ LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 13ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: AMS 312964
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2010

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 42, DE 2003 - CONTRIBUIÇÕES COFINS E PIS NAS IMPORTAÇÕES - LEI Nº 10.865/04 - BASE DE CÁLCULO - CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE - HIERARQUIA DAS LEIS, ANTERIORIDADE, TIPICIDADE, SEGURANÇA JURÍDICA, ISONOMIA - DIREITO DE USO DE MARCA - LEGITIMIDADE DA INCIDÊNCIA COMO "BEM" JURÍDICO SUJEITO A IMPORTAÇÃO, E NÃO COMO PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.

I - Não é objeto da presente impetração a questão, suscitada na apelação da União Federal, relativa à inclusão na base de cálculo destas contribuições do valor do ICMS e das outras contribuições, eis que não suscitada na inicial do "mandamus" e nem tratada na sentença recorrida, por isso nada devendo ser disposto a respeito deste tema.

II - Plena legitimidade das contribuições PIS e COFINS incidentes sobre a importação de bens e serviços, criadas pela Lei nº 10.865/04 (DOU 30.04.2004), resultante da Medida Provisória nº 164/04 (DOU 29.01.2004), fundamentadas nos artigos 149, § 2º, inciso II, e 195, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, dispositivos introduzidos pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003.

III - Trata-se de contribuição previdenciária do importador, estabelecida com base no artigo 195, inciso IV, da Constituição da República, estando pacificado pelo Supremo Tribunal Federal que as contribuições previstas em tal dispositivo constitucional podem ser reguladas por lei ordinária, não necessitando de lei complementar (precedente do STF: ADCon nº 01-1/DF ao tratar da criação da COFINS pela LC nº 70/91), por isso não havendo impedimento para serem dispostas por medida provisória, cuja utilização não estaria vedada pelo artigo 246 da Constituição, na redação da Emenda nº 32, de 2001 (DOU 12.09.2001), pois a Lei nº 10.865/04 regulamentou dispositivos constitucionais introduzidos apenas após a sua promulgação (os incisos II e III do § 2º do artigo 149, criados pelas Emendas nº 33, de 2001, e nº 42, de 2003, bem como os §§ 12 e 13 do artigo 195, criados pela Emenda nº 42, de 2003).

IV - Não altera esta conclusão o fato de a Lei nº 10.865/04 haver se referido, como fundamento para a criação destas novas contribuições PIS e COFINS sobre as importações, não apenas ao art. 195, IV, mas também ao art. 149, § 2º, II, da Constituição Federal, este último dispositivo que, por sua vez, se reporta em seu "caput" ao dever de observância à regra do art. 146, III, para a criação de novas contribuições sociais, pois o relevante é que a previsão da incidência contributiva no inciso IV do art. 195 já traz em si todos os elementos para sua incidência, eis que a importação de bens e serviços do exterior já tem previsão de longa data no sistema normativo pátrio, que assenta a incidência e a base de cálculo tanto nos casos de ingresso de bens como no de prestação serviços provenientes do exterior, a qual foi implicitamente considerada pelo legislador constituinte ao introduzir a nova regra do inciso IV no art. 195, da Lei Maior, atendendo-se à especificidade de que a base das contribuições sociais, de que são espécie as previdenciárias, aplicam-se também as regras dos incisos II e III do art. 149, introduzidas pelas ECs nº 42/2003 e 33/2001.

V - A base de cálculo estabelecida nos incisos I e II do art. 7º desta lei tem previsão e conformação à hipótese de incidência prevista no inciso II, do art. 149 e inciso IV do art. 195 da Constituição, instituída pela Emenda nº 42, de 2003, dispositivos que devem ser combinados com o inciso III do artigo 149, incluído pela Emenda nº 33, de 2001, segundo o qual estas contribuições sociais podem ter alíquota específica, tendo por base a unidade de medida adotada, ou alíquota "ad valorem", neste último caso podendo ter por base, à opção do legislador infraconstitucional, "o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro", ou seja, quaisquer destas bases de cálculo podendo ser consideradas pelo legislador na definição destas novas contribuições, e não apenas o "valor aduaneiro" para as importações, não se extraindo desta previsão legal indeterminação da base de cálculo que implique em ofensa aos princípios tributários da segurança jurídica e da tipicidade, também não havendo alteração do conceito de valor aduaneiro que implique em ofensa aos artigos 98 e 110 do CTN.

VI - No caso sob exame, o contrato de licença ou cessão de direito de uso de marca, apesar de não poder ser conceituado como uma prestação de serviços (embora este contrato possa ser combinado com outras relações bilaterais que caracterizem em si uma prestação de serviços, como, por exemplo, no contrato de franquia ou franchesing, mas que de qualquer forma tipificariam um contrato híbrido com natureza diversa da pura prestação de serviços, como vem sendo reconhecido de longa data pelo E. STJ para fins de não incidência de ISSQN: vide julgados da 1ª Turma, AGA 746597; 2ª Turma, RESP 403799, adiante transcritos), o fato é que o direito de uso de marca é um bem jurídico sujeito a importação e incidência das contribuições PIS e COFINS da Lei nº 10.865/04.

VII - A Lei nº 10.685/04, em razão da regra inserta no art. 15, II, da Lei nº 10.865/04, não ofende o princípio da

isonomia tributária ou da não-cumulatividade. Se o direito de uso de marca caracteriza bem jurídico sujeito à importação e incidência das contribuições ora questionadas nos termos da legislação de regência, perde relevância também a tese da impetrante no sentido de que, por não ser uma prestação de serviço, não poderia ser o valor pago a tal título considerado para fins de atendimento à regra legal indicada.

VIII - Inexistência de ofensa ao princípio da irretroatividade tributária e ao ato jurídico perfeito, pois a incidência contributiva, no caso, ocorre apenas sobre os pagamentos ocorridos a partir da vigência da nova legislação, sem efeitos retroativos e sem afetar o contrato estabelecido entre os particulares, não havendo proibição a que sejam criadas novas exigências fiscais que venham alcançar os efeitos futuros de contratos antes firmados.

IX - Remessa oficial e apelação da União Federal providas. Segurança denegada.

X - Prejudicado o agravo retido, ante o julgamento definitivo do feito pela Turma nesta oportunidade e porque não reiterado nas razões recursais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, bem como julgar prejudicado o agravo retido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de maio de 2010.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO

(Relator): Trata-se de remessa oficial e apelação (fls. 229/253) interposta pela UNIÃO FEDERAL em face de sentença (fls. 210/218) que concedeu mandado de segurança impetrado aos 10.03.2009 POR SODEXHO DO BRASIL COMERCIAL LTDA. em face do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO/SP, para o fim de desobrigar a impetrante do recolhimento das contribuições PIS-Importação e de COFINS-Importação, previstas na Lei nº 10.865/04, incidentes sobre os valores por ela pagos desde maio de 2004 e subseqüentes a serem pagos pela de cessão de direito de uso de marcas, proveniente do exterior, a que se refere o Contrato de Licença para Uso de Marcas averbado no INPI sob nº 990541/01.

Na impetração alegou-se, em suma:

1º) que a cessão de direito de uso de marca não configura prestação de serviço, uma vez que não constitui obrigação de fazer, pelo que não se insere no campo de imposição estabelecido pela Lei 10.865/04 (princípio da estrita legalidade; CTN, art. 110);

2º) impossibilidade de criação das contribuições por medida provisória ou lei ordinária, pois o art. 149, § 2º, II c. c. art. 195, IV, da CF, exigiriam edição de lei complementar nos termos do art. 146, III da mesma Carta;

3º) ofensa ao princípio da irretroatividade tributária e ao ato jurídico perfeito - impossibilidade de exigência das contribuições em relação aos valores pagos quanto ao contrato sob análise porque foi firmado antes da sua criação e vigência pela MP nº 164/04, convertida na Lei nº 10.865/04;

4º) violação ao princípio da isonomia e descumprimento da não-cumulatividade do PIS/COFINS porque o art. 15, II, da referida Lei concede direito de crédito *apenas* nos casos de *bens e serviços utilizados como insumos na prestação de serviços ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, inclusive combustível e lubrificantes*, sendo que a cessão de direito de uso de marca não poderia ser considerada "insumo" nos termos do referido dispositivo e por isso mesmo não seria atendido o princípio da não-cumulatividade.

A sentença assentou-se no entendimento único de que

haveria necessidade de lei complementar para dispor sobre as contribuições sobre importação previstas no art. 149, § 2º, II e 195, IV, da CF, na redação introduzida pela EC nº 42, de 19.12.2003, requisito não atendido com a Lei nº 10.865/04.

Sustenta a União/apelante, em suas razões recursais, em síntese, que:

1 - as contribuições PIS-Importação e COFINS-Importação têm previsão no art. 195, IV, da Constituição Federal, não se tratando de contribuições da competência residual que exigisse atenção à regra do § 4º do mesmo dispositivo c. c. art. 154, I da mesma;

2 - não haveria nenhuma inovação legislativa ao mandar incluir na base de cálculo destas contribuições o valor do ICMS e das outras contribuições, pois seria o mesmo tratamento dispensado aos contribuintes no mercado interno, sendo que a impetrante, assim como as demais empresas optantes pela apuração do IR pelo Lucro Real, está sujeita às contribuições ao PIS e à COFINS de forma não-cumulativa.

A apelada apresentou contra-razões (fls. 261/281), subindo os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer do Procurador Regional da República Dr. Sérgio Monteiro Medeiros, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 283/287).

Em primeira instância foi concedida medida liminar, contra a qual a União Federal se insurgiu através de agravo de instrumento, o qual foi convertido em Agravo Retido (AG nº 2006.03.00.037692-9, em anexo).

Dispensada a revisão, por tratar-se de matéria predominante de direito, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Prejudicado o agravo retido, ante o julgamento definitivo

do feito pela Turma nesta oportunidade e porque não reiterado nas razões recursais.

Passo ao exame das questões controvertidas.

Consigno, desde logo, que não é objeto da presente impetração a questão, suscitada na apelação da União Federal, relativa à inclusão na base de cálculo destas contribuições do valor do ICMS e das outras contribuições, eis que não suscitada na inicial do "mandamus" e nem tratada na sentença recorrida, por isso nada devendo ser disposto a respeito deste tema.

Anoto, outrossim, que a presente demanda trata apenas da Lei nº 10.865/2004, que criou o PIS-Importação e a COFINS-Importação, pelo que analiso a seguir os argumentos de costume levantados para impugnar esta nova exigência fiscal, sendo que o presente julgamento se restringe aos argumentos controvertidos nos presentes autos.

I - Da incidência das contribuições PIS e COFINS nas Importações

I.a - Previsão Normativa

A matéria em discussão nestes autos diz respeito à *Lei nº 10.865/04* (DOU 30.04.2004), resultante da *Medida Provisória nº 164/04* (DOU 29.01.2004), que instituiu as contribuições PIS e COFINS incidentes sobre a importação de bens e serviços, com base nos artigos 149, § 2º, inciso II, e 195, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, dispositivos introduzidos pela *Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003*, adiante reproduzidos:

> "*LEI Nº 10.865, DE 30 DE ABRIL DE 2004* - Conversão da MPv nº 164, de 2004 (DOU 29.01.2004) - Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências.

CAPÍTULO I - DA INCIDÊNCIA

Art. 1º Ficam instituídas a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público incidente na Importação de Produtos Estrangeiros ou Serviços - PIS/PASEP-Importação e a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de Bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior - COFINS-Importação, com base nos arts. 149, § 2º, inciso II, e 195, inciso IV, da Constituição Federal, observado o disposto no seu art. 195, § 6º.

§ 1º Os serviços a que se refere o *caput* deste artigo são os provenientes do exterior prestados por pessoa física ou pessoa jurídica residente ou domiciliada no exterior, nas seguintes hipóteses:

I - executados no País; ou

II - executados no exterior, cujo resultado se verifique no País.

§ 2º Consideram-se também estrangeiros:

I - bens nacionais ou nacionalizados exportados, que retornem ao País, salvo se:

a) enviados em consignação e não vendidos no prazo autorizado;

b) devolvidos por motivo de defeito técnico para reparo ou para substituição;

c) por motivo de modificações na sistemática de importação por parte do país importador;

d) por motivo de guerra ou de calamidade pública; ou

e) por outros fatores alheios à vontade do exportador;

II - os equipamentos, as máquinas, os veículos, os aparelhos e os instrumentos, bem como as partes, as peças, os acessórios e os componentes, de fabricação nacional, adquiridos no mercado interno pelas empresas nacionais de engenharia e exportados para a execução de obras contratadas no exterior, na hipótese de retornarem ao País.

Art. 2º As contribuições instituídas no art. 1º desta Lei não incidem sobre:

I - bens estrangeiros que, corretamente descritos nos documentos de transporte, chegarem ao País por erro inequívoco ou comprovado de expedição e que forem redestinados ou devolvidos para o exterior;
II - bens estrangeiros idênticos, em igual quantidade e valor, e que se destinem à reposição de outros anteriormente importados que se tenham revelado, após o desembaraço aduaneiro, defeituosos ou imprestáveis para o fim a que se destinavam, observada a regulamentação do Ministério da Fazenda;
III - bens estrangeiros que tenham sido objeto de pena de perdimento, exceto nas hipóteses em que não sejam localizados, tenham sido consumidos ou revendidos;
IV - bens estrangeiros devolvidos para o exterior antes do registro da declaração de importação, observada a regulamentação do Ministério da Fazenda;
V - pescado capturado fora das águas territoriais do País por empresa localizada no seu território, desde que satisfeitas as exigências que regulam a atividade pesqueira;
VI - bens aos quais tenha sido aplicado o regime de exportação temporária;
VII - bens ou serviços importados pelas entidades beneficentes de assistência social, nos termos do § 7º do art. 195 da Constituição Federal, observado o disposto no art. 10 desta Lei;
VIII - bens em trânsito aduaneiro de passagem, acidentalmente destruídos;
IX - bens avariados ou que se revelem imprestáveis para os fins a que se destinavam, desde que destruídos, sob controle aduaneiro, antes de despachados para consumo, sem ônus para a Fazenda Nacional; e
X - o custo do transporte internacional e de outros serviços, que tiverem sido computados no valor aduaneiro que serviu de base de cálculo da contribuição.
CAPÍTULO II - DO FATO GERADOR
Art. 3º O fato gerador será:

I - a entrada de bens estrangeiros no território nacional; ou
II - o pagamento, o crédito, a entrega, o emprego ou a remessa de valores a residentes ou domiciliados no exterior como contraprestação por serviço prestado.
§ 1º Para efeito do inciso I do *caput* deste artigo, consideram-se entrados no território nacional os bens que constem como tendo sido importados e cujo extravio venha a ser apurado pela administração aduaneira.
§ 2º O disposto no § 1º deste artigo não se aplica:
I - às malas e às remessas postais internacionais; e
II - à mercadoria importada a granel que, por sua natureza ou condições de manuseio na descarga, esteja sujeita a quebra ou a decréscimo, desde que o extravio não seja superior a 1% (um por cento).
§ 3º Na hipótese de ocorrer quebra ou decréscimo em percentual superior ao fixado no inciso II do § 2º deste artigo, serão exigidas as contribuições somente em relação ao que exceder a 1% (um por cento).
Art. 4º Para efeito de cálculo das contribuições, considera-se ocorrido o fato gerador:
I - na data do registro da declaração de importação de bens submetidos a despacho para consumo;
II - no dia do lançamento do correspondente crédito tributário, quando se tratar de bens constantes de manifesto ou de outras declarações de efeito equivalente, cujo extravio ou avaria for apurado pela autoridade aduaneira;
III - na data do vencimento do prazo de permanência dos bens em recinto alfandegado, se iniciado o respectivo despacho aduaneiro antes de aplicada a pena de perdimento, na situação prevista pelo art. 18 da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999;
IV - na data do pagamento, do crédito, da entrega, do emprego ou da remessa de valores na hipótese de que trata o inciso II do caput do art. 3º desta Lei.
Parágrafo único. O disposto no inciso I do *caput* deste

artigo aplica-se, inclusive, no caso de despacho para consumo de bens importados sob regime suspensivo de tributação do imposto de importação.

CAPÍTULO III DO SUJEITO PASSIVO

Art. 5º São contribuintes:

I - o importador, assim considerada a pessoa física ou jurídica que promova a entrada de bens estrangeiros no território nacional;

II - a pessoa física ou jurídica contratante de serviços de residente ou domiciliado no exterior; e

III - o beneficiário do serviço, na hipótese em que o contratante também seja residente ou domiciliado no exterior.

Parágrafo único. Equiparam-se ao importador o destinatário de remessa postal internacional indicado pelo respectivo remetente e o adquirente de mercadoria entrepostada.

Art. 6º São responsáveis solidários:

I - o adquirente de bens estrangeiros, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora;

II - o transportador, quando transportar bens procedentes do exterior ou sob controle aduaneiro, inclusive em percurso interno;

III - o representante, no País, do transportador estrangeiro;

IV - o depositário, assim considerado qualquer pessoa incumbida da custódia de bem sob controle aduaneiro; e

V - o expedidor, o operador de transporte multimodal ou qualquer subcontratado para a realização do transporte multimodal.

CAPÍTULO IV - DA BASE DE CÁLCULO

Art. 7º A base de cálculo será:

I - o valor aduaneiro, assim entendido, para os efeitos desta Lei, o valor que servir ou que serviria de base para o cálculo do imposto de importação, acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS

incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, na hipótese do inciso I do *caput* do art. 3º desta Lei; ou

II - o valor pago, creditado, entregue, empregado ou remetido para o exterior, antes da retenção do imposto de renda, acrescido do Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza - ISS e do valor das próprias contribuições, na hipótese do inciso II do *caput* do art. 3º desta Lei.

§ 1º A base de cálculo das contribuições incidentes sobre prêmios de resseguro cedidos ao exterior é de 8% (oito por cento) do valor pago, creditado, entregue, empregado ou remetido.

§ 2º O disposto no § 1º deste artigo aplica-se aos prêmios de seguros não enquadrados no disposto no inciso X do art. 2º desta Lei.

§ 3º A base de cálculo fica reduzida:

I - em 30,2% (trinta inteiros e dois décimos por cento), no caso de importação, para revenda, de caminhões chassi com carga útil igual ou superior a 1.800 kg (mil e oitocentos quilogramas) e caminhão monobloco com carga útil igual ou superior a 1.500 kg (mil e quinhentos quilogramas), classificados na posição 87.04 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, observadas as especificações estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal; e

II - em 48,1% (quarenta e oito inteiros e um décimo por cento), no caso de importação, para revenda, de máquinas e veículos classificados nos seguintes códigos e posições da TIPI: 84.29, 8432.40.00, 8432.80.00, 8433.20, 8433.30.00, 8433.40.00, 8433.5, 87.01, 8702.10.00 Ex 02, 8702.90.90 Ex 02, 8704.10.00, 87.05 e 8706.00.10 Ex 01 (somente os destinados aos produtos classificados nos Ex 02 dos códigos 8702.10.00 e 8702.90.90).

§ 4º O ICMS incidente comporá a base de cálculo das contribuições, mesmo que tenha seu recolhimento diferido.

§ 5º Para efeito do disposto no § 4º deste artigo, não se

inclui a parcela a que se refere a alínea *e* do inciso V do art. 13 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

CAPÍTULO V - DAS ALÍQUOTAS

Art. 8º As contribuições serão calculadas mediante aplicação, sobre a base de cálculo de que trata o art. 7º desta Lei, das alíquotas de:

I - 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento), para o PIS/PASEP-Importação; e

II - 7,6% (sete inteiros e seis décimos por cento), para a COFINS-Importação.

§ 1º As alíquotas, no caso de importação de produtos farmacêuticos, classificados nas posições 30.01, 30.03, exceto no código 3003.90.56, 30.04, exceto no código 3004.90.46, nos itens 3002.10.1, 3002.10.2, 3002.10.3, 3002.20.1, 3002.20.2, 3006.30.1 e 3006.30.2 e nos códigos 3002.90.20, 3002.90.92, 3002.90.99, 3005.10.10, 3006.60.00, são de:

I - 2,1% (dois inteiros e um décimo por cento), para o PIS/PASEP-Importação; e

II - 9,9% (nove inteiros e nove décimos por cento), para a COFINS-Importação.

§ 2º As alíquotas, no caso de importação de produtos de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal, classificados nas posições 3303.00 a 33.07 e nos códigos 3401.11.90, 3401.20.10 e 96.03.21.00, são de:

I - 2,2% (dois inteiros e dois décimos por cento), para o PIS/PASEP-Importação; e

II - 10,3% (dez inteiros e três décimos por cento), para a COFINS-Importação.

§ 3º Na importação de máquinas e veículos, classificados nos códigos 84.29, 8432.40.00, 8432.80.00, 8433.20, 8433.30.00, 8433.40.00, 8433.5, 87.01, 87.02, 87.03, 87.04, 87.05 e 87.06, da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM, as alíquotas são de:

I - 2% (dois por cento), para o PIS/PASEP-Importação; e

II - 9,6% (nove inteiros e seis décimos por cento), para a COFINS-Importação.

§ 4º O disposto no § 3º deste artigo, relativamente aos produtos classificados no Capítulo 84 da NCM, aplica-se, exclusivamente, aos produtos autopropulsados.

§ 5º Na importação dos produtos classificados nas posições 40.11 (pneus novos de borracha) e 40.13 (câmaras-de-ar de borracha), da NCM, as alíquotas são de:

I - 2% (dois por cento), para o PIS/PASEP-Importação; e

II - 9,5% (nove inteiros e cinco décimos por cento), para a COFINS-Importação.

§ 6º A importação de embalagens para refrigerante e cerveja, referidas no art. 51 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e de embalagem para água fica sujeita à incidência do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação, fixada por unidade de produto, às alíquotas previstas naquele artigo, com a alteração inserida pelo art. 21 desta Lei.

§ 6º-A A importação das embalagens referidas no art. 51 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, fica sujeita à incidência da Contribuição para o PIS/Pasep - Importação e da Cofins - Importação nos termos do § 6º deste artigo, quando realizada por pessoa jurídica comercial, independentemente da destinação das embalagens. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 7º A importação de refrigerante, cerveja e preparações compostas, referidos no art. 49 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, fica sujeita à incidência das contribuições de que trata esta Lei, fixada por unidade de produto, às alíquotas previstas no art. 52 da mencionada Lei, independentemente de o importador haver optado pelo regime especial de apuração e pagamento ali referido.

§ 7º A importação de água, refrigerante, cerveja e preparações compostas, referidos no art. 49 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, fica sujeita à incidência das contribuições de que trata esta Lei, fixada por unidade de

produto, às alíquotas previstas no art. 52 da mencionada Lei, independentemente de o importador haver optado pelo regime especial de apuração e pagamento ali referido. (Redação dada pela Lei nº 10.925, 2004) (Vigência)

§ 8º A importação de gasolinas e suas correntes, exceto de aviação e óleo diesel e suas correntes, gás liquefeito de petróleo (GLP) derivado de petróleo e gás natural e querosene de aviação fica sujeita à incidência da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS, fixadas por unidade de volume do produto, às alíquotas previstas no art. 23 desta Lei, independentemente de o importador haver optado pelo regime especial de apuração e pagamento ali referido.

§ 9º Na importação de autopeças, relacionadas nos Anexos I e II da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, exceto quando efetuada pela pessoa jurídica fabricante de máquinas e veículos relacionados no art. 1º da referida Lei, as alíquotas são de:

I - 2,3% (dois inteiros e três décimos por cento), para o PIS/PASEP-Importação; e

II - 10,8% (dez inteiros e oito décimos por cento), para a COFINS-Importação.

§ 10. Na importação de papel imune a impostos de que trata o art. 150, inciso VI, alínea *d*, da Constituição Federal, ressalvados os referidos no inciso IV do § 12 deste artigo, quando destinado à impressão de periódicos, as alíquotas são de: (Regulamento)

I - 0,8% (oito décimos por cento), para a contribuição para o PIS/PASEP-Importação; e

II - 3,2% (três inteiros e dois décimos por cento), para a COFINS-Importação.

§ 11. Fica o Poder Executivo autorizado a reduzir a 0 (zero) e a restabelecer as alíquotas do PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação, incidentes sobre:

I - produtos químicos e farmacêuticos classificados nos Capítulos 29 e 30 da NCM;

II - produtos destinados ao uso em laboratório de anatomia patológica, citológica ou de análises clínicas classificados nas posições 30.02, 30.06, 39.26, 40.15 e 90.18 da NCM.
II - produtos destinados ao uso em hospitais, clínicas e consultórios médicos e odontológicos, campanhas de saúde realizadas pelo Poder Público e laboratórios de anatomia patológica, citológica ou de análises clínicas, classificados nas posições 30.02, 30.06, 39.26, 40.15 e 90.18 da NCM. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)
§ 12. Ficam reduzidas a 0 (zero) as alíquotas das contribuições, nas hipóteses de importação de: (Regulamento)
I - partes, peças e componentes, destinados ao emprego na conservação, modernização e conversão de embarcações registradas no Registro Especial Brasileiro;
I - partes, peças e componentes, destinados ao emprego na construção, conservação, modernização e conversão de embarcações registradas ou pré-registradas no Registro Especial Brasileiro; (Redação dada pela Medida Provisória nº 428, de 2008)
II - embarcações construídas no Brasil e transferidas por matriz de empresa brasileira de navegação para subsidiária integral no exterior, que retornem ao registro brasileiro como propriedade da mesma empresa nacional de origem;
III - papel destinado à impressão de jornais, pelo prazo de 4 (quatro) anos a contar da data de vigência desta Lei, ou até que a produção nacional atenda 80% (oitenta por cento) do consumo interno;
IV - papéis classificados nos códigos 4801.00.10, 4801.00.90, 4802.61.91, 4802.61.99, 4810.19.89 e 4810.22.90, todos da TIPI, destinados à impressão de periódicos pelo prazo de 4 (quatro) anos a contar da data de vigência desta Lei ou até que a produção nacional atenda 80% (oitenta por cento) do consumo interno;
V - máquinas, equipamentos, aparelhos, instrumentos, suas

partes e peças de reposição, e películas cinematográficas virgens, sem similar nacional, destinados à indústria cinematográfica e audiovisual, e de radiodifusão;
VI - aluguéis e contraprestações de arrendamento mercantil de máquinas e equipamentos, embarcações e aeronaves utilizados na atividade da empresa;
VII - partes e peças da posição 88.03 destinadas aos veículos e aparelhos da posição 88.02 da NCM;
VI - aeronaves, classificadas na posição 88.02 da NCM; (Redação dada pela Lei nº 10.925, 2004) (Vigência)
VII - partes, peças, ferramentais, componentes, insumos, fluidos hidráulicos, lubrificantes, tintas, anticorrosivos, equipamentos, serviços e matérias-primas a serem empregados na manutenção, reparo, revisão, conservação, modernização, conversão e montagem das aeronaves de que trata o inciso VI deste parágrafo, de seus motores, suas partes, peças, componentes, ferramentais e equipamentos; (Redação dada pela Lei nº 10.925, 2004) (Vigência)
VIII - nafta petroquímica, código 2710.11.41 da NCM; (Revogado pela Lei nº 11.196, de 2005)
IX - gás natural destinado ao consumo em unidades termelétricas integrantes do Programa Prioritário de Termelétricas - PPT;
X - produtos hortícolas e frutas, classificados nos Capítulos 7 e 8, e ovos, classificados na posição 04.07, todos da TIPI; e
XI - semens e embriões da posição 05.11, da NCM.
XII - livros técnicos e científicos, na forma estabelecida em ato conjunto do Ministério da Educação e da Secretaria da Receita Federal. (Incluído pela Lei nº 10.925, 2004) (Vigência)
XII - livros, conforme definido no art. 2º da Lei nº 10.753, de 30 de outubro de 2003. (Redação dada pela Lei nº 11.033, 2004)
XIII - preparações compostas não alcoólicas, classificadas no código 2106.90.10 Ex 01 da Tipi, destinadas à elaboração

de bebidas pelas pessoas jurídicas industriais dos produtos referidos no art. 49 da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)
§ 13. O Poder Executivo regulamentará:
I - o disposto no § 10 deste artigo; e
II - a utilização do benefício da alíquota 0 (zero) de que tratam os incisos I a VII do § 12 deste artigo.
§ 14. Ficam reduzidas a 0 (zero) as alíquotas das contribuições incidentes sobre o valor pago, creditado, entregue, empregado ou remetido à pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, referente a aluguéis e contraprestações de arrendamento mercantil de máquinas e equipamentos, embarcações e aeronaves utilizados na atividade da empresa. (Incluído pela Lei nº 10.925, 2004) (Vigência)
§ 15. Na importação de nafta petroquímica, quando efetuada por centrais petroquímicas, as alíquotas são de: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)
§ 15. Na importação de etano, propano e butano, destinados à produção de eteno e propeno, e de nafta petroquímica, quando efetuada por centrais petroquímicas, as alíquotas são de: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)
I - 1,0% (um por cento), para a Contribuição para o Pis/Pasep-Importação; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)
II - 4,6% (quatro inteiros e seis décimos por cento), para a Cofins-Importação. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)
§ 16. Na hipótese da importação de etano, propano e butano de que trata o § 15 deste artigo, não se aplica o disposto no § 8º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.488, de 2007)
§ 17. O disposto no § 14 não se aplica aos valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, à pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, em decorrência da prestação de serviços de frete, afretamento, arrendamento ou aluguel de embarcações marítimas ou fluviais destinadas ao transporte de pessoas, para fins turísticos. (Incluído pela Medida Provisória nº 413, de 2008).

§ 18. O disposto no § 17 aplicar-se-á também à hipótese de contratação ou utilização da embarcação em atividade mista de transporte de cargas e de pessoas para fins turísticos, independentemente da preponderância da atividade. (Incluído pela Medida Provisória nº 413, de 2008).
§ 19. (Vide Medida Provisória nº 413, de 2008).
(...)
Art. 45. Produzem efeitos a partir do primeiro dia do 4º (quarto) mês subseqüente ao de publicação desta Lei, quanto às alterações efetuadas em relação à Medida Provisória nº 164, de 29 de janeiro de 2004, as disposições constantes desta Lei:
I - nos §§ 1º a 3º, 5º, 8º e 9º do art. 8º;
II - no art. 16;
III - no art. 17; e
IV - no art. 22.
Parágrafo único. As disposições de que tratam os incisos I a IV do *caput* deste artigo, na redação original da Medida Provisória nº 164, de 29 de janeiro de 2004, produzem efeitos a partir de 1º de maio de 2004.
Art. 46. Produz efeitos a partir do 1º (primeiro) dia do 4º (quarto) mês subseqüente ao de publicação desta Lei o disposto:
I - nos arts. 1º, 12, 50 e art. 51, incisos II e IV, da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, com a redação dada pelo art. 21 desta Lei;
II - nos arts. 1º e 3º da Lei nº 10.147, de 21 de dezembro de 2000, com a redação dada pelo art. 34 desta Lei;
III - nos arts. 1º, 3º e 5º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, com a redação dada pelo art. 36 desta Lei, observado o disposto no art. 47; e
IV - nos arts. 1º, 2º, 3º e 11 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, com a redação dada pelo art. 37 desta Lei."

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

TÍTULO VIII - Da Ordem Social
CAPÍTULO II - DA SEGURIDADE SOCIAL
Seção I - DISPOSIÇÕES GERAIS
Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.
(...)
§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)
I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)
II - poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)
II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)
a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)
b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)
§ 3º A pessoa natural destinatária das operações de importação poderá ser equiparada a pessoa jurídica, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)
§ 4º A lei definirá as hipóteses em que as contribuições incidirão uma única vez. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

(...)
Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
III - sobre a receita de concursos de prognósticos.
IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
(...) § 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.
(...) § 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".
(...) § 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos

> incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
> § 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)"

I.b - Do instrumento legislativo, do princípio da anterioridade e do art. 246 da CF/88

Trata-se de contribuição previdenciária do importador, estabelecida com base no artigo 195, agora contemplada especificamente no inciso IV, da Constituição da República, estando pacificado pelo Supremo Tribunal Federal que as contribuições previstas em tal dispositivo constitucional podem ser reguladas por *lei ordinária*, não necessitando de *lei complementar* para isso, como restou assentado no julgamento da ADCon nº 01-1/DF ao tratar da criação da COFINS pela LC nº 70/91.

Do voto do Ministro Moreira Alves, relator, extrai-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão:

> "De outra parte, sendo a COFINS contribuição social instituída com base no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, e tendo ela natureza tributária diversa da do imposto, as alegações de que ela fere o princípio constitucional da não-cumulatividade dos impostos da União e resulta em bitributação por incidir sobre a mesma base de cálculo do PIS/PASEP só teriam sentido se se tratasse de contribuição social nova, não enquadrável no inciso I do artigo 195, hipótese em que se lhe aplicaria o disposto no § 4º desse mesmo artigo 195 ('A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no artigo 154, I.'), que determina a observância do inciso I do artigo 154, que estabelece que a União poderá instituir 'I - mediante lei

complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição.'

Sucede, porém, que a contribuição social em causa, *incidente sobre o faturamento dos empregadores, é admitida expressamente pelo inciso I do artigo 195 da Carta Magna, não se podendo pretender, portanto, que a Lei Complementar nº 70/91 tenha criado outra fonte de renda destinada a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social.*

Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por Lei ordinária. A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar - a Lei Complementar nº 70/91 - não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída - que são o objeto desta ação -, é materialmente ordinária por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expresso da Constituição, à lei complementar.

Não estando, portanto, a COFINS sujeita às proibições do inciso I do artigo 154 pela remissão que a ele faz o § 4º do artigo 195, ambos da Constituição Federal, não há que se pretender que seja ela inconstitucional por ter base de cálculo própria de impostos discriminados na Carta Magna ou igual à do PIS/PASEP (que, por força da destinação previdenciária que lhe deu o artigo 239 da Constituição, lhe atribuiu a natureza de contribuição social), nem por não atender ela eventualmente à técnica da não-cumulatividade." (sublinhei)

Não altera esta conclusão o simples fato de a Lei nº 10.865/04 haver se referido, como fundamento para a criação destas novas contribuições PIS e COFINS sobre as importações,

não apenas ao art. 195, IV, mas também ao art. 149, § 2º, II, da Constituição Federal, este último dispositivo que, por sua vez, se reporta em seu "caput" ao dever de observância à regra do art. 146, III, para a criação de novas contribuições sociais, pois o relevante é que a previsão da incidência contributiva no inciso IV do art. 195 já traz em si todos os elementos para sua incidência, eis que a importação de bens e serviços do exterior já tem previsão de longa data no sistema normativo pátrio, que assenta a incidência e a base de cálculo tanto nos casos de ingresso de bens como no de prestação serviços provenientes do exterior, a qual foi implicitamente considerada pelo legislador constituinte ao introduzir a nova regra do inciso IV no art. 195, da Lei Maior, atendendo-se à especificidade de que a base das contribuições sociais, de que são espécie as previdenciárias, aplicam-se também as regras dos incisos II e III do art. 149, introduzidas pelas ECs nº 42/2003 e 33/2001.

Também não altera esta conclusão o fato de terem estas novas contribuições reflexos de natureza extrafiscal por incidirem sobre as importações e nem havendo impedimento para a nova incidência fiscal pelo fato de já haverem tais contribuições com base no inciso I, salientando-se que a referibilidade/contraprestação característica das contribuições sociais pode ser direta ou indireta, sendo pacífico que, em se tratando de contribuições destinadas à Seguridade Social, como ocorre com o PIS e a COFINS da Lei nº 10.865/04, regem-se pelo princípio da solidariedade social, estando presente a referibilidade pelo benefício geral a toda a sociedade.

Assim sendo, não prospera o argumento de que estaria havendo ofensa ao princípio da hierarquia das leis.

Diante da natureza jurídica acima referida, tratando-se de impugnação da constitucionalidade da Lei nº 10.865/04, resultante da Medida Provisória nº 164/04 (DOU 29.01.2004), observo que esta nova lei expressamente observou o princípio da anterioridade nonagesimal para exigência das contribuições segundo as novas regras, previsto no artigo 195, § 6º, da Constituição Federal, conforme os seus artigos 45 e 46.

E podendo ser reguladas por lei ordinária, também nenhum impedimento haveria para serem dispostas por *medida provisória*, estando já assentado o entendimento de poder este instrumento legislativo ser usado para dispor sobre matéria tributária.

Por outro lado, também não estaria vedado o uso de medidas provisórias em razão do *artigo 246 da Constituição Federal* na redação dada pela Emenda nº 32, de 2001 (DOU 12.09.2001), pois a Lei nº 10.865/04 regulamentou dispositivos constitucionais introduzidos apenas após a sua promulgação (os incisos II e III do § 2º do artigo 149, criados pelas Emendas nº 33, de 2001, e nº 42, de 2003, bem como os §§ 12 e 13 do artigo 195, criados pela Emenda nº 42, de 2003).

> "TÍTULO IX - Das Disposições Constitucionais Gerais
> Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995." (Incluído pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)
>
> "Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995." (Incluído pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)
>
> "Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive." (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001 - DOU de 12.09.01)

I.d - Da base de cálculo do PIS-Importação e da COFINS-Importação - Lei nº 10.865/04 - artigo 7º

A Lei nº 10.865/04 previu o fato gerador e a base de cálculo destas contribuições em seus artigos 3º e 7º, adiante reproduzidos.

"CAPÍTULO II - DO FATO GERADOR

Art. 3º O fato gerador será:

I - a entrada de bens estrangeiros no território nacional; ou

II - o pagamento, o crédito, a entrega, o emprego ou a remessa de valores a residentes ou domiciliados no exterior como contraprestação por serviço prestado.

(...)

CAPÍTULO IV - DA BASE DE CÁLCULO

Art. 7º A base de cálculo será:

I - o valor aduaneiro, assim entendido, para os efeitos desta Lei, o valor que servir ou que serviria de base para o cálculo do imposto de importação, acrescido do valor do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, na hipótese do inciso I do *caput* do art. 3º desta Lei; ou

II - o valor pago, creditado, entregue, empregado ou remetido para o exterior, antes da retenção do imposto de renda, acrescido do Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza - ISS e do valor das próprias contribuições, na hipótese do inciso II do *caput* do art. 3º desta Lei.

§ 1º A base de cálculo das contribuições incidentes sobre prêmios de resseguro cedidos ao exterior é de 8% (oito por cento) do valor pago, creditado, entregue, empregado ou remetido.

§ 2º O disposto no § 1º deste artigo aplica-se aos prêmios de seguros não enquadrados no disposto no inciso X do art. 2º desta Lei.

§ 3º A base de cálculo fica reduzida:

I - em 30,2% (trinta inteiros e dois décimos por cento), no caso de importação, para revenda, de caminhões chassi com carga útil igual ou superior a 1.800 kg (mil e oitocentos

quilogramas) e caminhão monobloco com carga útil igual ou superior a 1.500 kg (mil e quinhentos quilogramas), classificados na posição 87.04 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, observadas as especificações estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal; e

II - em 48,1% (quarenta e oito inteiros e um décimo por cento), no caso de importação, para revenda, de máquinas e veículos classificados nos seguintes códigos e posições da TIPI: 84.29, 8432.40.00, 8432.80.00, 8433.20, 8433.30.00, 8433.40.00, 8433.5, 87.01, 8702.10.00 Ex 02, 8702.90.90 Ex 02, 8704.10.00, 87.05 e 8706.00.10 Ex 01 (somente os destinados aos produtos classificados nos Ex 02 dos códigos 8702.10.00 e 8702.90.90).

§ 4º O ICMS incidente comporá a base de cálculo das contribuições, mesmo que tenha seu recolhimento diferido.

§ 5º Para efeito do disposto no § 4º deste artigo, não se inclui a parcela a que se refere a alínea *e* do inciso V do art. 13 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)"

A base de cálculo estabelecida nos incisos I e II do art. 7º desta lei tem inegável previsão e conformação à hipótese de incidência prevista no inciso II, do art. 149 e inciso IV do art. 195 da Constituição, instituída pela Emenda nº 42, de 2003, dispositivos que devem ser combinados com o inciso III do artigo 149, incluído pela Emenda nº 33, de 2001, segundo o qual estas contribuições sociais podem ter alíquota específica, tendo por base a unidade de medida adotada, ou alíquota "ad valorem", neste último caso podendo ter por base, à opção do legislador infraconstitucional, "o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro", ou seja, quaisquer destas bases de cálculo podendo ser consideradas pelo legislador na definição destas novas contribuições, e não apenas o "valor aduaneiro" para as importações, não se extraindo desta previsão legal indeterminação da base de cálculo que implique em ofensa

aos princípios tributários da segurança jurídica e da tipicidade, também não havendo alteração do conceito de valor aduaneiro que implique em ofensa aos artigos 98 e 110 do CTN.

Ante tal previsão constitucional, aliás, tais contribuições não devem observância às hipóteses de incidência previstas nas originárias contribuições PIS e COFINS (Leis Complementares nº 7/70 e 70/91).

> "CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988
> TÍTULO VIII - Da Ordem Social
> CAPÍTULO II - DA SEGURIDADE SOCIAL
> Seção I - DISPOSIÇÕES GERAIS
> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.
> (...)
> § 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)
> I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)
> II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
> III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)
> a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)
> b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)
(...)"

Por outro aspecto, foi assentado pela Suprema Corte não estar a contribuição ao PIS sujeita às restrições do artigo 195, inciso I e aos arts. 195, § 4º, e 154, I (ADI nº 1.417), pelo que sua hipótese de incidência não está vinculada à noção constitucional do termo "faturamento" contido naquele primeiro dispositivo legal, por isso sendo legítimas as alterações de sua base de cálculo promovidas pela Emenda nº 42/03 e pela Lei nº 10.685/04.

Especificamente quanto à lide ora examinada, o contrato de licença ou cessão de direito de uso de marca, apesar de não poder ser conceituado como uma *prestação de serviços* (embora este contrato possa ser combinado com outras relações bilaterais que caracterizem em si uma prestação de serviços, como, por exemplo, no contrato de franquia ou franchesing, mas que de qualquer forma tipificariam um contrato híbrido com natureza diversa da pura prestação de serviços, como vem sendo reconhecido de longa data pelo E. STJ *para fins de não incidência de ISSQN*: vide julgados da 1ª Turma, AGA 746597; 2ª Turma, RESP 403799, adiante transcritos), o fato é que o *direito de uso de marca* é um *bem jurídico* sujeito a importação e incidência das contribuições PIS e COFINS da Lei nº 10.865/04.

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. FRANCHISING. DECRETO-LEI Nº 406/68. LC Nº 56/87. LEI Nº 8.955/94. PRECEDENTES.
(...) 2. O acórdão *a quo* considerou indevida a tributação, por meio de ISSQN, sobre serviços postais que prestam os recorridos como franqueados da ECT, uma vez que o contrato de franquia não está previsto na lista de serviços da LC nº 56/87.
3. O art. 2º da Lei nº 8.955/94 define o contrato de franquia do modo seguinte: 'Franquia empresarial é o sistema pelo qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição

exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, e eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício'.

4. O 'franchising', em sua natureza jurídica, é 'contrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços, nos moldes e forma previstos em contrato de adesão'. (Adalberto Simão Filho, 'Franchising', São Paulo, 3ª ed., Atlas, 1998, págs. 36/42)

5. O conceito constitucional de serviço tributável somente abrange: 'a) as obrigações de fazer e nenhuma outra; b) os serviços submetidos ao regime de direito privado não incluindo, portanto, o serviço público (porque este, além de sujeito ao regime de direito público, é imune a imposto, conforme o art. 150, VI, "a", da Constituição); c) que revelam conteúdo econômico, realizados em caráter negocial - o que afasta, desde logo, aqueles prestados a si mesmo, ou em regime familiar ou desinteressadamente (afetivo, caritativo, etc.); d) prestados sem relação de emprego - como definida pela legislação própria - excluído, pois, o trabalho efetuado em regime de subordinação (funcional ou empregatício) por não estar *in* comércio.' *(Aires F. Barreto, 'ISS - Não incidência sobre Franquia', in Rev. Direito Tributário, Malheiros Editores, vol. nº 64, págs. 216/221)*

6. O contrato de franquia é de natureza híbrida, em face de ser formado por vários elementos circunstanciais, pelo *que não caracteriza para o mundo jurídico uma simples prestação de serviço, não incidindo sobre ele o ISS. Por não ser serviço, não consta, de modo identificado, no rol das atividades especificadas pela Lei nº 8.955/94, para fins de tributação do ISS.*

7. Precedentes desta Corte Superior.
(...)" (STJ, 1ª Turma, v. u. AGA 200600327661, AGA 746597. Rel. Min. JOSÉ DELGADO. DJ 08/06/2006, p. 134)

"RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE FRANCHISING - NÃO INCIDÊNCIA DE ISS - PRECEDENTES.
'O contrato de franquia não se confunde com nenhum outro contrato, porquanto possui delineamentos próprios que lhe concederam autonomia. Ainda que híbrido, não pode ser configurado como a fusão de vários contratos específicos' (voto-vista proferido por este signatário no julgamento do REsp 189.225/RJ, *in* DJ de 03.06.2002).
Dessa forma, o contrato de franquia não pode ser qualificado como uma espécie de contrato de locação de bem móveis, consoante entendeu a Corte de origem, pois que configura um contrato complexo, autônomo e não subordinado a nenhuma outra figura contratual.
Assim, 'em obediência ao princípio tributário que proíbe a determinação de qualquer tipo de fato gerador sem apoio em lei, não incide o ISS sobre as atividades específicas do contrato de franquia' (REsp 189.255/RJ, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 03.06.2002).
(...)" (STJ, 2ª Turma, v. u. RESP 200101949429, RESP 403799. Rel. Min. FRANCIULLI NETTO. DJ 26/04/2004, p. 159; RNDJ 55/92; RSTJ 185/206)

I.e - Do princípio da isonomia e da não-cumulatividade

A questão jurídica que se coloca tem referência com a regra do § 9º do mesmo artigo 195 da Constituição, que já havia sido incluído pela Emenda nº 20/98 e com redação alterada pela Emenda nº 47/2005, segundo o qual tais contribuições (PIS e COFINS) podem ter "alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho", conferindo ao legislador a possibilidade de

identificar as situações jurídicas individuais e graduar a incidência contributiva segundo a capacidade econômica do contribuinte, atendendo às peculiaridades individuais de cada setor da economia, assim conferindo efetividade ao princípio da isonomia tributária, regra que já era permitida pelo nosso sistema constitucional mesmo antes de ser expressamente consignado na Lei Maior pelas Emendas nº 20/98 e 47/05.

> "§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra." (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
>
> "§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do *caput* deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho." (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Assim colocada a questão, a isonomia tributária deve ser aferida e concretizada pelo Legislador diante das situações jurídicas específicas dos diversos setores econômicos, estabelecendo, dentro de um critério de razoabilidade, as diferenciações entre os contribuintes para fins da incidência contributiva, não competindo, em princípio, ao Judiciário fazê-lo, salvo hipóteses excepcionais que apresentem evidente tratamento diferenciado de contribuintes que estejam em situações jurídicas equivalentes.

Sob outro prisma, ainda, *agora especificamente quanto à lide ora examinada*, se *o direito de uso de marca* caracteriza *bem* jurídico sujeito à importação e incidência das contribuições ora questionadas nos termos da legislação de regência, perde relevância também a tese da impetrante no sentido de que, por não ser uma *prestação de serviço*, não poderia ser o valor pago a tal título considerado para fins de atendimento à regra da não-cumulatividade inserta no art. 15, II, da Lei nº 10.865/04.

1.f - Da alegação de violação ao princípio da irretroatividade tributária e ao ato jurídico perfeito

Deve-se rejeitar, também, a tese de que haveria ofensa ao princípio da irretroatividade tributária e ao ato jurídico perfeito, segundo a qual haveria impossibilidade de exigência das contribuições em relação aos valores pagos quanto ao contrato sob análise porque foi firmado antes da sua criação e vigência pela MP nº 164/04, convertida na Lei nº 10.865/04.

A incidência contributiva, no caso, ocorre apenas sobre os pagamentos ocorridos a partir da vigência da nova legislação, sem efeitos retroativos e sem afetar o contrato estabelecido entre os particulares, não havendo proibição a que sejam criadas novas exigências fiscais que venham alcançar os efeitos futuros de contratos antes firmados, podendo-se vislumbrar no máximo a possibilidade de revisão contratual sob a invocação do desequilíbrio contratual imprevisível, questão restrita à órbita de interesses dos particulares.

II - Precedentes jurisprudenciais

No sentido geral do acima exposto há os seguintes precedentes desta Corte Regional:

> "PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 514 DO CPC. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO. LEI Nº 10.865/04. CONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR. BASE DE CÁLCULO. VALOR ADUANEIRO. ICMS INCLUSÃO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOBRE O LIVRO IMPORTADO. INEXISTENTE.
> 1. Discute-se a validade da tributação na forma preconizada pela Lei n° 10.865/04, em face dos critérios adotados para as contribuições ao PIS e à COFINS, relacionada à importação de livros, os quais sustenta estarem imunes dessa tributação na forma do artigo 150, inciso VI, alínea

'd' da Constituição Federal, considerando tratarem-se de contribuições com características de impostos, assim como quanto à determinação de sua base de cálculo, alegando a impetrante que esse instrumento normativo violou vários princípios constitucionais, sendo inválida a tributação tal como pretendida pelo ordenamento.
(...) 4. Tanto o PIS quanto a COFINS encontram seu fundamento de validade no texto constitucional, artigo 195, inciso I, e agora, no artigo 149, como uma das fontes destinadas ao financiamento da seguridade social, não necessitando que suas exigências se façam por Lei Complementar, a teor do mencionado artigo 146 da Constituição Federal.
5. Não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade, por vício de forma da norma, em face do disposto no artigo 246 da Magna Carta. Já se pacificou o entendimento nos Tribunais, inclusive perante a Corte Constitucional, que a Medida Provisória é apta a disciplinar questões de natureza tributária excetuados os casos em que tal disciplina conflite com o próprio texto constitucional, como é o caso do artigo 246 de Nossa Carta Magna, *in casu*, para o período fixado explicitamente pela EC n° 32/2001. A relevância e a urgência, por sua vez, restaram superadas com a conversão da Medida Provisória em lei, validando o Legislativo Pátrio os critérios traçados unilateralmente pelo Executivo.
6. A tributação sobre a importação de bens e serviços, veiculada pela Lei n° 10.865, de 30 de abril de 2004, veio fundamentada no artigo 149 da Constituição Federal.
7. Os tratados internacionais, em matéria tributária, não são dotados de hierarquia superior à legislação ordinária brasileira, devendo com ela se compatibilizar, desde que ratificados por Decretos Legislativos e incorporados à ordem jurídica, não sendo obrigatória a adoção do Acordo de Implementação do Artigo VII do Acordo Geral de Tarifas e Comércio 1994 - GATT, aprovado pelo Decreto 1.355/94, que define o que é valor aduaneiro, a ser utilizada como base de cálculo do tributo.

8. A definição dada pela legislação tributária do que deverá ser considerado como 'valor aduaneiro', para fins de tributação, deverá ser aceita, pois não conflita com o texto constitucional, que outorgou à lei a tarefa de determinar a base de cálculo do tributo, ditando apenas as diretrizes a serem adotadas.
9. Quanto a eventual inclusão do ICMS na base de cálculo dessas contribuições, acaso existente, tal insurgência não procede, considerando os precedentes sobre o tema, objetos das súmulas do extinto Tribunal Federal de Recursos e do E. Superior Tribunal de Justiça, respectivamente sobre os números 258 e 94, tratadas em situações análogas.
10. Conforme já pacificado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, a imunidade tributária dos livros (Art. 150, inciso VI, alínea 'd') prevista na Constituição refere-se exclusivamente a impostos, não se podendo estendê-las às contribuições sociais. Nesse sentido são os dentre os precedentes (RE nº 211.698, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 22.6.06; RE nº 211.782, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 24.3.00; o RE nº 141.715, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 25.8.95; o RE nº 332.963-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 16.6.06)
11. Apelação Fazendária não conhecida e remessa oficial provida para denegar a ordem."
(TRF 3ª Região, 3ª Turma, v. u. AMS 281963, Processo: 200461190032206 UF: SP. J. 15/08/2007, DJU 29/08/2007, p. 276. Rel. Juíza Conv. ELIANA MARCELO)

"DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA.
1. O PIS e a COFINS sobre a importação de bens e serviços foram introduzidos pela Emenda Constitucional nº 42/2003, que não reservou sua regulamentação à lei complementar.
2. Sua instituição se deu por meio da Medida Provisória 164, de 29 de janeiro de 2004, convertida na Lei Federal

nº 10865, de 30 de abril de 2004.
3. É possível a integração do ICMS na base de cálculo do PIS-PASEP-Importação, sistemática cuja legalidade foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio das Súmulas 68 e 94.
4. É válida a definição legal da expressão 'valor aduaneiro', estabelecida pelo artigo 7º, inciso I, da Lei Federal nº 10865/2004.
5. Agravo de instrumento não provido."
(TRF 3ª Região, 4ª Turma, v. u. AG 220563, Processo: 200403000589898 UF: SP. J. 30/11/2005, DJU 26/04/2006, p. 369. Rel. Des. Fed. FÁBIO PRIETO)

"DIREITO TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS SOBRE A IMPORTAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS - LEI FEDERAL Nº 10.865/04 - AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INEXISTÊNCIA.
1. As contribuições sociais questionadas possuem base constitucional. Foram instituídas a partir das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, que acrescentou o inciso IV ao artigo 195, da Constituição Federal.
2. O legislador constituinte derivado, ao dispor sobre a possibilidade de criação de contribuições sociais relacionadas à importação de bens e serviços do exterior, não reservou à lei complementar a regulamentação destas exações.
4. Com relação às alíquotas e bases de cálculo de tais exações, observa-se que encerram conceitos jurídico-tributários, que não se subsumem a tratamento por meio de lei complementar.
5. O legislador infraconstitucional, respeitadas as limitações impostas na própria constituição, é livre para conceituar institutos, notadamente os de natureza econômica, em face da dinâmica da ordem político-tributária.
6. O ICMS compõe o preço da mercadoria sujeita à importação (art. 155, § 2º, inciso IX, alínea 'a', da CF) e, sendo

assim, para efeito de cálculo das questionadas contribuições sociais, haverá de ser considerado o valor correspondente ao tributo estadual.

7. O art. 149, § 2º, inciso III, alínea 'a', da CF, fez referência ao termo 'valor aduaneiro', mas não o definiu. Reservou-se ao legislador infraconstitucional o mister de fazê-lo. Portanto, não afronta o texto constitucional a definição de 'valor aduaneiro' veiculada pelo artigo 7º, inciso I, da Lei nº 10.865/2004.

8. Recurso improvido."

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, v. u. AG 214117, Processo: 200403000461687 UF: SP. J. 06/07/2005, DJU 05/10/2005, p. 285. Rel. Des. Fed. FÁBIO PRIETO)

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, DOU PROVIMENTO à remessa oficial e à apelação da União Federal para o fim de reformar a sentença e denegar a segurança, julgando prejudicado o agravo retido.

É o VOTO.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0008397-47.2009.4.03.6100
(2009.61.00.008397-9)

Apelantes: CAMIL ALIMENTOS LTDA. E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apeladas: AS MESMAS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 16ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SALETTE NASCIMENTO
Classe do Processo: AMS 319832
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/07/2010

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO COM DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO FISCAL. LEI Nº 11.196/2005. IMPOSSIBILIDADE. PRAZO DE 360 DIAS PARA ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 11.457/2007. DESATENDIMENTO. APELAÇÃO DA IMPETRANTE PROVIDA. APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 29 de abril de 2010.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de *writ* impetrado por Camil Alimentos S/A contra ato praticado pelo Sr. Delegado da Receita Federal em São Paulo objetivando assegurar direito dito líquido e certo à obtenção de resposta ao Pedido de Ressarcimento nº 10722.81355.200209.1.2.02-9256 no prazo máximo de trinta dias, *ex vi* do art. 49 da Lei nº 9.784/99, bem assim impedir que o Fisco promova de ofício a compensação desse ressarcimento com débitos objeto de parcelamento fiscal, nos termos da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 900/2008.

Sustenta, em síntese, a constitucionalidade do prazo de trinta dias conferido pela Lei nº 9.784/99, e, mais, a ilegitimidade da compensação realizada de ofício com débitos objeto de parcelamento fiscal, por se encontrarem estes com sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, VI, do CTN.

Indeferida a medida *initio litis*, sobreveio sentença parcialmente concessiva da ordem, para garantir à Impetrante o ressarcimento pleiteado sem a compensação com débitos objeto de parcelamento fiscal. Submetida a decisão ao reexame necessário.

Irresignada, apela a Impetrante, sustentando a aplicabilidade do art. 49 da Lei nº 9.784/99 à espécie, ou, subsidiariamente, do art. 24 da Lei nº 11.457/07, vez que já decorridos mais de trezentos e sessenta dias do protocolo do referido pedido administrativo.

Em suas razões recursais, sustenta a União Federal a legitimidade do procedimento de compensação com débitos do contribuinte realizada de ofício, e pugna, a final, pela reversão do julgado.

O Ministério Público Federal opina pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Relatora

VOTO

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

Tenho que o r. *decisum* monocrático merece parcial reforma:

Na hipótese, pretende a Impetrante seja analisado seu pedido administrativo de ressarcimento de créditos no prazo de trinta dias estabelecido pela Lei nº 9.784/99, bem assim impedir que o Fisco promova de ofício a compensação deste ressarcimento com débitos objeto de parcelamento fiscal, nos termos do art. 49 da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 900/2008, que ora transcrevo, por oportuno:

> "Art. 49 - A autoridade competente da RFB, antes de proceder à restituição e ao ressarcimento de tributo, deverá verificar a existência de débito em nome do sujeito passivo no âmbito da RFB e da PGFN.
> § 1º - Verificada a existência de débito, ainda que consolidado em qualquer modalidade de parcelamento, inclusive de débito já encaminhado para a inscrição em Dívida Ativa, de natureza tributária ou não, o valor da restituição ou do ressarcimento deverá ser utilizado para quitá-lo, mediante compensação em procedimento de ofício."

A Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, fundamento legal para a edição do referido ato administrativo, dispõe, por seu turno:

> "Art. 114. O art. 7º do Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, passa a vigorar com a seguinte redação:
> 'Art. 7º A Receita Federal do Brasil, antes de proceder à restituição ou ao ressarcimento de tributos, deverá verificar se o contribuinte é devedor à Fazenda Nacional.
> § 1º Existindo débito em nome do contribuinte, o valor da restituição ou ressarcimento será compensado, total ou parcialmente, com o valor do débito.
> § 2º Existindo, nos termos da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, débito em nome do contribuinte, em relação às contribuições sociais previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, ou às contribuições instituídas a título de substituição

> e em relação à Dívida Ativa do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, o valor da restituição ou ressarcimento será compensado, total ou parcialmente, com o valor do débito.
> § 3º Ato conjunto dos Ministérios da Fazenda e da Previdência Social estabelecerá as normas e procedimentos necessários à aplicação do disposto neste artigo.'"

Depreende-se, da aplicação da melhor regra de hermenêutica, que somente em se verificando a existência de débitos em nome do contribuinte poderá o Fisco proceder à sua compensação de ofício quando do ressarcimento pleiteado, sendo inadmissível tal procedimento quando os débitos em questão estiverem com sua exigibilidade suspensa, hipótese mesma dos autos.

Deveras, a sujeição do ressarcimento de créditos à prévia compensação com débitos da Impetrante incluídos em parcelamento fiscal revela-se desproporcional e ilegítima, vez que impõe a extinção de créditos cuja exigibilidade, *in casu*, encontra-se suspensa nos termos do art. 151, VI, do CTN.

Inegável que a instrução normativa, mero ato administrativo, deve ater-se à função que lhe é própria, ancilar à lei, desbordando de seus limites ao impor restrição ao princípio da legalidade, prestigiado no art. 5º, inciso II da Constituição Federal.

No que tange ao prazo conferido à Administração para apreciação de pedidos formulados pelo contribuinte, tenho que, não obstante a previsão de trinta dias posta no art. 49 da Lei nº 9.784/99, aplicável à espécie o disposto no art. 24 da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, vigente a partir de 02/05/2007:

> "Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."

Verifica-se da análise dos autos que a Impetrante protocolou seu pedido de ressarcimento de créditos em 20/02/2009 (fl. 54), não tendo obtido qualquer resposta decorridos mais de trezentos e

sessenta dias, sendo certo que, extrapolado o referido prazo legal, caracterizado direito líquido e certo a amparar a pretensão formulada no presente *mandamus*.

Neste sentido, o entendimento de nossas Cortes Regionais:

> "TRIBUTÁRIO. RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO COM DÉBITOS PARCELADOS. ILEGALIDADE. É indevida a compensação de ofício pelo Fisco de valores que esteja obrigado a restituir a contribuinte com débitos fiscais que estejam com a exigibilidade suspensa, os quais são objeto de parcelamento. Precedentes desta Corte. Com efeito, a Fazenda não pode condicionar o *ressarcimento* de créditos à sua *prévia compensação* com débitos do sujeito passivo incluídos em parcelamento, porque este suspende a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, I, do CTN), e compensar nada mais é do que exigir, ou impor unilateralmente, a extinção do crédito cuja exigibilidade se encontra suspensa."
> (TRF - 4ª Região, APELREEX nº 2007.70.00.002690-3, Rel. Des. Fed. Marciane Bonzanini, j. 09/12/2008, p. D. E. 28/01/2009)

> "ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. DÉBITO PARCELADO. RESTITUIÇÃO DO IRPF. *COMPENSAÇÃO* DE OFÍCIO. INCABIMENTO. RETENÇÃO ATÉ QUITAÇÃO DO *PARCELAMENTO*. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA. ARTIGO 151, INCISO VI, DO CTN. I - Uma vez que o *parcelamento* acordado entre o contribuinte e o Fisco suspende a exigibilidade do crédito tributário, a Fazenda não pode proceder à *compensação* de ofício nem suspender o *ressarcimento* da restituição de IRPF devida até a integral liquidação do crédito parcelado. II - A legislação de regência refere-se à existência de débito vencido em aberto e não a débitos com exigibilidade suspensa, que autorizam até a emissão de certidão positiva com efeito de negativa. III - Remessa oficial e

apelação improvidas."
(TRF - 5ª Região, AMS nº 2006.82.01.004299-4, Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli, j. 10/07/2007, p. DJ 08/08/2007)

"TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEIS NºS 9.784 E 11.457. DEMORA NO EXAME DE PEDIDO DE RESSARCIMENTO. Antes da edição da Lei nº 11.457, de 2007, era assente na jurisprudência o entendimento no sentido de que, à míngua de lei específica, impunha-se a observância do prazo previsto no art. 49 da Lei nº 9.784/99 - 30 (trinta) dias contados do encerramento da instrução -, para a apreciação do pedido formulado pelo contribuinte perante o Fisco, por força de sua aplicação subsidiária aos processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, nos termos dos arts. 1º e 69. A demora na análise de tais pedidos configurava por si só conduta ilegal quando extrapolado o prazo legal, cuja aplicação, repita-se, era amplamente admitida no âmbito do processo administrativo-fiscal. Com a novel Lei (nº 11.457/2007), tornou-se obrigatória a prolação de decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."
(TRF - 4ª Região, REOAC nº 2008.71.07.003202-9, Rel. Des. Fed. Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. 16/12/2009)

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRAZO PARA EXAME DE PEDIDO DE RESSARCIMENTO. LEI Nº 9.784/99. 1 - Os atos administrativos são pautados pelos princípios da isonomia e da impessoalidade, não sendo admissível que o contribuinte fique à mercê da Administração em detrimento da continuidade de suas atividades, bem assim não podendo o seu direito ser inviabilizado pelo fato de o Poder Público não dispor de recursos humanos suficientes para o efetivo processamento dos inúmeros pedidos protocolados na repartição. Nessa de observação

ao artigo 5º, item LXXVIII, da Constituição Federal. 2 - A hipótese não é regida pelo Decreto nº 70.235, de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal. O Decreto em comento está voltado apenas ao processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União e ao processo de consulta sobre a aplicação da legislação tributária (art. 1º), o que difere em muito do ressarcimento requerido. 3 - Aplica-se, no caso, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração federal. O art. 49 da Lei dispõe que, depois de concluída a instrução, a autoridade tem trinta dias para proferir decisão. No caso, já decorreu o prazo dos artigos 24 e 51 da Lei nº 11.457/2007. 4 - Como os pedidos de ressarcimento datam do ano de 2006, é razoável a fixação do prazo de trinta dias para a autoridade administrativa decidir acerca dos pedidos da impetrante. 5 - Apelação provida."
(TRF - 2ª Região, AMS nº 2006.50.01.011094-8, Rel. Des. Fed. Luiz Antonio Soares, j. 19/05/2009, p. DJU 26/06/2009)

"MANDADO DE SEGURANÇA - REQUERIMENTO DE RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO FORMULADO PELO IMPETRANTE NÃO APRECIADO PELA AUTORIDADE IMPETRADA - AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU LIMINAR PARA DETERMINAR À AUTORIDADE COATORA A APRECIAÇÃO DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO FORMULADO PELA IMPETRANTE NO PRAZO DE 5 DIAS - ALEGAÇÃO DE APLICABILIDADE DO ART. 24 DA LEI Nº 11.457/2007, QUE ESTABELECE O PRAZO MÁXIMO DE 360 (TREZENTOS E SESSENTA) DIAS PARA A ADMINISTRAÇÃO APRECIAR PEDIDOS DO CONTRIBUINTE - PRAZO INVOCADO PELA AGRAVANTE QUE JÁ TRANSCORREU - AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. 1. A 'reforma do Judiciário' levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o inciso

LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, elevando o princípio da duração razoável do processo judicial e administrativo à condição de garantia fundamental. 2. Visando imprimir efetividade a essa nova garantia fundamental, a Lei nº 11.457/2007 estabeleceu em seu art. 24 o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte para a Administração proferir decisão administrativa de interesse do contribuinte. 3. O processo administrativo nº 36266.001906/2004-13, não obstante ser anterior à edição da Lei nº 11.457/2007, reclama por solução definitiva há muito tempo, tendo já transcorrido prazo superior àquele invocado pela própria agravante. 4. Agravo de instrumento a que nega provimento."
(TRF - 3ª Região, AI nº 2008.03.00.043059-3, Rel. Des. Fed. Johonson Di Salvo, j. 05/05/2009, p. DJF3 25/05/2009)

Isto posto, dou provimento à apelação da Impetrante e nego provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

É como voto.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0012923-57.2009.4.03.6100
(2009.61.00.012923-2)

Apelante: CONSÓRCIO CIA. BRASILEIRA DE RODOVIAS - CBR
Apelados: UNIÃO FEDERAL, AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES - ANTT E CONSÓRCIO RODOBAHIA
Representantes: HELENO E FONSECA CONSTRUTÉCNICA S/A E ENGEVIX ENGENHARIA S/A
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: AC 1488165
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/07/2010

EMENTA

ADMINISTRAÇÃO. LICITAÇÃO. PEDIDO DE INABILITAÇÃO DA CONCORRENTE VENCEDORA. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA ESTRANGEIRA. AUSÊNCIA DE DECRETO AUTORIZADOR. INVIABILIDADE DO PROJETO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO BALANÇO PATRIMONIAL. SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO. DOCUMENTAÇÃO E GRANTIAS APRESENTADAS CONSIDERADAS SUFICIENTES PARA A HABILITAÇÃO.

1. Licitação vinculada ao Edital de Concessão nº 001/2008, firmado pela União Federal, por meio do Ministério dos Transportes e da ANTT, estabelecendo condições da desestatização, na modalidade de leilão, para concessão de serviço público de recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do Sistema Rodoviário, em trechos da BR116/BA, BR324/BA, BA 526 e BA 528.

2. Certame regido, além das regras previstas no edital e seus anexos, pelas Leis nºs 9.491, de 09/9/1997, 9.635, de 15/3/1998, 8.987, de 13/2/1995, 9.074, de 7/7/1995, 10.233, de 5/6/2001 e subsidiariamente, pela Lei 8.666, de 21/6/1993, bem como pelas demais normas vigentes sobre

a matéria. Critério de menor valor da Tarifa Básica de Pedágio a ser cobrado dos usuários do Sistema Rodoviário utilizado para o julgamento da melhor proposta econômica.
3. Consabido que não cabe ao Poder Judiciário apreciar os critérios de oportunidade e conveniência dos atos administrativos, ou seja, pronunciar-se sobre o mérito administrativo dos mesmos, inclusive em relação aos elementos técnicos ou eficiência do ato em exame, devendo ater-se à análise de sua legalidade.
4. No caso em espécie, não é possível ao Judiciário, em respeito ao Princípio da Separação de Poderes e ao poder discricionário da autoridade administrativa, imiscuir-se em questões de avaliação técnica específica para determinar se a tarifa indicada pela parte interessada é ou não válida para a finalidade a qual se destina, ou se o cronograma da realização de determinada obra é adequado ou não. Excetuam-se somente as situações de abuso evidente de poder ou de ilegalidade nos atos em questão. Precedentes jurisprudenciais.
5. Questões técnicas amplamente verificadas pela autoridade concedente, passando ainda pelo criterioso crivo do Tribunal de Contas da União, que avaliou, de forma minuciosa, os aspectos impugnados.
6. Ausência de óbices para a empresa estrangeira que, embora não tenha funcionamento no país, demonstra interesse e condições de investir seus recursos nos objetivos da licitação, poder participar de consórcio e, posteriormente, de Sociedade de Propósito Específico - SPE, sendo dispensável, neste caso, a exigência do decreto de autorização e ato de registro de autorização para o seu funcionamento, desde que apresentados todos os demais documentos exigidos pelo Edital, para a habilitação.
7. Insta considerar que se trata da formação de sociedade de propósito específico - SPE, cuja previsão legal se encontra no art. 9º, da Lei nº 11.079/2004, que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, sem a

previsão de impedimento para a participação de empresas estrangeiras em sua composição.

8. Neste contexto, a exigência de Decreto regulamentador, para a participação de empresa estrangeira em SPE, conforme requerido pela autora, excede os parâmetros fixados, tanto em lei quanto no Edital da licitação, não sendo aplicável ao caso em espécie.

9. No que pertine à alegação de não apresentação do Balanço da empresa estrangeira, convertido para as normas comumente aceitas no Brasil, pertinentes as conclusões técnicas apresentadas no parecer da Superintendência de Marcos Regulatórios - SUREG, no sentido da aceitação das normas internacionais aplicadas.

10. Apresentação das garantias devidas, consubstanciadas em apólice de Seguro e demais comprovantes documentais, em atendimento à Cláusula 17.3 do Edital de Concessão nº 001/2008.

11. Documentação e garantias apresentadas pelo Consórcio Rodobahia considerados suficientes para a comprovação dos requisitos necessários à sua habilitação, pela autoridade concedente, inexistentes ilegalidades ou irregularidades que justifiquem a inabilitação do correú vencedor do certame.

12. Mantida a verba honorária fixada, uma vez que de acordo com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC e o entendimento desta E. Turma.

13. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 17 de junho de 2010.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelação em ação de conhecimento, com pedido de antecipação de tutela, pelo rito ordinário, ajuizada pelo Consórcio Companhia Brasileira de Rodovias - CBR, liderado pela empresa Heleno e Fonseca Construtécnica S/A, contra a União Federal, Agência Nacional de Transportes Terrestres, - ANTT e o Consórcio Rodobahia, liderado pela Engevix Engenharia S/A.

Alega o autor que a União e a ANTT realizaram licitação para a concessão do serviço público de recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação de capacidade do Sistema Rodoviário, nos termos, prazo e condições estabelecidas na Minuta de Contrato e Anexo 2, por meio do Edital de Leilão de nº 001/2008 e respectivos anexos.

Aduz que o Edital foi seguido de diversos "Comunicados Relevantes", importando para a demanda os de nºs 4 a 20 e, especialmente, o de nº 19, que alterou, de forma ilegal, o prazo para a apresentação de documentos necessários à assinatura de contrato por parte da vencedora do certame.

Isso porque, o Edital havia determinado em seu item 14.2.1, que aquele que oferecesse o menor preço no Leilão deveria obrigatoriamente, para ser declarado vencedor, atender a todos os itens do Edital, inclusive os de habilitação. No entanto, a ANTT homologou o resultado do certame e apontou como vencedor o Consórcio Rodobahia, cuja documentação não atende aos requisitos do Edital, seja de habilitação jurídica e econômica, seja de classificação (análise de proposta comercial).

O Recurso Administrativo apresentado pelo autor, impugnando tais fatos foi improvido, tendo ainda sido deferido, de forma ilegal e arbitrária, pedido de prorrogação de prazo pelo corréu Rodobahia, para atender as exigências necessárias à assinatura do contrato de concessão.

Sustenta a ocorrência de violação à CF, à Lei 8.666/93, ao CC e ao Edital, pela habilitação de empresa não autorizada a funcionar

no País, uma vez que a empresa estrangeira Isolux Córsan Concesiones S/A, integrante do Consórcio Rodobahia não apresentou o "Decreto de Autorização" e o "ato de registro ou autorização para funcionamento expedido por órgão competente", embora detenha 75% de participação na sociedade. Referida empresa deixou também de apresentar balanço convertido para as normas comumente aceitas no Brasil, exigido caso fosse considerada empresa estrangeira regularmente autorizada a operar no País, possibilitando a adequada comparação das informações apresentadas pelas proponentes.

Alegou, ainda, haver diversas falhas, ilegalidades e erros na proposta técnica do Consórcio Rodobahia, bem como a impossibilidade do mesmo conseguir captar linha de crédito junto ao BNDES, uma vez que referida proposta não gera receita suficiente sequer para pagar as despesas, não atendendo aos requisitos mínimos exigidos por aquela instituição, bem como a inconsistência do plano de negócios, diante da declarada intenção de postergar a realização das obras e serviços obrigatórios condicionados à variação de tráfego.

Requer a inabilitação do Consórcio corréu do discutido certame, com a declaração de desclassificação da proposta oferecida pelo mesmo, no Leilão de concessão de trecho rodoviário da BR116-BA e BR 324-BA, pelo não preenchimento dos requisitos previstos no Edital de Concessão nº 001/2008 e na legislação de regência.

Às fls. 2.740/2.745, foi concedida a tutela antecipada para determinar às rés a suspensão do procedimento administrativo de concessão e da assinatura do contrato referente ao trecho rodoviário da BR116-BA e BR 324-BA ao Consórcio Rodobahia, liderado pela ré Engevix S/A, até ulterior deliberação deste Juízo.

Desta decisão foram interpostos pela autora e corréus os agravos de instrumento de nºs 2009.03.00.0025496-5, 2009.03.00.0025762-0, 2009.03.00.0025942-2 e 2009.03.00.0026088-6, que foram julgados prejudicados, diante da posterior prolação da sentença neste feito.

O r. Juízo *a quo* julgou improcedente a ação, por entender inexistir impedimento à participação de empresas estrangeiras na

composição societária das Sociedades de Propósito Específico (SPE), com personalidade jurídica própria, considerando que os demais vícios não se revestem de gravidade tal a macular a aceitação de proposta mais adequada ao Poder Concedente, salientando que foi instituída fiança bancária no valor de 20 milhões de reais como garantia das exigências fixadas no Edital. Fixou verba honorária a ser arcada pelo autor em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada corréu, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Apelou o Consórcio CBR, requerendo a reforma do julgado, uma vez que o Consórcio Rodobahia, considerado vencedor do certame em questão, não atende aos requisitos do Edital, seja de habilitação (jurídica e econômica), seja de classificação (análise da proposta comercial), não sendo aceitável pela Administração Pública. Aduz que o referido Consórcio é integrado, com participação de 75% na SPE, pela pessoa jurídica estrangeira Isolux Corsán Concesiones S/A, sem que esta tenha apresentado o Decreto de Autorização exigido pelo inciso V do art. 28 da Lei Federal nº 8.666 de 1993 e pelo Edital em seu Anexo 5, Tabela I, item 4. Não houve, também, a apresentação do balanço desta empresa estrangeira, com a necessária conversão às normas do BR GAAP. Além disso, a proposta técnica do corréu é inaceitável e inexequível, com violações expressas aos termos do Edital de Concessão nº 001/2008, sendo impossível àquele Consórcio captar linha de crédito junto ao BNDES, uma vez que sua proposta não gera receita suficiente sequer para pagar as despesas, não atendendo aos requisitos mínimos exigidos por aquela instituição. Sustenta, ainda, a inconsistência do plano de negócios, diante da declarada intenção de postergar a realização das obras e serviços obrigatórios condicionados à variação de tráfego, bem como o deferimento ilegal e arbitrário do pedido de prorrogação de prazo, pelo Consórcio corréu, por não ter à época, condições de atender aos prazos estabelecidos no Edital para assinatura do Contrato de Concessão. Requer a anulação de todos os atos subsequentes e correlatos à classificação da proposta daquela concessionária, inclusive o Contrato de Concessão firmado entre as partes.

Com contrarrazões da Engevix Engenharia S/A, empresa

líder e representante do Consórcio Rodobahia (fls. 3.664/3.710), da União (fls. 3.711/3.746) e da ANTT (fls. 3.751/3.783), subiram os autos a este Tribunal.

Dispensada a revisão, nos termos do art. 33, VIII, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

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

Inicialmente, deixo anotado que foram distribuídos à minha relatoria os Agravos de Instrumento de nº 2009.03.00.025496-5, interposto pelo autor, e os de nºs 2009.03.00.025762-0, 2009.03.00.025942-2 e 2009.03.00.026088-6, interpostos pelos corréus, contra a decisão que concedeu a antecipação de tutela.

Por ocasião da apreciação do pedido de efeito suspensivo, assim me manifestei nos autos do Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.025496-5, que cito abaixo, no trecho paradigma aos demais agravos:

> "...
> O d. magistrado de origem fundamentou o *decisum* impugnado na ausência do Decreto de Autorização para funcionamento no Brasil da empresa Isolux, integrante do Consórcio vencedor do certame, por isso revela-se razoável a liminar concedida, suspendendo o procedimento administrativo de concessão e a assinatura, pelo Consórcio Rodobahia, do contrato referente ao trecho rodoviário da BR 116 - BA e BR 324-BA.
> Contudo, a paralisação prolongada do processo licitatório e das providências decorrentes afeta o interesse público, mormente diante da falta de conservação de tais rodovias e da necessidade premente das obras licitadas para segurança dos usuários da rodovia.

> Em conseqüência, *DEFIRO PARCIALMENTE* o efeito suspensivo pleiteado (CPC, art. 527, III), para determinar ao r. Juízo *a quo* que aprecie, tão logo sejam juntadas as contestações e eventuais réplicas, a viabilidade do julgamento antecipado da lide, considerando-se a matéria de direito e as provas documentais anexadas aos autos originários."

Posteriormente, em sede de Suspensão de Tutela Antecipada - SLAT nº 2009.03.00.028642-5, requerida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, foi determinada a suspensão do deferimento da antecipação de tutela, até a resolução da matéria em grau de apelação, tendo sido a mesma julgada prejudicada em 26/10/2009, em face da prolação da sentença de improcedência nos presentes autos.

Quanto ao mérito, cuida-se de licitação vinculada ao Edital de Concessão nº 001/2008, firmado pela União Federal, por meio do Ministério dos Transportes e da ANTT, estabelecendo condições da desestatização, na modalidade de leilão, para concessão de serviço público de recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do Sistema Rodoviário, em trechos da BR116/BA, BR324/BA, BA 526 e BA 528.

Referido certame foi regido, além das regras previstas no edital e seus anexos, pelas Leis nºs 9.491, de 09/9/1997, 9.635, de 15/3/1998, 8.987, de 13/2/1995, 9.074, de 7/7/1995, 10.233, de 5/6/2001 e subsidiariamente, pela Lei 8.666, de 21/6/1993, bem como pelas demais normas vigentes sobre a matéria.

Ainda nos termos do edital, o critério utilizado para o julgamento da melhor proposta econômica foi o de menor valor da Tarifa Básica de Pedágio a ser cobrado dos usuários do Sistema Rodoviário, sagrando-se vencedor o Consórcio Rodobahia.

O concorrente Consórcio CBR, inconformado com este resultado, opôs inicialmente o Recurso Administrativo cabível à espécie e, ante o seu indeferimento, ajuizou a presente ação, requerendo a inabilitação do Consórcio Rodobahia do referido certame, figurando como o ora recorrente.

Passo assim, à análise dos pontos fulcrais apresentados, iniciando pela questão da proposta técnica do Consórcio corréu ser inaceitável e inexequível, por ser impossível ao mesmo captar linha de crédito junto ao BNDES, uma vez que seu projeto não gera receita suficiente sequer para pagar as despesas, além das demais alegações de ordem técnica apontadas.

Nesse aspecto, observo que a Lei nº 8.987/95, determina em seu art. 15, inc. I, e § 3º, que:

> "Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:
> I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
> ...
> § 3º O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação."

Verifica-se que os exames da viabilidade financeira da proposta, bem como da sua exeqüibilidade, competem à autoridade administrativa concedente.

É sabido que não cabe ao Poder Judiciário apreciar os critérios de oportunidade e conveniência dos atos administrativos, ou seja, pronunciar-se sobre o mérito administrativo dos mesmos, inclusive em relação aos elementos técnicos ou eficiência do ato em exame, devendo ater-se à análise de sua legalidade.

No caso em espécie, não é possível ao Judiciário, em respeito ao Princípio da separação de poderes e ao poder discricionário da autoridade administrativa, imiscuir-se em questões de avaliação técnica específica para determinar se a tarifa indicada pela parte interessada é ou não válida para a finalidade a qual se destina, ou se o cronograma da realização de determinada obra é adequado ou não. Excetuam-se somente as situações de abuso evidente de poder ou de ilegalidade nos atos em questão.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes jurisprudenciais:

> "ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RESCISÃO UNILATERAL. NOVA LICITAÇÃO.

I - Insurgiu-se a Parte Impetrante contra a rescisão do contrato administrativo por ela firmado com o INCA, bem como contra a instauração de novo procedimento licitatório - Pregão nº 234/2005 - com a adjudicação em favor de outra empresa. Pugnou, então, pela nulidade do ato de rescisão contratual, procedida sem que lhe fosse oportunizada defesa, bem como pela interrupção do referido procedimento licitatório.

...

IV - A Parte Impetrante, em seu Apelo, pretendeu demonstrar a nulidade do procedimento licitatório em liça, uma vez que seria desnecessária a realização do mesmo, já que o preço ajustado entre as Partes era inferior ao preço praticado no mercado. Entende-se, todavia, que discussão acerca de preços de mercado e preços ofertados pelos licitantes não cabe na via estreita do mandado de segurança, não merecendo reforma, desta maneira, a Sentença *a quo*.

V - Por fim, quanto à alegação de que a Empresa vencedora da licitação não possuiria capacidade técnica para assumir a prestação do serviço objeto do contrato, pode-se verificar que a Autoridade Impetrada informa que foram tomadas todas as providências necessárias à verificação da qualificação da licitante. Em sendo assim, tendo a Administração constatado a capacidade técnica da licitante, não cabe ao Judiciário imiscuir-se nesta seara para afirmar o contrário.

VI - Remessa Necessária improvida.

VII - Apelação da Parte Impetrante improvida."

(TRF 2ª Região, AMS 2007.51.01.009715-0, relator Des. Federal Reis Friede, Sétima Turma Especializada, j. 06/05/2009, DJU 19/05/2009, p. 120)

"DIREITO ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA UNIÃO FEDERAL. PRESCRIÇÃO

INEXISTENTE. DESCABIMENTO DE EXAME DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO.
1. Tendo em vista o disposto no art. 21, XII, alínea 'e' da CF, a União deve figurar na lide em que se pleiteia concessão ou autorização para exploração de linha de transporte.
2. Ademais, no que se refere ao reconhecimento da prorrogação da concessão, não houve negativa formalizada pelas demandadas, embora tenham estas praticado diversos atos tendentes à extinção da outorga.
3. Compete à Administração, na condição de titular do poder concedente, analisar a conveniência ou oportunidade de conceder, permitir ou autorizar linhas a empresas de transporte rodoviário coletivo de passageiros e realizar o que for pertinente ao funcionamento dessa atividade.
4. *Válida, ainda, a vetusta idéia de que inacessível ao controle judicial a porção discricionária do ato administrativo*. Após a Constituição de 1988, o Direito Administrativo trilhou novos rumos, flexibilizando-se a antiga lição que vedava ao juiz imiscuir-se no chamado 'mérito' do ato administrativo, reservado à área de oportunidade e conveniência, onde imperava a discricionariedade. Evidentemente, não se há que permitir ao julgador substituir-se ao administrador na tomada de decisões entre opções de natureza política. No entanto, hoje já se tem assente que as escolhas políticas não podem divergir das diretrizes constitucionais, às quais está o agente público sempre vinculado, sendo, pois, correta a assertiva de que ausente discricionariedade pura do administrador, facultando-se ao Judiciário o exame da motivação, à luz do interesse público e dos princípios fundamentais ínsitos na Lei Maior.
5. Nos casos em que a lei conferiu ao administrador a competência para escolher a melhor decisão entre várias juridicamente admitidas, acabou por lhe atribuir competência típica da função administrativa, impossível de ser substituída por critérios de conveniência do órgão jurisdicional.
6. A permissão possui a natureza de ato administrativo

negocial, caracterizado pela discricionariedade e precariedade. Como ato discricionário, afasta-se qualquer direito do administrado à sua pratica, que permanece sob o crivo da oportunidade e conveniência da Administração.
7. Ainda, se fosse deferida judicialmente a regularização da linha explorada pela autora, estaria configurada a intromissão indevida do Judiciário no âmbito de conveniência oportunidade da Administração, em afronta ao princípio da Separação de Poderes.
8. O fato de a empresa ter explorado irregularmente o itinerário em tela, em época anterior à exigência de licitação, não lhe garante o direito postulado, eis que inexiste direito adquirido em face de atos ilicitamente praticados.
9. O princípio constitucional da licitação protege não só o interesse público, eis que permite melhores condições contratuais para a Administração, como, também, permite a igualdade jurídica dos administrados.
10. *In casu*, em que pese a autora executar o transporte rodoviário interestadual coletivo de passageiros, inexiste nos autos prova de que tenha participado, para tanto, de 'prévia licitação'; realiza, portanto, tal serviço por meio de mera *autorização* do Poder Público, e não por *permissão*, na forma prevista no inciso I do art. 6º do Decreto 2.521/98; pois, se assim não qualificado, executam tais linhas de forma ilegal.
11. No que se refere ao suposto desequilíbrio econômico financeiro dos contratos, entende-se que a demandante, conhecedora da lei, do decreto e da Constituição Federal, não pode, neste momento, após ter decorrido vários anos, alegar ter realizado investimentos ainda não amortizados. Ora, desde 1995 a autora tem conhecimento de que os contratos não seriam prorrogados e que a mera expectativa de direito (à prorrogação contratual) não se exercitaria.
12. Do mesmo modo, no tocante ao pedido alternativo de indenização, não foi verificada a ocorrência dos dois requisitos básicos: a prática de ato ilícito por parte da

> Administração Pública e a ocorrência de dano para a demandante. Ao contrário, como acima exposto, a exploração das linhas de transporte deu-se em desrespeito à legislação vigente - pela falta de licitação - e, assim, a autora somente obteve ganho econômico.
> 13. A atividade explorada pela autora não dispõe de bens reversíveis, razão pela qual resta afastada a possibilidade de aplicação das normas por ela invocadas."
> (TRF - 4ª Região, AC 2007.70.05.004432-9, Quarta Turma, relatora Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, j. 10/03/2010, DJ 22/3/2010)

Importante salientar que na análise dos 2º, 3º e 4º estágios do acompanhamento da outorga do referido serviço público, nos termos estabelecidos pela IN TCU nº 46/2004, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização - 3ª Diretoria Técnica - SEFID do Tribunal de Contas da União apurou, no concernente aos tópicos discutidos nos presentes autos, que:

> "...
> 6. Após a apreciação do Plenário desta Casa, o primeiro estágio da referida outorga foi aprovado com ressalvas, tendo sido exarado o Acórdão nº 2.104/2008 - TCU - Plenário, com as recomendações e determinações que serão transcritas adiante.
> 7. A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), impulsionada pelas contribuições obtidas na Audiência Pública nº 086/2008, fez adequações no Edital de Concessão nº 001/2008 e respectiva Minuta de Contrato, anteriormente divulgados, republicando tais documentos no dia 19 de dezembro de 2008.
> ...
> 46. Levado à praça no dia 20 de janeiro de 2009, ao Leilão compareceram dois consórcios interessados, dos quais, no dia anterior, a ANTT recebera as devidas garantias das propostas (fl. 192, Anexo 7). O certame aconteceu em conformidade com o estabelecido no Edital.

...

60. Em resumo, é possível notar coerência técnica nas respostas do Consórcio no que se refere aos estudos de tráfego, os quais abalizaram a proposta vencedora.

61. Em relação ao questionamento de nº 9, da referida solicitação de esclarecimento da ANTT, há de se destacar que a primeira arguição apresentada pelo Consórcio não se mostrou suficiente. Por esse motivo, a Comissão de Outorga diligenciou o Proponente, no dia 12/09/2009, perquirindo-o quanto às informações apresentadas. O ponto polêmico referiu-se ao valor deflacionado constante no quadro 5 daquela resposta (fl. 38, Anexo 8).

62. Em sua réplica, o Consórcio Rodobahia reconheceu o erro material na inserção do valor deflacionado constante do citado quadro.

63. Tendo em vista que o alterado dado fora utilizado para o cálculo da Tarifa Básica de Pedágio, o Consórcio Rodobahia assumiu o valor antes indicado como sendo verdadeiro, o que significou a manutenção da sua proposta com uma tarifa menor, *firmando nesse mesmo ato o compromisso de não alegar futuramente causa de reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência do seu próprio desacerto*.

64. Como parte integrante dos documentos do 3º e 4º estágios, a ANTT encaminhou ao TCU o recurso administrativo (fls. 05/45 do anexo 5) interposto pelo Consórcio Companhia Brasileira de Rodovias (CBR), 2º colocado no Leilão, bem como a respectiva impugnação do Consórcio Rodobahia (fls. 56/94 do Anexo 5).

Sinteticamente, os principais argumentos apresentados pelo consórcio vencido foram:

Ausência de Decreto de Autorização;

Suposta falta de Apresentação do Balanço patrimonial; e Supostos erros do Plano de Negócios;

...

70. Em vista dessas alegações do consórcio vencido, a

ANTT foi novamente diligenciada por parte da Sefid com fundamento no artigo 157 do Regimento Interno do TCU c/c art. 1º, III, da Portaria MIN-WAR nº 1, de 02/01/2009, a agência foi chamada para prestar os seguintes esclarecimentos/informações/documentos, com prazo de cinco dias (fl. 266, do VP):

Informações técnicas adicionais, mediante laudo técnico contábil, a respeito do atendimento do item 16, Tabela V, do Anexo 5 do Edital pelos documentos apresentados na fase de habilitação pela empresa Isolux Corsán Concesiones S/A, componente do Consórcio Rodobahia, especialmente em relação ao cumprimento da legislação contábil vigente no país e pela necessidade de conversão dos demonstrativos contábil-financeiros; e

Esclarecimentos, visando certificar que o Consórcio Rodobahia cumpre exigência máxima de alavancagem e mínima de capacidade de pagamento das dívidas à luz dos parâmetros que condicionam o custo de financiamento dos investimentos pelo BNDES, apresentado no seu Plano de Negócio.

71. Em resposta à diligência, a ANTT encaminhou o Memorando nº 050/2009/CO.2ªECRF (fls. 269/278, do VP), de 30/6/2009, manifestando-se pela regularidade dos documentos apresentados pela empresa Isolux Corsán Concessiones S/A, componente do Consórcio Rodobahia, e o Memorando nº 45/2009/CO.2ª ECRF (fls. 280/281), de 10/6/2009, em complemento, com a lista de documentos para subsidiar a análise do TCU (Anexos 9 e 10).

72. No que diz respeito ao cumprimento da legislação contábil vigente no país e da necessidade de conversão dos demonstrativos contábil-financeiros, a ANTT, inicialmente, justifica a regularidade dos documentos (fl. 271 VP) mencionando o comunicado do Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC, que dispôs sobre a estrutura conceitual para a elaboração e apresentação das demonstrações contábeis, aprovado pela Comissão de Valores Mobiliários

- CVM, por meio da Deliberação CVM nº 539/2008, a qual considerou a importância e a obrigatoriedade, especialmente das companhias abertas, da convergência das normas contábeis brasileiras com as normas contábeis internacionais.
73. Ressalta que no referido comunicado do CPC é elencado o conjunto de elementos que fazem parte das demonstrações contábeis: o balanço patrimonial, a demonstração de resultado, a demonstração das mutações na posição financeira (demonstração dos fluxos de caixas, de origens e aplicações de recursos ou alternativa reconhecida e aceitável), a demonstração das mutações do patrimônio líquido, as notas explicativas e outras demonstrações, devidamente acompanhadas de seu material explicativo.
74. Salienta que é possível identificar os elementos das demonstrações contábeis, elencadas pela CPC, na documentação apresentada pela Isolux Corsán Concesiones S.A. (fl. 272, VP).
75. Em complemento, informa que no relatório de auditoria de contas anuais, elaborado pela PricewaterhouseCoopers as demonstrações contábeis apresentadas pela Isolux contêm a informação necessária e suficiente para sua interpretação e compreensão adequada, de conformidade como os princípios e normas contábeis normalmente aceitos.
76. A Agência relata (fl. 273, VP) que a conversão do patrimônio líquido da empresa Isolux em euros para reais, no dia 31 de dezembro de 2007, corresponde ao valor apresentado nos documentos exigidos na fase de habilitação da concorrência.
77. Pela resposta apresentada pela ANTT, é possível verificar que houve, por parte da Agência, o cuidado de analisar os documentos relativos à qualificação econômico-financeira apresentados pela Isolux (Volume 3 - Tomo I arquivo em CD à fl. 3 do Anexo 9) quanto à conformidade com os princípios da contabilidade brasileira. Subsidiando as suas informações, os gestores responsáveis aduziram aos autos a tradução da documentação e o parecer dos auditores em relação às demonstrações contábeis da empresa.

78. No tocante aos esclarecimentos apresentados pela ANTT acerca do cumprimento da exigência máxima de alavancagem e mínima de capacidade de pagamento das dívidas, a Agência sustenta que se ateve exclusivamente ao cumprimento dos requisitos editalícios, que não exigem alavancagem máxima ou capacidade mínima de pagamento a serem atendidas nos casos de financiamento.
79. Destaca que o assunto foi objeto de análise do Plano de Negócios e, ainda, tema recursal interposto pela proponente segunda colocada no Leilão (fl. 274, VP).
80. Em excerto destacado Às fls. 275/277, do VP, pertencente ao Memorando nº 009/2009/SUREG, de 10/3/2009, a Agência ressalta que não há qualquer indício de declaração do Consórcio Rodobahia de que os recursos de terceiros serão exclusivamente do BNDES. Mais ainda, nenhuma proponente poderia declarar necessidade de recursos adicionais do referido banco oficial para consecução do contrato a ser celebrado, afinal, em nenhum momento aquela instituição financeira se comprometeu com tal operação.
81. Por fim, a Agência ressalta que o próprio BNDES menciona que as condições para a concessão do financiamento são mutáveis e dependem da análise da operação. Além disso, tendo em vista que os critérios para financiamento são estabelecidos pelo próprio banco oficial, este detém maior propriedade para discorrer acerca do seu cumprimento pelo consórcio vencedor, caso este opte em obter o financiamento junto ao banco.
82. De fato é possível verificar que a ANTT não exigiu alavancagem máxima ou capacidade mínima de pagamento a serem atendidas nos casos de financiamento. Ao que parece, a Agência buscou o atendimento do item 3.10.2 do Anexo 16 do Edital (fl. 86 do Anexo 3), que estabelece a obrigação do Plano de Negócio retratar a consistência interna entre o fluxo de receita e despesa às necessidades de financiamento e, consequentemente, a fonte do financiamento.
83. Do exposto, pode-se concluir pela aprovação dos

> documentos que fazem parte do terceiro e quarto estágios de fiscalização do processo de outorga de serviço público, de que trata o art. 3º, II, c/c art. 4º, II, da Instrução Normativa TCU nº 46/2004, referente à concessão para restauração, manutenção, operação e aumento da capacidade de trechos rodoviários da BR-116 e da BR-324, no Estado da Bahia." (grifos nossos)

Podemos concluir que as questões técnicas foram amplamente verificadas pela autoridade concedente, passando ainda pelo criterioso crivo do Tribunal de Contas da União, que avaliou, de forma minuciosa, os aspectos técnicos apontados nos presentes autos.

No tocante à alegação da falta de apresentação do Decreto de Autorização por parte da empresa estrangeira Isolux, Corsán Concesiones S/A, que tem participação de 75% no Consórcio corréu, que veio a constituir a Sociedade de Propósito Específico - SPE, observo que o art. 28, inc. V, da Lei nº 8.666/93, abaixo transcrito, não tem aplicação à hipótese dos autos:

> "Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:
> ...
> V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir."

Assim também, não se aplica ao caso o constante no Anexo 5, Tabela I, item 4 do Edital, que dispôs:

> "Edital de Concessão nº 001/2008
> Anexo 5 - Documentos de Qualificação
> Tabela I - Documentos relativos à regularidade jurídica.
> ...
> Item 4 - Em se tratando de pessoa jurídica ou sociedade

> estrangeira autorizada a funcionar no País, decreto de autorização e ato de registro ou autorização para o seu funcionamento, expedido pelo órgão competente."

Os apelantes baseiam suas alegações nestes dispositivos, que não se aplicam à espécie, por não se tratar *in casu* de empresa estrangeira diretamente concorrente, nem de sociedade estrangeira em funcionamento no País, mas de empresa participante de uma Sociedade de Propósito Específico, que pretende atuar no País, conforme previsão específica no Edital.

Referido Edital trouxe, ainda, as seguintes determinações, nos itens pertinentes aos presentes autos, em relação à participação das pessoas jurídicas estrangeiras:

> "Parte V - Regulamento do leilão
> 5. Condições de participação
> 5.1 Poderão participar do Leilão, nos termos deste Edital, pessoas jurídicas *brasileiras ou estrangeiras*, entidades de previdência complementar e fundos de investimento, isoladamente ou em consórcio, de acordo com os termos deste Edital.
> ...
> 5.4 Caso a Proponente seja consórcio, as seguintes regras deverão ser observadas, sem prejuízo de outras existentes no restante do Edital:
> 5.4.1 - cada consorciado deverá atender individualmente às exigências relativas à regularidade jurídica e fiscal contidas no Edital;
> ...
> Parte IV - A Concessionária
> 19 Concessionária
> 19.1 A Concessionária será uma SPE, na forma de sociedade por ações, constituída de acordo com a lei brasileira, com a finalidade exclusiva de explorar a Concessão.
> 19.2 O capital social inicial da Concessionária, integralizado em moeda corrente nacional, na data da assinatura do

Contrato será de, no mínimo, R$ 52.000.000,00 (cinquenta e dois milhões de reais).”

Especificamente em relação à proponente estrangeira, determinou em seu Anexo 5, relativo aos Documentos de Qualificação, que:

“15. As Proponentes estrangeiras deverão apresentar todos os documentos exigidos das Proponentes nacionais e, adicionalmente, os seguintes documentos:
Tabela IX - Documentos adicionais relativos à regularidade jurídica das Proponentes estrangeiras
Documento
30. Procuração outorgada a representante legal no Brasil, com poderes expressos para receber citação e responder administrativa e judicialmente por seu atos, conforme modelo constante do Anexo 13
Tabela X
Outros documentos relativos a qualificação das Proponentes estrangeiras
31. Declaração de submissão à legislação da República Federativa do Brasil e de renúncia a qualquer reclamação por via diplomática, conforme modelo constante do Anexo 11.
15.1. As Proponentes estrangeiras poderão, para os fins de sua Qualificação, apresentar documentos de suas matrizes que sejam equivalentes aos solicitados para regularidade de pessoas jurídicas brasileiras e que cumpram com os requisitos legais no país de constituição da Proponente estrangeira, ou de suas respectivas filiais brasileiras.
16. Em caso de inexistência de documentos equivalentes nos respectivos países de origem aptos ao atendimento das exigências prevista neste Anexo 5, ou de documentos para as respectivas filiais brasileiras, as Proponentes estrangeiras deverão apresentar documentação assinalando tal circunstância.
17. Os balanços e demonstrativos de resultados apresentados deverão ser levantados em 31 de dezembro de 2007

> e aprovados pela administração. Esses documentos deverão ser apresentados de forma não-consolidada e de acordo com os princípios contábeis aceitos no Brasil, a fim de possibilitar a comparação das informações apresentadas por todas as Proponentes."

Não vislumbro óbices para a empresa estrangeira que, embora não tenha funcionamento no país, demonstra interesse e condições de investir seus recursos nos objetivos da licitação, poder participar de consórcio e, posteriormente, de Sociedade de Propósito Específico - SPE, sendo dispensável, neste caso, a exigência do decreto de autorização e ato de registro de autorização para o seu funcionamento, desde que apresentados todos os demais documentos exigidos pelo Edital, para a habilitação.

Trata-se da formação de sociedade de propósito específico - SPE, cuja previsão legal se encontra no art. 9º, da Lei nº 11.079/2004, que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, sem a previsão de impedimento para a participação de empresas estrangeiras em sua composição.

> "DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO
> Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.
> § 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.
> § 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.
> § 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.
§ 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento."

Buscou-se no referido dispositivo legal, a criação de sociedade personalizada e de objetivo determinado, que deverá obedecer aos padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento, de forma a demonstrar maior transparência, segurança e confiabilidade na execução do contrato a ser firmado.

Transcrevo, por oportuno trechos do elucidativo artigo Consórcio Empresarial e Sociedade de Propósito Específico Proteção e Segurança Jurídica para o Poder Público, de autoria do Prof. Luiz Antonio Guerra:

"... Afigura-se fundamental dizer, no atual cenário mundial, de economia aberta, de competição acirrada além fronteira, na linha de orientação do Consenso de Washington, que o Estado brasileiro frente à reconhecida escassez de recursos públicos não tem mais condições econômicas de realizar serviços e obras de infra-estrutura pesada.
O Estado apresenta-se economicamente fraco e incompetente na consecução de atividades estatais, inclusive porque outras necessidades, de natureza social, são prioritárias no orçamento, a exemplo de saúde, segurança e educação, daí porque experimentamos, em passado recente, as privatizações em áreas estratégicas da economia, como sói ocorreu com a flexibilização do monopólio do petróleo e a abertura de mercado nos segmentos de energia, telecomunicações e outros.
...

> Surge, então, a sociedade de propósito específico como a alternativa de segurança jurídico-contratual para a Administração Pública que o objeto da parceria público-privada, sob a regência da Lei 11.079/04, de fato, sem risco de inexecução dos objetivos sociais previstos para o desenvolvimento da atividade econômica a que se propôs especificamente a constituição da sociedade.
> Sabendo-se que a sociedade de propósito específico poderá ser constituída sob qualquer modalidade societária, inclusive sob o regime de companhia aberta, com a oferta de valores mobiliários, devendo ter por único e exclusivo objetivo social a gestão e execução do Contrato Administrativo decorrente da licitação, nos termos do edital, forçoso é reconhecer que tal configuração jurídica trouxe vantagens para o Estado, com total segurança ao cumprimento regular e fiel dos objetivos da parceria, eis que a transferência do controle da sociedade estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública."
> (*Licitações e Contratos Administrativos. Uma visão atual à luz dos Tribunais de Contas*. Coordenadores Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim e Luiz Antonio Tavolaro. Curitiba. Juruá, 2006, p. 290/305)

Neste contexto, a exigência de Decreto regulamentador para a participação de empresa estrangeira em Sociedade de Propósito Específico - SPE, conforme requerido pela autora, excede os parâmetros fixados, tanto em lei quanto no Edital da licitação, não sendo aplicável ao caso em espécie.

A título ilustrativo, cito os seguintes precedentes jurisprudenciais:

> "ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES. EXIGÊNCIAS. DISPENSA.
> 1. Mantida a sentença que julgou procedente o pedido, dispensando a parte autora de prestar caução, pois é o próprio edital quem prevê que tal medida só pode ser exigida de empresas estrangeiras.

2. Não foi violado o Princípio da Igualdade, pois a isonomia deve ser aplicada quando houver igualdade de condições, o que não ocorre. A situação financeira das empresas nacionais é apurada mediante consulta a determinados órgãos, o que evidentemente não é possível em relação a empresas estrangeiras.
3. Apelação e remessa oficial improvidas."
(TRF4, AC 2000.04.01.068103-6, Terceira Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, DJ 01/11/2000)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE VISTA DE DOCUMENTOS. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA ESTRANGEIRA EM LICITAÇÃO PARA EXPLORAÇÃO DE SATÉLITE. EMPRESA COM PARTICIPAÇÃO DA ESPANHA. FALTA E IMPOSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DE REQUISITOS DO EDITAL DE LICITAÇÃO. AGRAVO RETIDO - REQUISIÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.
1. As questões debatidas são puramente de direito e eventualmente se encontra no feito questões fáticas cobertas pela prova documental já constante dos autos, pelo que não tem sentido a argüição da Apelada a respeito da inadequação da via eleita, sob a visão de ser necessária a produção de provas (*sic*).
...
4. Inexiste óbice constitucional ou legal de contratação de empresa estrangeira, ainda que tenha por sócios pessoas de direito público de outros países, até porque a contratação, por comando do art. 86, parágrafo único, da Lei 9472/97, só se dará após a criação de empresa subsidiária com sede e administração no país.
5. A Hispasat é uma empresa estatal espanhola dedicada a exploração econômica, comercial, de telecomunicações, não havendo norma alguma que imponha restrição a sua

atuação no mercado brasileiro, que se assemelha a de estatais brasileiras no exterior, como o caso típico da Petrobrás. Não se confunde uma estatal criada para explorar atividade econômica com o Estado que a criou.
6. Apelação e agravo retido improvidos."
(TRF 1ª Região - AMS 1999.34.00.032158-0, Quinta Turma, rel. Juiz Federal Convocado Cesar Augusto Bearsi, j. 16/06/2008, DJU 31/07/2008)

No que pertine à alegação de não apresentação do Balanço da empresa estrangeira, convertido para as normas comumente aceitas no Brasil, entendo pertinentes as conclusões técnicas apresentadas no parecer da Superintendência de Marcos Regulatórios - SUREG (fls. 480/493), abaixo transcritos:

"...
a) A falta de apresentação do balanço patrimonial
14. Inicialmente, em decorrência da localização na Espanha da sede da empresa Isolux Corsán Concesiones S/A, integrante do Consórcio Rodobahia, cabe mencionar breve preâmbulo a respeito das práticas contábeis adotadas.
15. Em 2001, a Comissão Européia deliberou adotar as normas internacionais de contabilidade, emitidas até esta data pelo International Accounting Standards Committee - IASC como a base para a preparação das demonstrações financeiras das empresas abertas da Comunidade Européia. Concomitantemente a este período adveio a criação do International Accountig Standards Board - IASB, com sede em Londres, em substituição ao IASC.
16. O IASB passa a revisar as normas internacionais e a emitir novas normas, de modo a desenvolver um conjunto de normas contábeis a ser adotado para direcionar e padronizar a forma como as empresas abertas européias deveriam preparar e divulgar suas demonstrações financeiras, proporcionando aos interessados, sejam eles investidores, administradores, analistas, pesquisadores ou

quaisquer outros usuários e leitores de tais demonstrações transparência e comparabilidade nas Demonstrações Contábeis.

17. Vale ressaltar que o ano de 2005 foi o fixado pela comunidade européia para adoção integral pela primeira vez das normas internacionais de contabilidade, denominadas International Financial Reporting Standards - IFRS.

18. Uma vez que a empresa Isolux Corsan Concesiones S/A possui sede na Espanha, país pertencente a Comunidade Européia, pode-se concluir que a mesma está sujeita as normas e práticas emanadas pela IASB.

19. No Brasil as práticas contábeis adotadas são alicerçadas em um conjunto de normas e interpretações emitidas por diferentes organismos no país, amparadas na legislação societária e reconhecidas como avanço na harmonização de norma contábeis no âmbito internacional. Essas práticas se baseiam nos princípios fundamentais de contabilidade, nas normas brasileiras de contabilidade, na legislação pertinente e em aspectos contábeis específicos para os diferentes segmentos do mercado conforme determinado pelos órgãos reguladores.

20. Os órgãos de controle e regulação, tendo como principal participante a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, em razão das mudanças ocorridas na Europa e demais países da comunidade internacional, promovidas pela adoção dos IFRS, constataram a necessidade de identificar diferenças e adequar norma e práticas contábeis adotadas no Brasil às normas internacionais.

21. A CVM editou, a partir de 2005, por meio de resoluções, pronunciamentos contábeis já substancialmente alinhados à IFRS.

22. O objetivo básico perseguido pelos órgãos de controle e de regulação para a implementação das adequações das normas brasileiras às internacionais, foi o de preparar demonstrações financeiras das empresas brasileiras em outro conjunto de normas com parâmetros semelhantes as das

empresas globais, permitindo assim melhor compreensão destas, bem como a comparabilidade dos resultados alcançados pelas empresas brasileiras com as da comunidade internacional.

23. O principal marco em relação à adoção pelo Brasil das práticas internacionais ocorreu em 28 de dezembro de 2007, quando foi publicada a Lei nº 11.638, que sancionou o Projeto de Lei nº 3.741, com importantes alterações às normas alicerçadas na Lei nº 6.404/76, com modificações nesta sobretudo nos artigos que tratam sobre a preparação e escrituração de demonstrações financeiras.

24. As modificações realizadas a partir da vigência da Lei nº 11.638/07, ao revisar os aspectos contábeis da Lei nº 6.404/76, estabeleceu condições para que as demonstrações financeiras das empresas brasileiras sejam apresentadas semelhantes aos da comunidade internacional, permitindo melhor compreensão e comparabilidade dos resultados alcançados.

25. Ressalta-se que o Edital determina no item 17 do anexo 5 que os balanços e demonstrativos de resultados apresentados deverão ser apresentados de forma não-consolidada e de acordo com os princípios contábeis aceitos no Brasil, a fim de possibilitar a comparação das informações apresentadas por todas as Proponentes.

26. O item em questão do Edital não obriga as Proponentes Estrangeiras a promover a conversão dos balanços e demonstrativos de resultados, mas que estes estejam em conformidade com os princípios aceitos no Brasil.

27. Portanto, pode-se concluir que a empresa Isolux Corsán Concesiones S/A, integrante do Consórcio Rodobahia, apresentou seus balanços e demonstrativos de resultados em conformidade com o estabelecido no item 17 do anexo 5, em razão da convergência que as normas brasileiras atualmente apresentam em relação às internacionais, em especial às da Comunidade Européia, local onde se encontra a sede da empresa em referência."

Além disso, o documento formulado pela JFGRANJA Auditoria Contábil Ltda. (fls. 474), apresentado pelo Consórcio Rodobahia, por ocasião da impugnação ao recurso administrativo, consignou que:

> "Declaramos, para os devidos fins, que o balanço patrimonial apresentado por Isolux Corsán Concesiones S/A, com o fim de participar do Leilão nº 001/2008 da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT como consorciada do Consórcio Rodobahia, não deve ser considerado como consolidado, tendo em vista que os valores atinentes a cada empresa do Grupo Isolux Corsán estão devidamente separados no referido.
> Tal informação mostra mais informação do que foi solicitado, sendo, portanto, perfeitamente possível relacionar os valores com as respectivas empresas.
> Em complemento, informamos que, para o fim objetivado no Edital de Concessão, qual seja verificar o patrimônio líquido mínimo da Proponente, é irrelevante a exigência de apresentar o balanço patrimonial de acordo com os princípios contábeis brasileiros, uma vez que, de acordo com o balanço patrimonial apresentado à ANTT, resta evidente que o patrimônio líquido da Isolux Corsán Concesiones S/A supera, e muito, o valor mínimo de patrimônio líquido exigido dos Proponentes.
> Faz-se imprescindível lembrar que, com a introdução da Lei 11.638 de 28 de dezembro de 2007, todas as demonstrações contábeis devem convergir para as Normas Internacionais de Contabilidade, justamente para demonstrar a real posição patrimonial da empresa e possibilitar a comparação entre as demonstrações contábeis entre elas."

Cumpre observar, ainda, as alegações apresentadas em contrarrazões pela ANTT, no sentido de que:

> "Cumpre esclarecer, por oportuno, que no intuito de comprovar as condições estabelecidas no Edital, a Proponente

> vencedora apresentou junto à ANTT todos os documentos tendentes à execução, garantia e adimplemento do contrato, como a prova da constituição de Sociedade de Propósito Específico (SPE), devidamente cadastrada junto à Receita Federal e perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP), sob a forma de sociedade por ações, denominada VIABAHIA Concessionária de Rodovias S/A, inclusive com prova de integralização do valor exigido, em moeda corrente nacional (R$ 52.000,00).
> Em acréscimo, o Consórcio vencedor procedeu à comprovação das garantias solicitadas, apresentando apólices de seguro garantia, riscos de engenharia, riscos operacionais e responsabilidade civil geral, Realizou, ainda, o pagamento dos emolumentos e verbas devidos às entidades que participaram do procedimento, quais sejam CBLC, BOVESPA, IFC e BNDES."

Ademais, conforme salientado na r. sentença recorrida: "... foi instituída fiança bancária no valor de 20 milhões de reais como garantia de atendimento as exigências fixadas no Edital."

Referida garantia foi consubstanciada na apólice de Seguro Garantia de Concessões Públicas Condições Especiais nº 47.004.48961.000000, da UBF Garantia & Seguros S/A, complementando a documentação apresentada em atendimento à Cláusula 17.3 do Edital de Concessão nº 001/2008, tendo sido apresentado, ainda, a comprovação de integralização em moeda corrente nacional de R$ 52.000.000,00 (cinquenta e dois milhões de reais) do capital da SPE, através de extrato bancário do banco ABC BRASIL/ARAB BANKING CORPORATION, em 18/6/2009, Apólice de Riscos de Engenharia - Mitsui Sumitomo Seguros, Apólice de Riscos Operacionais e de Responsabilidade Civil Geral - Tokio Marine Seguradora, comprovação de recolhimento de emolumentos a CBLC e a BOVESPA, correspondentes a R$ 200.000,00 cada, comprovantes de pagamento a International Finance Corporation - IFC do valor equivalente em reais a US$ 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil dólares norte americanos) e ao

BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, no valor de US$ 600.000,00 (seiscentos mil dólares norte americanos), dentre outros. (fls. 3.152/3.154)

Assim, afastados os questionamentos de caráter técnico, tendo a documentação apresentada pelo Consórcio Rodobahia sido considerada suficiente para a comprovação dos requisitos necessários à habilitação da proponente, pela autoridade concedente, bem como diante das garantias apresentadas, entendo inexistir ilegalidade ou irregularidades que justifiquem a inabilitação do corréu vencedor do certame.

Mantenho a verba honorária fixada, uma vez que de acordo com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC e o entendimento desta E. Turma.

Dessa forma, a r. sentença recorrida deve ser mantida nos termos em que proferida.

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

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL
0005359-12.2000.4.03.6110
(2000.61.10.005359-3)

Apelantes: PAULO HENRIQUE DANTE CORNACHINI E FERNANDA PAULA RODRIGUES CORNACHINI
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA SILVIA ROCHA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Classe do Processo: ACr 31040
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/07/2010

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ARTIGOS 171 E 206 DO CÓDIGO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO CONFIGURADA. PRESENÇA DE DOLO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. ERRO MATERIAL CONSTANTE DA SENTENÇA DEVIDAMENTE CORRIGIDO, PASSANDO A CONSTAR PENA DE RECLUSÃO. VERIFICADA A PRÁTICA DE DOIS CRIMES DISTINTOS, NÃO HAVENDO A ABSORÇÃO DE UM PELO OUTRO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO COM RELAÇÃO AO CRIME DE ESTELIONATO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

I - A sentença proferida em primeira instância julgou procedente a ação penal e condenou os apelantes à pena de 3 anos e 7 meses de detenção (convertida em duas penas restritivas de direito), e ao pagamento de 32 dias-multa, fixado em 1/30 de salário mínimo, pelos crimes tipificados nos artigos 171 e 206 do Código Penal, na forma do art. 69 do Código Penal.

II - Os apelantes, na condição de representantes legais da empresa, durante os anos de 2000 e 2001, recrutaram vários trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro. Os trabalhadores eram seduzidos com a promessa falsa de empregos remunerados com bons salários, e iludidos em sua boa-fé, muitos embarcaram

para o exterior, sendo que, somente ao chegarem no destino é que percebiam a inexistência dos prometidos empregos.
III - O fato de o crime ter sido cometido em uma grande metrópole como São Paulo, apesar de existirem problemas sociais inerentes às grandes cidades, não autoriza a prática do crime, sob alegação de que não haveria ameaça à economia. Dizer o contrário, autorizaria estandardizar a tipificação do delito de aliciamento pela proporcionalização da quantidade de pessoas existentes no território com a quantidade de pessoas que emigram para o exterior, o que não é amparado pelo ordenamento jurídico brasileiro.
IV - Autoria e materialidade delitiva comprovadas em relação ao delito de aliciamento.
V - No que concerne ao crime de estelionato, preliminarmente, foi corrigido o erro material constante no dispositivo da r. sentença, no qual o Douto magistrado condenou os réus, pelo crime de estelionato, à pena de 1 ano e 6 meses de detenção, sendo que a pena, de acordo com o Código Penal, é de reclusão.
VI - Verificada a existência de elementos concretos que demonstram a existência de autoria e materialidade delitiva também no tocante ao estelionato. De fato, o ganho obtido mediante o emprego de fraude, em prejuízo dos trabalhadores de boa-fé, configura o crime de estelionato, tipificado no art. 171 do Código Penal.
VII - Tendo os apelantes realizado o aliciamento de trabalhadores mediante fraude, e obtido vantagem desse modo, restou configurada a prática de dois crimes distintos. Ademais, os crimes atribuídos aos apelantes tutelam bens jurídicos diversos, sendo que, o delito previsto no art. 206 do Código Penal visa proteger a organização do trabalho, enquanto que o art. 171 do mesmo Código tutela o direito de propriedade.
VIII - Com relação ao crime de estelionato, embora haja provas suficientes para a condenação dos réus, verifico que o referido delito foi atingido pela prescrição, pois da data

dos fatos (final do ano de 2000) até a data do recebimento do aditamento à denúncia, em 25/05/2005, decorreu lapso de tempo superior a 4 anos, que é o prazo prescricional aplicável ao caso em tela. Assim, é de rigor o reconhecimento, de ofício, da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, com relação ao crime previsto no art. 171 do Código Penal, remanescendo somente o crime de aliciamento de trabalhadores.

IX - Recurso improvido, mantido o decreto condenatório dos apelantes, pelo crime previsto no art. 206 do Código Penal, e declarada extinta a punibilidade, *ex officio*, quanto ao crime tipificado no art. 171 do Código Penal, com fulcro nos artigos 107, IV, 109, V, e 110, § 1º, do Código Penal e art. 61 do Código de Processo Penal. A pena imposta passa a ser de 2 anos e 1 mês de detenção, e o pagamento de 22 dias-multa, fixado no valor de 1/30 de salário mínimo. Mantidas as demais determinações da r. sentença condenatória.

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 de apelação interposto pela defesa dos acusados, mantendo o decreto condenatório de Paulo Henrique Dante Cornachini e Fernanda Paula Rodrigues, pelo crime previsto no art. 206 do Código Penal, e *declarar extinta a punibilidade dos apelantes, ex officio, quanto ao crime tipificado no art. 171 do Código Penal*, com fulcro nos arts. 107, IV, 109, V, e 110, § 1º, do Código Penal e art. 61 do Código de Processo Penal. Em consequência da extinção declarada, a pena imposta passa a ser de 2 anos e 1 mês de detenção, e o pagamento de 22 dias-multa, fixado no valor de 1/30 de salário mínimo. Mantidas as demais determinações da r. sentença condenatória, com observância da nova pena imposta, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de junho de 2010.
Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa de Paulo Henrique Dante Cornachini e Fernanda Paula Rodrigues em face da r. sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Sorocaba, que julgou procedente a ação penal e condenou os apelantes à pena de 3 anos e 7 meses de detenção (convertida em duas penas restritivas de direito), e ao pagamento de 32 dias-multa, fixado em 1/30 de salário mínimo, pelos crimes tipificados nos arts. 171 e 206 do Código Penal, na forma do art. 69 do Código Penal (denúncia às fls. 02/03 e aditamento à exordial às fls. 1271/1272).

Em suas razões, pugna a defesa pela reforma do decreto condenatório alegando, em breve síntese, que:

(i) o delito de aliciamento não restou configurado, uma vez que não houve ofensa à organização do trabalho, ou prejuízo para a economia do Estado;

(ii) não houve fraude, na medida em que as supostas vítimas estariam cientes de que viajariam para o exterior na condição de turistas, sem garantia de emprego;

(iii) ausência de dolo, visto que não ficou comprovado que os apelantes aceitaram o resultado; e

(iv) o delito de aliciamento deveria ser absorvido pelo crime de estelionato, tendo em vista que o propósito não era a imigração ilegal, e sim obter vantagem ilícita em prejuízo dos trabalhadores (fls. 1740/1749).

O Ministério Público Federal apresentou contrarrazões de apelação, pugnando que seja negado provimento ao recurso, mantendo a r. sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 1754/1765).

Recebido e processado o recurso, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

O Ministério Público Federal, oficiante nesta 2ª instância, por seu ilustre representante, Dr. Marcelo Moscogliato, opinou pelo improvimento do recurso (fls. 1768/1774).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA (Relatora): Insurge-se a defesa dos apelantes contra a r. sentença proferida pelo Juízo *a quo*, alegando atipicidade dos delitos de aliciamento e estelionato, ausência de dolo e, alternativamente, requereu a absorção do crime de aliciamento pelo delito de estelionato, com a consequente diminuição da pena imposta pelo decreto condenatório.

Segundo consta na peça inaugural (bastante danificada, diga-se), bem como em seu aditamento de fls. 1271/1272, que os apelantes, na condição de representantes legais da pessoa jurídica IC Consultoria Internacional, durante os anos de 2000 e 2001, recrutaram vários trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro. Os referidos trabalhadores eram seduzidos com a promessa falsa de empregos remunerados com bons salários, e iludidos em sua boa-fé, muitos embarcaram para o exterior, sendo que, somente ao chegarem no destino é que percebiam a inexistência dos prometidos empregos.

Verifico, inicialmente, que os fatos narrados são sedimentados por uma farta documentação que comprovam a materialidade do crime.

O delito de aliciamento para o fim de emigração está comprovado, tanto pelos documentos colacionados aos autos (anúncio de jornal de fl. 55; currículos de pessoas e fichas cadastrais de candidatos aos empregos, encontradas em poder dos acusados - fls. 371/1146; diversas ligações telefônicas para Portugal no período dos fatos - fls. 1149/1174; confissão dos réus quanto à venda de serviços de recrutamento e seleção de candidatos a empregos

no estrangeiro, com as ressalvas da necessidade do visto do trabalho e sem o reconhecimento da verdade dos fatos; efetivo embarque e ingresso das vítimas ao território estrangeiro - fls. 41 e 51, assim como embarque e deportação de uma vítima; contrato modelo de prestação de serviços de recrutamento e seleção de empregos no exterior - fls. 19/20; e procedimento escrito para orientação de como portar-se perante a imigração no aeroporto internacional, apresentando-se como turista e não como trabalhador estrangeiro - fls. 47/50) como pelas provas testemunhais ouvidas na fase de instrução.

A conduta típica está comprovada pelo anúncio de jornal de fl. 55, no qual a empresa oferece oportunidade de trabalho ou estudo no exterior legalmente, mediante a simples apresentação de currículo com foto. Conforme depoimento de vítimas, bem como afirmado pela própria defesa, os trabalhadores eram orientados a se comportarem como turistas, bem como recebiam disposições de como enganar a fiscalização e como se comportar no país estrangeiro para não serem descobertos.

A autoria delitiva também se faz presente nos autos, haja vista que as testemunhas apontaram os apelantes como proprietários da empresa IC Consultoria Internacional.

Desta forma, os apelantes, por intermédio da empresa IC Consultoria Internacional, atraíam trabalhadores, com a falsa promessa e esperança de melhores oportunidades de emprego e qualidade de vida.

Descabe a alegação da defesa de que haveria ofensa ao objeto jurídico protegido pelo dispositivo penal. *Prima facie*, o fato de o crime ter sido cometido em uma grande metrópole como São Paulo, apesar de existirem problemas sociais inerentes às grandes cidades, não autoriza a prática do crime em comento, sob alegação de que não haveria ameaça à economia. Dizer o contrário, autorizaria estandardizar a tipificação do delito de aliciamento pela proporcionalização da quantidade de pessoas existentes no território com a quantidade de pessoas que emigram para o exterior, o que não é amparado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, a objetividade jurídica do tipo penal em apreço,

conforme preleciona o professor Damásio de Jesus, "é o interesse do Estado na permanência de trabalhadores dentro do País" (*Código Penal anotado*, 19ª edição, pg. 724, Ed. Saraiva).

Destarte, o recurso de apelação deve ser improvido, com relação a este crime.

Também, no que concerne ao crime de estelionato, não procedeu as alegações dos apelantes.

Preliminarmente, corrijo o erro material constante no dispositivo da r. sentença de fls. 1720/1731, onde o Douto magistrado condenou os réus, pelo crime de estelionato, à pena de 1 ano e 6 meses de detenção, sendo que a pena, de acordo com o Código Penal, é de reclusão.

Quanto ao *meritum causae*, verifica-se a existência de elementos concretos que demonstram a existência de autoria e materialidade delitiva. Note-se que os recibos de pagamento pelos serviços prestados e não concluídos demonstram a vantagem auferida pelos acusados (fls. 371/1146). O ganho obtido mediante o emprego de fraude, em prejuízo dos trabalhadores de boa-fé, configura o crime de estelionato, tipificado no art. 171 do Código Penal.

Ainda, conforme depoimento da testemunha Renata Leme Vieira, os apelantes, mesmo tendo ciência de que os trabalhadores encaminhados a Portugal não teriam êxito em suas pretensões de bom emprego, continuaram a empreender o negócio, aliciando pessoas para o exterior. Observe-se o trecho de seu relato:

> "(...) que o depoente era recepcionista da empresa e, naquela época, já eram feitos cadastros de clientes para obtenção de emprego no exterior; que conheceu a denunciada Fernanda como proprietária da empresa; que Paulo era esposo dela e ficava na empresa; que às vezes, Paulo atendia cliente; que não presenciou palestras que teriam sido proferidas pelos acusados; que era explicitado para os clientes que seria oferecida proposta de emprego mediante contato com agências de emprego no exterior; que a depoente chegou a viajar a Portugal para ter contado com

> algumas pessoas; que a depoente esclarece que quando foi a Portugal, teve contato com pessoas que eram proprietárias de imobiliárias em Portugal, sendo que a depoente verificou que os proprietários das imobiliárias não eram pessoas idôneas e chegou a telefonar para a acusada Fernanda relatando que não seria uma boa idéia mandar pessoas para Portugal".

A testemunha de acusação Lucijanes Moura da Silva também confirma o fato de que os apelantes promoviam anúncios ilusórios, produzindo falsas promessas de assistência às vítimas, sendo que na verdade a empresa não efetivava qualquer providência nesse sentido (fl. 1433).

> "(...) Pretendendo estudar na Inglaterra, o depoente foi até o local indicado e manteve contato com Fernanda e Paulo, que se apresentavam como os donos da empresa. Teve mais contato com ela. Foi informado que a agência providenciava a passagem aérea, traslado, matrícula em cursos, fornecendo até relação de escolas, bem como na Inglaterra o depoente teria assistência para arrumar moradia e emprego. Ele chegou a pagar mais de R$ 600,00 como parte da passagem e algumas outras taxas. Porém, percebeu que nada de concreto era feito e inúmeras oportunidades ficava esperando alguma solução dos réus, assim como outras pessoas, chegou até a presenciar agressões físicas envolvendo Paulo e outra pessoa que também a ele pagou valores. Os réus se negaram a devolver o que o depoente pagou e então ele, juntamente com outros, foi até a polícia federal e noticiou o que acontecera. (...) Sabe que pelo menos umas oito pessoas pagaram valores aos réus (...)"

Os depoimentos das demais testemunhas relatam fatos semelhantes, corroborando a veracidade dos fatos.

Destarte, o acervo probatório constante nos autos é suficiente para se comprovar a materialidade e autoria dos réus.

Por fim, a douta defesa dos apelantes pleiteia a absorção do

crime de aliciamento de trabalhadores pelo delito de estelionato.

Entretanto, tendo os apelantes realizado o aliciamento de trabalhadores mediante fraude, e obtido vantagem desse modo, restou configurada a prática de dois crimes distintos.

Ademais, é importante salientar que os crimes atribuídos aos apelantes tutelam bens jurídicos diversos, sendo que, o delito previsto no art. 206 do Código Penal visa proteger a organização do trabalho, enquanto que o art. 171 do mesmo Código tutela o direito de propriedade.

De outra feita, com relação ao crime de estelionato, embora haja provas suficientes para a condenação dos réus, verifico que o referido delito foi atingido pela prescrição.

Observa-se que a pena aplicada na r. sentença condenatória, para este crime, foi de 1 ano e 6 meses de detenção.

Urge salientar que o delito de estelionato foi acrescentado à presente ação penal pelo recebimento do aditamento à denúncia, que se deu em 25/05/2005 (fl. 1273). Neste tocante, cumpre observar que o aludido aditamento contemplou os seguintes fatos:

> "Segundo consta do depoimento das vítimas, os acusados, sob a falsa promessa de arrumar-se emprego no exterior, causaram os seguintes prejuízos, na época dos fatos:

VÍTIMA	FLS.	PREJUÍZO CONSTATADO
SÉRGIO DOS SANTOS MARQUES	36/37	U$ 150
MARCOS ROBERTO MOREIRA	46/47	U$ 150
ADEMIR DE OLIVEIRA CAMPOS	122/124	R$ 200,00
ELIZEU DONIZETE DE ALMEIDA	339/340	R$ 2.008,00
NELSON DA SILVA	341/342	R$ 2.008,00
LUCIJANES MARIA DA SILVA	360/361	R$ 963,00

> Com se vê, os acusados, agindo em unidade de desígnios, obtiveram para si, em continuidade delitiva e em concurso formal com o delito previsto no artigo 206, do Código Penal, vantagem ilícita, ao receber de várias pessoas, valores correspondentes ao pagamento pelo emprego que lhes seria arrumado no exterior, promessa fraudulenta que jamais se concretizaria." (fl. 1272)

Pois bem, cabe neste momento analisar as documentações referentes aos fatos relacionados às vítimas supracitadas, com o fim de se estabelecer com exatidão a data que se consumou o delito.

Quanto às vítima Sérgio dos Santos Marques e Marcos Roberto Moreira, verifica-se que os mesmos firmaram contrato com a empresa IC Consultoria Internacional em 20/09/2000. Conforme declarações prestadas perante a Polícia Federal em Sorocaba/SP, as vítimas empreenderam viagem à Portugal em 31/10/2000, tendo retornado ao Brasil em 15/11/2000, uma vez que chegando no país estrangeiro, não se depararam com aquilo que lhes haviam sido combinado (fls. 32/34 e 42/44).

No tocante à vítima Ademir, observa-se que o mesmo firmou contrato com a empresa em 30/06/2000, pagando a quantia de R$ 200,00 no ato. De acordo com suas declarações, a vítima teria viajado ao exterior em 18/10/2000, mas, no entanto, não obteve êxito em ingressar no país estrangeiro (fls. 118/120 e 128/129).

Quanto às vítimas Elizeu Donizete de Almeida e Nelson da Silva, verifica-se que os mesmos firmaram contrato com a empresa IC em 14/11/2000 e 17/11/2000, respectivamente. Conforme se depreende de suas declarações, as vítimas não viajaram na data prometida (30/11/2000), diante à evasiva da empresa (fls. 273/276, 278/280 e 283/285).

Por fim, a vítima Lucijanes Maria da Silva firmou contrato com a empresa em 30/10/2000, e de acordo com suas declarações, a vítima efetuou diversos pagamentos à empresa referentes a custos de matrícula, mensalidade e carteirinha de estudante para curso na Inglaterra (fls. 294/295 e 300/301). Os recibos de pagamento estão datados de 31/10/2000 e 16/11/2000 (fls. 297/299).

Assim, observa-se que os fatos narrados na exordial ocorreram no final do ano de 2000.

O aditamento à denúncia foi recebido em 25/05/2005. Com o recebimento, interrompeu-se o curso do lapso prescricional, que voltou a correr novamente do início, de acordo com o disposto no art. 117, I, do Código Penal. As causas interruptivas da prescrição estão previstas no art. 117 do Código Penal e constituem rol taxativo, que não pode ser ampliado.

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, começa a correr o prazo de prescrição com base na pena aplicada na decisão, na forma preconizada pelo art. 110, § 1º, do Código Penal.

Considerando a pena aplicada aos apelantes, que foi de 1 ano e 6 meses de detenção, pelo crime de estelionato, verifica-se que, a teor do que dispõe o art. 109, V, do Código Penal, a prescrição se consuma em 4 anos.

Desta forma, verifica-se que da data dos fatos (final do ano de 2000) até a data do recebimento do aditamento à denúncia, em 25/05/2005, decorreu lapso de tempo superior a 4 anos, que é o prazo prescricional aplicável ao caso em tela.

Destarte, embora os apelantes não tenham abordado esta questão, é de rigor o reconhecimento, de ofício, da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, com relação ao crime previsto no art. 171 do Código Penal, remanescendo somente o crime de aliciamento de trabalhadores.

Portanto, a pena final deverá ser de 2 anos e 1 mês de detenção para cada acusado, e o pagamento de 22 dias-multa, fixado no valor de unitário de 1/30 de salário mínimo vigente à época dos fatos. Ficam mantidas as demais determinações da sentença de 1º grau, inclusive no que se refere à substituição da pena pela restritiva de direito, observando, por óbvio, o período de prestação de serviços para entidade assistencial, que será de 2 anos e 1 mês.

Diante do exposto, *NEGO PROVIMENTO* ao recurso de apelação interposto pela defesa dos acusados, mantendo o decreto condenatório de Paulo Henrique Dante Cornachini e Fernanda

Paula Rodrigues, pelo crime previsto no art. 206 do Código Penal, e declaro extinta a punibilidade dos apelantes, *ex officio*, quanto ao crime tipificado no art. 171 do Código Penal, com fulcro nos arts. 107, IV, 109, V, e 110, § 1º, do Código Penal e art. 61 do Código de Processo Penal. Em consequência da extinção declarada, a pena imposta passa a ser de 2 anos e 1 mês de detenção, e o pagamento de 22 dias-multa, fixado no valor de 1/30 de salário mínimo. Mantidas as demais determinações da r. sentença condenatória, com observância da nova pena imposta.

É o voto.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

- Sobre o delito de aliciamento para o fim de emigração, previsto no artigo 206 do Código Penal, veja também os seguintes julgados: HC 91.03.030247-4/MS, Relatora Juíza Diva Malerbi, publicado na RTRF3R 9/179; ACr 2000.61.10.000478-8/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicada na RTRF3R 67/173 e ACr 94.03.081974-0/SP, Relatora Juíza Federal Tânia Marangoni, publicada na RTRF3R 67/174.

APELAÇÃO CRIMINAL
0013705-93.2002.4.03.6105
(2002.61.05.013705-9)

Apelante: CRISTIANE BRISKI NOBRE DE CAMPOS (ré presa)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
Classe do Processo: ACr 36072
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/07/2010

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. PRELIMINARES REJEITADAS. TIPIFICAÇÃO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. DEFESA PRELIMINAR. CPP, ART. 514. AÇÃO PENAL PRECEDIDA DE INQUÉRITO. INEXIGIBILIDADE. CITAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. DEFICIÊNCIA DA DEFESA. NULIDADE RELATIVA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. EXAME PERICIAL. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS. DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DOSIMETRIA.

1. O delito do art. 313-A, incluído no Código Penal pela Lei nº 9.983/00, é especial em relação ao delito do art. 312 do Código Penal, uma vez que visa punir especificamente as condutas de "inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública", praticadas com o intuito de obter vantagem indevida, para si ou para outrem, ou com vistas a causar dano, de modo a assegurar maior proteção aos sistemas informatizados e bancos de dados da Administração Pública.

2. Deve ser reconhecida a continuidade delitiva em todas as condutas do art. 313-A, já que atendem aos requisitos do art. 71 do Código Penal, tendo sido praticadas nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução.
3. Não se aplica o princípio da consunção, visto que, pela simples análise das condutas expostas na denúncia, verifica-se que os delitos de inserção de dados falsos no sistema informatizado da CEF não consistiram meio para a prática dos delitos de peculato, que se configuraram pela apropriação de valores que foram entregues diretamente por mutuários à acusada e pelo desvio de valores de correntistas, mediante a assinatura de ordens de débito sem a sua autorização, com vistas a regularizar pendências causadas no subtítulo contábil "depósito a classificar".
4. Consoante a Súmula nº 330 do Superior Tribunal de Justiça, é desnecessária a resposta preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial. Por outro lado, a jurisprudência vem se manifestando no sentido de que esse procedimento reserva-se ao acusado a que se imputa apenas a prática de crimes funcionais e de que deve ser demonstrado prejuízo concreto à defesa para ser reconhecida nulidade decorrente de sua supressão. Precedentes da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal.
5. A vaga informação de que a ré residia nos Estados Unidos, em local desconhecido, não possibilitaria sua localização e não consiste, portanto, obstáculo à citação por edital, vez que previamente diligenciados todos os endereços que constavam dos autos.
6. Nos termos da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal, a deficiência da defesa técnica somente enseja a nulidade do processo se houver prova do prejuízo.
7. Cabe ao alvedrio judicial resolver sobre a produção antecipada de prova, sem que daí decorra ofensa aos direitos e garantias do acusado. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

8. A fase do art. 402 do Código de Processo Penal é destinada à complementação das diligências, sendo facultado às partes requererem qualquer tipo de prova. No caso, foram oferecidas à defesa as oportunidades previstas em lei para indicação de provas e analisados os pedidos de forma fundamentada.
9. É prescindível o exame pericial, quando, em razão das peculiaridades do caso, é possível atestar a ocorrência do delito por outros elementos.
10. Materialidade e autoria comprovadas.
11. A ré faz jus ao regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal e da Súmula nº 440 do Superior Tribunal de Justiça.
12. Preliminares rejeitadas. Extinção da punibilidade decretada *ex officio*. Apelação parcialmente provida.

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, rejeitar a preliminares suscitadas, *ex officio*, decretar a extinção da punibilidade da ré e dar parcial provimento à apelação da defesa, nos termos do relatório e voto do Sr. Desembargador Federal André Nekatschalow.

São Paulo, 07 de junho de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se de apelação criminal interposta por Cristiane Briski Nobre de Campos contra a respeitável sentença que julgou procedente o pedido para condená-la a 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 39

(trinta e nove) dias-multa, cada qual no valor de 1 (um) salário mínimo, pela prática dos delitos dos art. 312 e 313-A, c. c. os arts. 69 e 71, todos do Código Penal (fls. 839/884).

Apela a ré com os seguintes argumentos:

a) o processo é nulo a partir do recebimento da denúncia, em razão da ausência de defesa preliminar, prevista no art. 514 do Código de Processo Penal;

b) não prevalece o argumento exposto na sentença de que a ré não faria jus à defesa preliminar pelo fato de não mais ostentar a qualidade de funcionária pública, ante a rescisão de seu contrato de trabalho, visto que não cabe, para esse efeito, qualquer distinção entre funcionários públicos ativos, inativos, exonerados e demitidos;

c) a nulidade foi suscitada nas alegações finais da defesa, não havendo que se falar em preclusão, sendo hipótese de nulidade absoluta;

d) a citação da ré por edital é nula, haja vista que não foram esgotadas todas as possibilidades para sua localização, sendo que um dos endereços que constavam dos autos não foi diligenciado e que o MM. Juízo não determinou a expedição de carta rogatória que viabilizasse a citação da acusada no exterior, tendo lançado mão do inadequado procedimento administrativo "MLAT", o qual, inclusive, foi rechaçado pelo Ministério da Justiça;

e) a ré não agiu de má-fé e tampouco há indícios nos autos que demonstrem que tinha ela conhecimento do processo criminal, sendo que sempre informou corretamente seu endereço norte-americano à Receita Federal, à Polícia Federal e ao Consulado Brasileiro e, inclusive, retornou ao País em diversas ocasiões durante sua estadia no exterior;

f) a colheita antecipada de provas é nula, já que a inquirição antecipada de testemunhas só é possível nas hipóteses do art. 225 do Código de Processo Penal, e ainda por deficiência de defesa técnica, pois a defensora dativa constituída nos autos não acompanhou a oitiva das testemunhas ouvidas por carta precatória e os advogados *ad-hoc* nomeados pelos Juízos deprecados não tinham profundo conhecimento da causa em questão;

g) o processo é nulo, por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento de diligências requeridas pela ré na fase do art. 402 do Código de Processo Penal, indispensáveis à comprovação de que sofreu coação moral irresistível, as quais não poderiam ter sido produzidas por outros meios;

h) a sentença é nula, vez que não apreciou questão deduzida em sede de alegações finais para que se reconsiderasse o despacho de fls. 751/752 e convertesse o julgamento em diligência;

i) não resta comprovada a materialidade delitiva por ausência de perícia, sendo que o processo administrativo elaborado por comissão sindicante da Caixa Econômica Federal, produzido na fase inquisitorial, não foi submetido ao contraditório judicial, e apresenta irregularidades, vez que suas folhas não foram numeradas e rubricadas pela Autoridade Policial e que faltam folhas nos autos;

j) não seria crível que a ré, detentora de vastos conhecimentos e experiência funcionais, transferisse valores para conta corrente de sua titularidade ou da titularidade de parentes, condutas que ocorreram em razão da irresistível coação a que fora submetida;

k) as testemunhas Júlio Cesar e Eliane, integrantes da comissão sindicante da CEF, afirmaram que a ré não assumiu a responsabilidade pela prática delitiva;

l) os demais depoimentos prestados nos autos não são aptos a ensejar, isoladamente, a condenação da ré, especialmente os depoimentos de Alex, que não declinou o nome da acusada, e de Marcos, que não procedeu a qualquer ato de reconhecimento da ré, seja pessoal ou por fotografia;

m) as condutas de implementar crédito rotativo sem autorização, contrato ou análise de crédito e de efetuar transferências e operações bancárias sem autorização dos clientes não configuram delitos autônomos, vez que constituíram o meio pelo qual foi perpetrado o delito de peculato, devendo ser aplicado o princípio da consunção para que a ré seja condenada apenas por esse delito em continuidade delitiva;

n) ademais, a conduta de implementar crédito rotativo sem autorização é atípica, a configurar tão somente ilícito administrativo;

o) a pena-base deve ser mantida no mínimo legal e elevada em razão da continuidade delitiva em apenas 1/6 (um sexto), devendo ser fixado regime inicial mais benéfico para o cumprimento da pena privativa de liberdade e substituição por penas restritivas de direitos;

p) deve ser reduzida a pena de multa, fixando-se o valor do dia-multa em 1/6 (um sexto) do salário mínimo, haja vista que não houve comprovação do ganho supostamente auferido pela ré e que o simples fato de haver morado no exterior, por si só, não permite qualquer conclusão acerca de sua situação econômica;

q) deve ser concedido à ré o direito de apelar em liberdade, pois os argumentos delineados na respeitável sentença não suficientes para manutenção de sua segregação, haja vista que ofereceu espontaneamente a retenção judicial de seu passaporte com visto americano, não havendo, portanto, qualquer possibilidade de deixar o País;

r) para efeito de prequestionamento, este Tribunal deve se manifestar expressamente sobre a violação aos arts. 5º, LV, e 93, IV, da Constituição da República; aos arts. 366, 381, III, 383, *caput*, 386, VI e VII, 387, II e III, 402, e 514, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal, e demais dispositivos legais indicados nas razões recursais (fls. 914/972).

O Ministério Público Federal apresenta contrarrazões e requer o desprovimento do recurso (fls. 978/1003).

A Procuradoria Regional da República manifesta-se pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo desprovimento do recurso (fls. 1.012/1.045).

Os autos foram encaminhados à revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): *Imputação*. Cristiane Briski Nobre de Campos

foi denunciada pela prática do delito do art. 312 c. c. os arts. 69 e 71, todos do Código Penal. Narra a denúncia que, durante o período de 07.00 a 06.02, Cristiane, valendo-se do cargo de gerente da Caixa Econômica Federal, realizou diversas operações bancárias fraudulentas, ao transferir valores das contas correntes de clientes da agência em que trabalhava para contas de sua titularidade e da titularidade de sua mãe, por vezes utilizando a conta de Maurício Galafassi como "ponte" para intermediar tais transações; apropriar-se de valores recebidos por mutuários de um empreendimento habitacional; transferir valores das contas de clientes para contas de estagiárias da agência bancária a título de pagamento pelos serviços prestados; transferir valores das contas de clientes para contas de estagiárias conceder crédito rotativo em contas correntes sem a devida análise de crédito, assinatura de contrato ou mesmo qualquer autorização dos titulares dessas contas correntes. Confira-se o inteiro teor da exordial acusatória:

> "A denunciada, de modo consciente e voluntário, praticou o crime de peculato, em prejuízo da Caixa Econômica Federal, empresa pública, na qualidade de gerente desta instituição financeira.
> Cristiane Briski Nobre de Campos, no gozo das atribuições que o cargo de gerente da Caixa Econômica Federal lhe conferia (lotada no cargo na agência de Louveira e posteriormente na agência de Vianelo), apropriou-se e desviou, mediante a realização de diversas operações bancárias fraudulentas, no período de 07/2000 e 06/2002, em proveito próprio e em proveito alheio, o montante de *R$ 300.773,23 (trezentos mil, setecentos e setenta e três reais e vinte e três centavos)*, prejuízo este suportado pela Caixa Econômica Federal.
> As fraudes consistiam na retirada de valores da conta de diversos clientes de ambas as agências em que trabalhava ou na transferência de determinadas quantias à sua própria conta (nº 1350.001.1478-2), ou para a conta de sua mãe, Darci Ana Degelo Briski (nº 1350.001.4111-9). Essas operações,

no entanto, eram efetuadas sem a anuência dos respectivos titulares das contas.

A conta em nome de sua mãe, conforme restou demonstrado no processo administrativo realizado pela Caixa Econômica Federal (autos em apenso), foi aberta por Cristiane e por esta era controlada, isso para facilitar a empreitada criminosa. Vários são os indícios que corroboram essa assertiva.

Referida conta foi aberta em 26.12.2000, na agência de Louveira, sem depósito inicial. Contudo, a ficha de abertura e autógrafo da referida conta corrente não foi encontrada na agência. Ainda, a mãe da denunciada, conforme declarações prestadas à dd. autoridade policial, bem assim como nos autos do processo administrativo, não tinha ciência da movimentação ocorrida em sua conta, mormente no tocante às quantias que serão abaixo descriminadas.

Também se apurou, através de pesquisa no sistema SIAUT, que a responsável pela inclusão e alteração da assinatura eletrônica na conta nº 1350.001.4111-9, em nome de Darci Ana Degelo Briski, foi sua filha Cristiane Briski Nobre de Campos.

Isto é, a abertura da conta em nome de Darci Ana Degelo Briski foi um subterfúgio utilizado por Cristiane para se escusar da responsabilidade pelos atos por ela praticados, pois, na verdade, era a denunciada quem controlava mencionada conta corrente. Aludida conta era utilizada ora como intermediária dos valores apropriados ora como destino final desses valores.

A seguir, será descrita, de forma minuciosa, a conduta praticada pro Cristiane para a apropriação e desvio dos referidos valores. Para facilitar a compreensão, as condutas perpetradas por Cristiane em situação de similitude serão agrupadas em tópicos.

- *Conduta I* -

Cristiane de Campos, na qualidade de gerente da Caixa Econômica Federal, efetuou diversas operações financeiras,

via terminal bancário, as quais consistiam na transferência de determinadas quantias de contas de diversos clientes da Caixa à sua própria conta corrente. Essas operações bancárias eram autorizadas por Cristiane, mediante a utilização de sua matrícula na CEF (C035159-6).

O quadro abaixo discrimina todas essas operações, nas quais Cristiane Briski Nobre de Campos, utilizando sua matrícula (C035159-6), (...), transferiu certas quantias das contas dos clientes da agência em que trabalha, sem anuência de seus titulares, para sua própria conta (nº 1350.001.1478-2):

(...)

Outrossim, Cristiane, (...), utilizando-se do mesmo *modus operandi*, desviou (mediante transferências) valores à conta bancária de sua mãe, Darci Ana Degelo Briski (nº 1350.001.4111-9), a qual, conforme supramencionado, era controlada pela denunciada.

(...)

- *Conduta II* -

Outra forma de atuação da denunciada consistia na retirada de determinadas quantias das contas de clientes da agência em que trabalhava, sem a respectiva anuência destes, e no subseqüente depósito em sua própria conta (nº 1350.001.1478-2), ou utilização de outra forma. (...)

(...)

Com relação à operação envolvendo a retirada da quantia de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) da conta nº 13550.01373589-3, e posterior depósito na conta nº 1350.001.1478-2, pertencente a Cristiane de Campos, ocorrida em 19.09.2000, as respectivas guias de retirada e de depósito não foram encontradas no movimento de caixa, tampouco a fita de caixa relativa a esta operação foi localizada junto às demais fitas. Porém, consta do relatório de automação bancária 'Controle Numerário', de 19.09.2000, o registro da matrícula C035159-6, pertencente à denunciada Cristiane, como sendo a executora de referidas autenticações.

Além disso, ambas as operações bancárias (retirada e depósito) ocorreram simultaneamente.

Consta do incluso procedimento administrativo uma retirada no valor de R$ 3.110,00 (três mil, cento e dez reais) da conta nº 13550.013.13589-3, pertencente a Adélia Mengoli, ocorrida em 09.11.2000. A autenticação de nº 56 foi descarregada na referida retirada. Posteriormente, consta que houve uma autenticação de nº 57, referente ao depósito no valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), efetuado na conta nº 1350.001.1478-2, pertencente à denunciada Cristiane. Embora tenham sido autenticadas as guias de retirada e de depósito no mesmo caixa, somente a guia de retirada não foi encontrada. A letra constante do depósito, pertence à Cristiane de Campos.

Ademais, estão claros os indícios de que a retirada da quantia de R$ 3.110,00 da conta de Adélia Mengoli fora efetuada por Cristiane, que a depositou, momentos depois, em sua conta, conforme guia de depósito. Tal afirmação é corroborada pelo fato de, no dia seguinte (10.11.2000), ter ocorrido um novo depósito em dinheiro, no valor de R$ 580,00 (quinhentos e oitenta reais), na conta de Cristiane, o qual, somado à quantia depositada na conta da denunciada no dia anterior, praticamente equivale no montante retirado da conta de Adélia.

No dia 10.01.01, houve um saque da conta nº 1350.001.2648-9, pertencente a Luiz Antônio Cuan, no valor de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais). A respectiva guia de retirada não foi encontrada nos documentos de caixa. Contudo, como abaixo será explicado, essa quantia foi repartida em três partes, sendo R$ 38.450,00 (trinta e oito mil e quatrocentos e cinqüenta reais) depositados na conta de Adélia Mengoli; R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) depositados na conta de Darci Ana Degelo Briski; e R$ 9.980,00 (nove mil, novecentos e oitenta reais) depositados na conta de Cristiane Briski Nobre de Campos. Outrossim, tais quantias foram depositadas no mesmo dia, em pequeno lapso

temporal, ou seja, a denunciada retirou a referida quantia da conta de Luiz Cuan e, posteriormente, depositou-as nas respectivas contas.

- *Conduta III* -

Cristiane ainda utilizava outro meio fraudulento. Segundo o processo administrativo em apenso, a denunciada, na qualidade de gerente da Caixa Econômica Federal - agência Vianelo, gozando das prerrogativas que a função diretiva lhe conferia, utilizou-se da conta bancária de Maurício Pardo Galafassi como 'ponte', no período de 09/2001 a 04/2002, pois aproximadamente a mesma quantia que ingressou na referida conta, originária da conta de terceiros (R$ 45.450,00 - quarenta e cinco mil, quatrocentos e cinqüenta reais), foi transferida às contas que Cristiane possuía controle (R$ 48.200,00 - quarenta e oito mil e duzentos reais).

O primeiro passo de seu *modus operandi* consistia na retirada de determinados valores de várias contas da operação 012, as quais pertenciam a mutuários de um empreendimento habitacional - modalidade Associativo, bem como de contas da operação 001, cujos titulares também são mutuários do Conjunto Habitacional - modalidade associativo (Residencial das Camélias, no loteamento Fazenda Grande, na cidade de Jundiaí), sem autorização dos respectivos titulares, e o repasse dessas quantias a conta nº 1883.001.1577-9, pertencente a Maurício Pardo Galafassi. (...)

(...)

Após essas tranferências, Cristiane ingressava na segunda parte de seu *modus operandi.* Ela repassava as quantias que haviam sido depositadas na conta de Maurício Pardo Galafassi às contas que aquela era a titular na agência de Louveira e na agência Vianelo (nº 1350.001.1478-2 e nº 1883.001.1478-0, respectivamente), bem como à conta corrente nº 1350.001.4111-9, em nome de sua mãe Darci Ana Degelo Briski, a qual a denunciada também controlava.

(...).
(...)
Frise-se que nem todo valor retirado das contas de operação 01 e 012 foram repassados às contas de Cristiane ou à conta de sua mãe Darci, a qual ela manipulava. Parte desse valor foi repassado à conta de Luiz Antônio Cuan, cliente da agência em que a denunciada trabalhava, conforme será esmiuçado abaixo.
Para repassar as quantias da conta de Maurício à conta de Cristiane, e para a conta de sua mãe, foi utilizada a senha do cliente Maurício.
Contudo, conforme termo de declaração de fls. 407/408 dos autos em apenso, Maurício Galafassi afirmou que não possuía uma senha para realizar esse tipo de transferência. Segundo se depreende, referida senha fora utilizada por Cristiane, fato que se extrai pelos seguintes motivos:
1) A quase totalidade dos lançamentos a débito da conta de Maurício tem como destino as contas titularizadas por Cristiane Briski Nobre de Campos (aproximadamente 90% do total). Ou seja, da quantia de R$ 48.200,00 (quarenta e oito mil reais) retirada da conta de Maurício Galafassi, R$ 42.445,00 (quarenta e dois mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais) foram repassados às contas da denunciada (nº 1883.001.1478-0 e nº 1350.001.1478-2) e à conta de sua mãe Darci (nº 1350.001.4111-9), a qual controlava.
2) Porque, confrontando os dois últimos quadros, verifica-se que a maioria das operações foram realizadas simultaneamente, ou seja, entre a retirada de determinada quantia das contas de terceiros e a transferência de certos valores da conta de Maurício Galafassi à conta de Cristiane transcorreu um pequeno lapso temporal, o que demonstra um concatenamento dos atos.
3) Pois todas as quantias eram retiradas de contas de terceiros e, em seguida, repassadas à conta de Maurício Galafassi, mediante autorização de Cristiane, que utilizava sua matrícula para tanto.

Com relação à conta vinculada aos contratos de financiamento, ocorreram mais irregularidades. (...)
(...)
- *Conduta IV* -
Outrossim, consta do incluso procedimento que, em 10.12.2001, o cliente Marcos Rodrigues Dias Pinto, cuja conta (nº 1883.012.398-9) estava vinculada ao referido empreendimento habitacional, compareceu à agência Vianelo e entregou a Cristiane Briski o montante de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), o qual seivira para adimplir sua obrigação junto a esse empreendimento. Ainda, em 21.01.2002, a esposa do mutuário Marcelo Ângelo compareceu na Agência Vianelo e entregou à denunciada a quantia de R$ 1.554,00 (um mil quinhentos e cinqüenta e quatro reais) em dinheiro, a qual se referia a parcela de recursos próprios do aludido empreendimento habitacional. Entretanto, ambos os valores não foram depositados por Cristiane Briski Nobre de Campos nas respectivas contas vinculadas, tendo esta última se apropriado de tais numerários. No mais, Gérson Fernandes Brescansini, entre os dias 15 e 25 de janeiro de 2002, entregou a quantia de R$ 175,00 (cento e setenta e cinco reais) a Cristiane Briski, para que esta regularizasse o saldo devedor da conta do referido cliente (nº 1883.001.717-2).
Todavia, tal saldo devedor, até o presente momento, não foi regularizado, isto é, não houve o depósito da quantia entregue à denunciada, tendo a denunciada se apropriado de tais quantias.
Com essas condutas ora narradas (mencionadas nos itens I, II, III e IV desta peça), Cristiane Briski Nobre de Campos, na qualidade de gerente da Caixa Econômica Federal, apropriou-se e desviou dinheiro pertencente a diversos clientes da referida instituição financeira, que tinha a posse (disponibilidade jurídica sem apreensão material, salvo no tocante à conduta IV, na qual houve efetivamente apreensão material), em razão do cargo, por *sessenta e uma*

(61) vezes, sendo *quinze (15) transferências*, via terminal bancário, para sua conta e de sua mãe; *oito (08) saques* das contas de clientes; *trinta e cinco transferências para a conta de um terceiro* e a posterior remessa dessa quantia à sua conta e à de sua mãe; e *três (03) apropriações de quantias que clientes lhe entregaram para serem depositadas em suas contas*.

- Conduta V -

Além de utilizar a conta de sua mãe para intermediar ou receber definitivamente os montantes apropriados, Cristiane, no gozo das prerrogativas conferidas pela qualidade de gerente da Caixa Econômica Federal, implantou na conta de sua genitora (nº 1350.001.4111-9), no dia 26.12.2000, um Crédito Rotativo com limite de R$ 2500,00 (dois mil e quinhentos reais). Posteriormente, no dia 21.05.2001, o limite do Crédito Rotativo foi alterado para R$ 8.000,00 (oito mil reais). Tanto a implantação do Crédito Rotativo como a alteração de seu limite foram autorizados pela matrícula C035159-6, pertencente a Cristiane Briski Nobre de Campos.

A implantação e a alteração do valor do Crédito Rotativo da conta de Darci Ana Degelo Briski foram procedidas de maneira irregular, infringindo normas internas da Caixa.

Em primeiro lugar, porque a titular Darci não possuía cadastro de pessoa física, documento que oferecia subsídios para análise da situação econômico-financeira, mormente quanto à avaliação e apuração da capacidade de pagamento da tomadora de crédito. Também, a titular da conta não assinou contrato nem a nota promissória, não consentindo, dessa forma, para a realização dessa operação. Além disso, tal operação configurou-se em uma operação de empréstimo entre parentes (filha-mãe), infringindo, portanto, outra disposição de norma interna atinente à matéria.

Por segundo, pois não foi apurada a necessária análise de capacidade de pagamento definida através dos sistemas de avaliação de risco de crédito SIARA ou SIRIC, nem mesmo

foi emitida e assinada a Ficha de Cadastro em nome da titular Darci Ana Degelo Briski, mãe da denunciada. Ainda, não foi preenchido o respectivo contrato de Crédito Rotativo.

Na verdade, a implantação desse Crédito Rotativo visava a aumentar o capital disponível para Cristiane manipular os valores desviados. Essa afirmação restou demonstrada, pois, no dia posterior (27.12.2000) à implantação do Crédito Rotativo no nome de sua mãe, Cristiane autorizou, utilizando sua matrícula (C035159-6), uma transferência da conta de sua ascendente para a conta daquela no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais). Esse montante originou-se da implantação do Crédito Rotativo mencionado, pois a conta de Darci Ana Degelo Briski não possuía nenhum valor anterior a esse fato. Outrossim, no dia 23.05.2001, isto é, dois após o limite do Crédito Rotativo da conta de Darci ter sido aumentado, a conta da denunciada (nº 1350.001.1478-2) foi favorecida com um crédito no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), provenientes da conta de sua mãe.

Portanto, conclui-se que Cristiane Briski Nobre de Campos implantou e alterou o Crédito Rotativo da conta de sua mãe Darci Ana Degelo Briski (nº 1350.001.4111-9), com o único intuito de apropriar-se desses valores gradativamente, em detrimento da empresa pública.

Agindo dessa forma, Cristiane, ocupando cargo de direção da Caixa Econômica Federal (empresa pública), apropriou-se e desviou, por *duas (02) vezes*, a quantia de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) e R$ 8.000,00 (oito mil reais), com a implantação do crédito rotativo na conta de sua mãe Darci Ana, e posterior aumento do valor fixado, embora não detivesse esse dinheiro. Essa conduta foi possível em virtude das facilidades que o cargo de gerente lhe propiciava (implantar e aumentar o valor do crédito rotativo com a autorização de sua matrícula), em total prejuízo à CEF.

- *Conduta VI* -

Além dessas condutas, Cristiane, com o escopo de ocultar

a atividade ilícita que estava perpetrando, desviou (mediante transferência) alguns valores da conta de determinados clientes, sem a anuência dos respectivos titulares, para a conta de outros clientes, dos quais havia feito retiradas indevidas, utilizando-se, para tanto, da qualidade de gerente da Caixa Econômica Federal. Sua conduta, pois, voltava-se para a recomposição do saldo das contas que haviam sido desfalcadas.

O quadro abaixo demonstra todas as transferências (realizadas sem a anuência dos respectivos titulares) de valores da conta de clientes da agência em que Cristiane trabalhava para a conta de outros clientes, os quais também não tinham ciência dessas operações. (...)

(...)

Observa-se, contudo, que nem toda quantia retirada da conta de Maurício adveio dos saques irregulares efetuados por Cristiane da conta da operação 012, dos mutuários do Conjunto Habitacional, modalidade associativo, uma vez que, como visto no primeiro parágrafo do tópico 'Conduta III', da conta desses mutuários foi retirado e desviado o montante total de R$ 45.405,00 quarenta e cinco mil, quatrocentos e cinco reais), enquanto que da conta de Maurício Pardo Galafassi foi retirada e desviada a quantia de R$ 48.200,00 (quarenta e oito mil e duzentos reais).

Isto é, foram retirados da conta de Maurício, aproximadamente, R$ 3.000,00 (três mil reais) que efetivamente lhe pertenciam. Parte dessa quantia (dinheiro que realmente pertencia a Maurício), segundo o quadro acima, foi repassada e desviada para a conta de Luiz Cuan, mediante autorização de Cristiane, sem a anuência dos titulares de ambas as contas.

Também com o mesmo intuito (ocultar os ilícitos anteriormente perpetrados), Cristiane, conforme já mencionado (conduta II), efetuou um saque da conta de Luiz Antônio de Cuan, no dia 10.01.2001, no valor de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), repassando e desviando parte dessa

quantia à conta de Adélia Mengol (...)
(...)
- *Conduta VII* -
Não obstante, em virtude dos saques realizados por Cristiane nas contas de operação 012, cujos titulares eram mutuários de empreendimento habitacional, modalidade associativo, várias contas ficaram com saldo insuficiente para quitar a dívida que possuíam perante esse contrato. Por essa razão, os valores individualizados não foram debitados e o montante total foi contabilizado no subtítulo contábil de 'depósito a classificar'.
Para ocultar suas fraudes, Cristiane preencheu e assinou várias ordens de débito nas contas de diversos clientes da Caixa (sem a anuência dos titulares das respectivas contas) nos valores abaixo elencados, os quais tiveram, como contrapartida natural, um crédito no mesmo valor, tendo a denunciada o desviado através de DLE no subtítulo contábil de 'depósito a classificar', regularizando aparentemente, os desvios e as apropriações outrora efetuados pela denunciada. (...)
(...)
- *Conduta VIII* -
Além disso, tendo em vista que Cristiane apropriou-se da quantia que lhe foi entregue pelo mutuário Marcos Rodrigo Dias Pinto (R$ 2.000,00 - dois mil reais), como supramencionado, a denunciada, a fim de ocultar sua conduta ilícita, no dia 23.04.2002, preencheu uma ordem de débito no valor de R$ 1.630,00 (um mil seiscentos e trinta reais) na conta de Orlando Euzébio nº 1883.013.4841-7), sem o seu consentimento, transferindo e desviando o valor para a conta de Marcos Rodrigo (nº 1883.012.398-9).
Praticando esses atos, Cristiane Briski Nobre de Campos, na qualidade de gerente da Caixa Econômica Federal (empresa pública), desviou dinheiro da conta de diversos clientes, do qual tinha a posse (disponibilidade jurídica sem apreensão material), em proveito próprio (ocultar suas

condutas fraudulentas), conduta essa repetida por *vinte e seis (26)* vezes.

- *Conduta IX* -

Por fim, Cristiane, gozando das prerrogativas inerentes à função de gerente que exercia na Caixa Econômica Federal, 'contratou' a menor Raquel Aline Araújo, para que esta trabalhasse na agência Vianelo.

Contudo, a denunciada, embora fosse de sua atribuição, não remeteu os documentos pessoais da menor à entidade de assistência. Em decorrência desse fato, Raquel prestou serviços à agência Vianelo sem estar devidamente contratada. Por não se encontrar formalmente contratada, a Caixa Econômica Federal não lhe pagava os respectivos salários.

No entanto, Cristiane efetuou, mediante o uso de sua matrícula (CO35159), várias retiradas de contas de diversos clientes, e, posteriormente, depositou esses valores na conta de Raquel (nº 1883.013.6580-0), a título de 'salário'. (...).

(...)

- *Conduta X* -

Cristiane também recrutou e selecionou Mariana Naomi Issida para laborar como estagiária da Caixa Econômica Federal. Todavia, a exemplo do que ocorrera com a menor Raquel, Cristiane não enviou os documentos pessoais de Mariana à área competente para elaboração do Termo de Compromisso de Estágio e, com isso, impedindo a formalização de sua contratação.

Conquanto não estivesse contratada legalmente, Mariana percebia mensalmente seu 'salário', o qual advinha de contas de outros clientes da agência Vianelo. Algumas operações consistiam na transferência de valores de uma conta para outra autorizada pela matrícula da denunciada. Outras consistiam na retirada de determinada quantia da conta de um cliente, efetuadas por Cristiane, e seu posterior repasse à conta de Mariana (nº 1883.001.2220-1 e nº 1883.013.6089-1).

Ou seja, independente do *modus operandi* empregado, o certo é que Cristiane autorizou todas essas operações.
(...)
Dessa forma, Cristiane Briski Nobre de Campos, gozando das facilidades que a função de gerente da Caixa Econômica Federal (empresa pública) lhe propiciava, desviou dinheiro da conta de diversos clientes da agência em que trabalhava, em proveito de terceiros (Raquel Aline Araújo e Mariana Naomi Issida), isso por *nove (09)* vezes.
- *Autoria e Materialidade* -
A materialidade, a autoria delitiva e a tipicidade subjetiva estão sobejamente estampadas nos autos do inquérito policial, bem como no procedimento administrativo instaurado perante a Caixa Econômica Federal, o qual atestou que as operações irregulares foram efetuadas com o emprego ad matrícula da denunciada, além da informação da referida instituição financeira de que houve um prejuízo suportado de *R$ 300.773,23* (trezentos mil, setecentos e setenta e três reais e vinte e três centavos).
- *Concurso Material e Crime Continuado* -
Cada uma das condutas que compõem individualmente os tópicos supra foram praticadas em continuidade delitiva, tendo em conta que foram perpetrados mais de dois crimes da mesma espécie (peculato), nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, sendo que os crimes subseqüentes podem ser tidos como continuação do primeiro.
Porém, da narração dos fatos, conclui-se que nem sempre há essa continuidade delitiva quando comparadas as condutas descritas em um tópico com as descritas em outro, uma vez que ausente está um dos pressupostos de configuração da continuidade delitiva, qual seja, a mesma maneira de execução dos delitos (*modus operandi*). Portanto, há também incidência da regra do concurso material entre os blocos de condutas." (fls. 2/25)

Na respeitável sentença, o MM. Juízo *a quo* reclassificou as condutas narradas na denúncia para condenar a ré pela prática, em concurso material, de dois delitos de peculato, cada qual c. c. o art. 71 do Código Penal, e por um delito de inserção de dados falsos em sistema de informações, também em continuidade delitiva, nos seguintes termos:

> "Diante de todo o exposto, tenho por demonstradas todas as acusações contra a ré CRISTIANE BRISKI DE NOBRE CAMPOS como autora dos crimes de peculato e de inserção de dados falsos em sistema de informações, nos termos dos artigos 312 e 313-A do Código Penal.
> Não há mudança fática, apenas capitulação diversa, o que, nos termos do artigo 383 do Código Penal pode ser modificado ainda que a pena seja mais grave. Mesmo assim as penas para os crimes do artigo 313-A é igual ao do 312 do mesmo Codex.
> (...)
> Existe concurso material em três crimes, posto que foram executados de formas distintas e demais condutas em continuidade delitiva. Em concordância parcial com a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal agrego as condutas da seguinte forma:
> a) transferências de numerários de contas de clientes sem a anuência dos mesmos, retirada de quantias das contas de clientes e subseqüentes depósitos em sua conta e transferência de recursos de terceiros para a conta de Maurício Pardo Galafassi e recomposição do saldo das contas desfalcadas via transferência eletrônica de valores de contas de terceiros, pagamentos de estagiárias não formalmente contratadas com valores retirados das contas de terceiros não autorizada. Artigo 313-A do Código Penal. Pagamento de estagiárias não formalmente contratadas com valores retirados de contas de terceiros não autorizada (*sic*).
> b) apropriação de recursos em dinheiro de mutuários de empreendimento habitacional; classificação contábil ilícita

> para ocultar a insuficiência de saldo dos mutuários de cujo dinheiro a acusada se apropriou, artigo 312 do Código Penal;
> c) implementação de crédito rotativo em contas de clientes sem autorização ou contrato firmado, sem análise de crédito, para retirada de dinheiro para cobrir sua conta devedora ou para aplicação de ativos de risco artigo 313-A do Código Penal;
> Isso posto julgo procedente a acusação para condenar a acusada CRISTIANE BRISKI DE NOBRE CAMPOS como incursa nas penas do artigo 312 e 313-A, ambos do Código Penal c. c. artigos 69 e 71, todos do Código Penal." (fls. 878/880).

Peculato. Inserção de dados falsos em sistemas de informações. Princípio da especialidade. O delito do art. 313-A, incluído no Código Penal pela Lei nº 9.983/00, é especial em relação ao delito do art. 312 do Código Penal, uma vez que visa punir especificamente as condutas de "inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública", praticadas com o intuito de obter vantagem indevida, para si ou para outrem, ou com vistas a causar dano, de modo a assegurar maior proteção aos sistemas informatizados e bancos de dados da Administração Pública. É o que se depreende do escólio de Guilherme de Souza Nucci:

> "Figura semelhante ao peculato impróprio: a criação desse novo tipo penal, incluindo-o a Lei 9.983/2000 no contexto do peculato, equivale a compará-lo como peculato impróprio ou o peculato-estelionato. Neste (figura do art. 313), o sujeito apropria-se de dinheiro ou outra utilidade que, exercendo um cargo, recebeu por engano de outrem. Naturalmente, é de se considerar que o dinheiro deveria ter ido para nos cofres da Administração Pública, mas termina com o funcionário (sujeito ativo específico). Assim, ao

> inserir dados em banco de dados da Administração Pública, pretendendo obter vantagem indevida, está, do mesmo modo, visando apossar-se do que não lhe pertence ou simplesmente desejando causar algum dano."
> (NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal comentado*, 4ª ed., Revista dos Tribunais, 2003, p. 858, nº 30)

Do caso dos autos. Em suas razões recursais, a defesa insurge-se contra a nova tipificação dada pelo MM. Juízo *a quo*, nos termos do art. 383 do Código Penal, e sustenta que todas as condutas narradas na denúncia ajustam-se apenas ao delito do art. 312 c. c. o art. 71, ambos do Código Penal. Aduz ainda que a conduta de implementar crédito rotativo sem a autorização do titular da conta corrente é atípica, configurando apenas ilícito administrativo.

Assiste parcial razão à acusada.

A denúncia narra basicamente quatro grupos de condutas:

a) a acusada apropriou-se de valores em espécie que lhe foram entregues por mutuários de empreendimento habitacional;

b) desviou valores de contas correntes, mediante a assinatura de ordens de débitos, sem a autorização dos correntistas, direcionando-os para regularizar pendências relacionadas a contas vinculadas a financiamento habitacional;

c) realizou diversas operações bancárias fraudulentas de transferências de valores e de saques em contas correntes sem a anuência dos respectivos titulares, mediante o uso de sua senha funcional no sistema informatizado da CEF;

d) concedeu crédito rotativo em conta corrente sem a devida análise de crédito, elaboração de contrato ou qualquer anuência de cliente, também por meio da utilização de sua senha funcional no sistema informatizado da CEF.

Observa-se que as duas primeiras condutas amoldam-se ao tipo do art. 312, *caput*, do Código Penal, haja vista que a ré apropriou-se de valores e também desviou valores de que tinha a posse enquanto gerente da instituição financeira. Aplica-se a essa série de condutas o art. 71 do Código Penal, como sustenta a ré em suas razões recursais e conforme reconheceu o MM. Juízo *a quo* na

respeitável sentença.

Entretanto, as duas últimas séries de condutas descritas na denúncia, conforme entendimento jurisprudencial acima exposto, de fato configuram o delito do art. 313-A do Código Penal, tendo em vista terem sido cometidas mediante a operação do sistema informatizado da CEF, com a inserção de operações fraudulentas por meio da utilização da senha funcional da ré, *modus operandi* específico que caracteriza essa espécie delitiva. Porém, ao contrário do que entendeu o MM. Juízo *a quo*, tais condutas, em vez de constituírem dois delitos autônomos de inserção de dados falsos em sistema de informações, compõem uma única série delitiva em continuidade, já que atendem aos requisitos do art. 71 do Código Penal.

O modo de execução de ambas as condutas é idêntico, visto que, segundo a narrativa da denúncia, tanto as transferências e saques fraudulentos quanto as concessões indevidas de crédito foram perpetrados mediante o uso da senha funcional da acusada no sistema informatizado da CEF. De igual modo, estão presentes as mesmas condições de tempo e de lugar, já que se deram no âmbito das agências da CEF em que a ré exercera o cargo de gerente, englobadas as datas das concessões fraudulentas de crédito, praticadas em 26.12.00 e 21.05.01 (fl. 15), no período em que foram realizadas as transferências e saques fraudulentos, que ocorreram de julho de 2000 a junho de 2002 (fl. 3).

Assim, tipifico as condutas acima descritas, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, nos delitos do art. 312, *caput*, c. c. o art. 71, e do art. 313-A c. c. o art. 71, todos do Código Penal, em concurso material.

Deve ser afastada ainda a alegação da defesa no sentido de ser aplicado o princípio da consunção, visto que, pela simples análise das condutas expostas na denúncia, verifica-se que os delitos de inserção de dados falsos no sistema informatizado da CEF não consistiram meio para a prática dos delitos de peculato, que se configuraram pela apropriação de valores que foram entregues diretamente por mutuários à acusada e pelo desvio de valores de correntistas, mediante a assinatura de ordens de débito

sem a sua autorização, com vistas a regularizar pendências causadas no subtítulo contábil "depósito a classificar". Cabe ressaltar, inclusive, que, nos termos da exordial acusatória, esse último delito foi praticado com vistas a ocultar as transferências fraudulentas realizadas nas contas de mutuários, circunstância que demonstra a autonomia dos fatos:

> "Não obstante, em virtude dos saques realizados por Cristiane nas contas de operação 012, cujos titulares eram mutuários de empreendimento habitacional, modalidade associativo, várias contas ficaram com saldo insuficiente para quitar a dívida que possuíam perante esse contrato. Por essa razão, os valores individualizados não foram debitados e o montante total foi contabilizado no subtítulo contábil de 'depósito a classificar'.
> Para ocultar suas fraudes, Cristiane preencheu e assinou várias ordens de débito nas contas de diversos clientes da Caixa (sem a anuência dos titulares das respectivas contas) nos valores abaixo elencados, os quais tiveram, como contrapartida natural, um crédito no mesmo valor, tendo a denunciada o desviado através de DLE no subtítulo contábil de 'depósito a classificar', regularizando aparentemente, os desvios e as apropriações outrora efetuados pela denunciada." (fl. 19)

Prescrição. Cristiane foi condenada às penas de 2 (dois) anos de reclusão, desconsiderado o aumento relativo à continuidade delitiva, para o delito do art. 313-A do Código Penal e para o delito do art. 312 do Código Penal. Sem recurso da acusação, essas são as penas a serem consideradas para fins de prescrição, cujo prazo é de 4 (quatro) anos, a teor do inciso V do art. 109 do Código Penal.

Narra a denúncia que os delitos foram praticados de julho de 2000 a junho de 2002 (fl. 3).

Estão prescritos os fatos anteriores a 01.10.00, pois entre estes e o recebimento da denúncia (01.10.04, fl. 118) transcorreu

período superior a 4 (quatro) anos. Com relação às demais condutas transcorreu período menor.

Entre a data do recebimento da denúncia (01.10.04, fl. 118) e a data da suspensão do prazo prescricional (30.05.06, fls. 195/196), transcorreram 1 (um) ano, 7 (sete) meses e 29 (vinte e nove) dias. Entre a data da retomada do curso do prazo prescricional (16.07.08, fl. 501) e a data da sentença condenatória (02.02.09, fl. 885), passaram-se 6 (seis) meses e 16 (dezesseis dias). Somados tais períodos, não restou superado o prazo prescricional supramencionado.

A partir da data da sentença condenatória, o término do prazo prescricional está previsto para 01.02.13. Portanto, não está prescrita a pretensão punitiva do Estado em relação aos delitos de peculato e inserção de dados falsos em sistema de segurança.

Recurso em liberdade. A defesa requer que seja concedido à ré o direito de apelar em liberdade. Aduz que os argumentos delineados na respeitável sentença não suficientes para manutenção de sua segregação, haja vista que ofereceu espontaneamente a retenção judicial de seu passaporte com visto americano, não havendo, portanto, qualquer possibilidade de deixar o País.

Sem razão a acusada.

Conquanto o art. 594 do Código de Processo Penal tenha sido revogado pela Lei nº 11.719/08, a manutenção da custódia cautelar do condenado após a sentença condenatória será possível se subsistirem os motivos que deram ensejo a prisão preventiva.

Ao prolatar a sentença condenatória, o MM. Juízo *a quo* manifestou-se especificamente acerca da manutenção da custódia cautelar da ré, tendo expressamente consignado que permaneciam íntegras as razões que levaram à decretação de sua prisão preventiva. Confira-se o seguinte trecho do *decisum*:

> "A ré deve permanecer presa pois respondeu ao processo em reclusão e persistem os motivos que ensejaram a prisão preventiva; a acusada não reside no distrito da culpa, tem visto oficial norte-americano para sua permanência naquele estado, seus familiares à exceção da mãe residem

> nos Estados Unidos da América, o que faz concluir que a mesma se furtará ao cumprimento da pena.
> Como se observa no interrogatório da acusada, de seu indiciamento, a mesma sabia do processo em curso por seu advogado contratado e não compareceu aos atos do processo até a sua prisão. São motivos efetivos para manter a prisão preventiva até o final do julgamento do processo". (fl. 883)

A manutenção da prisão da ré é necessária à garantia da aplicação da lei penal. Conquanto a ré alegue em suas razões recursais que não tinha ciência do processo criminal enquanto residia nos Estados Unidos, é fato que das declarações prestadas em seu interrogatório judicial infere-se seu conhecimento acerca da existência da ação penal:

> "que a interroganda deixou um advogado contratado para discutir o processo por dispensa por justa causa o qual sumiu depois de algumas ligações; que este advogado informou que tinha havido uma decisão favorável em primeira instância; que o advogado também fornecia informações sobre o processo criminal dizendo que tudo estava em ordem e que a interroganda não tinha motivos para se preocupar porque já havia deposto na polícia; que o advogado se chama BENEDITO DA SILVA".

O fato alegado pela defesa de ter a acusada oferecido seu passaporte para retenção judicial, por si só, não permite dedução plenamente segura de que permanecerá no Brasil, não havendo outros elementos que a vinculem ao distrito da culpa: seu marido e filhos residem nos Estados Unidos e não tem ocupação lícita no País, tendo afirmado que residirá com sua mãe, havendo fundado receio, nos termos expendidos pela respeitável sentença, de que a ré se furte ao cumprimento da pena.

Nulidade. Defesa preliminar. CPP, art. 514. Entendo que a falta da defesa preliminar de que trata o 514 do Código de

Processo Penal consubstancia nulidade relativa: não parece razoável que o réu eventualmente condenado por haver provas consistentes de autoria e materialidade possa sustentar com seriedade a falta dos requisitos para a propositura da ação penal, cuja inexistência, nessa fase, já se resolveria pela absolvição: ou o acusado merece ser condenado, hipótese em que é despropositado falar em receber novamente a denúncia, ou deve ser absolvido, quando então não se vê razão para sujeitá-lo a novo processo-crime. Por tais motivos, é natural respeitar o entendimento já consolidado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a principiar pela Súmula nº 330 do Superior Tribunal de Justiça, à qual, de certo modo, as instâncias ordinárias remanescem vinculadas:

> "É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial".

Em decisões recentes sobre o tema, as Colendas Turmas do Supremo Tribunal Federal manifestaram-se em termos distintos. A 2ª Turma entendeu que a inobservância da defesa preliminar caracterizaria nulidade absoluta, malgrado a ação penal seja precedida de inquérito policial (STF, HC nº 95.402, Rel. Min. Eros Grau, j. 31.03.09). A 1ª Turma, por sua vez, concluiu que, independentemente da espécie de nulidade gerada pela supressão da defesa preliminar, é necessário que o acusado demonstre o prejuízo concreto resultante da supressão da formalidade (STF, HC nº 97.033-SP, Rel. Min. Carmén Lúcia, por maioria, j. 12.05.09, *Informativo STF* nº 546, p. 7), reservando-se esse procedimento apenas aos casos em que são imputados ao acusado apenas delitos funcionais (STF, HC nº 95.969-SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, por maioria, j. 12.05.09, *Informativo STF* nº 546, p. 8).

Penso que, à vista de entendimento já sumulado e da jurisprudência predominante até o presente, o precedente emanado da Colenda 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal deve ser aplicado restritivamente. Tem-se ainda que, na hipótese, por exemplo, de não se tratar de crimes afiançáveis, a nulidade não

se caracteriza, sendo que para esse efeito deve ser considerado o total das penas mínimas cominadas aos delitos tidos como perpetrados em concurso, nos termos da Súmula nº 81 do Superior Tribunal de Justiça:

> "Não se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão".

Do caso dos autos. Em suas razões recursais, a defesa aduz que o processo é nulo a partir do recebimento da denúncia, em razão da ausência de defesa preliminar, não prevalecendo o argumento exposto na sentença de que a ré não faria jus à defesa preliminar pelo fato de não mais ostentar a qualidade de funcionária pública, ante a rescisão de seu contrato de trabalho, visto que não cabe, para esse efeito, qualquer distinção entre funcionários públicos ativos, inativos, exonerados e demitidos. Alega ainda que a nulidade foi suscitada nas alegações finais da defesa, não havendo que se falar em preclusão, sendo hipótese de nulidade absoluta.

Sem razão a defesa.

A ação penal foi instruída por inquérito policial (fls. 26/109), em que a ré foi ouvida (fl. 70), circunstância que, segundo disposição da Súmula nº 330 do Superior Tribunal de Justiça, afasta a imprescindibilidade de defesa preliminar.

Ademais, não demonstrou a ré quais as provas e argumentos poderia ter carreado naquela fase que pudessem ter afastado a imputação que lhe foi imposta, de modo a demonstrar o efetivo prejuízo sofrido.

Assim, rejeito a preliminar.

Citação por edital. Nulidade. Inocorrência. A defesa aduz que a citação da ré por edital é nula, haja vista que não foram esgotadas todas as possibilidades para sua localização, sendo que um dos endereços que constavam dos autos não foi diligenciado e que o MM. Juízo não determinou a expedição de carta rogatória que viabilizasse a citação da acusada no exterior, tendo lançado

mão do inadequado procedimento administrativo para a citação da ré.

Sem razão a defesa.

Verifica-se que até a expedição do edital constava dos autos apenas o endereço situado na Rua do Observatório nº 3.080, na cidade de Vinhedo (SP), o qual inclusive fora informado pela ré quando ouvida em sede policial, em 20.11.03 (cfr. fls. 53 e 70), sendo que tal endereço foi diligenciado pelo MM. Juízo, informando a certidão da Oficial de Justiça que a ré encontrava-se em local desconhecido no exterior (fl. 149).

Embora não haja imposição legal acerca da expedição de ofícios às repartições públicas, para fins de localização do réu tido em local incerto ou não sabido (STJ, REsp nº 364.424-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.04.02), o MM. Juízo determinou a expedição de ofícios ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, ao Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt e à Delegacia da Receita Federal de Campinas (fl. 153), sendo que apenas o Tribunal Regional Eleitoral forneceu endereço distinto do que constava dos autos (cfr. fls. 156/158 e 164), na Rua Fernando Costa, nº 124 - Vinhedo (SP), o qual foi diligenciado, informando a certidão de fl. 179v. que a ré não reside no local.

Conforme aduz a Procuradoria Regional da República em seu parecer (fl. 1.023), a vaga informação de que a ré residia nos Estados Unidos, em local desconhecido, não possibilitaria sua localização e não consiste, portanto, obstáculo à citação por edital, que ocorreu em 14.07.05 (fl. 154), não havendo qualquer nulidade a ser sanada.

Insta salientar que o endereço certo da ré nos Estados Unidos apenas veio aos autos em março de 2007 (fl. 285), por meio de ofício da Polícia Federal, sendo que a partir de então o MM. Juízo envidou esforços para citar e intimar a ré no exterior (fls. 295, 340/344, 367/397, 399/401, 412/413, 421), sobrevindo, contudo, a sua prisão em 15.06.08 (fl. 497).

Assim, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela defesa.

Deficiência da defesa. Nulidade relativa. Nos termos da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal, a deficiência da defesa técnica somente enseja a nulidade do processo se houver

prova do prejuízo:

> "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

Produção antecipada de prova. Discricionariedade judicial. Cabe ao alvedrio judicial resolver sobre a produção antecipada de prova, sem que daí decorra ofensa aos direitos e garantias do acusado:

> "EMENTA *Habeas corpus*. Processual penal. Produção antecipada de provas. Art. 366 do CPP. Fundamentação. Constrangimento ilegal não-caracterizado. 1. Cabe ao Juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do Magistrado (art. 366 do CPP). 2. *Habeas corpus* denegado."
> (HC nº 93.157-SP, Rel. p/ o acórdão Min. Menezes Direito, j. 23.09.08, Informativo STF nº 521).

Do caso dos autos. Cristiane sustenta que a colheita antecipada de provas é nula, já que a inquirição antecipada de testemunhas só é possível nas hipóteses do art. 225 do Código de Processo Penal, e ainda por deficiência de defesa técnica, pois a defensora dativa constituída nos autos não acompanhou a oitiva das testemunhas ouvidas por carta precatória e os advogados *ad hoc* nomeados pelos Juízos deprecados não tinham profundo conhecimento da causa em questão.

Não prospera a tese da defesa.

Não se mostra desarrazoada a colheita antecipada de provas, visto que foi determinada em 17.07.06, após mais de 4 (quatro) anos da data dos fatos criminosos, perpetrados entre julho de 2000 e junho de 2002, não se tratando assim de mero receio de

que as testemunhas venham a se esquecer de detalhes ou de que possam mudar de endereço, mas de elemento concreto, consubstanciado no transcurso de extenso período de tempo, a indicar o possível perecimento dos depoimentos a serem prestados nos autos, sobretudo por tratarem os fatos de procedimentos bancários, transações e movimentações financeiras, que apresentam ínsita complexidade.

Nesse sentido, confira-se o parecer da Procuradoria Regional da República:

> "Os fatos narrados na denúncia envolviam informações acerca de procedimentos bancários, transações e movimentações financeiras realizadas de julho de 2000 a junho de 2002. Assim, em julho de 2006 (data do despacho de fls. 205), não poderia o Juízo Federal *a quo* esperar por mais tempo, até que a acusada viesse a ser localizada, para que, então, as testemunhas fossem ouvidas. Neste caso, esperando-se por ainda mais tempo, a memória das testemunhas já estaria certamente comprometida.
> Logo, na hipótese vertente, a urgência na produção da prova testemunhal se revelou pela necessidade de se colher os depoimentos em momento oportuno, isto é, antes que detalhes relevantes sobre os fatos fossem esquecidos pelas testemunhas. Aguardar, por anos, a localização da ré e a consequente retomada do processo acarretaria, na prática, o perecimento da prova testemunhal, comprometendo a apuração da verdade real". (fl. 1.024)

Também não merece abrigo a alegação de que houve deficiência técnica na colheita antecipada de provas.

Após a decretação da revelia da acusada (fls. 195/196) e da colheita antecipada de provas (fl. 205), foi nomeada defensora dativa à ré (fl. 207), sendo que na ocasião da oitiva das testemunhas também foram nomeados defensores *ad hoc* pelos Juízos deprecados (fls. 22/226, 224, 274/278 e 321).

A defesa limita-se a alegar a deficiência de defesa sob a

alegação de que os advogados nomeados pelos Juízos deprecados não tinham conhecimento do inteiro teor dos autos, sem apontar efetivamente, contudo, quais providências poderiam ser tomadas, e não o foram, em virtude do não conhecimento do integralidade dos autos e, portanto, qual foi o prejuízo sofrido pela acusada, vez que os advogados tinham ciência do inteiro teor da acusação.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade.

Nulidade. Indeferimento de diligência. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Sustenta a acusada que o processo é nulo, por cerceamento de defesa, visto que o MM. Juízo *a quo* indeferiu diligências, requeridas na fase do art. 402 do Código de Processo Penal, indispensáveis à comprovação de que sofreu coação moral irresistível, as quais não poderiam ter sido produzidas por outros meios. Alega ainda que a sentença é nula, pois não apreciou a questão deduzida em sede de alegações finais para que fosse reconsiderado o despacho de fls. 753/754 e converter o julgamento em diligência.

Sem razão a defesa.

A sentença não é nula, uma vez que a decisão, ao afastar a alegação de nulidade por cerceamento de defesa resultante do indeferimento de diligências, reforçou os argumentos que haviam sido delineados no despacho de fls. 753/754 (fls. 850/851), razão pela qual restou prejudicado o pedido de reconsideração elaborado em sede de alegações finais.

A fase do art. 402 do Código de Processo Penal é destinada à complementação das diligências, sendo facultado às partes requererem qualquer tipo de prova. Cabe ao magistrado analisar a necessidade e conveniência desses requerimentos, não havendo que se falar em cerceamento de defesa, na medida em que foram oferecidas à defesa as oportunidades previstas em lei para indicação de provas e analisados os pedidos de forma fundamentada. No caso, o MM. Juízo *a quo* decidiu fundamentadamente pelo indeferimento da diligência (fls. 753/754).

Conforme ponderou o Ministério Público Federal às fls. 746/752 e o MM. Juízo *a quo* à fls. 753/754, parte das diligências requeridas pela ré (fls. 728/741) poderiam ter sido providenciadas

pela própria parte, sendo que a quebra dos sigilos bancário e fiscal de pessoas que não integram a relação processual, quais sejam, Maurício Pardo Galafassi e sua esposa, não se mostra adequada e tampouco imprescindível à comprovação da tese da defesa, no sentido de que a ré teria sofrido coação moral irresistível praticada por Maurício, a qual poderia ter sido demonstrada por outros meios, inclusive mais efetivos, já que a ré afirmou em seu interrogatório que "os valores depositados nas contas da interroganda e de sua mãe eram gastos mediante compras de supermercado, de roupas, jóias, tênis, materiais em geral, todos feitos juntamente com Maurício e em benefício deste" (fl. 503). Nesse sentido, também seria inócua eventual acareação entre a acusada e Maurício, haja vista que a ré poderia apresentar livremente sua versão dos fatos, já que não tem o dever de falar a verdade.

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito. Materialidade. Peculato (CP, art. 312). Inserção de dados falsos em sistema de segurança (CP, art. 313-A). Está comprovada a materialidade dos delitos pelos seguintes elementos de convicção:

a) Procedimento de Apuração Sumária nº 21.0078/2002, elaborado por comissão de sindicância da Caixa Econômica Federal (fls. 1/1.021 dos autos em apenso);

b) relatório da comissão de sindicância da CEF, que descreve minuciosamente as inúmeras transferências eletrônicas e saques irregulares realizados nas contas dos clientes da agência Vianelo e da agência Louveira (SP) da Caixa Econômica Federal, as concessões irregulares de crédito rotativo na conta bancária de Darci Ana Degelo Briski, a apropriação de valores que foram entregues por mutuários da CEF à acusada e que não foram depositados nas respectivas contas correntes, e o desvio de valores de clientes, por meio do preenchimento de ordens de débitos fraudulentas, com vistas a regularizar pendências do subtítulo contábil "depósitos a classificar", ocasionadas em decorrência dos desfalques praticados nas contas correntes de mutuários (fls. 884/1.016);

c) relatórios de automação bancária - transações estornadas/

autorizadas de fls. 311/357 e 535/606, que listam as transações irregulares a débito efetuadas nas contas de Luiz Antônio Cuan, Adélia Mengoli, Carlos Alberto Faidiga, e diversos outros clientes mutuários de empreendimento habitacional;

d) ordens de débito irregulares em contas de mutuários e correspondentes "documentos de lançamento de evento - DLE" de contabilização no subtítulo depósitos a classificar (fls. 624/626, 628, 722, 819, 822, 833, 839/841, 843/845, 868/870), documentos dos quais consta o carimbo da ré e que, segundo a conclusão da sindicância procedida pela CEF, foram preenchidas pela ré (fls. 991/1.006 do apenso, especialmente fls. 991, 994/995 e 999);

e) cartas de clientes informando o lançamento de débitos indevidos em suas contas correntes (fls. 610 e 848);

e) depoimentos de Júlio César Nunes de Paiva (fls. 222/226) e de Eliane da Silva Tega Alves de Siqueira (fl. 244), funcionários da CEF que participaram da comissão de sindicância da CEF e corroboraram em Juízo as conclusões do procedimento de apuração sumária acima citado;

f) depoimento de Raquel Aline Araújo (fl. 276), que confirmou em Juízo que seu salário fora pago a partir de desvios de valores das contas de clientes da CEF;

g) depoimento de Darci Briski Nobre (fl. 321), que afirmou que nunca movimentara conta bancária na CEF, e de Rosangela Baratella (fls. 692/694), apontando a ausência dos contratos de crédito rotativo de Darci Briski;

h) correspondência de Marcos Rodrigo Dias Pinto (fls. 871/874 do apenso), depoimento de Marcos em sede judicial (fl. 277), protocolo do caixa rápido da CEF (fl. 872 do apenso) e conclusões da comissão de sindicância da CEF (fls. 1.008/1.009 do apenso), confirmando que Marcos entregara valores à ré, os quais não foram depositados em sua conta corrente;

i) correspondência de Gerson Fernandes Brescansini (fls. 863/864 do apenso), informando que entregara valores à ré para regularização de cheques devolvidos e do saldo devedor de sua conta corrente, e conclusão da comissão de sindicância da CEF dando conta de que apenas os cheques foram regularizados, sendo

que o restante do valor entregue por Gerson não foi depositado em conta corrente (fls. 1.013/1.014 do apenso).

j) correspondência de Ana Paula Arantes Angelo (fl. 873 do apenso) e conclusão da comissão de sindicância da CEF, dando conta de que valores entregues à ré, mediante o fornecimento de protocolo de CEF, não foram depositados em conta corrente (fl. 1.009 do apenso).

Materialidade. Exame pericial. Existência de outros elementos. Desnecessidade. É prescindível o exame pericial, quando, em razão das peculiaridades do caso, é possível atestar a ocorrência do delito por outros elementos. Nesse sentido, é a jurisprudência:

> "*Habeas Corpus*. 2. Crime de Peculato. Art. 312 do Código Penal. (...). 4. Improcedência da alegação de nulidade do processo pela falta do exame de corpo de delito. Art. 158 do Código de Processo Penal. 5. Existentes outros elementos de prova, o exame pericial não é imprescindível. Precedentes. (...)".
> (STF, HC nº 85744, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 28.08.05)

> "PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECORRER EM LIBERDADE. PERDA DO OBJETO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA. (...). O exame de corpo de delito direto pode ser suprimido por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos, notadamente os de natureza testemunhal ou documental. Ordem prejudicada em parte, e, na parte conhecida, denegada".
> (STJ, HC nº 35409, Rel. Min. Paulo Medina, unânime, DJ 30.04.07)

> "CRIMINAL. HC. PECULATO. (...). EXAME DE CORPO DE DELITO. AUSÊNCIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.
> (…)

III. A prova técnica não é exclusiva para poder atestar a materialidade das condutas. IV. Havendo nos autos outros meios de provas capazes de levar ao convencimento do julgador, como a prova testemunhal referida pela sentença e a cópia do extrato emitido por instituição financeira dando conta do efetivo depósito de quantia indevidamente recebida em prejuízo do INSS na conta pessoal do paciente, não há falar em nulidade processual por ausência do exame de corpo de delito. Precedentes. V. Ordem denegada".
(STJ, HC nº 37945, Rel. Min. Gilson Dipp, unânime, j. 23.05.05)

"*HABEAS CORPUS*. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO. INDIVIDUALIZAÇÃO OPERADA. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA ADEQUADA. REGIME. IMPOSIÇÃO DO FECHADO SEM A DEVIDA INDICAÇÃO CONCRETA. NULIDADE. EXAME DE PROVA.
(...)
'A ausência do exame de corpo de delito pode ser suprida por outros meios de prova, como a confissão, a prova testemunhal, dentre outros. Precedentes. A adoção dos fundamentos da sentença de primeiro grau e do parecer ministerial como razões de decidir do acórdão não constitui nulidade processual. Precedentes.' Ordem concedida em parte para tão-somente fixar o regime semi-aberto".
(STJ, HC nº 39857, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, unânime, j. 07.03.05)

"PENAL. PECULATO. (...). AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL DA OCORRÊNCIA DO FATO. (...).
(...)
3. A materialidade do delito de peculato pode ser demonstrada por documentos e testemunhas, não sendo imprescindível

o exame de corpo de delito. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.
(...)".
(TRF da 3ª Região, ACR nº 200103990081116, unânime, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 06.05.08)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - (...) - IMPUTAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO (ART. 288 CP) E INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES (ART. 313-A CP) - CONFIGURAÇÃO - FRAUDES NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DE PENSÃO POR MORTE PELO CHEFE DO POSTO DO INSS DE MACAÉ - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS (...).
(...)
II - Não há que se falar em nulidade por falta de exame de corpo de delito direto (art. 564, III, 'b' do CPP) quando a prova técnica não é exclusiva para demonstrar a materialidade das condutas, o que restou evidenciado pelo robusto conjunto probatório constante dos autos.
(...)".
(TRF da 4ª Região, ACR nº 200451160009665, unânime, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, unânime, j. 06.05.08)

Do caso dos autos. A defesa sustenta que não resta comprovada a materialidade delitiva por ausência de perícia, sendo que o processo administrativo elaborado por comissão sindicante da Caixa Econômica Federal, produzido na fase inquisitorial, não foi submetido ao contraditório judicial, e apresenta irregularidades, vez que suas folhas não foram numeradas e rubricadas pela Autoridade Policial e que faltam folhas nos autos.

Sem razão a defesa.

O fato de faltarem algumas folhas no processo administrativo, que se encontra nos oitos volumes em apenso a estes autos, não afeta a compreensão dos fatos criminosos apurados pela comissão de sindicância da Caixa Econômica Federal, descritos

minuciosamente às fls. 885/1.018 dos autos em apenso, sendo que a ausência de numeração de páginas e de rubrica aposta pela Autoridade Policial são meras irregularidades do inquérito policial, as quais não são aptas a contaminar a ação penal.

O teor do procedimento administrativo foi confirmado em Juízo pelos depoimentos das testemunhas de acusação Júlio César Nunes de Paiva (fls. 222/226) e Eliane da Silva Tega Alves de Siqueira (fl. 244), funcionários da CEF que participaram da comissão de sindicância constituída pela instituição financeira para apurar as ilicitudes praticadas pela ré, os quais corroboraram as conclusões do procedimento de apuração sumária acima citado. Outros elementos de prova também fortalecem as conclusões do aludido procedimento, como da estagiária da CEF à época dos fatos, Raquel Aline Araújo (fl. 276), que confirmou o fato de seu salário ter sido pago por meio de desvios de valores das contas de clientes; do mutuário Marcos Rodrigues Dias Pinto (fl. 277), que afirmou ter entregue valores à ré a título de entrada para financiamento de imóvel, os quais não foram depositados em sua conta corrente; e de Rosangela Baratella (fls. 692/694), que foi gerente da agência da CEF em Louveira (SP) e afirmou que não foram encontrados os contratos de crédito rotativo de Darci Briski.

Assim, a materialidade dos delitos resta comprovada por vários elementos de prova, produzidos não apenas na fase policial, mas também em Juízo, circunstância que, conforme entendimento jurisprudencial acima exposto, dispensa a realização de exame pericial.

Autoria. Está devidamente comprovada a autoria dos delitos.

A acusada foi ouvida em sede policial e negou os fatos narrados na denúncia (fl. 70). Em sede judicial, afirmou que fora coagida por Maurício Pardo Galafassi para que fornecesse sua senha funcional e também a senha de sua conta de gerente. Relatou que conhecera Maurício num passado remoto e que, depois de um certo tempo, Maurício a procurara e queria ter um relacionamento consigo, com o que não concordara, razão pela qual Maurício passou a ameaçá-la. Disse que as transferências de valores para a conta da interroganda ou de sua mãe foram realizadas

por Maurício ou pela própria interroganda sob coação daquele, sendo que, apesar de sua senha pessoal só poder ser utilizada nos computadores da agência, Maurício tinha acesso à sua mesa, visto que não era isolada das demais mesas existentes no local:

> "Não são verdadeiros os fatos descritos na denúncia; que a interroganda foi coagida e forçada a fornecer sua senha da conta pessoal e também a senha de gerente; que tal coação partiu do senhor MAURÍCIO PARDO GALAFASSI; que a interroganda conheceu essa pessoa num passado remoto, tendo tido uma amizade com ele embora não tenham namorado; que depois de um certo tempo, MAURÍCIO a procurou novamente e queria ter um relacionamento com a interroganda; que esta não concordou com ele pois já estava casada e bem; que MAURÍCIO lhe disse que ela não teria mais paz na vida; que ele começou a aparecer na agência descrevendo pessoas que estariam naquele momento com os filhos, marido e mãe da interroganda e dizendo que 'acidentes acontecem'; que a interroganda resistiu por um tempo até que acabou entregando suas senhas a MAURÍCIO; que não pensou em chamar a polícia porque tinha medo dele, uma vez que ele apresentava hábitos estranhos e por vezes aparecia aparentando estar embriagado; que como a interroganda não quis ter um relacionamento com ele, MAURÍCIO resolveu acabar com a sua vida porque achava que, como a interroganda tinha um certo padrão econômico, não se relacionaria com ele, uma vez que se dedicava à 'rolos com automóveis'; que MAURÍCIO acreditava que se a interroganda não estivesse mais bem financeiramente, aceitaria ficar com ele; que as transferências de valores para a conta da interroganda ou de sua mãe foram realizadas por MAURÍCIO ou pela própria interroganda sob coação daquele; que LUIZ ANTONIO CUAN era um cliente VIP da agência e a conta de ADÉLIA MENGOLI era movimentada por duas pessoas por procuração; que a interroganda não sabe se MAURÍCIO chegou a ver algum

relatório de movimentação financeira de LUIZ ANTONIO; que MAURÍCIO abria conta em todas as agências nas quais a interroganda ia trabalhar; que a conta da mãe da interroganda foi aberta por esta, sem intervenção de MAURÍCIO, para cumprir metas da agência; que provavelmente MAURÍCIO vendo que a conta estava aberta, também se aproveitou dela para realizar as transações; que a interroganda não se recorda do nome CARLOS ALBERTO FAIDIGA; que seria 'burrice' se fosse intenção da interroganda aproveitar-se do dinheiro, depositá-lo em conta titularizada por ela própria, tal como foi feito; que em relação à importância de 30 mil reais retirada da conta de ADÉLIA MENGOLI, a interroganda se recorda que um homem assinou a guia de retirada na sua frente, tendo informado que se tratava de um empréstimo que estava fazendo, talvez para MAURÍCIO e que por isso precisava da quantia em dinheiro; que os valores depositados nas contas da interroganda e de sua mãe eram gastos mediante compras de supermercado, de roupas, jóias, tênis, materiais em geral, todos feitos juntamente com MAURÍCIO e em benefício deste; que algumas vezes MAURÍCIO obrigava a interroganda a ceder o cartão ou a assinar um cheque para que obtivesse o dinheiro depositado nas contas; que em relação à conta do próprio MAURÍCIO, houve uma época em que a interroganda chegou a transferir cerca de 50 ou 60 reais para a conta dele como tentativa de incriminá-lo; que MAURÍCIO descobriu e passou a pressioná-la ainda mais; que a conta de MAURÍCIO não foi utilizada pela interroganda para receber dinheiro de contas de mutuários do loteamento FAZENDA GRANDE; que o próprio MAURÍCIO retirou o valor depositado pela interrogada em sua conta, depositando novamente na conta dela; que a interroganda acredita que MAURÍCIO, de alguma forma, tenha transferido valores para a conta de LUIZ ANTONIO CUAN como forma de encobrir os desvios fraudulentos, mas isso não foi feito pela interroganda; que em relação ao valor que teria sido

entregue por MARCOS RODRIGUES DIAS PINTO à interroganda, esta esclarece que nunca recebeu depósito de cliente em dinheiro, mas apenas em cheque, uma vez que sua mesa ficava no meio da agência e não possuía chave, o que poderia comprometer a segurança; que o mesmo se aplica a MARCELO ÂNGELO e GERSON FERNANDES BRESCANCINI; que em relação à criação de crédito rotativo na conta de sua mãe, a interroganda esclarece que também foi coagida por MAURÍCIO; que em relação às ordens de débito de contas de clientes que preencheu para recompor contas que já haviam sido desfalcadas, a interroganda esclarece que o fez sempre coagida por MAURÍCIO; que em relação às estagiárias RAQUEL e MARIANA, a interroganda encaminhou regularmente a documentação de ambas, mas como a regularização demora cerca de um ou dois meses, é comum que os estagiários já fiquem trabalhando; que o pagamento das duas nesses meses foi feito com recursos de contas que são abertas para depositar comissões ganhas por seguros vendidos a mutuários de empreendimentos imobiliários; que a interroganda não se lembra no nome de quem foi aberta a conta; que a interroganda não se recorda de ter depositado nas contas das duas estagiárias valores retirados das contas de outros clientes; que nada tem a declarar contra LUIZ ANTONIO CUAN, ADÉLIA e ALEX SANDRO; que MAURÍCIO também lhe dizia que nada aconteceria contra ele porque o pai era ex-desembargador; que nada tem a declarar contra as testemunhas arroladas na denúncia e ressalta que sua mãe e seus familiares não tinham nenhum conhecimento da existência da coação; que não são verdadeiras as declarações prestadas por MAURÍCIO prestadas à fl. 41 e que a conta dele na CAIXA tinha saldo médio aproximado de 50 reais mensais, razão pela qual não seria possível que ele sofresse o prejuízo de 120 mil reais; (...) que para chegar até a interroganda na agência, MAURÍCIO não tinha que passar por ninguém porque as mesas ficavam no mesmo

ambiente; que nas vezes em que aparentava estar alcoolizado, MAURÍCIO encontrava com a interroganda fora da agência; que a interroganda acredita que ela e MAURÍCIO não tenham nenhum amigo em comum; que as ameaças eram feitas apenas por MAURÍCIO, mas a interroganda acredita que havia outras pessoas envolvidas porque alguém fornecia a ele os detalhes de onde estavam seus familiares enquanto MAURÍCIO falava com ela; que a interroganda acha que a esposa de MAURÍCIO chama-se SILVANA, mas não sabe o sobrenome; que MAURÍCIO também se utilizou da senha da ré sem ela estar presente e a própria disposição das mesas da CAIXA facilita que isso ocorra, porque ficam misturados funcionários e clientes; que a senha funcional da interroganda só podia ser usada em computadores da agência; que o computador ficava ao lado da mesa da interroganda e MAURÍCIO poderia utilizá-lo passando despercebido; que a interroganda nunca foi comunicada por algum funcionário que tenha notado MAURÍCIO usando seu computador; que a interroganda não sabe se algum outro funcionário estava auxiliando MAURÍCIO; que a interroganda não sabe dizer se MAURÍCIO tinha algum outro conhecido entre os funcionários da agência; (...) também tinha a senha da conta da mãe interroganda; que a interroganda nunca possuiu a senha pessoal de MAURÍCIO como cliente, inclusive a de uso pela *internet*; que a interroganda não sabe se MAURÍCIO ou talvez outra pessoa mandada por ele foi até a escola de seus filhos para tentar pegá-los a fim de que a interroganda colaborasse com ele; que em várias oportunidades foi quase agredida por MAURÍCIO o qual, inclusive, por várias vezes 'fechou o carro da interroganda' quando esta trafegava pela Anhanguera; que MAURÍCIO comentou que já havia agredido a mulher e que nada aconteceu porque era filho de desembargador; que também já havia agredido um pedreiro; que MAURÍCIO estava construindo uma casa, comprando terreno e material de construção; que MAURÍCIO não tinha

emprego fixo e vivia de rolos; que a casa fixa próxima à rodoviária nova de Jundiaí, num bairro novo de classe média alta; que o senhor LUIZ ANTONIO CUAN chegou a pedir para a interroganda movimentar a sua conta por telefone; que tal pessoa era um cliente muito reservado e chegou a pedir suspensão do extrato para que seus familiares não tivessem ciência de sua movimentação financeira; que MAURÍCIO transitava livremente pela agência; que a interroganda não teve nenhum proveito econômico como decorrência dos fatos narrados na denúncia; que na ocasião em que foi ouvida na Polícia Civil, foi perguntado à interroganda se ela confirmava o que tinha dito no procedimento administrativo, tendo respondido afirmativamente, se vivia bem com seu marido, ao que também respondeu afirmativamente e se sabia qual teria sido o destino do montante desviado, tendo a interroganda respondido negativamente; que a interroganda foi residir nos Estados Unidos levando seus filhos porque seu marido havia sido transferido para aquele país; que tinha visto oficial nesse período; que informou o endereço em que residia nos Estados Unidos em suas declarações de renda; que a interroganda não tem a intenção de voltar para os Estados Unidos até que o processo seja concluído; que a interroganda se dispõe a oferecer seu passaporte como prova dessa intenção; que a interroganda deixou um advogado contratado para discutir o processo por dispensa por justa causa o qual sumiu depois de algumas ligações; que este advogado informou que tinha havido uma decisão favorável em primeira instância; que o advogado também fornecia informações sobre o processo criminal dizendo que tudo estava em ordem e que a interroganda não tinha motivos para se preocupar porque já havia deposto na polícia; que o advogado se chama BENEDITO DA SILVA; que a conta destinada ao pagamento das estagiárias não foi aberta em nome da interroganda; que MAURÍCIO dizia em relação aos depósitos feitos na conta da interroganda que isso era para acabar

com a vida dela e para ela não ter chance de reconstruir sua vida se não ficasse com ele". (fls. 500/508)

A testemunha Darci Ana Degelo Briski, mãe da acusada, afirmou em Juízo que nada sabe sobre os fatos narrados na denúncia. Enfatizou que nunca movimentara qualquer conta na CEF e nem mesmo tivera cartão ou recebera extratos dessa conta, visto que "trabalhava" com o Banco do Brasil. Relatou que no período dos fatos a acusada não adquirira bens que chamassem sua atenção (fl. 321).

Em Juízo, a testemunha de acusação Júlio César Nunes de Paiva, funcionário da CEF há 31 (trinta e um) anos, afirmou que participara da comissão instituída para apurar a responsabilidade da ré em procedimento interno, no qual fora constatada, de forma evidente, a manipulação fraudulenta de contas de clientes pela acusada, inicialmente a conta de Luiz Antônio Cuan e depois a de outros clientes, mediante a utilização de sua senha funcional para realização de transferências para contas de sua titularidade e da titularidade de sua mãe, sendo que a aludida senha permanecera registrada no controle da CEF. Em relação aos saques de valores das contas, esclareceu que a matrícula constante da fita de caixa pertencia a Cristiane, e relatou que não foram localizadas nas agências investigadas fichas de abertura de conta e outros documentos que também indicariam as fraudes praticadas pela ré, tendo alguns correntistas narrado que deixaram de receber extratos bancários durante o período das irregularidades (fls. 222/226).

A testemunha de acusação Eliane da Silva Tega Alves de Siqueira, funcionária da CEF, afirmou que foi convocada pela superintendência da instituição bancária para apurar as irregularidades cometidas na agência de Louveira (SP), sendo que a partir do trabalho realizado verificara-se a prática de diversas transferências de valores de contas de clientes para contas de outros clientes, bem como para a conta da acusada, sendo que a maioria dessas transações foram efetivadas com a senha funcional da ré (fl. 244).

A testemunha de defesa Maurício Pardo Galafassi prestou

declarações à Autoridade Policial, em 19.11.03, e afirmou que conhece a ré, a qual era gerente na agência bancária da CEF na qual mantinha conta corrente, sendo que houve vários saques irregulares em sua conta e fora informado pelo gerente-geral da agência de que a ré estava envolvida, sendo que apenas lhe foram restituídos R$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos reais) dos R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) que lhe foram subtraídos (fls. 78/79). Ouvido em Juízo em 28.11.06, a testemunha Maurício Pardo Galafassi afirmou que manteve conta bancária na CEF por 2 (dois) anos na agência em que a ré era gerente. Narrou que, ao conferir seu extrato bancário, dera pela falta de alguns valores em sua conta e, ao questionar a ré, fora informado de que a situação fora ocasionada em razão da adoção de um novo programa de informática pela instituição financeira (fl. 274). Ouvido em Juízo novamente, em 30.09.08, afirmou que conhecera a ré como gerente de sua conta corrente e que não mantivera outro tipo de relacionamento com ela. Disse que conhecera o marido e os filhos da ré quando fora até a sua casa levar um automóvel, já que trabalha com a venda de automóveis, e que também conhecera a mãe da ré, não se recordando, porém, do lugar em que a conhecera. Declarou não se recordar se no biênio de 2000 a 2010 a sua conta corrente possuía saldo, tendo afirmado que sofrera um prejuízo no valor de R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), que fora causado “no decorrer do tempo”. Reportou que possuía conta corrente nas agências “Tebas” e “Central” da CEF em Jundiaí (SP), que é casado há 28 (vinte e oito) anos com Silvana Galafassi, que há aproximadamente 7 (sete) anos adquirira um imóvel localizado próximo à Rodoviária de Jundiaí (SP) e que seu pai, Mauro Galafassi nunca exercera função pública (fl. 658):

> “Conheceu Cristiane pelo relacionamento como gerente de sua conta há aproximadamente 5 ou 6 anos. Não manteve qualquer outro tipo de relacionamento com a acusada. Cristiane é casada, tem dois filhos e conhece seu marido e os filhos. Conheceu a família da ré, uma vez que, por trabalhar com venda de veículos, levou à casa da acusada

um automóvel, para que ela o pudesse ver. Nesta oportunidade, conheceu a família da ré. Hoje, o depoente trabalha com comércio de automóveis e de imóveis, do que aufere sua renda. O depoente é casado há 28 anos com Silvana Girardo Galafassi. O depoente hoje não possui contas bancárias. No passado, possuiu contas nas agências Central e 'Tebas' da Caixa Federal de Jundiaí. Não possui contas na Caixa Federal de Campinas ou de Vinhedo. Mantinha freqüência nas agências que mencionou em razão das contas que possuía. Não se recorda do nome de outros funcionários da Caixa Econômica Federal. Em razão dos fatos descritos na denúncia, o depoente suportou prejuízos de aproximadamente R$ 120.000,00, os quais não foram reembolsados. Foi aberto um processo cível contra a Caixa Econômica Federal para o recebimento desses valores, o qual tramita na Justiça Federal de Campinas. Não se recorda se o processo trata apenas da cobrança desses valores ou também de alguma indenização. Não se recorda se no biênio de 2000 a 2002 o depoente possuía saldos em sua conta e em qual montante. O prejuízo que mencionou foi causado no decorrer do tempo. Esses valores foram obtidos com o esforço de seu trabalho. Não sabe se esses valores constam de declarações de imposto de renda. Não possui imóvel residencial no loteamento Fazenda Grande em Jundiaí. Que saiba não existe esse loteamento em Jundiaí. O depoente adquiriu um imóvel no Jardim Paulista, há aproximadamente 7 anos. Esse imóvel, hoje, fica próximo da nova rodoviária de Jundiaí. Após aquisição do imóvel, não houve reforma. Que saiba, nunca foi processado criminalmente. Não conhece Luís Antonio Cuan e Adélia Mengoli. Desconhece qualquer empréstimo sacado da conta de Adélia a crédito do depoente. Não conheceu Vilma Tereza Briski. Recorda de ter conhecido Darci Briski, mãe da acusada. Não se recorda em que situação conheceu a mãe da ré. Nunca efetuou qualquer depósito ou descontos de cheques de emissão da acusada. O pai do depoente, Mário Galafassi,

nunca ocupou qualquer função pública". (fl. 658)

Em sede judicial, a testemunha Nabor Toledo de Paula afirmou que trabalha na agência da CEF de Louveira (SP) e na época dos fatos exercia a função de Supervisor de Retaguarda enquanto a acusada exercia a função de Gerente. Reportou que tomara conhecimento dos fatos quando retornou de suas férias e encontrou outros gerentes da CEF que vieram à agência para apurá-los. Disse que jamais desconfiara da conduta profissional da ré, relatando ainda que as mesas da agência eram acessíveis ao público e que, em sua presença, a acusada sempre cobria o teclado ao digitar sua senha funcional (fls. 275 e 663).

A testemunha de acusação Raquel Aline Araújo afirmou à Autoridade Judicial que fora contratada como estagiária da CEF pela acusada, que não repassara seus documentos para "a empresa que estava contratando os estagiários", sendo que recebia seu salário normalmente como crédito em sua conta corrente e continuara trabalhando na agência, tendo tomado conhecimento apenas posteriormente que sua remuneração era proveniente de desvios de valores de contas bancárias praticados pela ré (fl. 276).

Marcos Rodrigo Dias Pinto, testemunha de acusação, relatou que a ré era gerente da agência bancária em que fizera o financiamento de sua casa e que, para perfazer o valor de entrada do imóvel, que era de R$ 6.000,00 (seis mil reais), utilizara o valor constante de seu FGTS e entregara R$ 2.000,00 (dois mil reais) à ré, a qual ficara de dar-lhe o recibo quando entregasse o valor de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais) que faltava para completar o total da entrada, sendo que, passado algum tempo, uma "caixa" entrara em contato consigo para cobrar os R$ 2.000,00 (dois mil reais) referentes à entrada, pedindo que explicasse todo o ocorrido por escrito (fl. 277).

O Ministério Público Federal desistiu da oitiva das testemunhas Silmara Vanira Marcos, Adélia Mengoli e Luiz Antônio Cuan (fls. 282 e 362).

A testemunha de defesa Rosangela Aparecida Mendes Baratella declarou em Juízo que trabalhara com a ré na agência

de Louveira (SP), onde exercia o cargo de gerente-geral enquanto Cristiane era gerente de relacionamento, sendo que a acusada era boa funcionária e tinha sua total confiança. Relatou que saíra da agência para exercer a função de gerente de uma filial e retornara ao cargo em 2001, ocasião em que verificara que faltavam 3 (três) contratos de cheque especial, sendo um da ré, outro da mãe da ré e outro de um cliente antigo, e então ligara para Cristiane, que já havia sido transferida para a agência de Vianelo, pedindo-lhe que entregasse os contratos, e enviara uma carta ao cliente, o qual lhe informara que nunca tivera contrato de cheque especial e apenas tinha uma única aplicação financeira, momento em que percebera algo errado na conduta da ré e então informara a Superintendência da CEF. Esclareceu que a ré não lhe entregara os contratos e que soube que fora demitida por justa causa. Informou que conhecera Maurício Pardo Galafassi quando fora instaurada a apuração sumária sobre a conduta de Cristiane e que ela não lhe dissera ter relacionamento íntimo ou pessoal com Maurício (fls. 692/694).

Ouvida em Juízo, Vilma Teresa Briski, testemunha de defesa, discorreu sobre a boa conduta da ré e afirmou que residiram na mesma rua antes de Cristiane se casar. Relatou que conhecera Maurício Pardo Galafassi, com quem Cristiane tivera alguns encontros, o qual apresentava um comportamento alterado e insistia em manter um relacionamento com a ré, sendo que nunca chegara a presenciar ameaças de Maurício a Cristiane e que tais contatos ocorreram antes do casamento da ré, em 1990, tendo sido informada ela mãe de Cristiane que Maurício continuava a procurá-la após o casamento (fl. 624).

Fernando Bozzani Barreto, testemunha de defesa, declarou em Juízo que trabalhara como caixa da CEF quando a ré exercia o cargo de gerente, sendo que a ré sempre se apresentara como boa colega de trabalho e ponderada. Esclareceu que não existia obstáculo ao acesso de pessoas estranhas ao computador da ré, todavia, se alguma pessoa estranha ao quadro de funcionários da agência se dirigisse à sua mesa e utilizasse o computador, certamente seria abordada e impedida (fl. 625).

A testemunha de defesa Écio José Zilli disse ao Juízo que é funcionário da CEF e trabalhara com a acusada no período em que exerceu a gerência, sendo que nesse período não soube de qualquer atividade ilícita realizada pela ré, que era excelente amiga e profissional competente. Afirmou que não conhece a pessoa de Maurício. Esclareceu que o computador da ré era de difícil acesso e caso alguém estranho ao quadro de funcionários do agência tentasse utilizá-lo, isso certamente chamaria a atenção (fl. 626).

A testemunha de defesa Ariane Minuti Quaglia Perdão relatou em Juízo que trabalhara com a ré na agência de Louveira (SP) de setembro de 1999 a julho de 2001, quando saiu do banco. Discorreu sobre a boa conduta profissional de Cristiane e afirmou que, embora não fosse correto, era comum que os gerentes passassem suas senhas para os funcionários a fim de facilitar o trabalho, sendo que a ré lhe fornecera sua senha na época. Informou que não conhece Maurício Pardo Galafassi e apenas ouvira esse nome quando indagada pelo advogado de defesa (fls. 585/586).

Cássia Fabiana Pires de Toledo Medeiros afirmou ao MM. Juízo *a quo* que trabalhara com a ré na agência de Louveira (SP) de 1990 a 1994, ano em que em foi transferida para a agência de Jundiaí (SP), sendo que desde então não tivera mais contato com a ré. Informou que na época a ré era escriturária e boa funcionária, sendo que não conhecera Maurício Pardo Galafassi mas apenas o marido da ré, que se casou em 1991, ocasião em que todos os funcionários da agência foram ao seu casamento (fl. 577).

Em suas razões recursais, a defesa aduz que a ré praticou as condutas narradas na denúncia sob coação moral irresistível praticada por Maurício Pardo Galafassi, não sendo crível que a ré, detentora de vastos conhecimentos e experiência funcionais, transferisse valores para conta corrente de sua titularidade ou da titularidade de parentes, condutas que ocorreram em razão da irresistível coação a que fora submetida. Sustenta que os depoimentos colhidos nos autos são insuficientes para ensejar sua condenação, haja vista que as testemunhas integrantes da comissão sindicante da CEF afirmaram que a ré não assumiu a

responsabilidade pela prática delitiva, sendo que a testemunha Marcos procedeu a qualquer ato de reconhecimento da ré, seja pessoal ou por fotografia.

Sem razão a acusada.

O relatório da comissão de sindicância da CEF (fls. 884/1.016), a partir da minuciosa análise dos relatórios eletrônicos de controle das operações bancárias da instituição, juntados às fls. 311/357 e 535/606 dos autos em apenso, conclui que todas as dezenas de transferências eletrônicas fraudulentas nas contas de clientes foram realizadas mediante a aposição da senha funcional de Cristiane (C035159-6).

Cristiane afirmou em seu interrogatório que as operações bancárias fraudulentas que implicaram na transferências de valores das contas de clientes para a sua conta bancária, bem como para a conta de sua mãe, foram realizadas por Maurício, que tinha acesso à sua mesa de trabalho e ao seu computador, ou por ela própria, sob coação de Maurício, tendo ainda declarado que a sua senha funcional só poderia ser utilizada nos computadores da agência (fls. 500/508).

A princípio, insta salientar que a defesa não logrou demonstrar que a ré foi vítima de coação moral, sendo que nenhuma prova há nos autos seja em relação às ameaças que a ré e seus familiares teriam sofrido seja quanto a presença de Maurício nas dependências da Caixa Econômica Federal, sendo que todos os funcionários da CEF que trabalharam com a ré no período em que atuou na instituição financeira, ao serem indagados a respeito de Maurício, afirmaram que não o conheciam e que a ré nunca teceu comentários sobre ele. Nesse sentido, são os depoimentos de Rosangela Aparecida Mendes Baratella (fls. 692/694, Écio José Zilli (fl. 626), Ariane Minuti Quaglia Perdão (fls. 585/586) e Cássia Fabiana Pires de Toledo Medeiros (fl. 577). Por sua vez, o depoimento de Vilma Briski (fl. 624), que afirmou que Maurício tivera um relacionamento com Cristiane no passado e apresentava um comportamento “alterado”, além de restar isolado nos autos, não é suficiente para comprovar que a ré teria sido vítima de coação moral. Acrescente-se que Vilma declarou que nunca presenciara

quaisquer ameaças feitas por Maurício a Cristiane.

Por outro lado, ainda que tais ameaças efetivamente tivessem ocorrido, o que, frise-se, não logrou a defesa demonstrar, não se afigura verossímil que a ré tenha mantido tal situação ao longo 2 (dois) anos, permitindo que seus filhos e demais familiares permanecessem à mercê de um iminente risco, sem que tivesse buscado auxílio das autoridades ou, ao menos, de seu marido.

Ao contrário do que sustenta a defesa, o fato do MM. Juízo *a quo* ter requisitado a instauração de inquérito policial contra Maurício Pardo Galafassi, dado existirem indícios de sua participação nos delitos em questão e da prática de falso testemunho, não reforça o argumento de que a ré sofrera coação moral, tendo o MM. Juízo se manifestado acerca dos depoimentos de Maurício nos seguintes termos:

> "Os depoimentos dessa testemunha contrariam todo o alegado pela ré, mas também apontam inconsistências, como o recebimento ou não dos extratos, o valor do débito por ele apurado e as agências da Caixa onde mantinha contas-correntes, o que leva à suspeita de cumplicidade e posterior animosidade entre a ré e Maurício". (fl. 876)

De igual modo, a afastar os argumentos da acusada, os depoimentos das testemunhas de defesa Écio José Zilli (fl. 626) e de Fernando Bozzani Barreto (fl. 625), que trabalharam com a ré na agência da CEF em Louveira (SP), informam que, apesar da mesa da ré estar localizada em meio às demais mesas de atendimento, se alguma pessoa estranha ao quadro de funcionários da agência tentasse utilizar o computador, esse fato chamaria a atenção e tal pessoa seria imediatamente impedida, declarações que afastam a possibilidade de que Maurício tivesse utilizado o computador da acusada para realização das transações ilícitas. Somese a isso a conclusão de que não se afigura possível que Maurício tenha se utilizado, facilmente e de maneira fortuita, do sistema informatizado de uma instituição financeira para realizar operações da complexidade das relatadas nos autos, o que certamente exigiria

treinamento técnico específico para o prévio conhecimento do sistema.

Outro fato que infirma os argumentos da defesa é a constatação de que a maior parte do valor desviado das contas de clientes foi destinado às contas da acusada e de sua mãe, sendo que a conta de Maurício Galafassi era utilizada apenas como "ponte", já que os valores direcionados a essa conta eram quase que simultaneamente transferidos para as contas de Cristiane e Darci. A justificativa dada pela acusada para esse fato é a de que Maurício transferia os valores para sua conta e para a conta de sua mãe com o deliberado intuito de prejudicá-la e de "acabar com a sua vida". Ocorre que o relatório da sindicância da CEF, em minuciosa análise da conta corrente da acusada, dá conta de que grande parte dos valores transferidos para sua conta corrente destinava-se à cobertura de seu limite de crédito:

> "7.1.4.1 Assim sendo, abaixo relacionamos as sucessivas ocorrências de excesso sobre o limite, de valores extremamente significativos que se verificavam à partir do dia 06.09.00 na conta número (...) em nome da empregada Sra Cristiane Briski Nobre de Campos.
> (...)
> 7.1.5.2 Tanto a retirada de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) na conta (...) em nome da Sra Adélia Mengoli, como também o depósito de menor valor, o qual serviu para cobrir a conta da empregada Sra. Cristiane Briski Nobre de Campos, foram autenticados pela própria empregada Sra Cristiane Briski Nobre de Campos que, mais uma vez, utilizando-se de sua senha de gerente, abriu um caixa e procedeu o registro das duas autenticações de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) cada uma.
> (...)
> 7.1.7 O depósito de R$ 2.500,00 efetuado nem 09/11/00, bem como o depósito de R$ 580,00 efetuado em 10/11/00, na conta 1350.001.1478-2 da empregada Sra Cristiane Briski Nobre de Campos, foram utilizados para a regularização

de excesso sobre o limite de Crédito Rotativo, que a referida conta outra vez vinha apresentando numa sequência ininterrupta, conforme exposto abaixo:

(...)

7.1.8 Em 30/11/00 a conta 1350.001.1478-2 em nome da empregada Sra Cristiane Briski Nobre de Campos, novamente voltou a apresentar a ocorrência de excesso sobre o limite. A conta exibia um saldo devedor no montante de R$ 10.115,59 (dez mil cento e quinze reais e cinquenta e nove centavos).

Em 01/12/00 o excesso sobre o limite foi coberto através de um lançamento irregular e fraudulento efetuado pela empregada Sra. Cristiane (...).

(...)

7.1.11 Em 06.02.01 a empregada Sra Cristiane Briski Nobre de Campos, outra vez utilizando-se de sua senha de gerente, transferiu o valor de R$ 1.000 (hum mil reais) da conta número (...) de sua mãe Sra Darci Ana Degelo Briski, creditando na sua própria conta (...), que em 05/02/01 exibia um saldo devedor total de R$ 10.286,17 (dez mil, duzentos e oitenta reais e dezenove centavos), e portanto apresentava mais uma vez a ocorrência de excesso sobre limite.

7.1.14 A ênfase no relato das sucessivas ocorrências de excesso, acima descritas, demonstram claramente que mesmo tirando dinheiro, de maneira irregular e fraudulenta, das contas de diversos clientes com a finalidade de cobrir os excessos sobre limite que sistematicamente ocorriam em sua própria conta de número 13.50.001.1478-2, a gerente Sra Cristiane Briski Nobre de Campos não lograva êxito no controle de saldo de sua conta e não conseguia manter o saldo utilizado dentro do limite de seu Crédito Rotativo que era de R$ 9.900,00". (fls. 946/951 do apenso)

Também resta comprovado nos autos que a acusada, por meio de lançamentos fraudulentos no sistema informatizado da

CEF, mediante a utilização de sua senha funcional, concedeu crédito rotativo à correntista Darci Ana Degelo Briski, sua mãe, sem o seu consentimento e conhecimento, sendo que duas foram as condutas indevidas, haja vista que houve uma concessão inicial de crédito no valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), em 26.12.00, e posterior elevação de seu valor para R$ 8.000,00 (oito mil reais) em 21.05.01. O relatório da comissão de sindicância da CEF, às fls. 960/970 do apenso, aponta a autoria da acusada em relação a essas condutas, corroborado pelos depoimentos de Darci Briski, que confirmou nunca movimentara conta bancária na CEF e nem mesmo recebera extratos ou tivera cartão dessa conta (fl. 321), e de Rosangela Baratella, apontando a ausência dos contratos de crédito rotativo de Darci Briski (fls. 692/694).

Dos elementos de prova dos autos, conclui-se ainda que Cristiane Briski Nobre de Campos apropriou-se de valores que lhe foram entregues por correntistas da CEF. Nesse sentido, as correspondências de Marcos Rodrigo Dias Pinto (fls. 871/874 do apenso), Gerson Fernandes Brescansini (fls. 863/864 do apenso) e Ana Paula Arantes Angelo (fl. 873 do apenso) informam que esses correntistas entregaram, respectivamente, os valores de R$ 2.000,00 (dois mil reais), R$ 1.554,00 (mil e quinhentos reais e cinquenta e quatro reais) e R$ 125,00 (cento e vinte e cinco reais) à ré, sendo que nos dois primeiros casos a entrega foi feita a título de pagamento de entrada em financiamento habitacional e, no último caso, para pagamento de saldo devedor em conta corrente. Os correntistas Gerson e Marcelo Angelo, marido de Ana Paula receberam da ré a protocolos do “caixa rápido” da CEF, cujos números foram informados nas correspondências que enviaram à instituição.

A Comissão de sindicância concluiu que os valores de fato foram entregues pelos citados correntistas e que não foram depositados nas contas correntes devidas (fls. 1.008/1.009 e 1.013/1.014 do apenso), sendo que Marcos Rodrigo Dias Pinto depôs em sede judicial confirmando que a ré era gerente de sua conta corrente e que lhe entregara o valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais) de entrada para o financiamento imobiliário, o qual lhe

foi cobrado posteriormente uma vez que não foi depositado por Cristiane.

A defesa alega, em relação a essa testemunha, que seu depoimento não é apto a ensejar a condenação da ré, uma vez que não houve reconhecimento pessoal ou por fotografia. Em verdade, tal medida revela-se totalmente dispensável no presente caso, haja vista que Marcos conhecia os dados qualificativos da acusada, tendo inclusive declinado seu nome completo na correspondência que enviou à CEF (fls. 871/874 do apenso).

Entre as transferências fraudulentas realizadas por Cristiane, diversas foram realizadas em contas vinculadas a financiamentos habitacionais. O relatório da comissão de sindicância aponta que em razão dos desfalques realizados em tais contas, "os recursos próprios sob gestão da Caixa que deveriam compor o saldo daquelas contas envolvidas passaram a ser insuficientes quando da liberação automática das parcelas, e à partir daí o sistema passou a lançar valores a débito do subtítulo contábil de 'depósito a classificar'" (fl. 991). Para ocultar tais irregulares, a ré passou a desviar valores de contas correntes, sem a autorização dos correntistas, direcionando-os ao subtítulo contábil "depósitos a classificar", concluindo o aludido relatório que tal procedimento deu-se mediante ordens de depósito e correspondentes documentos de lançamento de evento - DLE no referido subtítulo contábil, documentos que foram preenchidos pela ré.

As conclusões do relatório, conforme acima mencionado, foram confirmadas pelos depoimentos judiciais de Júlio César Nunes de Paiva (fls. 222/226) e de Eliane da Silva Tega Alves de Siqueira (fl. 244), funcionários da CEF que participaram da comissão de sindicância da CEF, e não foram infirmadas pela defesa, verificando-se ainda que o carimbo da ré consta das ordens de débito e DLEs (cfr. fls. 624/626, 628, 722, 819, 822, 833, 839/841, 843/845, 868/870 do apenso). Embora não tenham sido realizados exames grafotécnicos nesses documentos, dado o indeferimento do pedido da acusação em razão do direito da ré de não produzir prova contra si, reputo os citados elementos de prova suficientes à comprovação da autoria da acusada, os quais,

repita-se, não foram confrontados pela defesa.

Portanto, comprovada a materialidade e a autoria dos delitos, deve ser mantida a condenação da ré pela prática de um delito de peculato, em continuidade delitiva, em concurso material, com um delito de inserção de dados falsos em sistema de informações, em continuidade delitiva.

Dosimetria. Arts. 312 e 313-A do Código Penal. A ré foi condenada pela prática de um delito de peculato, em continuidade delitiva, em concurso material com dois delitos de inserção de dados falsos em sistema de segurança, cada um deles em continuidade delitiva.

O Juízo *a quo*, com fundamento no art. 59 do Código Penal, considerou que as circunstâncias judiciais são favoráveis à ré, pelo que fixou a pena-base para cada um dos delitos no mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão. Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, cada uma das penas-base foi elevada, em razão da continuidade delitiva, em 2/3 (dois terços), considerando o MM. Juízo o elevado número de condutas perpetradas pela ré em cada um dos delitos, perfazendo o total definitivo de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Em razão do concurso material (CP, art. 69), as penas foram somadas, perfazendo o total de 10 (dez) anos de reclusão.

Foi fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 1º, *a*, do Código Penal, e denegada a substituição por penas restritivas de direito por ausência dos requisitos legais.

Cada pena de multa, já considerando a elevação decorrente da continuidade delitiva, foi fixada em 16 (dezesseis) dias-multa. O valor do dia-multa foi fixado em 1 (um) salário mínimo, considerando o MM. Juízo *a quo* "o ganho auferido pela ré e sua situação econômica morando nos Estados Unidos" e a pena de multa tornada definitiva em 39 (trinta e nove) dias-multa (fl. 882).

Cristiane apela contra a dosimetria da pena, aduzindo que a pena-base deve ser elevada em razão da continuidade delitiva em apenas 1/6 (um sexto), devendo ser fixado regime inicial mais benéfico para o cumprimento da pena privativa de liberdade e

substituição por penas restritivas de direitos. Requer ainda a redução da pena de multa, fixando-se o valor do dia-multa em 1/6 (um sexto) do salário mínimo, haja vista que não houve comprovação do ganho supostamente auferido pela ré e que o simples fato de haver morado no exterior, por si só, não permite qualquer conclusão acerca de sua situação econômica.

Assiste parcial razão à acusada.

Impende ressaltar, a princípio, que a culpabilidade da ré é acentuada, haja vista que se utilizou do nome de sua própria mãe na prática delitiva e agiu com audácia na manipulação temerária de diversas operações bancárias fraudulentas por extenso período de tempo, tendo causado elevado prejuízo à CEF, em montante superior a R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) (cfr. fl. 50). Todavia, à míngua de recurso do Ministério Público Federal, tendo sua pena-base sido fixada no mínimo legal, não é possível agravar a situação da ré sob pena de violação ao princípio do *ne reformatio in pejus*.

Justifica-se a elevação decorrente da continuidade delitiva no montante de 2/3 (dois terços), pois, em relação ao delito de peculato, foram 24 (vinte e quatro) as condutas praticadas, entre apropriações de valores em espécie e desvios de valores mediante o preenchimento de ordens de débitos fraudulentas (fls. 2/25), sendo que, em relação ao delito do art. 313-A do Código Penal, ainda que excluído o período atingido pela prescrição, considerando-se, portanto, o período de 01.10.00 a junho de 2002, foram realizadas mais de 100 (cem) operações fraudulentas, as quais estão listadas de forma cronológica na denúncia (fls. 2/25).

Mantenho o valor do dia-multa em 1 (um) salário mínimo, montante que se mostra compatível com a situação econômica da acusada, visto que foi gerente da Caixa Econômica Federal por mais de 2 (dois) anos, percebendo renda expressiva em relação à média nacional (cfr. depoimento de Júlio César Nunes de Paiva às fls. 222/226), tendo declarado em seu interrogatório ter “certo padrão econômico” e que estava “bem financeiramente” na época dos fatos (fl. 502).

Tendo em vista a alteração da tipificação, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal, para reconhecer que todas

as condutas relativas ao art. 313-A do Código Penal foram praticadas em continuidade delitiva, deve ser excluída, da dosimetria de pena da acusada, uma das penas fixadas pelo MM. Juízo *a quo* quanto a esse delito, mantendo-se apenas as penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, pela prática do delito do art. 312, *caput*, c. c. o art. 71, ambos do Código Penal, e de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, pela prática do art. 313-A c. c. o art. 71, ambos do Código Penal, as quais, somadas em razão do concurso material (CP, art. 69), perfazem o montante de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 32 (trinta e dois) dias-multa.

Não comporta acolhimento o pedido da ré quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, vez que não se encontram preenchidos os requisitos objetivos do art. 44 do Código Penal.

Fixo o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal e da Súmula nº 440 do Superior Tribunal de Justiça.

A ré requer, para efeito de prequestionamento, que este Tribunal manifeste-se sobre os seguintes dispositivos legais: arts. 5º, LV, e 93, IV, da Constituição da República; aos arts. 366, 381, III, 383, *caput*, 386, VI e VII, 387, II e III, 402, e 514, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal, e demais dispositivos legais indicados nas razões recursais.

Conforme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, também adotado por esta 5ª Turma (TRF da 3ª Região, EDeclACr nº 200761810019846, Rel. Des. Fed. André Nekastchalow, unânime, j. 03.11.09, EDeclACr nº 200061110081767, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, unânime, j. 08.03.10; EDeclACr nº 200661190059361, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, j. 19.05.08), é desnecessária a menção explícita a todos os dispositivos legais citados pela defesa, considerando-se indispensável, para efeito de prequestionamento, a menção implícita às questões impugnadas.

Ante o exposto, *REJEITO* as preliminares suscitadas, *ex officio, DECRETO A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE* de Cristiane Briski Nobre de Campos, quanto ao delito do art. 313-A

do Código Penal, em relação aos atos anteriores a 01.10.00, e *DOU PARCIAL PROVIMENTO* para reconhecer a continuidade delitiva em relação a todos os delitos de inserção de dados falsos em sistemas de informações e, assim, reduzir a pena da ré, por esse delito, para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, pena essa que, em razão do concurso material, deve ser somada à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa do delito do art. 312, *caput*, c. c. o art. 71, ambos do Código Penal, resultando no total de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 32 (trinta e dois) dias-multa, e ainda para, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal e da Súmula nº 440 do Superior Tribunal de Justiça, fixar-lhe o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

- Sobre o delito de inserção de dados falsos em sistema de informação, veja também o seguinte julgado: HC 33.241/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, publicado na RTRF3R 67/341.

APELAÇÃO CRIMINAL
0002584-04.2003.4.03.6115
(2003.61.15.002584-3)

Apelante: HAMILTON PIMENTEL DA GAMA (réu preso)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO CARLOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: ACr 29661
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/04/2010

EMENTA

PENAL - EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO - LATROCÍNIO TENTADO E ROUBO CONSUMADO EM CONCURSO MATERIAL DE CRIMES - AFASTAMENTO DO DELITO DE LATROCÍNIO - TENTATIVA DE HOMICÍDIO INSERIDA NO MESMO CONTEXTO FÁTICO DO CRIME ÚNICO DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO - VÍTIMAS MENORES DE CATORZE ANOS - APLICAÇÃO DA NORMA DO ARTIGO 9º DA LEI 8.072/90 - CONDENAÇÃO MANTIDA - REPRIMENDAS REDUZIDAS

1. Autoria e materialidade delitivas comprovadas ante o amplo contexto probatório carreado, dando conta de que o acusado participou do sequestro do gerente da agência da Caixa Econômica Federal e de seus familiares, do roubo de pessoa que se encontrava no interior da agência e da troca de tiros com os policiais, tentando matá-los.

2. Nulidade pela não participação do réu nas audiências de instrução que se afasta, pois foi a própria defesa que dispensou a presença do apelante em referidos atos. Ausência, ainda, de comprovação de prejuízo pela defesa, aplicando-se ao caso o princípio da *pas de nullité sans grief* e a Súmula 523 do STF.

3. No tocante à arguição de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em razão de o MM. Juízo não ter aberto prazo à defesa para manifestação, nos termos do artigo

384 do CPP (*mutatio libelli*), improcedem os argumentos defensivos.

4. Isso porque, ao contrário do afirmado pelo nobre advogado, não se tratou, *in casu*, de aplicação da norma do artigo 384 do CPP (*mutatio libelli*), mas sim daquela prevista no artigo 383 daquele estatuto processual (*emendatio libelli)*, tendo sua Excelência deixado claro na sentença que, a despeito da capitulação jurídica dada aos fatos pelo "Parquet" Federal, o caso seria, na verdade, de outras capitulações, porém, observando-se exatamente os mesmos fatos narrados na denúncia, sem inclusão de quaisquer fatos novos ou circunstâncias elementares não contidas na denúncia, o que é permitido pelo sistema processual pátrio, sem haver falar-se em ferimento aos preceitos constitucionais do contraditório ou da ampla defesa, uma vez que o réu defende-se dos fatos e não do enquadramento típico eventualmente equivocado especificado na inicial acusatória.

5. Alteração da capitulação jurídica que se faz necessária ante o fato de a tentativa de homicídio aos policiais estar inserida no contexto fático do próprio crime de extorsão mediante sequestro.

6. Apelação improvida. Penas reduzidas de ofício.

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 defensiva e, de ofício, alterar a capitulação jurídica imposta em primeiro grau a fim de manter a condenação do apelante, porém, como incurso nas penas do artigo 159, § 3º, c. c. o artigo 14, inciso II, e artigo 157, § 2º, inciso I, c. c. o artigo 69, todos do Código Penal, c. c. o artigo 1º, inciso IV, e art. 9º, ambos da Lei nº 8.072/90, ficando as reprimendas reduzidas para 24 (vinte e quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial

fechado, e mais 28 (vinte e oito) dias-multa, mantendo-se, no mais, a r. sentença "a quo", nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de março de 2010.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Trata-se de apelação interposta por *Hamilton Pimentel da Gama*, em face da r. sentença de fls. 539/561, proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal de São Carlos/SP, que o condenou a 33 (trinta e três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e a 35 (trinta e cinco) dias-multa, como incurso nas penas do artigo 159, § 1º, do Código Penal, c. c. o art. 1º, inciso IV, da Lei nº 8.072/90; do artigo 157, § 3º, c. c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal e art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.072/90; e do artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, todos combinados com o artigo 69 do estatuto repressivo.

Segundo a denúncia, na noite do dia 18.11.2003 o apelante, em concurso com mais três indivíduos ainda não identificados, e mediante grave ameaça exercida com emprego de armas de fogo, sequestrou a esposa, os filhos menores, parentes e amigos do gerente da Caixa Econômica Federal de Santa Cruz das Palmeiras/SP - Sr. Luiz Raimundo Velloso -, mantendo-os em cárcere privado na residência deste último, obrigando Luiz, ao amanhecer, a dirigir-se com dois dos quatro criminosos àquela agência, com o fim de subtrair-lhe o cofre e demais valores ali encontrados, enquanto os outros dois meliantes permaneciam na vigilância das demais vítimas sequestradas.

Consta que o ingresso na residência do gerente deu-se por volta das 19:00 horas do dia 18 de novembro e durou por toda a noite, tendo Luiz Raimundo saído de sua casa com o acusado e seu comparsa logo cedo, por volta das 6:00 horas, em direção à agência, onde então passaram aguardar a abertura automática do cofre. Todos os funcionários da agência que iam chegando eram

automaticamente rendidos, permanecendo no poder dos assaltantes, sendo que de uma das vítimas, cliente da agência e preposto da lotérica local, foi subtraída a quantia de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo.

Apurou-se, por fim, que a Polícia Militar foi acionada e, ao chegar na agência, os criminosos iniciaram fuga, trocando tiros com os policiais, na tentativa de matá-los, obtendo a ajuda dos outros dois comparsas que permaneceram todo tempo do lado de fora da agência, tendo três deles conseguido escapar, enquanto o apelante, durante a fuga e mediante ameaça com revólver, subtraiu um veículo que estava sendo estacionado nas proximidades, mas foi perseguido pelos policiais e logo localizado ferido num sítio da região, próximo à estrada do sítio "Lonardoni".

Em razões de fls. 710/715, a defesa argúi a ocorrência de nulidade absoluta do processo, por cerceamento de defesa, tendo em vista que os atos de instrução ocorreram sem a presença do réu, impossibilitando-lhe a ampla defesa, com ofensa ao art. 360 do CPP. Afirma que a sua presença nas audiências era indispensável, pois somente assim as testemunhas poderiam confirmar, ou não, o reconhecimento fotográfico realizado em sede inquisitiva.

Aduz, ainda, nulidade insanável da r. sentença, também por cerceamento de defesa, já que o juízo não possibilitou ao apelante manifestar-se sobre o aditamento da denúncia feito pelo MPF, na forma do artigo 384 do CPP.

Requer, outrossim, seja declarada a nulidade da r. sentença, bem como dos atos processuais inquinados de nulidade absoluta, determinando-se a sua renovação em primeiro grau, respeitando-se os preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Contrarrazões ministeriais e parecer, respectivamente, às fls. 777/803 e 820/831, pelo improvimento da apelação defensiva.

Anoto que o recurso de apelação não fora, inicialmente, recebido em primeiro grau por intempestividade das razões, mas posteriormente processado, em razão de concessão da ordem por esta E. 5ª Turma, nos autos do *habeas corpus* nº 2006.03.00.107718-1

(fls. 770/771), reconhecendo-se tratar-se de mera irregularidade a perda do prazo pela defesa na apresentação das razões de apelação, devendo prevalecer a vontade do réu em apelar da sentença que o condenou e o seu direito ao duplo grau de jurisdição e à ampla defesa, não podendo ser prejudicado pela inércia de seu patrono.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Por primeiro, apesar de não impugnado pela defesa, considerando a ampla devolutividade do recurso de apelação, interposto pelo réu por termo nos autos, destaco que nenhum reparo merece ser feito na r. sentença "a quo", relativamente à análise das provas carreadas.

Com efeito, não há qualquer dúvida de que todos os fatos narrados na denúncia, efetivamente, ocorreram e que o apelante foi um de seus autores, juntamente a outros três indivíduos ainda não identificados.

Nesse sentido, é amplo o contexto probatório, partindo-se, inclusive, da confissão extrajudicial e também judicial do próprio réu (fls. 297/300), que, mesmo tendo sido parcial, veio a ser corroborada pela unanimidade das testemunhas ouvidas em inquérito e em juízo. Todas elas reconheceram o apelante por meio de fotografia, logo após os fatos, ainda na delegacia de polícia, sendo que as testemunhas Oswaldo da Silva Filho e Mario de Jesus foram expressas em juízo no sentido de ter reconhecido pessoalmente o acusado perante a autoridade policial (fls. 470/473), já que participaram da diligência de sua prisão em flagrante.

Ainda, a testemunha e vítima Antonio Carlos Leal de Brito disse em juízo (fl. 475) que após ser ameaçado dentro da agência da CEF por um dos assaltantes, mediante emprego de arma de fogo, foi-lhe subtraído um malote de dinheiro com R$ 2.700,00

(dois mil e setecentos reais), valor que não mais recuperou.

Todas as demais testemunhas ouvidas também confirmaram o envolvimento do réu na prática delitiva em questão (fls. 476/483).

Comprovou-se, outrossim, que o apelante e seus comparsas (eram quatro ao todo) renderam o gerente da CEF, seus familiares e amigos, em sua própria casa, ali mantendo-os durante toda a noite, até que, ao amanhecer, dirigiram-se à CEF o gerente Luiz Raimundo Velloso, o apelante e outro comparsa, dando início à preparação dos saques.

Ali surpreenderam e mantiveram em cárcere privado diversos funcionários da agência que iam chegando ao trabalho, no aguardo da abertura automática do cofre, sendo que, durante a ação, acabaram subtraindo a quantia de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) de um cliente da agência, preposto da lotérica local. Porém, não deram sorte, pois a Polícia Militar foi acionada, e, por circunstâncias alheias à sua vontade, não puderam dar cabo à ação criminosa, procurando evadir-se do local.

Na saída da agência houve troca de tiros com a polícia, tendo os criminosos tentado matar os policiais, desferindo tiros de revólver na direção deles, não ocorrendo mortes por circunstâncias alheias à sua vontade.

Três dos criminosos conseguiram escapar, enquanto o ora apelante acabou sendo preso após perseguição pela polícia militar, sendo encontrado ferido num sítio nas proximidades da cidade.

Portanto, considerando todas as provas testemunhais e documentais carreadas aos autos, que restaram efetivamente corroboradas pela confissão, em parte, extrajudicial e judicial do acusado, somadas ainda ao reconhecimento fotográfico feito em inquérito pelas testemunhas - já que o réu estava ferido e foi hospitalizado logo após a sua prisão -, não há qualquer dúvida de que o apelante teve integral envolvimento na prática delitiva em questão, devendo, assim, nesse aspecto, ser mantida a r. sentença “a quo”.

E, estando clara e evidente a participação efetiva do réu nos fatos imputados na denúncia, caem por terra todos os argumentos defensivos trazidos em razões de apelação.

Realmente, no que se refere à nulidade decorrente de o acusado não ter participado das audiências de instrução, ressalto, em primeiro lugar, que foi a própria defesa técnica que, expressamente, dispensou a presença do apelante em referidas audiências, conforme deixam claros os termos de audiência encartados às fl. 369 e 469, observando-se, ainda, que referidos atos foram realizados por meio de cartas precatórias (fls. 367/369 e 469/484).

Ainda que assim não fosse, os reconhecimentos fotográficos efetuados pelas vítimas e testemunhas logo após a ocorrência dos fatos - o que se deu apenas em razão de o apelante encontrar-se internado naquela oportunidade -, somado à confissão, ainda que parcial, deste último em inquérito e em juízo, não deixam dúvidas acerca da autoria, de maneira que a sua ausência naquelas audiências nenhum prejuízo concreto lhe causou.

E, na seara das nulidades, é cediço que o sistema processual pátrio adotou o princípio da *pas de nullité sans grief* segundo o qual "no cenário das nulidades, atua o princípio geral de que, inexistindo prejuízo, não se proclama a nulidade do ato processual, embora produzido em desacordo com as formalidades legais" (Guilherme de Souza Nucci, *Código de Processo Penal Comentado*, ed. RT, 3ª edição, p. 830).

Preleciona, ainda, o ilustre jurista que "ao longo da instrução, vários prazos para manifestações e produção de provas são concedidos às partes. Deixar de fazê-lo pode implicar em um cerceamento de acusação ou de defesa, *resultando em nulidade relativa, ou seja, se houver prejuízo demonstrado*" (Ob. cit., p. 838).

Ademais, importante ressaltar o preceituado no artigo 566 do Código de Processo Penal, *verbis*:

> "Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa".

Aplica-se, ainda, ao presente caso a Súmula *nº 523 do Colendo Supremo Tribunal Federal*:

> "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

Outrossim, à míngua de provas de prejuízo ao apelante, não há falar-se em nulidade da sentença.

Por fim, no tocante à arguição de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em razão de o MM. Juízo não ter aberto prazo à defesa para manifestação, nos termos do artigo 384 do CPP (*mutatio libelli*), improcedem os argumentos defensivos.

Isso porque, ao contrário do afirmado pelo nobre advogado, não se tratou, *in casu*, de aplicação da norma do artigo 384 do CPP (*mutatio libelli*), mas sim daquela prevista no artigo 383 daquele estatuto processual (*emendatio libelli)*, tendo sua Excelência deixado claro na sentença que, a despeito da capitulação jurídica dada aos fatos pelo "Parquet" Federal, o caso seria, na verdade, de outras capitulações, porém, observando-se exatamente os mesmos fatos narrados na denúncia, sem inclusão de quaisquer fatos novos ou circunstâncias elementares não contidas na denúncia, o que é permitido pelo sistema processual pátrio, sem haver falar-se em ferimento aos preceitos constitucionais do contraditório ou da ampla defesa, uma vez que o réu defende-se dos fatos e não do enquadramento típico eventualmente equivocado especificado na inicial acusatória.

Com efeito, apesar de a acusação ter, equivocadamente, capitulado ao apelante a prática do crime tipificado no art. 158, § 1º, do CP, os fatos narrados na denúncia subsumem-se, segundo entendeu o MM. Juízo "a quo", ao crime de extorsão mediante sequestro, tipificado no art. 159 do CP, estando essa correção judicial amparada no art. 383 do CPP.

No mesmo sentido, o roubo ao funcionário da lotérica "Brito", ocorrido dentro da agência da CEF, também foi narrado na denúncia, porém, omitido no pedido feito pelo "parquet" na inicial, o que não impede ao Poder Judiciário reconhecê-lo quando do julgamento do feito, também por aplicação do artigo 383 do CPP, pois o importante é que o fato esteja corretamente narrado, o que se deu no caso presente.

Por fim, a conduta relacionada ao crime de latrocínio tentado (art. 157, § 3º, c. c. o art. 14, II, do CP) também foi detalhadamente narrada na denúncia, de maneira que era possível de ser realizado, ao menos em tese, o enquadramento realizado por sua Excelência, nos termos do art. 383 do CPP, não significando isso que este Relator concorde com esta tipificação, conforme adiante se demonstrará.

Assim, considerando que os tipos penais aplicados ao réu na r. sentença condenatória subsumem-se, ao menos no entendimento do Juízo "a quo", às condutas narradas na denúncia e efetivamente comprovadas no decorrer da instrução, conclui-se não haver qualquer nulidade a ser sanada, estando o julgado "a quo" lastreado integralmente no artigo 383 do CPP.

Passo à análise da dosimetria da pena.

Primeiramente, ressalto que a defesa não impugnou em suas razões as reprimendas aplicadas ao réu, que totalizam trinta e três anos e dois meses de reclusão.

Não obstante, considerando que o acusado manifestou-se por termo nos autos, expressando seu interesse em recorrer da r. sentença "a quo", em observância aos seus direitos constitucionais à mais ampla defesa e ao contraditório, de ofício, passo a apreciar as penas impostas.

Antes, porém, tenho de ressaltar que a subsunção típica realizada em primeiro grau está equivocada, ao menos no entendimento deste Relator.

Com efeito, ao contrário do esposado em primeiro grau, o crime de latrocínio tentado não ocorreu. Na verdade, o fato de o apelante e seu comparsa trocarem tiros com os policiais militares, tentando matá-los com o fim de empreenderem fuga, está inserido no contexto fático do próprio exaurimento do crime de extorsão mediante sequestro, pois a finalidade da presença dos agentes na agência bancária da CEF era, tãossomente, a obtenção do valor do resgate - ou seja, do dinheiro que estava no cofre daquela instituição financeira -, como condição da libertação dos familiares e amigos do gerente Luiz, mantidos reféns pelos outros dois integrantes da quadrilha.

Portanto, não se pode afirmar que, nesse contexto fático, o acusado e seu comparsa tenham iniciado a execução de um outro crime patrimonial, mas, na verdade, apenas visaram a finalização do crime de extorsão mediante sequestro - o que se daria com a entrega do dinheiro do cofre aos sequestradores -, que, a essa altura, já há muito se consumara e estava quase alcançando a fase final de seu exaurimento.

Assim, a finalidade dos agentes ao adentrarem na agência era, repito, apenas a obtenção do dinheiro como condição da liberação das vítimas mantidas na residência do gerente da agência, e não iniciar um novo delito patrimonial, de maneira que a troca de tiros se deu quando ainda estava sendo exaurido o crime de extorsão mediante sequestro.

É claro que os tiros visavam a morte dos policiais militares e a fuga dos agentes, mas essa circunstância, insisto, foi praticada *no mesmo contexto da extorsão mediante sequestro*, de sorte que o enquadramento típico mais consentâneo ao caso presente é a condenação do réu pelo crime de extorsão mediante sequestro consumado, com resultado morte tentado, à luz do quanto disposto no artigo 159, § 3º, c. c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Ressalto que apesar de se tratar de vítimas diferentes, isto é, de um lado os parentes e amigos do gerente Luiz, bem como o próprio Luiz, todos mantidos em cárcere sob o poder dos meliantes, e, de outro, a Caixa Econômica Federal, *a finalidade dos agentes, desde o início, jamais foi atingir o patrimônio do gerente e seus familiares, mas apenas e tãossomente o patrimônio da CEF*, de maneira que houve apenas um único delito patrimonial, e não dois (extorsão mediante sequestro e latrocínio), como entendeu o MM. Juízo "a quo", sendo certo que, do contrário, a incriminação do apelante pelo latrocínio se daria por meio de odiosa responsabilização objetiva, absolutamente vedada no ordenamento jurídico pátrio, bem como em inobservância ao princípio da finalidade, consagrada pela Teoria Finalista da Ação.

Sobre o tema, Rogério Greco, citando Cezar Roberto Bitencourt, preleciona que:

> "[...] a vítima do sequestro pode ser diversa da pessoa que sofre ou deve sofrer a lesão patrimonial. *Haverá, nesse caso, duas vítimas, uma do patrimônio e outra da privação da liberdade, mas ambos do mesmo crime de extorsão mediante sequestro. Entretanto, embora com pluralidade de vítimas, estaremos diante de* crime único*, devendo o agente responder, tão-somente, por um único crime de extorsão mediante sequestro*.
> *Também é possível que a pessoa jurídica goze do status de sujeito passivo do delito de extorsão mediante sequestro, uma vez que seus sócios podem, por exemplo, ser privados da sua liberdade, para que se efetue o pagamento do resgate por intermédio da pessoa jurídica a eles pertencente*" - grifo nosso.

Portanto, estando clara a intenção dos agentes em atentarem contra o patrimônio de apenas uma única pessoa - o da Caixa Econômica Federal -, não há dúvida da ocorrência de crime único de extorsão mediante sequestro, com a qualificadora do § 3º em razão da tentativa de homicídio contra os policiais, combinada com o art. 14, inciso II, do Código Penal (resultado morte tentado).

No tocante ao crime de roubo ao preposto da lotérica, no valor de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), nenhum reparo deve ser feito, já que, ao menos em relação a este delito, a vítima e o prejuízo patrimonial foi da lotérica "Brito" e não da CEF, cujo preposto, por azar, encontrava-se no interior da agência no momento da ação delitiva.

Outrossim, considerados todos esses aspectos, redimensiono a pena imposta em primeiro grau, à luz do quanto disposto no artigo 159, § 3º, c. c. o art. 14, inciso II, e artigo 157, § 2º, inciso I, todos do Código Penal, c. c. o art. 69 do CP e art. 1º, inciso IV, e art. 9º, ambos da Lei nº 8.072/90.

Pois bem, considerando que o acusado perpetrou os crimes em questão com envolvimento de diversas vítimas, grande parte delas, inclusive, permaneceram por mais de doze horas em

cárcere privado recebendo a todo tempo ameaça de morte por meio de emprego de arma de fogo; que além disso inúmeras pessoas inocentes que aguardavam a abertura da agência da CEF assaltada foram também expostas a perigo real de morte, em razão da troca de tiros realizadas pelo réu e seus comparsas com os policiais militares, tentando matá-los, tenho que corretas e proporcionais as penas-base aplicadas ao delito de roubo, devendo, pois, ser mantidas, mesmo porque, em consulta à folha de antecedentes do apelante, encartada às fls. 50/51 do apenso, verifico que ele já ostenta condenação anterior, no ano de 1996, confirmada pelo TACRIM em 1998, a oito anos e um mês de reclusão por prática de crime violento - roubo com emprego de arma de fogo e concurso de agentes -, sendo considerado reincidente.

Por essas mesmas razões, quanto ao crime de extorsão mediante sequestro qualificado (art. 159, § 3º, CP), aplico a pena-base em 26 (vinte e seis anos) de reclusão.

Na segunda fase, apesar de haver a reincidência como agravante, sua Excelência considerou-a na primeira fase, de maneira que não pode ser novamente sopesada, sob pena de *bis in idem*.

Ainda, entendo correta a r. sentença "a quo" ao não reconhecer a atenuante da confissão espontânea, pois, ao que se dessume da análise de seus depoimentos, o apelante não confessou a autoria de forma integral, tendo negado a comprovada troca de tiros com a polícia e a subtração do dinheiro do preposto da lotérica, afirmando que nem ele nem seus comparsas ficaram com o dinheiro.

Na terceira e última fase reduzo a pena aplicada ao crime de extorsão mediante sequestro qualificado em 1/2 (metade), em razão da tentativa de morte impelida aos policiais e o intermediário *iter criminis* percorrido em relação ao resultado morte, que apenas não se realizou por circunstâncias alheias à vontade do apelante e seus comparsas, restando a pena aplicada em treze anos de reclusão.

Aumento essa pena pela metade, com fundamento no artigo 9º da Lei nº 8.072/90, tendo em vista que três dos vários sequestrados - os filhos do gerente Luiz -, eram menores de quatorze

anos, perfazendo a reprimenda de 19 (dezenove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, que torno definitiva à míngua de outras circunstâncias modificativas.

Considerando o concurso material com o roubo, resta a pena definitivamente aplicada em 24 (vinte e quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, que deverá ser cumprida em regime inicial fechado, nos termos da Lei nº 11.464/2007, que, por ser mais benéfica, deve retroagir em benefício do réu.

Quanto a pena de multa, excluídos os sete dias-multa aplicados ao latrocínio, restam os 28 (vinte e oito) dias-multa aplicados ao roubo, como reprimenda pecuniária definitiva.

Ante todo o exposto, *nego provimento* à apelação defensiva e, de ofício, altero a capitulação jurídica imposta em primeiro grau a fim de manter a condenação do apelante, porém, como incurso nas penas do artigo 159, § 3º, c. c. o artigo 14, inciso II, e artigo 157, § 2º, inciso I, c. c. o artigo 69, todos do Código Penal, c. c. o artigo 1º, inciso IV, e art. 9º, ambos da Lei nº 8.072/90, ficando as reprimendas reduzidas para 24 (vinte e quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e mais 28 (vinte e oito) dias-multa, mantendo-se, no mais, a r. sentença "a quo".

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

- Sobre o crime de extorsão mediante seqüestro, tendo como vítima gerente da Caixa Econômica Federal, veja também os seguintes julgados: ACr 2000.61.81.000754-0/SP, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, publicada na RTRF3R 67/91 e ACr 2000.61.81.003140-2/SP, Relatora Juíza Federal Marianina Galante, publicada na RTRF3R 67/94.

APELAÇÃO CRIMINAL
0009679-13.2006.4.03.6105
(2006.61.05.009679-8)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA, MANUEL FERREIRA DE MELO E OUTROS
Apelados: OS MESMOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RICARDO CHINA
Classe do Processo: ACr 29606
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/06/2010

EMENTA

PENAL. MOEDA FALSA. ARTIGO 289, PARÁGRAFO 1º, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. AUTORIA DELITIVA COMPROVADA EM RELAÇÃO A ALGUNS DOS RÉUS. DELITO DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA OU BANDO. NÃO CONFIGURADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. ERRO DE TIPO.

1. Materialidade do delito previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal devidamente demonstrada pelo Laudo de Exame Documentoscópico elaborado pelo Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo.

2. Elementos de prova evidenciam que os réus Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva, livre e conscientemente, introduziram em circulação e mantiveram em depósito moedas contrafeitas, subsumindo a conduta o tipo previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal, razão pela qual a condenação é de rigor. Ausência de prova em relação aos réus Luis Ferreira de Melo e Reginaldo Ferreira de Melo.

3. Dosimetria da pena. Na primeira fase as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são favoráveis ao réu, razão pela qual a pena base foi fixada no mínimo legal de 03 anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Não havendo agravantes e atenuantes na terceira fase e, em razão

da continuidade delitiva, a pena foi aumentada em 1/6 (um sexto), nos termos do artigo 71 do mesmo diploma legal, estabelecida em definitivo em 3 anos e 6 meses de reclusão e 11 dias-multa.

4. Delito de corrupção de menores. A Lei nº 2.252/54, que dispunha sobre o delito de corrupção de menores, foi revogada expressamente pela Lei nº 12.015/2009, norma essa que introduziu significativa inovação no Estatuto da Criança e Adolescente - ECA. Todavia, não há falar em "abolitio criminis", uma vez que a novel legislação, em que pese ter revogado a Lei nº 2.252/54, introduziu artigo 244-B no mencionado Estatuto descrevendo o mesmo tipo penal previsto no artigo 1º da citada norma.

5. *In casu*, o equívoco dos agentes quanto a menoridade de Fabiano de Souza é plenamente escusável, haja vista que do exame da foto do adolescente tirada no dia da lavratura do auto de prisão em flagrante, afigura-se bastante provável enganado quanto a maioridade do jovem.

6. Crime de formação de quadrilha ou bando. Na hipótese dos autos não restou configurado o elemento objetivo do tipo, qual seja, a associação de no mínimo de 4 (quatro) pessoas para a prática de crimes.

7. Apelação do Ministério Público Federal a que se dá parcial provimento. Recurso dos réus Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação do Ministério Público Federal e negar provimento ao recurso dos réus Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de maio de 2010.
Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Trata-se de Apelações Criminais interpostas pelo Ministério Público Federal e por Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva contra a r. sentença de fls. 371/386, complementada às fls. 391/392, proferida pela MM. Juíza Federal da 1ª Vara Federal de Campinas - SP, Dra. Márcia Souza e Silva de Oliveira, que:

a) condenou Manuel Ferreira de Melo pela prática do delito previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal à pena de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa fixada no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos e o absolveu da prática dos crimes previstos no artigo 288, "caput", do Código Penal e artigo 1º da Lei nº 2.252/54;

b) condenou Regivaldo Zacarias Teixeira pela prática do delito previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal à pena de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa fixada no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos e o absolveu dos crimes previstos no artigo 288, "caput", do Código Penal e artigo 1º da Lei nº 2.252/54;

c) condenou Antonio Francisco da Silva pela prática do delito previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal à pena de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa fixada no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos e o absolveu dos crimes previstos no artigo 288, "caput" do Código Penal e artigo 1º da Lei nº 2.252/54; e

d) absolveu os réus Luiz Ferreira de Melo e Reginaldo Ferreira de Melo, com fundamento no artigo 386, IV (atualmente inciso V, introduzido pela Lei nº 11.690/08), do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Federal, em suas razões de recurso (fls. 407/246) alega e requer em síntese:

a) em relação ao delito de moeda falsa, não há dúvida de que os co-réus Luiz Ferreira de Melo e Reginaldo Ferreira de Melo tinham plena consciência da natureza contrafeita das moedas apreendidas, razão pela qual suas condenações como incursos nas penas do delito previsto no artigo 289, § 1º, do Estatuto Repressivo é de rigor. E em relação aos condenados Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva, o *parquet* pugna pela majoração da pena-base e pelo reconhecimento da continuidade delitiva;

b) restou sobejamente demonstrado que os acusados estavam em associação estável e permanente para prática de crimes previstos no artigo 289, § 1º, do Código Penal, subsumindo-se tais condutas ao tipo pela previsto no artigo 288, "caput", do mesmo *Codex*;

c) está comprovada a exaustão o cometimento do delito previsto no artigo 1º da Lei nº 2.252/54, uma vez que os acusados tinham ciência de que Fabiano de Souza era menor de idade e com ele praticaram infração penal, assim corrompendo-o, razão pela qual é de rigor a condenação dos acusados pela prática de corrupção de menores.

Os réus Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva, em suas razões de apelação (fls. 465/474), pugnam pela suas absolvições da prática do delito previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal, ao fundamento de que não tinham conhecimento da natureza contrafeita das cédulas de moedas de R$ 50,00 (cinqüenta reais).

Por estes fundamentos, os acusados pedem o provimento do recurso com a conseqüente absolvição da prática do delito previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal.

Contrarrazões acostadas às fls. 450/459 e 488/492.

A Procuradoria Regional da República, por sua ilustre representante, Dra. Mônica Nicida Garcia, opinou pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público Federal e pelo improvimento da apelação dos acusados Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva (fls. 500/512).

É o relatório.
À revisão.
Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira, Antonio Francisco da Silva, Luiz Ferreira de Melo e Reginaldo Ferreira de Melo foram denunciados como incursos nas sanções dos artigos 289, § 1º, 288, ambos do Código Penal e artigo 1º da Lei 2.252/54.

Narra a denúncia que:

> "(...) Consta dos autos de inquérito que, no dia 05 de julho de 2006, por volta das 15:00h, na Rua Antonio Pedro, no município de Pedreira - SP, no interior (teto) do veículo VW Santana Quantum, placas JMD - 4202 e nas vestimentas, por conta própria, *MANUEL FERREIRA DE MELO, LUIS FERREIRA DE MELO, REGINALDO FERREIRA DE MELO, REGIVALDO ZACARIAS TEIXEIRA E ANTONIO FRANCISCO DA SILVA*, juntamente com o menor FABIANO SANTOS DE SOUSA, livre e conscientemente, guardavam moeda falsa (lauda fls. 113/119), no total de R$ 2.050,00 (dois mil e cinqüenta reais) em cédulas de R$ 50,00 (cinqüenta reais).
> Consta, ainda, que, nas mesmas condições de tempo e local, em concurso material, *MANUEL FERREIRA DE MELO, LUIS FERREIRA DE MELO, REGINALDO FERREIRA DE MELO, REGIVALDO ZACARIAS TEIXEIRA E ANTONIO FRANCISCO DA SILVA*, livre e conscientemente, associaram-se em quadrilha para o fim de cometer crimes, notadamente, a introdução de moeda falsa.
> Consta, também, que, nas mesmas condições de tempo, em concurso material, *MANUEL FERREIRA DE MELO, LUIS FERREIRA DE MELO, REGINALDO FERREIRA DE*

MELO, REGIVALDO ZACARIAS TEIXEIRA E ANTONIO FRANCISCO DA SILVA introduziram na circulação moeda falsa, por 06 (seis) vezes (loja Fátima Artesanato - fls. 07; Restaurante Choupana - fls. 08; Loja Pipi Fon Fon - fls 47; loja Cleide Decorações - fls. 52; loja Quatro Estações Presentes - fls. 56; e Loja da Wanda - fls. 60).

Por fim, consta que, nas mesmas condições de tempo e local, em concurso material, *MANUEL FERREIRA DE MELO, LUIS FERREIRA DE MELO, REGINALDO FERREIRA DE MELO, REGIVALDO ZACARIAS TEIXEIRA E ANTONIO FRANCISCO DA SILVA*, de forma livre e consciente, *corromperam FABIANO SANTOS DE SOUZA, pessoa menor de 18 anos, com ele praticando as infrações penais*.

2. dos fatos apurados (autoria e materialidade)

Segundo o apurado, policiais militares, durante a atividade de patrulhamento na cidade de Pedreira - SP, receberam informação no sentido que os ocupantes de um veículo VW Santana Quantum estariam adquirindo produtos por meio da utilização de cédulas falsas.

Em diligências, na Rua Antonio Pedro, na altura da Padaria São José, foi realizada a abordagem do referido veículo (placas JMD-4202), momento em que procederam à revista e busca no interior do veículo, bem como em seus ocupantes: *MANUEL FERREIRA DE MELO, LUIS FERREIRA DE MELO, REGINALDO FERREIRA DE MELO, REGIVALDO ZACARIAS TEIXEIRA E ANTONIO FRANCISCO DA SILVA* e FABIANO SANTOS DE SOUZA (menor). No interior do veículo, foi encontrada a quantia de R$ 1750,00 (hum mil, setecentos e cinquenta reais) em cédulas falsas de R$ 50,00 (cinqüenta reais) e o montante de R$ 2970,00 (duzentos e noventa e sete reais) em cédulas verdadeiras. Com cada um dos ocupantes, o menor FABIANO SANTOS DE SOUZA, *ANTONIO FRANCISCO DA SILVA e REGINALDO FERREIRA DE MELO* foi encontrado uma cédula falsa de R$ 50,00 (cinqüenta reais). Já com

MANUEL FERREIRA DE MELO foi encontrada a quantia de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais) em cédulas falsas de R$ 50,00 (cinquenta reais).

Logo após a prisão em flagrante delito, e em desdobramento das investigações, apurou-se que, no mesmo dia, por volta das 14:00h, REGIVALDO ZACARIAS TEIXEIRA adquiriu um 'abajour' no estabelecimento comercial Fátima Artesanato (Avenida Antonio Serafim Pentiam, nº 1357, loja 04), utilizando-se de uma cédula falsa de R$ 50,00 (cinqüenta reais), sob o pretexto de não possuir troco. A vítima Teresa Fátima Domingues Oliveira (fls. 07) recebeu a cédula falsa e restituiu o valor de R$ 40,00 (quarenta reais) a REGIVALDO ZACARIAS TEIXEIRA.

Verificou-se que, no mesmo dia, por volta das 14h, ANTONIO FRANCISCO DA SILVA adquiriu um litro de mel no estabelecimento comercial Restaurante Choupana (Avenida Antonio Serafim Pentiam, nº 1351), utilizando-se de uma cédula falsa de R$ 50,00 (cinqüenta reais), sob o pretexto de não possuir troco. A vítima Márcia Maria Acorsi Barbosa (fls. 08) recebeu a cédula falsa e restituiu o valor de R$ 35,00 (trinta e cinco reais) a ANTONIO FRANCISCO DA SILVA.

Apurou-se, ainda, que, no mesmo dia, REGIVALDO ZACARIAS TEIXEIRA adquiriu um 'banquinho' de madeira e um 'porta-absorvente' no estabelecimento comercial Loja Pi Pi Fon Fon (Avenida Antonio Serafim Pentiam, nº 2145), utilizando-se de uma cédula falsa de R$ 50,00 (cinqüenta reais), sob o pretexto de não possuir troco. A vítima Denise da Silva (fls. 47) recebeu a cédula falsa e restituiu o valor de R$ 40,20 (quarenta reais e vinte centavos) a REGIVALDO ZACARIAS TEIXEIRA.

No dia seguinte à prisão em flagrante delito, a Policia Civil de Pedreira - SP, constatou que, no dia anterior, por volta das 14:00h, FABIANO SANTOS DE SOUZA (menor) adquiriu um 'objeto em formato de sol' em gesso no estabelecimento comercial Cleide Decorações (Rua Armando

Falcão, nº 122, Jardim Triunfo), utilizando-se de uma cédula falsa de R$ 50,00 (cinqüenta reais), sob pretexto de não possuir troco. A vítima Selma Camilo de Lima (fls. 52) recebeu a cédula falsa e restituiu o valor de R$ 43,50 (quarenta e três reais e cinqüenta centavos) a FABIANO SANTOS DE SOUZA (menor).

No desenrolar das investigações, constatou-se que, no dia da prisão em flagrante, REGIVALDO ZACARIAS TEIXEIRA adquiriu uma 'peça decorada de cerâmica em forma de galinha com ovos' no estabelecimento comercial Quatro Estações Presentes (Rua Armando Falcão, nº 82, Galeria Florindo, loja 05/06, Jardim Triunfo), utilizando-se de uma cédula falsa de R$ 50,00 (cinqüenta reais), sob pretexto de não possuir troco. A vítima Mauro Voltan (fls. 56) recebeu a cédula falsa e restituiu o valor de R$ 40 (quarenta reais) a REGIVALDO ZACARIAS TEIXEIRAS.

Constatou-se que, no dia da prisão em flagrante, novamente REGIVALDO ZACARIAS TEIXEIRA adquiriu um 'cofre de cerâmica em formato de porco' e um 'anjo de gesso' no estabelecimento comercial Loja da Wanda (Rua Armando Falcão, nº 112, Jardim Triunfo), utilizando-se de uma cédula falsa de R$ 50,00 (cinqüenta reais), sob pretexto de não possuir troco. A vítima Carolina Teixeira Rodrigues (fls. 60) recebeu a cédula falsa e restituiu o valor de R$ 40,10 (quarenta reais e dez centavos) a REGIVALDO ZACARIAS TEIXEIRA.

Apurou-se, ainda, que *MANUEL FERREIRA DE MELO, LUIS FERREIRA DE MELO, REGINALDO FERREIRA DE MELO, REGIVALDO ZACARIAS TEIXEIRA E ANTONIO FRANCISCO DA SILVA* se associaram, de forma estável e contínua, no referido período, com a determinação prévia de tarefas, em quadrilha para o fim de cometer crimes, em especial, de guarda e introdução em circulação de moeda falsa e corrupção de menores.

Comprovando a materialidade das condutas descritas, foi juntado, às fls. 25, o auto de exibição e apreensão das 41

(quarenta e uma) cédulas de R$ 50,00 (cinqüenta reais) com repetição das séries C3445057228A, C3945057298A, C3245057257A, bem como de parte dos objetos adquiridos com as cédulas falsas. O laudo, consignando às fls. 113/119, elaborado em 12/07/2006, atestou a falsidade da cédula, bem como sua idoneidade para iludir o homem médio, não sendo grosseiras. (...)"

Após regular instrução processual sobreveio sentença condenando Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva, pela prática do delito previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal e absolvendo Luis Ferreira de Melo e Reginaldo Ferreira de Melo da mesma imputação, bem como absolvendo todos os réus das acusações de terem praticado delitos de formação de quadrilha (artigo 288 do CP) e corrupção de menores (artigo 1º da Lei nº 2.252/54).

Dessa decisão foram manejados recursos pelo *Parquet* Federal e pelos acusados Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva, os quais passo a examinar.

I - CRIME PREVISTO NO ART. 289, § 1º, CP

Do exame dos autos, verifico que a materialidade delitiva está demonstrada no Laudo de Exame Documentoscópico elaborado pelo Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo (fls. 121/127), que atestou a falsidade das cédulas apreendidas, indicando que:

"CONCLUSÃO:
DO EXPOSTO CONCLUEM OS PERITOS QUE:
I - TODAS DE PAPEL MOEDA DE R$ 50,00 (CINQUENTA REAIS) EXAMINADAS *SÃO FALSAS*;
II - AS NUMERAÇÕES DE SÉRIES SÃO REPETIDAS, TENDO SIDO CONSTATADO QUE DO TOTAL DE 47 (QUARENTA E SETE) CÉDULAS:

11 (ONZE) APRESENTAM O Nº C3445057228A
12 (DOZE) APRESENTAM O Nº C3245057257A
10 (DEZ) APRESENTAM O Nº C3845057294A
14 (QUATORZE) APRESENTAM O Nº C3945057298A
III - AS MESMAS, NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRAM, PODEM EVENTUALMENTE, DEPENDENDO DAS CONDIÇÕES EM QUE FOREM APRESENTADAS, ENGANAR O INDIVÍDUO DE CONHECIMENTO MÉDIO."

Passo ao exame da autoria delitiva.

Por primeiro, analiso a insurgência do Ministério Público Federal quanto aos réus Luis Ferreira de Melo e Reginaldo Ferreira de Melo absolvidos em primeiro instância por ausência de provas da autoria.

Como é cediço, vigora no sistema processual penal brasileiro o princípio do "favor rei", ou seja, o princípio da prevalência do interesse do réu. Consubstancia-se, este princípio, na predominância do direito de liberdade do acusado quando colocado em confronto com o direito de punir do Estado, ou seja, na dúvida, sempre prevalece o interesse do réu. O mencionado princípio deve orientar, inclusive, as regras de interpretação, de forma que, diante da existência de duas interpretações antagônicas, deve-se escolher aquela que se apresenta mais favorável ao acusado.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci preleciona:

> "Na relação processual, em caso de conflito entre a inocência do réu - e sua liberdade - e o direito-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Exemplo disso está na previsão de absolvição quando não existir prova suficiente da imputação formulada (art. 386, VI, CPP)." (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006)

Na hipótese dos autos, os acusados Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva, em seus interrogatórios

declararam que os réus Reginaldo e Luis não tinham conhecimento da natureza contrafeita das moedas postas em circulação.

Com efeito, as afirmações esposadas são verossímeis e uniformes, senão vejamos.

No que tange ao réu Reginaldo, em que pese ter sido encontrada em seu bolso uma nota de R$ 50,00 (cinqüenta reais) falsa, não há como lhe imputar a autoria no delito de moeda falsa, na medida em que as provas produzidas não foram suficientes para afastar as afirmações feitas pelos réus Regivaldo e Antonio, as quais, conforme acima relatado, consignavam que o réu desconhecia a natureza espúria da cédula.

Outrossim, consoante se observa dos autos, o réu Reginaldo recebeu a nota de seu irmão, o co-réu Regivaldo, o qual afirmou que cedera a nota sem informar que a cédula era falsa, fato que reforça a afirmação de que o citado acusado desconhecia a natureza contrafeita.

Ademais, não se afigura razoável a argumentação esposada pelo Ministério Público Federal de que os acusados Reginaldo e Luis, por estarem acompanhando os demais acusados, tinham ciência da prática dos ilícitos penais, pois no sistema processual brasileiro não se admite responsabilidade criminal objetiva, baseada exclusivamente em risco de atividade.

Destarte, tendo em vista que o Ministério Público Federal não logrou comprovar a efetiva participação dos réus Reginaldo Ferreira de Melo e Luis Ferreira de Melo na prática do delito previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal, a manutenção da sentença absolutória é de rigor.

Passo, doravante, a analisar a autoria em relação aos demais réus, condenados em primeira instância.

Em relação aos réus Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva, a comprovação da autoria decorre das próprias declarações prestadas pelos acusados, bem como dos demais elementos de prova produzidos durante a instrução.

O acusado Regivaldo, em seu interrogatório em juízo, declarou que (fls. 233/234):

"(...)
J: De quem era o dinheiro?
D: Vou reconhecer uma parte do dinheiro era minha.
J: Outra parte era de quem?
D: Não sei de quem era não.
J: Consta que foi apreendido dois mil e cinqüenta reais em notas. Dessa partes qual era sua parte?
D: Dezoito notas eram minhas.
J: E o restante do dinheiro?
D: Não sei de quem era não.
J: Lembra quantas lojas o senhor passou as notas?
D: Passei em três.
J: Quais eram. Tem restaurante?
D: Não. Só foi em uma loja.
J: Lembra o nome da loja?
D: Não sei.
J: Lembra o que comprou de produto?
D: Lembro que era um abajur e comprei um negócio de madeira parecido com uma casinha e um cofrinho de barro.
J: O adolescente estava acompanhando com quem?
D: Adolescente com outro irmão, não sabia que era menor. Ele não sabia também.
J: Quem deu dinheiro para ele?
D: Não sei pelo seguinte, quando a gente desceu para cidade, eu fui caminhando a pé, e aí, quando cheguei o pessoal já tinha saída de dentro carro, ai só quando o pessoal chegou que estava dentro do carro.
(...)
Prom: Onde conseguiu o dinheiro?
D: Consegui no centro de São Paulo, estava passando e procurando emprego. Há dois anos estava desempregado.
J: O senhor comprou por quanto?
D: Cinco por um.
Prom: Se ele deu ao irmão Manoel notas falsas de cinqüenta. Se ele confirma?
D: Sim senhor.

Prom: Se ele não alertou o irmão que eram notas falsas?
D: Não. O pessoal e as quatro pessoas não sabiam de nada. Só eu e o rapaz.
J: As quatro pessoas e o adolescente?
D: Sim. Manoel, Reginaldo e Luís.
Prom: Se ele sabe porque vieram seis no veículo?
D: Pelo seguinte, tinha parente lá, ia ver e, meu irmão passar na chácara do meu tio em Pinhalzinho. O rapaz estava junto com meu irmão, passei na casa de Manoel e falei vamos lá, eu pago a viagem para você, só que preciso comprar em Pedreira, e aí fui dormir na casa do tio e fui 'em' Pedreira no outro dia.
(...)"

Já o réu Antônio Francisco da Silva, em seu interrogatório, declarou que (fls. 238/239):

"(...)
J: O dinheiro, o que sabe da estória era sua a importância?
D: Era meu e do Regivaldo.
J: Quanto era seu?
D: Meio a meio. Metade minha e dele.
J: Comprou em São Paulo em que local?
D: Santa Ifigênia.
J: Foi na proporção de quanto que pagou?
D: Três por um.
J: O senhor lembra de quantos loja passou o dinheiro?
D: Duas.
J: O senhor comprou o que?
D: Um litro de Mel e joguinho de pezinho de geladeira.
(...)"

Ademais, as testemunhas de acusação, vítimas dos citados acusados, de forma uniforme, reconheceram os acusados como os autores do delito (fls. 316/322).

Assim, não há dúvida de que os réus Regivaldo e Antonio, livre e conscientemente, introduziram em circulação, cédulas de R$ 50,00 (cinqüenta reais) contrafeitas, subsumindo-se suas condutas ao tipo penal previsto no artigo 289, § 1º, do Estatuto Repressivo.

Por fim, cumpre analisar a autoria em relação ao réu Manuel Ferreira de Melo, também condenado em primeiro grau de jurisdição.

Em relação ao citado acusado o MM. Juiz "a quo" pontuou nos seguintes termos:

> "... Não é crível que MANUEL, proprietário do veículo desconhecesse que as notas estavam escondidas no compartimento de luz interna do carro, o que demanda certo trabalho e conhecimento para inserir o dinheiro dentro do local. Acrescente-se que junto à sua CNH foi encontrada outra nota falsa (...)"

Não há reparo a ser feito à sentença quanto a este aspecto, senão vejamos.

Conforme se extrai dos elementos de prova, foram encontrados no veículo Santana/Quatum, de propriedade do réu Manuel (fl. 84), acondicionado no compartimento de luz interna do carro, R$ 1.750,00 (um mil, setecentos e cinqüenta reais) em cédulas de R$ 50,00 (cinqüenta reais) contrafeitas.

Com efeito, a anormalidade do local em que estavam as moedas falsas sinaliza, fortemente, que o citado réu tinha ciência da natureza fraudulenta das mesmas.

Ademais, durante a diligência realizada no dia dos fatos foram encontrados com o citado acusado 3 (três) cédulas de R$ 50,00 (cinqüenta reais) falsas, porém não logrou demonstrar que desconhecia a natureza contrafeita das cédulas que estavam em seu poder.

Por fim, cumpre destacar que o réu Manuel forneceu ao menor Fabiano Santos de Souza 1 (uma) nota de R$ 50,00 (cinqüenta reais) contrafeita, conforme se depreende do termo de

declaração firmado pelo menor no auto de prisão em flagrante (fl. 22):

> "... Manuel lhe deu uma nota de cinqüenta reais, que guardou na carteira. O declarante diz que Manoel não pediu que fosse fazer compras com aquela nota e, quando estavam passando em uma rua do centro, foram parados por Policiais Militares. ..."

Destarte, diante da dinâmica dos fatos não há dúvida de que o réu Manuel tinha pleno conhecimento da natureza fraudulenta das moedas encontradas tanto em seu veículo, quanto as que estavam em sua posse, razão pela qual a manutenção da sua condenação é de rigor.

Assim, mantenho a condenação Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva pela prática do delito previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal, na medida em que ficou sobejamente comprovado que os citados acusados, livre e conscientemente, introduziram e mantiveram em depósito moedas contrafeitas.

II - CRIME PREVISTO NO ART. 1º DA LEI Nº 2.252/54

Por primeiro, destaco que a Lei nº 2.252/54, que dispunha sobre o delito de corrupção de menores, foi revogada expressamente pela Lei nº 12.015/2009, norma essa que introduziu significativa inovação no Estatuto da Criança e Adolescente - ECA.

Todavia, não há falar em "abolitio criminis", uma vez que a novel legislação, em que pese ter revogado a Lei nº 2.252/54, introduziu artigo 244-B no mencionado Estatuto descrevendo o mesmo tipo penal previsto no artigo 1º da citada norma.

Feitas as considerações iniciais, passo ao exame do delito de corrupção de menores, por sob a ótica do novo dispositivo incriminador.

Com efeito, dispõe o artigo 244-B da Lei nº 8.069/90 (art. 1º da Lei nº 2.252/54):

> "Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos."

Consoante se observa do mencionado preceito normativo, o legislador elegeu duas condutas como penalmente ensejadoras da atuação da norma penal, quais sejam, corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, mediante a prática de infração penal com o infante ou o mero induzimento a praticar.

Corromper é estragar, perverter e facilitar a corrupção é tornar mais fácil a perversão de pessoa menor de 18 anos. A forma de atuação consiste em praticar infração penal juntamente com o menor ou induzir o menor a praticá-la.

Portanto, o que se busca punir é a associação do maior com o menor, gerando a corrupção deste último que, precocemente, insere-se no mundo do criminalidade.

Assevere-se, ainda, que o dispositivo legal considerou a menoridade como elementar do tipo incriminador.

Na hipótese dos autos, o MM. Juiz "a quo" absolveu os acusados da imputação reconhecendo, justamente, o erro tipo incidente sobre a mencionada elementar (menor de 18 anos), conforme se observa do excerto do *decisum* a seguir transcrito (fls. 376):

> "... No que se refere à acusação de corrupção de menores, não encontro subsídios suficientes para que se afirme com firmeza que os acusados sabiam que Fabiano era adolescente. Apenas alguns réus o conheciam e disseram que ele era maior de idade. A testemunha de acusação, policial militar também ficou em dúvida sobre a idade do rapaz. A vítima que o reconheceu disse que se tratava de um rapaz de uns 17 anos. A foto que consta dos autos demonstra que o rapaz poderia ser considerado maior de idade.
> De todo o exposto, infere-se que os acusados não tinham como saber se Fabiano era menor de idade o que afasta o crime descrito no artigo 1º da Lei nº 2.252/54."

Como é cediço, o erro de tipo essencial, quando incidente sobre a elementar do tipo incriminador, exclui o dolo da conduta, pois impede o agente de saber que está praticando o crime.

In casu, o equívoco dos agentes quanto a menoridade de Fabiano de Souza é plenamente escusável, haja vista que examinando a foto do adolescente tirada no dia da lavratura do auto de prisão em flagrante (fl. 90), afigura-se bastante provável o engano quanto a maioridade do jovem.

Destarte, diante do equívoco a respeito da elementar do tipo penal e, consequentemente, da exclusão do elemento subjetivo do tipo, é de rigor a manutenção da sentença absolutória.

III - CRIME PREVISTO NO ART. 288 DO CP

Passo, doravante, a analisar a imputação da prática do delito previsto no artigo 288 do Código Penal.

Como é cediço, o crime de quadrilha ou bando tem como elemento objetivo do tipo a conduta de se associarem mais de três pessoas, de forma estável e permanente, visando à prática de delitos, ainda que não os tenham efetivamente cometido.

Consuma-se o mencionado delito no instante em que a associação criminosa (mínimo de quatro) é formada independentemente, repita-se, da prática de qualquer delito, pois, é nesse momento que se apresenta o perigo concreto para a paz pública.

Na hipótese dos autos, não restou preenchida uma das elementares do tipo, qual seja a associação de mais de três pessoas de forma estável, pois, conforme se extrai dos elementos de prova produzidos na instrução apenas os acusados Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva estavam conluiados para a prática do delito previsto no artigo 289, § 1º, do Código Penal.

Dessa forma, não há reparo a ser feito na sentença também quanto a este aspecto, tendo em vista a citada elementar.

IV - DOSIMETRIA DA PENA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 289 DO CP.

Passo ao exame da dosimetria da pena.

Na hipótese dos autos, o MM. Juiz "a quo" fixou a pena dos réus Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva no mínimo legal, ou seja, de 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, sendo cada dia fixada em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Insurge-se o Ministério Público Federal quanto à pena fixada, pugnando pela majoração da pena-base diante gravidade do delito, uma vez que foram encontrados mais de R$ 2.000,00 (dois mil reais) em moedas contrafeitas em poder dos acusados, bem como requer o reconhecimento da continuidade delitiva, na medida em que os réus introduziram em circulação moedas falsas em 06 (seis) ocasiões, em identidade de circunstâncias temporais e espacial.

Assiste razão o *Parquet* Federal no que pertine a continuidade delitiva.

Consoante se observa dos autos, os acusados Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva, mediante mais de uma ação, praticaram 6 (seis) crimes da mesma espécie (artigo 289, § 1º, do Estatuto Repressivo), em condições de tempo, lugar, maneira de execução semelhantes.

Portanto, é inequívoco que os citados réus praticaram inúmeros delitos em continuidade delitiva, nos termos do artigo 71 do Código Penal, razão pela qual é de rigor a incidência da causa de aumento prevista na Parte Geral do *Codex* Penal.

Já no que pertine a gravidade do delito como circunstância para a majoração da pena-base, entendo que não merece acolhimento a insurgência ministerial, senão vejamos.

Embora tenham sido encontradas mais de 70 (setenta) cédulas em poder dos acusados, tal circunstância, por si só não pode determinar a majoração da pena-base acima do mínimo legal, mesmo porque na hipótese dos autos apenas 6 (seis) cédulas foram introduzidas em circulação.

Nesse sentido, colaciono julgado exarado pelo Tribunal Regional da 1ª Região:

> "PENAL. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. CONFIGURADO. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS A JUSTIFICAR. SENTENÇA MANTIDA. 1. Embora com os co-réus tenham sido encontradas 198 cédulas falsas, esse fato não é por si só circunstância determinante da aplicação da pena-base acima do mínimo legal. Para a aplicação desta, há que se considerar circunstâncias judiciais desfavoráveis aos réus, justificando a exasperação, o que não se verificou dos autos. 2. Estando provada a materialidade e autoria do crime, através de elementos materiais e testemunhais consistentes, a sentença condenatória é medida que se impõe. 3. Versão apresentada pela defesa no sentido de negativa de autoria que não se coaduna com o conjunto probante. 4. Apelação do Ministério Público Federal e do réu improvidas."
> (ACR 200334000242261, DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, TRF1 - QUARTA TURMA, 12/05/2006)

Feitas essas considerações, passo ao novo dimensionamento da pena.

Na primeira fase verifico que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são favoráveis aos réus, razão pela qual fixo a pena base no mínimo legal de 03 anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

A falta de agravantes e atenuantes passo à terceira fase e, em razão da continuidade delitiva, aumento a pena em 1/6 (um sexto), nos termos do artigo 71 do mesmo diploma legal, tornando-a definitiva em *3 anos e 6 meses de reclusão e 11 dias-multa*.

A pena deverá ser cumprida em regime aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

Fixo o valor de cada dia-multa no mínimo legal de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, consoante dispõe o artigo 49, §§ 1º e 2º do mesmo diploma legal.

Presentes os requisitos legais do artigo 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade em entidade a ser designada pelo Juízo da Execução, e prestação pecuniária em favor do Instituto Nacional do Seguro Social, no valor de 3 (três) salários mínimos.

Por esses fundamentos, dou parcial provimento à apelação Ministério Público Federal e nego provimento à apelação Manuel Ferreira de Melo, Regivaldo Zacarias Teixeira e Antonio Francisco da Silva.

É o voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA 0041411-86.2009.4.03.0000 (2009.03.00.041411-7)

Parte Autora: SANDRA MARIA GONÇALVES
Parte Ré: DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL EM SÃO PAULO - SP
Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA
Classe do Processo: CC 11790
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/07/2010

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PODER DE POLÍCIA. NATUREZA ADMINISTRATIVA DA IMPETRAÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO CRIMINAL. COMPETÊNCIA DA 6ª VARA FEDERAL DE SÃO PAULO/SP.

- Carece às varas criminais competência para apreciar mandado de segurança em que se busca preservar direito líquido e certo de não sofrer embaraços decorrentes da homonímia na grafia do nome, evitando-se, durante embarques e desembarques internacionais, constrangimentos e dissabores reputados ilegais, esquivando-se de indagações sobre dados pessoais e profissionais, exibição de documentos e outras verificações de praxe nos terminais aeroportuários.

- Correta a utilização do mandado de segurança em lugar do *habeas corpus*. O bem juridicamente tutelado objeto de lesão não é, ao menos imediatamente, a liberdade de locomoção, mas sim a prerrogativa de a impetrante não se submeter a procedimento que reputa desnecessário e vergonhoso, inexistindo impedimento algum a que saia em viagem para qualquer lugar do mundo, ou retorne a seu destino.

- Insurgindo-se, a impetração, contra os termos em que exercido o poder de polícia aeroportuária (função que a

própria Constituição Federal destinou à polícia federal, a teor do disposto no artigo 144, § 1º, inciso III, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98), de natureza administrativa, o reconhecimento da competência do juízo cível é de rigor.

- Diferentemente da hipótese expressamente prevista no artigo 61 da Lei 5.010/66 e de tantas outras em que admitido o emprego do mandado de segurança, como as que envolvem os temas dos direitos e prerrogativas dos advogados em inquéritos e ações penais em curso, sigilos bancário e fiscal, processamento e seguimento de recursos, apreensão de documentos e valores, não há qualquer apuração criminal em curso a determinar, assim entendido, o encaminhamento do feito subjacente ao juízo penal.

- Prevalência da competência do juízo com atribuições residuais, no caso, a 6ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP, reservando-se às varas especializadas as questões envoltas à *ultima ratio* do direito criminal.

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 unanimidade, conhecer do conflito e julgá-lo improcedente, declarando a competência do Juízo Federal da 6ª Vara de São Paulo/SP, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais Alda Basto (convocada para compor quórum), Carlos Muta, Johonsom di Salvo (convocado para compor quórum), Nelton dos Santos (convocado para compor quórum), Henrique Herkenhoff (convocado para compor quórum), Márcio Moraes, Ramza Tartuce, Salette Nascimento, Newton de Lucca, Peixoto Júnior, Fábio Prieto, Cecília Marcondes e André Nabarrete.

São Paulo, 30 de junho de 2010.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Conflito negativo de competência entre os juízos federais da 6ª Vara Cível e da 5ª Vara Criminal, ambos de São Paulo, nos autos do mandado de segurança de reg. nº 2009.61.81.013454-1.

Decisão proferida em 12 de novembro de 2009 pelo juízo da 5ª Vara Criminal de São Paulo, ora suscitado, *in verbis* (fl. 32):

> "Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Sandra Maria Gonçalves, contra suposto ato do Delegado de Polícia Federal em São Paulo, para o fim de determinar, em sede de liminar, que a autoridade se abstenha de embaraçar, retardar ou impedir o embarque da Impetrante no vôo da companhia aérea Pluna PU 221 previsto para o dia 15 de novembro próximo, bem ainda em seu respectivo desembarque do vôo Pluna PU 230 no dia 22 de novembro de 2009.
> Alega que recentemente, ao retornar de uma viagem internacional, viu-se submetida a ilegal situação vexatória por força da homonímia, Afirma que foi retida por um longo período por agentes da polícia federal, ao passar pelo controle de passaportes quando do seu ingresso no País, vez que no sistema INFOSEG há restrição genérica ao seu nome.
> Suscita que tal sistema de identificação apresenta falhas, vez que sem a correspondente identificação da filiação ou outros elementos indicativos que permitam distinguir a impetrante de eventuais homônimos. Aduz que esta deficiência nos registros dos terminais aeroportuários do País mostra-se lesivo à impetrante, eis que afronta o seu direito livre de ir e vir garantido constitucionalmente.
> Decido.
> Tendo em vista que a providência pleiteada no presente 'writ' refere-se à matéria de ordem cível, falece competência

a este Juízo Criminal para processar e julgar a presente demanda.
Dito isto, declino 'ex officio' da competência e determino que sejam os presentes autos remetidos, com urgência, ao Fórum Cível da Subseção Judiciária desta Capital, dando-se baixa na distribuição.
Intime-se."

Encaminhado o feito ao juízo federal da 6ª Vara Cível de São Paulo, foi deferido o pedido de liminar e suscitado o conflito, nos termos abaixo (fls. 42/43):

"Em análise sumária, inerente à apreciação da liminar em mandado de segurança, entendo presentes os pressupostos necessários à sua concessão, *que passo a analisar em face do manifesto periculum in mora*, anotando-se o risco de perecimento de direito.
Dentre os direitos fundamentais garantidos a todos os cidadãos, sem embargo do direito pleno à liberdade, já constante desde o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, também os incisos XV e LVII se enquadram na fundamentação do pedido.
'XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
(...)
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;'
Realmente, não pode a impetrante, que em princípio goza da presunção de idoneidade, ser submetida a constrangimentos a cada viagem que venha a empreender ao exterior, em virtude de possível homonímia com terceiros. Como são genéricas as informações constantes de banco de dados denominado 'Infoseg', não é possível à Administração valer-se do princípio do *in dubio pro societate* para submeter cidadãos, que detém liberdade de ir e vir, passarem por situações desnecessariamente humilhantes nos aeroportos.

Compete à autoridade, em observância não só à segurança pública, mas também à moralidade e eficiência, diante da aparente imprecisão do sistema eletrônico, realizar suas atividades de maneira rápida, discreta e eficiente.

Há, no caso concreto, risco de tolhimento ao exercício da cidadania na demora da apreciação da liminar, uma vez que a impetrante tem viagem marcada para daqui a dois dias (domingo, dia 15.11.09). Desta forma, além de não ser possível se fixar definitivamente a competência julgamento do presente *mandamus*, muito menos é razoável que se aguarde o seu regular trâmite, para que, oportunamente, em sentença o provimento do direito seja apreciado.

Assim, estando preenchidas as exigências necessárias à concessão da medida postulada, máxime do *periculum in mora*, *DEFIRO O PEDIDO DE LIMINAR* para assegurar à impetrante o direito de embarcar em vôo marcado para o dia 15.11.09 (PU 221, companhia aérea Pluna) bem como de retornar ao Brasil na data de 22.11.09 (PU 230, também pela companhia aérea Pluna), sem ser submetida a situações vexatórias pela Polícia Federal, assegurado o seu direito de ir e vir no livre trânsito de saída e retorno ao território nacional. A autoridade impetrada deve proceder regularmente ao seu ofício de polícia, primando pela eficiência, de maneira rápida, discreta e sem maiores embaraços, *identificando prontamente os eventuais empecilhos, se houver e, em caso positivo, que sejam significativos e idôneos, além de comprovados de plano diante da identidade inequívoca da impetrante.*

Sem prejuízo, suscito conflito negativo, com razões oportunamente. Entendo que, tratando-se de direito de ir e vir, a matéria deve ser objeto de apreciação pelo d. Juízo criminal, quiçá, na via de 'habeas corpus'.

Além da impetrante, intimem-se com urgência a autoridade impetrada e o representante judicial da União Federal, do inteiro teor desta decisão, requisitando-se as informações na forma legal."

As razões que acompanham o ofício enviado a esta Corte encontram-se assim dispostas (fls. 02/03):

> "Sendo desnecessárias maiores delongas, percebe-se que além das questões referentes ao direito à liberdade de locomoção serem próprias do *habeas corpus*, conforme previsto no art. 647, CPP, a via do mandado de segurança apresenta-se como opção válida. Ensina Carlos Alberto Menezes Direito ('Manual do Mandado de Segurança', ed. Renovar, 4ª edição, 2003, pág. 55) que a natureza do *writ* nasceu de uma aplicação benfazeja do *habeas corpus*, e é de tal modo predominante que o seu cabimento deve ser examinado de acordo com o princípio *favorabilia amplianda*. O que, a todo curso, não exclui a sua natureza fortemente ligada ao interesse do Juízo Criminal.
> Demais disso, há também como razão de ordem prática a peculiaridade da divisão de competência que ocorre nesta 1ª Subseção, em que há Juízo privativo para julgamento de questões ligadas a esse ramo do Direito. Desse fato decorre a inexistência do acesso, por este Juízo Cível, a bancos de dados criminais, inclusive o denominado INFOSEG. Portanto, também por este motivo, possuindo as Varas Criminais maiores tratos com o seu funcionamento, além de maior precisão de sua abrangência e limites, pode-se verificar que também nesse aspecto, recomenda-se que o processo tramite no Juízo Criminal.
> Há de se salientar que a autoridade coatora, ainda que de forma preventiva, age no exercício de funções de polícia judiciária, com interesse voltado para a autoria de infrações criminais, conforme define o art. 4º, do Código de Processo Penal.
> Enfim, o devido processo legal está a impor que o direito de ir e vir e suas conseqüências processuais, ainda que de ordem preventiva, sejam entregues ao criminal, sendo o juízo cível incompetente para conhecer e julgar a d. impetração."

A mim distribuído o dissídio, e designado o juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (fl. 51), foi dada vista ao Ministério Público Federal, sobrevindo parecer "pela procedência do presente Conflito de Competência, para que seja declarado competente o MM. Juízo Federal da 5ª Vara Criminal de São Paulo, ora suscitado" (fls. 38/41).

É o relatório.

Em mesa para julgamento, atentando-se, após, à retificação da numeração destes autos a partir de fl. 52.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Conflito entre juízos federais da Subseção Judiciária desta Capital, cível e criminal, aqui distribuído por força do decidido pelo Órgão Especial ao apreciar o Conflito de Competência nº 2007.03.00.025630-8, de relatoria do Desembargador Federal Baptista Pereira, Juízo Federal da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP *versus* Juízo Federal da 21ª Vara Cível de São Paulo/SP, *in verbis*:

> "EMENTA
> PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ESPECIAL PARA JULGAR O CONFLITO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADVOGADO. LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. NATUREZA CÍVEL. JUÍZO PREVIDENCIÁRIO. INCOMPETÊNCIA.
> I. Em que pese a inexistência de previsão expressa a respeito no Regimento Interno da Corte, dada a crescente instalação de Varas Federais especializadas em razão da natureza da lide, e da existência de três áreas de especialização afetas às Seções desta Corte, e para que se evitem julgados divergentes entre as Seções, é que se firma a competência deste Órgão Especial para julgar os conflitos de competência suscitados entre Varas especializadas, com

fundamento na natureza da relação jurídica litigiosa, sempre que existam, também no âmbito deste Tribunal, Seções especializadas em razão da natureza da mesma.
II. Analisando-se o pedido formulado na petição inicial do mandado de segurança em questão, vislumbra-se a natureza cível do pedido pretendido, tendente a permitir o protocolo de requerimentos junto à unidade do INSS, ligado, assim, à garantia do livre exercício profissional, donde se conclui que o MM. Juízo da 7ª Vara Previdenciária é absolutamente incompetente para processar e julgar a impetração.
III. Segundo a redação do artigo 2º, do Provimento 186/99, do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, que implantou varas previdenciárias na Capital, 'As varas federais implantadas terão competência exclusiva para processos que versem sobre benefícios previdenciários ...'.
IV. Competente o Juízo suscitado.
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 conflito, vencidas as Desembargadoras Federais Suzana Camargo e Therezinha Cazerta, e, por unanimidade, declarar competente o Juízo Federal da 21ª Vara de São Paulo/SP, o suscitado, nos termos do relatório e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
São Paulo, 09 de agosto de 2007." (grifei)

Conquanto entenda que a competência para resolver conflitos entre juízes federais não deva recair sobre o Órgão Especial, cujas atribuições, a teor do disposto no artigo 11, parágrafo único, letra "i", do Regimento Interno desta Casa, resumem-se às "questões incidentes em processos da competência das Seções ou das Turmas que lhe hajam sido submetidas, bem assim *os conflitos de competência entre os Relatores ou as Turmas integrantes de Seções diversas*", encontrando-se, ao contrário, previsão

expressa no Regimento de que às Seções compete processar e julgar "os conflitos de competência entre Juízes Federais vinculados ao Tribunal, inclusive os Juízes Federais investidos de jurisdição federal (art. 109, § 3º, da Constituição Federal)".

De sorte que qualquer uma delas poderia julgá-los, somente advindo a este Colegiado as hipóteses em que efetivamente verificada divergência entre os entendimentos das Seções, não se permitindo ao Órgão Especial antecipar-se a decidir conflito que inclusive pode vir a não existir, caso não se verifiquem decisões contraditórias, ainda que enfrentada a questão por mais de uma seção especializada.

Com a ressalva do posicionamento, examino.

O dissídio tem origem nos autos do mandado de segurança registrado sob nº 2009.61.81.013454-1, impetrado por Sandra Maria Gonçalves contra ato do Ilmo. Sr. Delegado Superintendente do Departamento de Polícia Federal em São Paulo almejando "seja concedida medida liminar, *inaudita altera parte*, para o efeito de ser determinado à Autoridade Impetrada que se abstenha de embaraçar, retardar ou impedir o embarque da Impetrante no vôo da companhia aérea Pluna PU 221 (dia 15/11/09) e o respectivo desembarque, do vôo Pluna PU 230 (dia 22/11/2009), saindo e ingressando no País sem que lhe seja imposto, novamente, recente vexame a que suportou, medida esta que se manterá até final decisão deste *writ*", ocasião em que, "acolhendo o pedido, concederá a segurança para cassar o ato violador aqui combatido e, restabelecendo o império da Constituição e da Lei, garantir à Impetrante o direito de se ausentar do País e nele ingressar quando quiser, sem quaisquer constrangimentos, dissabores ou humilhações, fazendo a inclusão, nos dados da INFOSEG, da filiação e demais dados das pessoas contra quem consta restrição judicial, para que não afete direito alheio, no caso, o da Impetrante, cujos dados pessoais deverão ser ressalvados nesses registros" (fl. 18).

Questionamento inicial que surge, na esteira, inclusive, da manifestação da Procuradoria Regional da República, é se, à vista das ocorrências relatadas, o prejuízo experimentado pela impetrante deve ser amparado pelo próprio mandado de segurança ou,

de outro modo, por *habeas corpus*, como sustentado no parecer ministerial, porque estar-se-ia diante de direito de ir e vir, de coação à liberdade de locomoção propriamente dita, na forma regrada pelo inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Sem ignorar respeitável posicionamento em sentido contrário, o exame da questão, a par da complexidade que a envolve, leva à conclusão de que a pretensão posta no feito subjacente por intermédio da ação mandamental, em detrimento do *habeas corpus*, não constitui afronta aos critérios constitucionais de delimitação da atuação dos institutos.

O campo de incidência de ambos os remédios é próximo, não se nega. Longe de esvaziá-los reciprocamente, a jurisprudência, até mesmo em obséquio ao pleno acesso à jurisdição, acaba adotando soluções que encaminham à complementação de um e outro como garantias, juntamente com o *habeas data*, na salvaguarda dos direitos individuais.

Conquanto inegável a separação conceitual, Alberto Silva Franco (*Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, vol. 1, RT, 2ª edição, pp. 1.774-1.775), após ressaltar que "embora ambas as ações sejam preferencialmente empregadas nas áreas do processo penal e do processo civil, respectivamente, é inquestionável que o *habeas corpus* é o remédio idôneo para pôr termo à prisão civil por dívida alimentar, e o mandado de segurança, por sua vez, pode ser utilizado por terceiro de boa-fé na hipótese em que um determinado bem de sua propriedade tenha sido apreendido pela autoridade policial, sob fundamento de que se cuida de produto de crime praticado por outrem", vem reconhecer "que *existe, por vezes, uma área cinzenta na qual não se consegue estabelecer, com precisão, qual dessas ações pode ser empregada*".

José Cretella Júnior, em seus *Comentários à Lei do Mandado de Segurança* (Forense, 6ª edição, 1993, p. 53), valendo-se dos ensinamentos de Castro Nunes, elucida que "a verificação *in concreto* dos casos em que caiba o *habeas corpus*, excluído o mandado de segurança ou vice-versa, e, ainda, daqueles em que sejam adequados ambos, *é muitas vezes difícil*. Dizendo a

Constituição que não cabe a segurança quando couber o *habeas corpus* parece de fácil aplicação que todos os casos em que esteja comprometida a liberdade de locomoção serão de *habeas corpus*, só cabendo o sucedâneo quando não estiver em causa o direito de ir e vir. *Na prática, porém, o critério falha, dependendo da argúcia do juiz a distinção das hipóteses, guiado por um perfeito conhecimento dos dois institutos*. Nenhuma dúvida oferecerão os casos em que se trate de prisão, detenção ou qualquer modalidade da privação da liberdade de ir e vir. Serão ajuizáveis por *habeas corpus*, com exclusão do mandado de segurança, que seria inidôneo para assegurar qualquer dessas modalidades da liberdade de locomoção"; "*O essencial será, porém, e nisto estará talvez o único critério geral a estabelecer que da liberdade não precise o paciente para fim determinado para o desempenho de dada função pública, para o exercício de atividade lícita, para praticar ato da vida civil, porque, já então, se terá de aferir da idoneidade do meio por esse direito complementar que se pretende exercer*" (Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, 5ª ed., 1956, p. 36. cf. 7ª ed., 1967, p. 29).

Dos escritos de Celso Agrícola Barbi (*Do Mandado de Segurança, Forense*, 7ª edição, 1993, pp. 87-88), colhe-se igualmente: "A Constituição facilitou bastante esta tarefa, ao dizer que o *habeas corpus* é utilizável quando o bem lesado for a 'liberdade de locomoção'. Por esta entende-se não apenas a prisão ou ameaça de prisão, pois há outras formas de restrição àquela liberdade. O conceito de liberdade de locomoção é amplo, abrangendo as formas elementares de ir, ficar e vir, expressas na fórmula clássica: 'jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque'. *Mas o exercício de empregos, cargos ou funções, mesmo quando exige o ingresso do indivíduo em repartições ou casas, nada tem a ver com o conceito jurídico de liberdade de locomoção*".

Embora o mandado de segurança não possa ser utilizado como panacéia para todos os males, como o que se busca, com a concessão da ordem, é preservar direito líquido e certo da impetrante de não sofrer embaraços decorrentes da homonímia na grafia do nome, evitando-se, durante embarques e desembarques

internacionais, constrangimentos e dissabores que reputa ilegais, porquanto "indiscutivelmente arquivada, nos arquivos do INFOSEG, restrição genérica ao nome 'SANDRA MARIA GONÇALVES', sem a correspondente identificação da filiação ou outros elementos indicativos que distingam a impetrante de homônimos", esquivando-se, portanto, de indagações a respeito de dados pessoais e profissionais, exibição de documentos e outras verificações de praxe nos terminais aeroportuários, parece evidente que a proteção, *in casu*, não poderá ser alcançada pelo *habeas corpus*.

Com efeito. O bem juridicamente tutelado objeto de lesão, segundo o alegado, não é, ao menos imediatamente, a liberdade de locomoção, mas sim a prerrogativa de não se submeter, a impetrante, a procedimento que reputa desnecessário e vergonhoso.

Inexistente impedimento algum a que saia em viagem para qualquer lugar do mundo, ou empreenda retorno de seu destino, apenas não quer se submeter ao "controle de passaporte nas fronteiras do País, o que gera profundo desconforto moral, máxime porque viaja em companhia de familiares, inclusive menores de idade" (fl. 11).

A aventada ilicitude - "mesmo sem a existência de qualquer restrição, de natureza legal ou judicial, no sentido de que possa retornar ou se ausentar, livremente, do País, viu-se a Impetrante submetida a ilegal situação vexatória, por força de homonímia" (fls. 10/11) - reflete-se de forma direta no direito que se quer proteger e apenas obliquamente na liberdade física de ir e vir, já que "numa palavra: quer a Impetrante deixar proclamado pelo Judiciário que ela é ela e não outra pessoa" (fl. 17), matéria residualmente afeta, à toda evidência, ao mandado de segurança.

No sentido do exposto, *in verbis*:

> "EMENTA: - Agravo regimental.
> - Tratando-se de negativa de concessão de documento (Autorização de Retorno ao Brasil) que, para o regresso de brasileiro ao Brasil, supre a falta de passaporte por não se preencherem os requisitos para a obtenção deste, ao

não-cabimento do habeas corpus, em lugar do mandado de segurança, contra essa negativa se aplica a mesma fundamentação do despacho agravado quanto à questão do passaporte, e isso porque *não se pode estender o habeas corpus à tutela de direitos que têm na liberdade física apenas a sua condição de exercício, objeto, não imediato, mas mediato, do pedido, não estando, assim, afetada imediatamente, mas apenas de modo oblíquo, a liberdade de locomoção*.
- Por outro lado, é de manifesta improcedência a alegação de que, não havendo previsão, no artigo 102, I, da Constituição, de competência desta Corte para julgar mandado de segurança contra chefe de missão diplomática de caráter permanente, essa lacuna deve dar margem à competência deste Tribunal para julgar o pedido como sendo de mandado de segurança, em que seria transformado o *habeas corpus* pelo princípio da fungibilidade.
Agravo a que se nega provimento."
(STF, AGRHC 81.837-4/SP, Plenário, rel. Ministro Moreira Alves, j. 08/05/2002, DJ de 21/06/2002).

"*HABEAS CORPUS*. *ATO ADMINISTRATIVO*. DETECTOR DE METAIS INSTALADO NO PRÉDIO DO FORO.
Medida de segurança, consistente em portal eletrônico (detector de metais) não configura entrave ao exercício profissional da advocacia. *E nem constitui ameaça à liberdade de locomoção*.
HC não conhecido."
(STF, HC 84.179-1/SP, 2ª Turma, rel. Ministra Ellen Gracie, j. 14/09/2004, DJ de 03/12/2004)

"PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL - *HABEAS CORPUS* - *ADEQUAÇÃO* - *DIREITO DE LOCOMOÇÃO* - *NÃO CABIMENTO*.
1. A via do *habeas corpus* é destinado a proteger o direito de locomoção.

2. *A pretensão de utilização de área de preservação ambiental por esportistas acostumados a freqüentá-la, limitada pelo poder de polícia, não se insere no direito de ir e vir, devendo ser protegido por mandado de segurança*.
3. Em andamento mandado de segurança com a mesma pretensão, temos como óbice a litispendência.
4. *Habeas Corpus* não conhecido."
(STJ, HC 88428, 2ª Turma, rel. Ministra Eliana Calmon, j. 25/09/2007, DJ de 08/10/2007, p. 245)

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS-CORPUS*. EXIGÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO PARA INGRESSO EM TRIBUNAL. DIREITO DE LOCOMOÇÃO. LESÃO. INOCORRÊNCIA.
- O *habeas-corpus* é remédio constitucional que tem por objetivo a proteção do direito de locomoção, não se prestando para afastar exigência de identificação para acesso à sede de repartição pública.
- *Habeas-corpus* não conhecido."
(STJ, HC 7867, 6ª Turma, rel. Ministro Vicente Leal, j. 24/11/1998, DJ de 01/03/1999, p. 380)

No mais, quanto ao mérito do conflito propriamente dito, cumpre reconhecer, a partir da situação retratada nos autos originários, máxime pela fundamentação empregada - "O Estado pode - e deve - sim fiscalizar, mas, a pretexto de fazê-lo, não tem o direito de humilhar inocentes e impor constrangimentos e vexames às pessoas. Antes, deve se aparelhar correta e adequadamente para exercer essa fiscalização, senão se torna algoz do cidadão" (fl. 12) -, que a impetração insurge-se contra os termos em que exercido o poder de polícia aeroportuária (função que a própria Constituição Federal destinou à polícia federal, a teor do disposto no artigo 144, § 1º, inciso III, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98), por certo, de natureza administrativa, de sorte a atrair a competência do juízo cível, no caso, a 6ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP.

Diferentemente da circunstância expressamente prevista no artigo 61 da Lei 5.010/66 - "Na Seção em que houver Varas da Justiça Federal especializadas em matéria criminal, a estas caberá o processo e julgamento dos mandados de segurança e de quaisquer ações ou incidentes relativos à apreensão de mercadorias entradas ou saídas irregularmente do país, ficando o juízo prevento para o procedimento penal do crime de contrabando ou descaminho (Código Penal, art. 334)" - e de tantos outros casos em que admitido pelos tribunais o emprego do mandado de segurança, entre eles os que envolvem os temas dos direitos e prerrogativas dos advogados em inquéritos e ações penais em curso, sigilos bancário e fiscal, processamento e seguimento de recursos, apreensão de documentos e valores, sobreleva notar, ao arredamento da competência especializada, que não há qualquer apuração criminal em curso a determinar, assim entendido, o encaminhamento do feito subjacente ao juízo penal.

Consoante a clássica lição de José Frederico Marques (*Da Competência em Matéria Penal*, Saraiva, 1952, p. 18), "objeto da jurisdição penal, são as chamadas causas penais, ou questões de direito penal", daí esclarecendo: "O normal é que a função jurisdicional se exerça, no terreno penal, em função da *persecutio criminis* de que a ação penal é um dos momentos. Todavia, como a norma penal protege, ainda, o direito de liberdade por conversão, há causas de direito penal, submetidas à jurisdição deste nome, que longe de serem provocadas como exercício da *persecutio criminis*, visam ou impedi-la ou fazê-la cessar. É o que acontece com a revisão criminal e com certos casos de *habeas-corpus*. Disto se infere que a jurisdição penal conhece também de causas criminais, levadas a seu conhecimento, não pelos titulares da perseguição penal, mas por aqueles que pretendem fazer valer o direito de liberdade que o direito penal regula e tutela de forma indireta. Sendo assim, não só a pretensão punitiva, mas também o direito de liberdade pode ser conteúdo do pedido com que se provoca o exercício da função jurisdicional penal".

Poucos não têm sido os esforços no alcance da efetividade da tutela ministrada por meio do processo, a tempestividade da

prestação jurisdicional e a inarredável concretização da qualidade dos serviços dispensados pelo Estado-Juiz, mais ainda, após as modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, entre elas, a decorrente do acréscimo do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A Justiça Federal, assim como a Estadual, encontram-se em situação de extremo acúmulo de feitos, sem contar com número suficiente de juízes para fazer frente à demanda, sendo noticiadas freqüentemente iniciativas para ampliação dos quadros das carreiras do Judiciário e alterações legislativas tendentes à reforma do sistema processual.

Tomando-se, pois, que a implantação de varas próprias para a matéria penal ocorre com vistas à obtenção de maior celeridade na tramitação de processos cujos cernes apresentam-se demasiadamente sensíveis, e que ainda assim enfrentam-se problemas de contingência na apreciação dos feitos, ante a demora excessiva em sua ultimação, não raro em prejuízo da atuação da vontade repressiva estatal pelo alcance da prescrição, a pretensão posta no *writ*, sem travar qualquer relação com questões envoltas à *ultima ratio* do direito criminal, de modo algum se enquadra entre as hipóteses em que se deva entender pela prevalência da competência do juízo especializado.

A jurisprudência da Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça presta-se, igualmente, à ilustração do raciocínio:

> "CONFLITO INTERNO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE VEÍCULO POR DELEGACIA DE POLÍCIA CIVIL. ESTADA EM PÁTIO DO DETRAN. COBRANÇA DE 'TAXA DE PERMANÊNCIA'. COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO. ART. 9º, § 1º, DO RI/STJ.
> I - Trata-se a presente discussão de conflito de competência entre o Ministro Nilson Naves da Terceira Seção e a

Primeira Seção do STJ, a fim de estabelecer a competência para o julgamento de mandado de segurança impetrado visando à retirada de veículo apreendido por delegacia de polícia civil, sem o pagamento de despesas relativas à estada no Pátio I da Comarca de Santo André.
II - A apreensão do automóvel deu-se em decorrência da existência de penhora e bloqueio judicial junto à 62ª Vara do Trabalho de São Paulo, no momento em que o proprietário foi realizar consulta do bem.
III - Esta Corte possui entendimento no sentido de que, para se determinar a competência interna do STJ, é necessário averiguar-se a natureza da relação jurídica posta em discussão. Precedentes: CC nº 45.897/PR, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 28/03/05 e CC nº 41.314/CE, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 20/09/04.
IV - Inobstante a apreensão do veículo ter sido efetivada por delegacia de polícia civil, *não se vislumbra a existência de matéria penal na presente situação, mormente por não haver ligação com a prática de infração penal*.
V - O cerne da lide diz respeito à retirada de automóvel apreendido sem que, para tanto, sejam cobradas despesas em decorrência de sua estada em Pátio do DETRAN, custos esses que se caracterizam como 'taxa de permanência', de natureza tributária.
VI - Conflito de competência conhecido, determinando a competência da Primeira Seção deste Sodalício para processar e julgar o Conflito de Competência nº 58.082/SP, a teor do art. 9º, § 1º, do RI/STJ."
(Conflito de Competência 64.816, rel. Ministro Francisco Falcão, DJE de 18.12.2008)

"CONFLITO INTERNO DE COMPETÊNCIA. *FECHAMENTO DE ESTABELECIMENTO DE EXPLORAÇÃO DE JOGO DE BINGO POR AUTORIDADE POLICIAL EM ATENDIMENTO A REQUISIÇÃO DE PROMOTORIA CRIMINAL, COM DETERMINAÇÃO DE LAVRATURA DE*

TERMO CIRCUNSTANCIADO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO NO TJRS. CONCESSÃO DA SEGURANÇA POR CÂMARA CÍVEL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CRIMINAL. COMPETÊNCIA DA TERCEIRA SEÇÃO.

1. Hipótese em que o ato apontado coator na impetração originária foi a ação policial de fechamento do estabelecimento onde se explorava Jogo de Bingo, realizado por requisição da 2ª Promotoria de Justiça Criminal de Pelotas/RS, inclusive com a determinação de lavratura de Termo Circunstanciado para apuração de contravenção penal.

2. *A questão de fundo é, sem dúvida, de natureza criminal, o que atrai a competência de uma das Turmas da Terceira Seção*, a teor do art. 9º, § 3º, inciso I, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

3. Conflito conhecido para declarar a competência da Eg. Sexta Turma."

(Conflito de Competência 101.459, rel. Ministra Laurita Vaz, DJE de 9.3.2009)

Posto isso, conheço deste conflito para julgá-lo improcedente, reconhecendo a competência do Juízo Federal da 6ª Vara de São Paulo/SP para o processamento e julgamento do mandado de segurança de reg. nº 2009.61.81.013454-1.

É como voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL 0104099-54.1998.4.03.6181 (2005.03.99.054460-2)

Embargante: JUSTIÇA PÚBLICA
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.1.702/1.716
Interessados: FRANCISCO ANDRADE GUIMARÃES E OUTROS
Co-Réus: RICARDO ALVES DE SOUZA, JOÃO BOSCO PAES DE BARROS E DANIEL JOSE DOS SANTOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF
Classe do Processo: ACr 23332
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/07/2010

EMENTA

PROCESSUAL PENAL/PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MPF. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE CONDICIONADA. EMBARGOS REJEITADOS.

I - Malgrado não exista certidão de trânsito para a acusação devido à inércia ministerial, não pode a sentença singular ser alterada em prejuízo do réu, que é apelante exclusivo, a qual impôs sanção que se apresenta com prazos prescricionais diversos e mais extensos que aquele reconhecido nesta instância.

II - Ainda assim é facultada à acusação a utilização dos meios recursais extraordinários para ver o restabelecimento daquela sanção imposta no juízo sentenciante aquela que, segundo foi exposto, entende a presentante ministerial como escorreita.

III - À guisa de esclarecimento, este colegiado assim deliberou, em atenção à economia processual, à celeridade e a eficiência dos atos processuais, na hipótese de eventual e futura inoperância recursal do autor da ação penal,

circunstância que extinguiria desde já, sem maiores e desnecessárias delongas, o curso da ação penal, de molde a atingir a efetividade da jurisdição.

IV - Decisão pela operacionalização e realização do resultado à parte ré, porém não em razão de desatendimento ou negativa de vigência a dispositivo penal, mas munido pela finalidade de racionalização do resultado prático do julgamento e atendimento dos reclamos sociais da mencionada efetivação da tutela jurisdicional.

V - Ora se põe situação que não é de ser descurada, mesmo porque a extinção definitiva da punibilidade, acompanhada de todos seus efeitos práticos e processuais, somente se concretizará com a eventual interposição e vitória de recurso ministerial de restabelecimento do *quantum* imposto na sentença.

VI - Extinção da punibilidade condicionada à plena eficácia do dispositivo e à ulterior exasperação da pena.

VII - Embargos de declaração 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, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de junho de 2010.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Cuida-se de embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal em face do v. acórdão de fls. 1.702/1.716, proferido por esta Turma em 09 de março de 2010.

Alega o embargante, em síntese, que o voto condutor

padece de omissão na medida em que negou vigência ao disposto no art. 110, § 1º, do CP, vez que em não havendo trânsito em julgado para a acusação, a pena foi reduzida e decretada a extinção da punibilidade da pretensão punitiva nesta instância.

Segundo sustenta, é de ser afastada a extinção da punibilidade decretada aos fatos insertos nos arts. 296, II, 297, c. c art. 71, todos do CP, em face do não atendimento ao dispositivo acima aludido e diante da desconsideração da hipótese de recurso pela acusação ao E. Superior Tribunal de Justiça, com vistas ao restabelecimento da pena imposta no juízo *a quo*.

Requer, assim, a concessão de efeitos modificativos, para que seja afastada a extinção da punibilidade dos crimes praticados pelo réu, de molde a suprimir a omissão apontada.

Com base no expendido, o embargante pede sejam acolhidos os embargos de declaração e prequestionada matéria ventilada.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): insurge-se o Ministério Público Federal contra o decreto de extinção da punibilidade dos fatos imputados ao réu Francisco Andrade Guimarães, ausente a certidão de trânsito em julgado para o *parquet* federal em acórdão que, além de extinguir a punibilidade pela prescrição, o fez com fundamento na redução da pena da condenação imposta em primeiro grau.

Sem razão o embargante.

Malgrado não exista certidão de trânsito para a acusação devido à inércia ministerial, não pode a sentença singular ser alterada em prejuízo do réu, que é apelante exclusivo, a qual, - digase -, impôs sanção que se apresenta com prazos prescricionais diversos e mais extensos que aquele reconhecido nesta instância.

Todavia, ainda assim, e por isso, é facultada à acusação a utilização dos meios recursais extraordinários para ver o restabelecimento daquela sanção imposta no juízo sentenciante aquela que,

segundo foi exposto nesta oportunidade, entende a presentante ministerial como escorreita.

De toda maneira, esta E. Turma decidiu, fundamentadamente, pela redução da pena imposta em primeiro grau. Aparados os considerados excessos na dosimetria, em seguida, decretou a extinção da punibilidade dos fatos com base na prescrição, mesmo que dissociada da formalização da preclusão recursal, - para a acusação -, constante nos autos.

Sem embargo de pensamento diverso, cumpre esclarecer que este colegiado assim deliberou, em atenção à economia processual, à celeridade e a eficiência dos atos processuais, na hipótese, - frise-se -, de eventual e futura inoperância processual do autor da ação penal, circunstância que extinguiria desde já, sem maiores e desnecessárias delongas, o curso da ação penal, de molde a atingir a efetividade da jurisdição.

Fundados neste pensamento, decidiu-se pela operacionalização e realização do resultado à parte ré, porém não em razão de desatendimento ou negativa de vigência a dispositivo penal, mas munidos pela finalidade de racionalização do resultado prático do julgamento e atendimento dos reclamos sociais da mencionada efetivação da tutela jurisdicional.

De outra sorte, e à par de tais considerações, ora se põe situação que não é de ser descurada, mesmo porque, como mencionado, a extinção definitiva da punibilidade, acompanhada de todos seus efeitos práticos e processuais somente se concretizará com a eventual interposição e vitória de recurso ministerial de restabelecimento do *quantum* imposto na sentença.

Portanto, condicionando a plena eficácia do dispositivo à não ulterior exasperação da pena, esta Relatora, alterando posicionamento anteriormente firmado, não considera como hipótese de declaração de omissão do julgado as razões acima invocadas pelo *Parquet* federal.

Ante o exposto rejeito os presentes embargos, nos termos do expendido.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS) 0057091-96.1999.4.03.6100 (1999.61.00.057091-3)

Embargante: DROGARIA TURIASSU LTDA.
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 182/183
Interessado: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA - CRF
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 22ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RUBENS CALIXTO
Classe do Processo: AMS 247811
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/05/2010

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. FARMÁCIA E DROGARIAS. SUBSTITUIÇÃO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO. ARTIGO 17 DA LEI 5.991/73. TRINTA DIAS PARA REGULARIZAÇÃO.

Nos termos Do artigo 17 da Lei 5.991/73 as farmácias e drogarias podem funcionar sem a assistência de farmacêutico responsável pelo prazo de 30 (trinta) dias.

A primeira multa aplicada por infração ao artigo 24 da Lei nº 3.820/60, se deu quando ainda não transcorridos os 30 (trinta) dias permitidos pela legislação para que o interessado regularizasse sua situação, pelo que não pode prevalecer.

A impetrada foi autuada pela segunda vez quando pendente de análise o pedido de assunção de responsabilidade que havia protocolizado e antes de desistir do mesmo, de sorte que a ausência do responsável técnico, nesta segunda autuação, decorreu da morosidade do próprio CRF em analisar os pedidos formulados pela impetrante.

Insubsistência das multas aplicadas.

Sentença que se mantém.

Apelação e remessa oficial que se nega provimento.

Embargos de declaração acolhidos.

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, *conhecer e acolher os embargos de declaração*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 06 de maio de 2010.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator): Cuida-se de embargos de declaração opostos em face do acórdão proferido por esta Turma, pelo qual decidiu-se dar provimento à apelação e à remessa oficial, para denegar a segurança, em acórdão assim ementado:

> "APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO EM FARMÁCIA OU DROGARIA (ART. 15, LEI 5.991/73). PRECEDENTES.
> 1. A presença de responsável técnico no estabelecimento durante todo o período de funcionamento é exigência que não viola a liberdade do exercício de atividade econômica ou profissional, visto que esta deve estar aliada ao controle do exercício para proteção do interesse público (art. 15 da Lei 5.991/73).
> 2. Apelação e remessa oficial a que se dá provimento, para denegar a segurança."

A impetrante opôs embargos de declaração, alegando a existência de omissão no acórdão embargado, que concluiu que a impetrante não tinha responsável técnico durante todo o seu período de funcionamento, quando foi autuada, sem, no entanto, atentar para o documento acostado às fls. 20 que atesta a entrada

de requerimento de assunção junto ao Conselho em data anterior à autuação.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator): Conheço dos embargos, uma vez que tempestivos.

No mérito, merecem provimento uma vez que, de fato, existe a omissão mencionada.

Nos termos da Lei 5.991/73 as farmácias e drogarias podem funcionar sem a assistência de farmacêutico responsável pelo prazo de 30 (trinta) dias, como se depreende da leitura do artigo 17, o qual tem o seguinte teor:

> "Art. 17: Somente será permitido o funcionamento de farmácia e drogarias sem a assistência do técnico responsável, ou de seu substituto, pelo prazo de até 30 (trinta) dias, período em que não serão aviadas fórmulas magistrais ou oficinais, nem vendidos medicamentos sujeitos a regime especial de controle."

Observa-se da documentação acostada à inicial que a impetrante, de fato, apresentou dois requerimentos ao Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo, protocolizado em 26.08.99 pleiteando a baixa de Responsabilidade Técnica e alteração de contrato social.

Ocorre que a primeira autuação por infração ao quanto disposto no artigo 24 da Lei nº 3.820/60, se deu em 17.09.99, quando ainda não transcorridos os 30 (trinta) dias permitidos pela legislação para a substituição acima referida, pelo que não pode prevalecer a multa aplicada.

Cabe registrar que em 27.09.99 a impetrante apresentou novo requerimento de dupla responsabilidade técnica (fls. 22), tendo apresentado pedido de desistência do mesmo em 22.10.99,

antes de qualquer manifestação da autoridade impetrada, que no transcurso de tal prazo novamente autuou a impetrada, em data de 29.11.99.

Neste contexto, temos que a impetrada foi autuada pela segunda vez quando pendente de análise o pedido de assunção de responsabilidade que havia protocolizado e antes de desistir do mesmo, de sorte que a ausência do responsável técnico, nesta segunda autuação, decorreu da morosidade do próprio CRF em analisar os pedidos formulados pela impetrante.

Em razão do exposto, as multas impostas à impetrante não podem prevalecer já que a impetrante se mostrou diligente no cumprimento de suas obrigações.

Caracterizada, pois, a existência de omissão, a merecer saneamento nos termos do art. 535, II, do Código de Processo Civil, o que ora se procede nos termos acima referidos.

Por tudo que foi dito, *merecem acolhimento* os embargos para, sanando-se a omissão, *negar provimento* à apelação e à remessa oficial para *manter* a sentença de Primeiro Grau.

Pelo exposto, conheço dos embargos e os acolho, como explicitado.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO 0002109-50.2004.4.03.6103 (2004.61.03.002109-7)

Embargantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 534/536
Interessados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: ApelReex 1375959
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/06/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ART. 93, II, DO CDC. HIPÓTESE DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA. ALEGAÇÕES DO INSS. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

I - Contendo o v. acórdão a omissão apontada pelo Ministério Público Federal, cumpre saná-la por meio dos embargos de declaração.

II - Embora as redações dos artigos 93 do CDC e 2º da Lei 7.347/85 falem em competência do local do dano, ou mesmo em competência funcional, fato é que estas não trazem hipóteses de competência territorial, mas de competência absoluta. Precedentes da doutrina e jurisprudência.

III - Quanto as alegações do INSS, certo que não se verificando um dos vícios que os ensejam, quais sejam, omissão, dúvida, contradição ou obscuridade, incabível a pretensão dos embargos de declaração (art. 535, CPC).

IV - Os embargos de declaração objetivam complementar as decisões judiciais, não se prestando à revisão do que foi decidido no v. acórdão.

V - De meridiana clareza o acórdão, não há como se vislumbrar nos presentes embargos o intuito de se ver aprimorado o *decisum* judicial, senão o de buscar efeitos modificativos vedados pela legislação processual.

VI - Embargos de declaração do Ministério Público Federal providos. Embargos de declaração do INSS improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração do INSS e dar provimento aos embargos de declaração do Ministério Público Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 03 de maio de 2010.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): O Instituto Nacional do Seguro Social e o Ministério Público Federal opuseram embargos de declaração em face do v. acórdão das fls. 534/536 dos autos, assim ementado *in verbis*:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINARES NÃO CONHECIDAS EM PARTE, E, NA PARTE CONHECIDA, REJEITADAS. AUXÍLIO-ACIDENTE. OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIAS PELO INSS. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. LIMITAÇÃO TERRITORIAL DO ARTIGO 16 DA LEI 7.437/85 MANTIDA.

I - O pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação interposta pela Autarquia Previdenciária encontra-se precluso.

II - Não merece conhecimento a alegação preliminar de incompetência absoluta da Justiça Federal, tendo em vista que referida questão restou definitivamente resolvida pelo E. Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa da decisão no Conflito de Competência nº 81.809-SP.

III - A Constituição Federal de 1988, no inciso I do artigo 129, dispõe caber ao Ministério Público, dentre outras funções institucionais, a de 'zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia'.

IV - Nota-se que o Instituto Nacional do Seguro Social, criado a partir da Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, constitui uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social, com atribuições, nos termos do artigo 3º do Decreto nº 99.350, de 27 de julho de 1990, para 'conceder e manter benefícios e serviços previdenciários', bem como 'executar as atividades e programas relacionados com emprego, apoio ao trabalhador desempregado, identificação profissional, segurança e saúde de trabalhador'.

V - Considerando a condição do Instituto Nacional do Seguro Social de prestador de serviço de relevância pública, clara a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da presente ação.

VI - Descabida a alegação de inadequação da via processual eleita, pois o Ministério Público Federal, ao que parece, não pretende, na presente ação, ver declarada a inconstitucionalidade das Instruções Normativas impugnadas na inicial. Aduz, apenas, que tais instruções trazem interpretação restritiva de direitos e em desconformidade com o ordenamento jurídico.

VII - Como se vê do artigo 86 da Lei 8.213/91, o auxílio-acidente, precedido de auxílio-doença, configura apenas uma das hipóteses em que este benefício é devido (§ 2º). O auxílio-acidente pode ser concedido, também, conforme previsto no *caput* do mencionado artigo, 'após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza', independentemente de prévio auxílio-doença.

VIII - O INSS, ao condicionar a concessão do auxílio-acidente ao prévio gozo do auxílio-doença, e, por conseguinte,

a realização de perícia médica segundo as Instruções Normativas ora questionadas, acabou por restringir direitos sem qualquer amparo legal, apresentando uma interpretação dissociada da pretendida pelo legislador.

IX - Se, por um lado, o princípio da reserva do possível só autoriza ao Poder Público, considerando os limites impostos pelas leis orçamentárias, reservar-se o poder de escolher de só fazer, dentro das políticas públicas, o que é possível, de outro lado, certo é que não pertence 'ao espaço das escolhas públicas' negligenciar as políticas essenciais.

X - No caso concreto, por se tratar de seguridade social, mais especificamente sobre acidente de trabalho e gozo de benefício previdenciário, relacionando-se, pois, com a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º da Constituição Federal), não cabe invocar a reserva do possível para justificar o descumprimento de deveres constitucionais. Precedente do E. STF.

XI - O E. Supremo Tribunal Federal, ao julgar pedido de medida cautelar na ADI 1.576-1, que questionava, dentre outras, a alteração efetuada na redação do artigo 16 da Lei 7.347/85 pela Lei 9.494/97, já se manifestou pela constitucionalidade das limitações territoriais impostas, por este artigo, à eficácia das decisões judiciais nas ações civis públicas.

XII - O artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da competência, em seu inciso II, preceitua que a ação civil pública deve ser proposta 'no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.'

XIII - Preliminares conhecidas em parte, e, na parte conhecida, rejeitadas. Remessa oficial e apelações das partes improvidas."

Tratam-se de embargos de declaração, em sede de ação civil pública, em face do v. acórdão proferido pela E. Sétima Turma que, por unanimidade, não conheceu do pedido de atribuição do efeito suspensivo ao recurso e da alegação de incompetência absoluta da Justiça Federal, rejeitou as preliminares de ilegitimidade do Ministério Público e de inadequação da via processual eleita arguidas pela autarquia previdenciária e, no mérito, negou provimento à remessa oficial e às apelações do INSS e do Ministério Público Federal.

Alega o INSS, em síntese, que haveria omissão no julgado pelo afastamento, sem a observância do artigo 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante 10, de dispositivos legais que trariam o não cabimento e a ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal para o ajuizamento da presente ação civil pública (arts. 1º e 21 da Lei 7.347/85, art. 83, I, da LC 75/93, arts. 81 e 90 do CDC), bem como do dispositivo legal que estabelece a impossibilidade de concessão de auxílio-acidente sem o prévio gozo de auxílio-doença (§ 2º do art. 86 da Lei 8.213/91). Aduz ainda, carecer o r. julgado de fundamentação adequada quanto a sua "condenação à realização de perícia em decorrência de toda e qualquer CAT", especialmente no que toca à aplicação dos princípios da reserva do possível, da razoabilidade e da proporcionalidade. Pré-questiona, visando futura interposição de recurso, as súmulas e os dispositivos legais e constitucionais que invoca na fundamentação.

O Ministério Público Federal, por sua vez, sustenta haver omissão no julgado. Assevera que não houve a apreciação de sua alegação de trazer, a hipótese do inciso II do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, "uma situação que envolve matéria atinente à incompetência territorial, a qual é prorrogada nos casos em que a parte interessada não opõe a necessária exceção de incompetência", exceção que não foi apresentada no caso concreto. Requer, por isso, o acolhimento dos presentes embargos declaratórios, prequestionando, para fins de recurso à Instância Superior, a matéria ora debatida.

É o relatório.

À mesa.
Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Inicialmente, assevero que o artigo 535 do CPC admite embargos de declaração quando na sentença ou no acórdão houver obscuridade ou contradição, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Inicialmente, com relação aos embargos declaratórios oferecidos pelo INSS, tem-se que estes não merecem provimento, por não se vislumbrar as omissões nele apontadas.

Não houve, ao contrário do que aduz a Autarquia Previdenciária, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou o afastamento da aplicação de qualquer disposição legal sem a observância do artigo 97 da CF e da Súmula Vinculante 10, seja no que toca ao cabimento e à legitimidade ativa do MPF para o ajuizamento da ação civil pública no caso concreto, seja sobre a possibilidade de concessão de auxílio-acidente independemente do gozo de prévio auxílio-doença.

O v. acórdão embargado, analisando o inconformismo do Instituto e sem negar vigência ou afastar qualquer disposição legal, dispôs, com relação à questão do cabimento e da legitimidade ativa do Ministério Público Federal para o ajuizamento da presente ação, nos seguintes termos:

> "Com relação a preliminar de ilegitimidade passiva 'ad causam' do Ministério Público Federal, oportuno os seguintes esclarecimentos.
> Primeiramente, o INSS alega que, por versar, o caso concreto, sobre direitos relativos a benefícios previdenciários, ou seja, sobre direitos individuais disponíveis, faltaria ao 'Parquet' a legitimidade passiva 'ad causam'. Aduz ainda que, por se tratar de direito individual homogêneo sem relação de consumo, seria inaplicável ao Código de Defesa

do Consumidor, único diploma normativo, que autoriza o Ministério Público a litigar em casos de lesão a interesses individuais homogêneos.

Não se vislumbra, entretanto, a alegada ilegitimidade ativa 'ad causam'.

A Constituição Federal de 1988, no inciso I do artigo 129, dispõe caber ao Ministério Público, dentre outras funções institucionais, a de 'zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.'

Nota-se, de outra parte, que o Instituto Nacional do Seguro Social, criado a partir da Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, constitui uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social, com atribuições, nos termos do artigo 3º do Decreto nº 99.350, de 27 de junho de 1990, para 'conceder e manter benefícios e serviços previdenciários' (inciso III), bem como 'executar as atividades e programas relacionados com emprego, apoio ao trabalhador desempregado, identificação profissional, segurança e saúde de trabalhador' (inciso IV), dentre outras.

Portanto, considerando a condição do Instituto de prestador de serviços de relevância pública, clara a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da presente ação.

Há que se observar, outrossim, que o Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do que sustenta a Autarquia Previdenciária, não se limita a disciplinar as relações de consumo, sendo uma legislação complementar à Lei nº 7.347/85, e, por isso, plenamente aplicável ao caso concreto.

(...)

De outra parte, a alegação do INSS de que a ação civil pública estaria sendo utilizada equivocadamente, na tentativa de substituir eventual ação direta de inconstitucionalidade com relação ao disposto nas Instruções Normativas impugnadas na inicial, também não merece guarida.

O Ministério Público Federal, ao que parece, não pretende,

na presente ação, ver declarada a inconstitucionalidade das mencionadas instruções normativas (57/2002, 84/2002 e 95/2002). Aduz, apenas, que tais instruções trazem interpretação restritiva de direitos e em desconformidade com o ordenamento jurídico.

E, ainda que se admitisse sua intenção em declarar a inconstitucionalidade, certo é que não cabe ação direita de inconstitucionalidade em face destas instruções normativas. A ação direta de inconstitucionalidade tem cabimento em caso de ofensa direta à Constituição, e não de ofensa reflexa. Ou seja, cabe quando uma lei ou um ato normativo é impugnado em face da Constituição Federal.

No caso concreto, o que se estaria impugnando, na verdade, seriam instruções normativas. E estas, enquanto meras decorrências do poder regulamentar do Administrador Público, não poderiam vulnerar diretamente, senão, o ato que regulamentam. Isto é, nunca poderiam ofender diretamente a Constituição Federal, padecendo, quando muito, de mera 'crise de legalidade', mas nunca de inconstitucionalidade. (...)

Ressalte-se, por fim, que embora não seja este, como já dito, o objetivo do processo, tanto a doutrina, quanto à jurisprudência, são uníssonas em admitir o controle de constitucionalidade, de forma difusa, no bojo de ação civil pública. (...)"

Igualmente, o v. acórdão não declarou a inconstitucionalidade, negou vigência ou afastou o disposto no § 2º do artigo 86 da Lei 8.213/91, deixando claro apenas que este traz uma das hipóteses de concessão do benefício do auxílio acidente. É o que se vê do trecho transcrito abaixo:

"A Lei 8.213/91 disciplinou o benefício do auxílio acidente da seguinte forma:

'Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões

> decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.
> (...)
> § 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada a sua acumulação com qualquer aposentadoria.'
> Como se vê, o auxílio-acidente, precedido do auxílio-doença, configura apenas um das hipóteses em que este benefício é devido (§ 2º).
> O auxílio-acidente pode ser concedido, também, conforme previsto no *caput* do artigo 86, 'após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza', independentemente de prévio auxílio-doença."

Não se vislumbra, outrossim, omissão no r. julgado quanto a condenação do INSS à realização de perícias médicas, em todos os casos em que houver sido emitida a CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho) e em quaisquer das formas do § 2º do artigo 22 da Lei 8.213/91, *in verbis*:

> "(...) o INSS, ao condicionar a concessão do auxílio-acidente ao prévio gozo do auxílio-doença, e, por conseguinte, à realização de perícia médica segundo as Instruções Normativas ora questionadas, acabou por restringir direitos sem qualquer amparo legal, apresentando uma interpretação dissociada da pretendida pelo legislador.
> Exerceu, na verdade, nestas instruções normativas, o poder regulamentar de forma a restringir direitos, em claro abuso de direito. Ou seja, na mera edição de ato regulamentar, acabou por inviabilizar ou anular direitos do segurado, o que não se pode admitir.
> (...)
> Portanto, não pode a ausência de gozo de auxílio-doença pelo empregado acidentado servir de fundamento para a

> não realização, pela autarquia previdenciária, de perícias médicas nos casos em que existe a comunicação do acidente de trabalho e sobre quaisquer das formas do § 2º do artigo 22 da Lei 8.213/91 ('§ 2º Na falta da comunicação por parte da empresa, podem formalizá-la o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública, não prevalecendo nestes casos o prazo previsto neste artigo'). Não há que se falar, outrossim, em ingerência do Poder Judiciário nos atos da Administração Pública, nem se deve invocar o princípio da reserva do possível.
>
> Se, por um lado, o princípio da reserva do possível autoriza ao Poder Público, considerando os limites impostos pelas leis orçamentárias, reservar-se o poder de só fazer, dentro das políticas públicas, o que é possível, de outro lado, certo é que não pertence 'ao espaço das escolhas públicas' negligenciar as políticas essenciais.
>
> No caso concreto, por se tratar de seguridade social, mais especificamente sobre acidente de trabalho e gozo de benefício previdenciário, relacionando-se, pois, com a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º da Constituição Federal), não cabe invocar a reserva do possível para justificar o descumprimento de deveres constitucionais. (...)"

Do exposto, pois, percebe-se que o conjunto probatório forneceu elementos suficientes para a convicção do relator, que concluiu pela manutenção da condenação da Autarquia Previdenciária, nos exatos termos da r. sentença apelada.

Desta forma, desarrazoadas as alegações do Instituto, por inexistir as omissões a que se refere. Pretende, na verdade, rediscutir a matéria já discutida, o que não é permitido em sede de embargos de declaração, a não ser em casos excepcionais, o que não se verifica.

Observe-se que os embargos declaratórios não consubstanciam meio próprio à revisão do que foi decidido no acórdão embargado.

Nesse passo, desconstituir os fundamentos do acórdão embargado implicaria, *in casu*, em inevitável reexame da matéria, incompatível com a natureza dos embargos declaratórios.

O escopo de pré-questionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 535 do Código de Processo Civil.

Sendo assim, clara a pretensão de buscar efeitos infringentes do julgado, o INSS deverá manifestar a sua inconformidade com o acórdão pela via recursal própria.

Analiso agora, os embargos de declaração interpostos pelo Ministério Público Federal.

O Ministério Público Federal sustenta que não houve a apreciação de sua alegação de trazer, a hipótese do inciso II do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, "uma situação que envolve matéria atinente à incompetência territorial, a qual é prorrogada nos casos em que a parte interessada não opõe a necessária exceção de incompetência".

Com razão o ilustre *Parquet*, quanto à alegada omissão. Passo a análise, então, da questão.

Embora as redações dos artigos 93 do CDC e 2º da Lei 7.347/85 falem em competência do local do dano, ou mesmo em competência funcional, fato é que estes não trazem hipóteses de competência territorial, mas de competência absoluta.

É a lição de Hugo Nigro Mazzilli ("A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos", 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 73):

> "2. Competência absoluta
> Diz a LACP que a competência para as ações civis públicas seria funcional, do foro do local do dano. Entretanto, não instituiu a lei juízos com competência funcional para a defesa de interesses difusos ou coletivos. A LACP quis referir-se à competência absoluta, não especificamente funcional.
> Embora nas ações civis públicas o foro seja o do local do

dano, a competência é absoluta e, portanto, não se trata de competência territorial; equivocou-se, pois, o legislador ordinário quando, ao tentar disciplinar a coisa julgada, referiu-se à suposta competência territorial do juiz que sentencia a ação civil pública. (...)"

Nesse sentido ainda (grifos nossos):

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL DA CAPITAL, POR RESTAR CONFIGURADO DANO DE ÂMBITO REGIONAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DOS INCISOS I E II, DO ART. 93, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NATUREZA ABSOLUTA.
I - Incompetência da Justiça Federal da Capital, por restar configurado dano de âmbito regional relativo a questão consumerista, envolvendo vários municípios abrangidos por subseções judiciárias distintas.
II - O fato de a Agravante buscar, por meio da ação civil pública originária, a defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores residentes em loteamentos situados em alguns municípios, abrangidos por subseções judiciárias distintas, não caracteriza a existência de dano regional, capaz de deslocar a competência para o processamento e julgamento do feito para a Justiça Federal da Capital.
III - *O art. 2º, da Lei nº 7.347/85, aplicável ao Código de Defesa do Consumidor, por força do art. 90 deste, confere à competência territorial dos incisos I e II, do art. 93, natureza absoluta, ao disciplinar o gênero da competência funcional, razão pela qual é inderrogável e improrrogável por vontade das partes.*
IV - Agravo de instrumento improvido."
(TRF 3ª Região, AG 200703000853505, Sexta Turma, v. u., Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, DJU 18/03/2008, p. 512).

Ressalte-se, por fim, conforme restou assentado no v. acórdão embargado e se infere da decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do pedido de medida cautelar na ADI 1.576-1, que a limitação imposta pelo artigo 16 da Lei 7.347/85 relaciona-se "aos limites subjetivos da ação (partes e terceiros) "não alcançando, portanto, situações concretas" "além das fronteiras fixadoras do juízo" (fl. 530). Ou seja, refere-se aos limites subjetivos da coisa julgada, em nada alterando as regras de competência.

É o que se vê do aresto do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, citado a título ilustrativo (grifos nossos):

> "PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO. CRITÉRIO DE NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA APROVADOS NO CERTAME. LIMITAÇÃO DOS EFEITOS SUBJETIVOS DA COISA JULGADA *ERGA OMNES*. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. DANOS DE ÂMBITO NACIONAL. AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE DO FORO DO DISTRITO FEDERAL. PRECEDENTES DO STJ.
> 1. Conflito negativo de competência suscitado nos autos de ação civil pública que versa sobre critérios para nomeação de candidatos portadores de deficiência física aprovados em concurso público para provimento de cargos de servidores do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e suas respectivas seções judiciárias.
> 2. *O artigo 16 da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 9.494/97, estabelece a limitação dos efeitos subjetivos da coisa julgada* erga omnes *ao âmbito da competência territorial do órgão prolator do* decisum. *A sua interpretação não importa na alteração da competência para processar e julgar a ação civil pública, pois cinge-se aos limites subjetivos da imutabilidade do julgado*.
> 3. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento

no sentido de que o artigo 93, II, da Lei nº 8.078/90 não confere exclusividade ao foro do Distrito Federal para conhecer de ações civis públicas que versem sobre danos de âmbito nacional.
4. Conflito procedente.
5. Competência do Juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Tocantins, o suscitado."
(TRF 1ª Região, CC 200501000603010, Terceira Seção, v. u., Relatora Desembargadora Federal Selena Maria de Almeida, DJ 12/12/2005, p. 03).

Sendo assim, suprindo a omissão apontada pelo Ministério Público Federal, certo é que o inciso II do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor não traz hipótese de competência relativa, mas de competência absoluta.

Dessa forma, reconheço o defeito apontado, eis que o tema foi devolvido à apreciação desta Corte, todavia, mantendo inalterado o v. acórdão embargado.

Isto posto, *nego provimento* aos embargos de declaração do INSS e *dou provimento* aos embargos de declaração do Ministério Público Federal, para esclarecer a omissão apontada nos exatos termos da fundamentação. Mantenho, quanto ao mais, a douta decisão recorrida.

É o voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

- Sobre a ApelReex 2004.61.03.002109-7/SP, veja também o acórdão proferido pelo Desembargador Federal Walter do Amaral, em 09/11/2009, publicado na RTRF3R 99/309.

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES 96.03.084359-8

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 114/115
Interessado: JERSON JOSE TRAINE CORREIA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 5ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relatora originária: DESEMBARGADORA FEDERAL LEIDE POLO
Revisora e Relatora designada para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL EVA REGINA
Classe do Processo: EI 344466
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/07/2010

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE: DECISÃO NÃO UNÂNIME E REFORMA, EM GRAU DE APELAÇÃO, DA SENTENÇA DE MÉRITO. POSSIBILIDADE DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PELO ÓRGÃO JULGADOR. RECURSO NÃO CONHECIDO.

- São requisitos de cabimento dos embargos infringentes, na primeira hipótese do artigo 530 do Código de Processo Civil (julgamento de recurso de apelação), a não unanimidade do julgado e a reforma, em grau de apelação, da sentença de mérito. Eles devem se referir ao mesmo aspecto julgado, quando for parcial o desacordo no acórdão embargado.
- Por se tratar de lei processual, a Lei nº 10.532/01, que deu a redação atual ao artigo 530 do Código de Processo Civil, tem aplicação imediata, a partir de sua vigência.
- O juízo de admissibilidade recursal pode ser realizado tanto pelo relator do acórdão embargado, como prescreve o artigo 531 do Código de Processo Civil, como pelo relator atual dos embargos, e consequentemente, pela Colenda Terceira Seção desta Corte.
- Por traduzirem matéria de ordem pública, os pressupostos recursais, entre eles o cabimento do recurso, podem e devem ser apreciados pelo Órgão julgador, sendo incompatível invocar o instituto da preclusão para evitar seu exame por esta Colenda Seção.

- No caso dos autos, o desacordo no v. aresto embargado foi parcial e incidiu apenas no que diz respeito ao pedido de revisão da RMI. Contudo, nesta parte, não ocorreu a reforma da sentença de mérito pelo acórdão embargado.
- Embargos infringentes não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, não conhecer dos embargos infringentes, nos termos do relatório e votos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de março de 2010.

Desembargadora Federal EVA REGINA - Relatora designada para o Acórdão

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LEIDE POLO (Relatora): Trata-se de embargos infringentes opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face do v. Acórdão proferido pela E. 5ª Turma desta Corte, o qual, por unanimidade rejeitou a preliminar e, *por maioria*, deu parcial provimento à apelação do INSS, interposta na ação de revisão de benefício previdenciário ajuizada em 12 de abril de 1996 por JERSON JOSE TRAINE CORREIA, que colima:

"a) Revisão e recomposição da renda mensal inicial (RMI) do A., pelo resultado da média aritmética simples dos últimos 36 salários-de-contribuição do período básico de cálculo (PBC), sem limitação a qualquer valor-teto, elevando-se o provento inicial, portanto, para CR$ 2.780.168,81, correspondente a 12,08 salários mínimos, uma vez que na época o salário mínimo importava em CR$ 230.000,00;
b) Após o recálculo da renda mensal inicial, conforme item

> ‘a’, revisão e recomposição da renda mensal também a partir do primeiro reajuste compulsório de setembro de 1992, com a aplicação do índice integral, e consequentemente com a recomposição de todos os proventos mensais subseqüentes, inclusive os natalinos, tudo seguido de correção monetária e juros na forma legal;
> c) Recomposição e manutenção ‘ad futurum’ da equivalência salarial da renda inicial, já revisada, em múltiplos de salários mínimos (12,08), que ‘tinham na data da concessão do benefício’, na forma prevista pelo art. 41, inciso I, da Lei 8.213/91, c/c art. 201, par. 2º da Constituição Federal e art. 58 do ADCT.;
> d) Acréscimo à condenação dos juros moratórios, correção monetária, nos termos da Súmula 71, do extinto T.F.R., custas processuais, honorários advocatícios à razão de 20% sobre o valor da condenação e mais 12 (doze) prestações vincendas, tudo como se apurar em regular execução de sentença e demais cominações de estilo.”

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente a ação e, inconformado, o INSS interpôs recurso de apelação pleiteando a reforma integral da r. sentença.

O v. Acórdão embargado, publicado em 04/11/2003 (fl. 116), está assim redigido:

> “PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. AFASTAMENTO DO LIMITE MÁXIMO DE SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. APLICAÇÃO DO ÍNDICE INTEGRAL AO PRIMEIRO REAJUSTE E EQUIVALÊNCIA SALARIAL.
> - Inocorre nulidade da sentença por incompatibilidade das condenações. Os pedidos formulados visam à complementação do benefício previdenciário do autor, razão pela qual são eles compatíveis entre si, o que possibilita sejam pleiteados na mesma ação.

- Efetuado o cálculo previsto no artigo 202, 'caput', da Carta Magna, o valor obtido só pode ser confrontado com um teto de salário-de-contribuição reajustado mês a mês. Qualquer outro limite máximo utilizado discrepará do comando constitucional.
- Inocorrência de desequilíbrio na relação contribuição-benefício, porquanto se trata de mera atualização de um e outro, mantendo-se a equivalência.
- A preservação, em caráter permanente, do valor real dos benefícios previdenciários, como mandamento constitucional, é feita conforme critérios definidos em lei, em obediência aos artigos 201, § 2º, e 202, 'caput', da Carta Magna.
- A regra aplicável é a da proporcionalidade da variação acumulada do índice vigorante, havida entre a data de início, inclusive, e o mês imediatamente anterior ao início, inclusive, e o mês imediatamente anterior ao primeiro reajuste do benefício, conforme determinação do artigo 41, inciso II, da Lei 8.213/91, repetida no artigo 9º da Lei 8.542/92.
- A norma do artigo 41 da Lei 8.213/91 é específica e clara, no tocante à periodicidade e índice aplicável, razão pela qual sua eficácia é imediata e não dependeu de regulamento, que só veio a repetir-lhe o texto.
- O caráter provisório do preceito do artigo 58 do ADCT é delimitado pela implantação do plano de custeio e benefícios. Porém, a própria Lei 8213/91 prevê diversos prazos para providências que indica (arts. 144, 145, 146 e outros), mas não para o reajustamento de benefícios, cujo critério é de vigência instantânea, a teor do seu artigo 155.
- Inaplicabilidade do artigo 58 do ADCT e da Súmula 260 do extinto TFR por tratarem de orientação precedente à edição da Lei 8.213/91.
- A correção monetária incide a partir do vencimento de cada prestação do benefício, para que não haja enriquecimento ilícito da autarquia em detrimento do beneficiário e

de acordo com o entendimento desta corte, consubstanciado na Súmula nº 08. Sobre as diferenças os índices de atualização aplicáveis são os das Leis nºs 6.899/81, 8.213/91, 8.542/92, 8.880/94 e alterações posteriores, no âmbito de suas respectivas vigências.

- Cabe redução do porcentual dos honorários advocatícios para 10% sobre o valor da condenação, excluídas as parcelas vincendas. *In casu*, remunera adequadamente o trabalho desenvolvido pelo advogado. A causa não exigiu maiores esforços.

- Preliminar rejeitada. Apelo parcialmente provido." (fls. 114/115)

O embargante, não se conforma com o v. Acórdão do voto-vista prevalente, na parte que entendeu ser o procedimento adotado para o cálculo do benefício incorreto e violador da Carta Constitucional, vez que considerado salário-de-contribuição inferior no cálculo do benefício do embargado. Pretende a prevalência do voto vencido, que deu provimento à sua apelação e, alega, em síntese, que:

a) é clara a divergência quanto à aplicação de limites na apuração do salário-de-contribuição (arts. 29, § 2º e 33, Lei nº 8.213/91) no cálculo da renda mensal inicial;

b) a imposição legal dos limites máximos (tetos) deve ser observada, porquanto além de jurídico guarda consonância com as necessidades do sistema previdenciário.

Os embargos infringentes foram admitidos, sendo os autos encaminhados para redistribuição à 3ª Seção.

Houve oferecimento de contrarrazões (fls. 131/137).

É O RELATÓRIO.

À REVISÃO.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LEIDE POLO

(Relatora): Os embargos infringentes foram admitidos consoante despacho de fls. 124. Não havendo oposição, impugnação à decisão, houve preclusão, determinante da apreciação dos presentes embargos.

Passo à sua análise.

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO-INSS em face do v. Acórdão não unânime proferido pela E. 5ª Turma desta Corte, que, por maioria, deu parcial provimento à sua apelação interposta na ação de revisão de benefício previdenciário ajuizada em 12 de abril de 1996 por JERSON JOSE TRAINE CORREIA, que objetiva a revisão da renda mensal inicial de seu benefício previdenciário de aposentadoria especial, cujo termo inicial é de 05/08/1992.

No caso destes presentes embargos infringentes, verifica-se que a controvérsia recai apenas sobre o recálculo do valor inicial do benefício do ora embargante tomando-se por base os 36 últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente, em conformidade com o *caput* do artigo 202 da Constituição Federal em sua redação original, *sem limitação a qualquer valor-teto*. Saliente-se que em relação aos demais pedidos integrantes da exordial da ação revisional, formulados pela parte embargada e acolhidos na r. sentença de primeiro grau, foram julgados improcedentes em sede recursal.

Também cabe esclarecer que não houve pedido de aplicação do artigo 26 da Lei nº 8.870/94 na ação revisional e, assim, a questão sequer foi enfrentada na r. sentença de primeiro grau e no voto vencido do Relator da apelação cível. E o voto-condutor apenas faz menção a esse dispositivo legal não determinando a sua aplicação.

Trago à colação o entendimento perfilhado no voto-condutor sobre a matéria impugnada nestes embargos, *verbis:*

> "Tanto o artigo 29, § 2º, como os artigos 31 e 33 da Lei 8.213/91, na sua parte final, harmonizam-se com o dispositivo constitucional. Aritmeticamente, a média dos salários-de-contribuição não pode ser superior ao limite máximo

do salário-de-contribuição. Todavia, efetuado o cálculo previsto no artigo 202, *caput*, da Carta Magna, o resultado obtido só pode ser confrontado com um teto de salário-de-contribuição reajustado mês a mês. Qualquer outro utilizado discrepará do comando constitucional e não poderá prevalecer. Ademais, o próprio legislador ordinário veio a reconhecer que o procedimento adotado vinha prejudicando o segurado e, em conseqüência, determinou a revisão dos benefícios concedidos nos termos da Lei nº 8.213/91, mediante a aplicação do percentual correspondente à diferença entre a média dos salários-de-contribuição e o salário-de-benefício considerado (art. 26 da Lei 8.870, de 16.04.94).

In casu, o documento de fl. 20 evidencia que o cálculo do salário-de-benefício foi feito nos moldes preconizados na Constituição. Porém, o valor obtido foi desprezado e, no seu lugar, foi considerado salário-de-contribuição inferior, procedimento incorreto e violador do texto da Lei Maior. Não se alegue, outrossim, desequilíbrio na relação contribuição-benefício, porquanto se trata de mera atualização de um e outro, mantendo-se a equivalência."

E a conclusão do voto vencido é no seguinte teor:

"(...) Em resumo, afirmo, buscando aval na orientação harmônica e complementar dos Tribunais Superiores, cada qual em seu âmbito de atuação, não só que o art. 29, par. 3º, da Lei nº 8.213 (teto do salário-de-benefício) é constitucional, como representa a *interpositio legislatoris* necessária para que a Constituição Federal fosse corretamente compreendida. E a se aceitar isso, com maior força de razão será constitucional o limite dos arts. 33 e 41, par. 3º. Minha convicção nesse sentido é reforçada pela redação que o art. 202, *caput*, da Carta Magna passou a ter após a Emenda Constitucional nº 20 (DOU de 16 de dezembro de 1998):

> 'Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.'
> Como a um lance se infere, o Poder Constituinte Derivado retirou toda possível referência a salário-de-benefício. De modo que a aplicação da antiga redação, diferentemente da que ora se sustenta, levaria à criação de odiosos privilégios, instaurando uma casta afortunada de aposentados no decênio superveniente a 05.10.88, somente ela isenta de 'teto', em detrimento dos que passaram à inatividade fora dessas balizas. Não me parece que tal situação resultasse justa, nem oportuna, nem de boa hermenêutica."

Os artigos da atual Lei de Benefícios e de Custeio da Previdência Social, que delimitam maior e menor valor teto, restaram declarados em conformidade com a Constituição Federal e, por isso, devem ser observados, sob pena de contrariedade à lei.

A limitação imposta pela norma não afronta qualquer preceito constitucional ou legal, ao contrário, decorre da determinação constitucional no sentido de regulamentar a Previdência Social e tão-somente integra as medidas necessárias à viabilidade do sistema previdenciário. Não se pode pretender que os critérios de concessão e cálculo dos benefícios obedeçam exclusivamente à proporcionalidade aritmética entre o que foi recolhido e o valor do benefício, pois, dessa forma, não se atenderia à finalidade social da Previdência Social.

De fato, o conceito de salário-de-benefício segundo o autor Daniel Machado da Rocha, no capítulo "Regime Geral de Previdência e Prestações Previdenciárias", *in* Freitas, Vladimir P. (Coord.). Direito Previdenciário, Aspectos Materiais, Processuais e Penais, 2ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 72 a 76: "É a média atualizada dos valores, sobre os quais o *recolhimento estava autorizado*, considerados no período de apuração, e cujo resultado servirá de importância básica para o estabelecimento da

renda mensal inicial dos benefícios de prestação continuada" (g. n.).

A respeito do tema, tanto na legislação pretérita, quanto na legislação em vigor, sempre existiu a limitação do salário-de-contribuição, sendo que o salário-de-benefício, cuja média atualizada serve de base para o estabelecimento da renda mensal inicial, deve ficar adstrito ao limite máximo do salário-de-contribuição, atrelando, por sua vez, a renda mensal do benefício de prestação continuada ao limite máximo do salário-de-contribuição.

A jurisprudência é pacífica sobre a matéria, a exemplo da seguinte ementa:

> "PREVIDENCIÁRIO - REVISÃO DE BENEFÍCIO - RECURSO ESPECIAL - RENDA MENSAL INICIAL DE BENEFÍCIO CONCEDIDO ENTRE 05/10/88 E 05/04/91 - APLICAÇÃO DO ARTIGO 144 E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.213/91 - ART. 202 DA CF/88 - VALOR TETO - ARTIGO 29, § 2º, DA LEI 8.213/91.
> - Por decisão plenária, o STF firmou entendimento no sentido da não auto-aplicabilidade do art. 202, da Carta Magna, 'por necessitar de integração legislativa, para complementar e conferir eficácia ao direito nele inserto' (RE 193.456-5/RS, DJU de 07/11/97).
> - Aplica-se o disposto no *caput* e parágrafo único do art. 144 da Lei 8.213/91, aos benefícios concedidos no período compreendido entre a promulgação da CF/88 e a edição da Lei 8.213/91, que fixou o INPC como índice de correção dos salários de contribuição, bem como estabeleceu não ser devido o pagamento de diferenças entre outubro/88 e maio/92.
> - No cálculo do salário-de-benefício deve ser observado o limite máximo do salário-de-contribuição, na data inicial do benefício. Inteligência do art. 29, § 2º, da Lei 8.213/91. Precedentes.
> - As disposições contidas nos artigos 29, § 2º e 33 e 136, todos da Lei 8.213/91, não são incompatíveis e visam a preservar o valor real dos benefícios. Precedentes.

- Recurso conhecido e provido."
(STJ, 5ª Turma, Relator Ministro Jorge Scartezzini, RESP nº 631.123, DJ 02/08/2004)

Por outro lado, o disposto no artigo 136 da Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social, não interfere em qualquer determinação do artigo 29 da mesma lei, pois versam sobre questões diferentes. Aquele vem descrito no "Titulo IV - Das Disposições Finais e Transitórias" da Lei 8.213/91, porque se refere à eliminação da forma de cálculo descrita no artigo 23 do Decreto 8.9312/84, que adotava critério diverso na apuração do valor da renda mensal do benefício.

Considerando a uníssona jurisprudência no sentido da constitucionalidade dos artigos 29, § 2º, 33 e 136 da Lei nº 8.213/91, que estabelece os limites dos salários-de-contribuição e dos salários-de-benefício, acolho os termos do voto vencido.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos infringentes, a fim de que prevaleça o voto vencido que deu provimento à apelação do INSS, na forma da fundamentação.

É como voto.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal EVA REGINA: Cuida-se de embargos infringentes opostos pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL em face de acórdão proferido pela E. Quinta Turma deste Tribunal que, em ação revisional de benefício previdenciário, por unanimidade, rejeitou a matéria preliminar e, no mérito, por maioria, deu parcial provimento à apelação da autarquia, apenas para excluir da condenação "a aplicação do índice integral ao primeiro reajuste e a equivalência em número de salários mínimos", nos termos do voto-vista do Desembargador Federal André Nabarrete, vencido o Juiz Federal Convocado Erik Gramstrup, então relator, que dava provimento integral ao apelo do INSS.

Segundo o posicionamento exarado pela Douta Relatora, Desembargadora Federal Leide Polo, no julgamento deste recurso, estaria preclusa a questão da admissibilidade recursal, uma vez que os embargos infringentes foram admitidos por decisão proferida nos autos, a qual não foi impugnada no momento oportuno. No mérito, votou no sentido de dar provimento ao recurso, a fim de que prevaleça o voto vencido, que deu provimento à apelação do INSS e julgou improcedente o pedido revisional.

Contudo, ouso dela divergir, porque entendo não estar preclusa, para o órgão julgador, a questão da análise da admissibilidade recursal e, não estando preenchidos os seus requisitos, não deve o recurso ser conhecido.

Senão, vejamos.

Prescreve o artigo 530 do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 10.532/01, "in verbis":

> "Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou se houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência."

Portanto, se inicialmente os embargos infringentes eram cabíveis em qualquer hipótese de julgamento "não unânime", ou seja, quando a Turma julgadora proferisse suas decisões "por maioria", percebe-se que, com a redação atual do artigo mencionado, a intenção do legislador pátrio foi no sentido de, na hipótese de julgamento de recurso de apelação, restringirem-se as hipóteses de seu cabimento, permitindo-o quando preenchidos dois requisitos:

a) ter sido "não unânime" o v. acórdão;

b) quando o v. acórdão "houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito".

E por se tratar de lei processual, insiste-se, a norma passou a ter aplicação imediata a partir de sua vigência.

Com a devida vênia ao posicionamento da Ilustre Relatora,

Desembargadora Federal Leide Polo, entendo que o juízo de admissibilidade recursal pode ser realizado tanto pelo relator do acórdão embargado, como prescreve o artigo 531 do Código de Processo Civil, como pelo atual relator, e consequentemente, por esta Colenda Terceira Seção.

Nesse sentido, ensina Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, RT, 10ª edição revista, 2007, em nota *"4"* ao artigo 531 citado:

> "*4. Juízo de admissibilidade.* O relator do acórdão embargado tem o juízo de admissibilidade provisório dos embargos infringentes, cumprindo-lhe apreciar o cabimento do recurso. Caso profira juízo positivo de admissibilidade, segue-se o procedimento do CPC 533."

Assim, por traduzirem matéria de ordem pública, os pressupostos recursais, entre eles o cabimento do recurso, podem e devem ser apreciados pelo Órgão julgador, sendo incompatível invocar o instituto da preclusão para evitar o seu exame por esta Colenda Seção.

Esta Terceira Seção, em caso similar, já entendeu ter competência para apreciar e julgar a questão de cabimento dos embargos infringentes, o que fez no agravo regimental nº 2001.03.99.027823-4, julgado em 22.10.09 (DJ 14.01.2010).

Desta forma, se este Órgão julgador tem a palavra final para decidir sobre a correção da decisão que indeferiu o processamento dos embargos infringentes, sob o fundamento do não preenchimento dos requisitos de admissibilidade, também deve ser dela a apreciação final sobre a decisão de admissão dessa modalidade recursal, em sua forma "positiva".

"In casu", a parte embargada pleiteou a revisão de seu benefício previdenciário de modo a revisar a RMI pela correção dos 36 salários-de-contribuição sem limitação de teto, a aplicação da Súmula 260 do ex-TFR e a equivalência salarial veiculada no artigo 58 do ADCT.

O v. acórdão embargado (fls. 114/115), por unanimidade, rejeitou a preliminar arguida e, no mérito, por maioria, deu parcial provimento à apelação, excluindo da condenação "a aplicação do índice integral ao primeiro reajuste e a equivalência em número de salários mínimos", nos termos do voto-vista do Desembargador Federal André Nabarrete (fls. 112/113). Restou vencido o Juiz Federal Convocado Erik Gramstrup, então relator, que dava provimento integral ao apelo do INSS (fls. 88/103).

Logo, o v. arresto manteve a r. sentença na parte que determinou a revisão da RMI do benefício previdenciário.

Em outras palavras, o julgado ora embargado, ao analisar o mérito da apelação do INSS, acolheu as argumentações recursais da autarquia para afastar, por unanimidade, o pedido revisional referente à aplicação da Sumula nº 260 do ex-TFR e do artigo 58 do ADCT, mas, por maioria, manteve a revisão da RMI do benefício previdenciário.

Percebe-se, desta forma, que o desacordo no aresto embargado foi parcial e incidiu apenas no que diz respeito ao pedido de revisão da RMI. Contudo, nesta parte, não ocorreu a reforma da sentença de mérito pelo acórdão embargado.

Por essa razão e por entender que os dois requisitos de admissibilidade dos embargos infringentes (decisão "não unânime" e "reforma da sentença de mérito") têm de se referir ao mesmo aspecto julgado, quando for parcial o desacordo no acórdão embargado, concluo ser caso de não se admitir o presente recurso.

Pelo exposto, não conheço dos embargos infringentes.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal EVA REGINA - Relatora designada para o Acórdão

“HABEAS CORPUS”

"HABEAS CORPUS"
0011345-89.2010.4.03.0000
(2010.03.00.011345-4)

Impetrantes: SEBASTIÃO DE OLIVEIRA LIMA E AIRES GONÇALVES
Paciente: NILTON ROCHA FILHO
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Corréus: NILTON FERNANDO ROCHA E OUTROS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
Classe do Processo: HC 40677
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/07/2010

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIME ANTECEDENTE. CRIME ORGANIZADO. ORDEM DENEGADA.

1. A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção (cf. art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República de 1988, c. c. o art. 647 do Decreto-lei nº 3.689/41 - Código de Processo Penal brasileiro - CPP).

2. Por outras palavras, é indispensável que o manejo da ação de *habeas corpus* esteja subsidiado por um direito singular (a liberdade de locomoção), cuja ameaça ou efetiva afetação (pela violência) decorra de ato manifestamente ilegal ou perpetrado abusivamente, de modo a fazer surgir para o paciente o interesse e a utilidade de socorrer-se mediante a intervenção do judiciário e por via desta ação peculiar.

3. Esse não é o caso, contudo.

4. O paciente foi denunciado pela prática do crime de sonegação fiscal (artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, c. c. o art. 69 do Código Penal); também pela prática do crime de falsidade ideológica e material (artigos 299 e 297,

ambos do Código Penal); pela de uso de documento falso (artigo 304 do Código Penal), em concurso material (art. 69, CP); pela prática do crime de formação de quadrilha (artigo 288 do Código Penal); e pela prática do crime de lavagem de bens e valores (art. 1º, VII, § 1º, I, § 2º, II, da Lei nº 9.613/98), porque, juntamente com outros denunciados, teria formado um complexo de empresas tidas como "satélites" com o fim de sonegar tributos.

5. Apesar de os impetrantes, em *habeas corpus*, haverem obtido a concessão da ordem perante o Supremo Tribunal Federal, para determinar o trancamento do inquérito policial em relação ao delito de sonegação fiscal, tal decisão não tem o efeito que a ela se quer dar.

6. A lavagem de dinheiro, assim como a receptação, por definição, é crime derivado ou acessório, pressupondo vantagens financeiras e econômicas mediante um delito anterior, mas não a denúncia ou, mesmo, a condenação do agente em um dos crimes arrolados pelo artigo 1º da Lei federal nº 9.613/1998.

7. O fato de o agente não haver sido denunciado pelo crime antecedente é irrelevante para a responsabilização por lavagem de dinheiro.

8. Conforme a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a participação no crime antecedente não é indispensável à adequação da conduta de quem oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente: STJ – Apn. 458/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2009, DJe 18/12/2009.

9. O Supremo Tribunal Federal já decidiu da mesma forma: HC 91.603, rel. Ellen Gracie, Dje-182 de 25.09.2008.

10. Na hipótese dos autos, contudo, a imputação do crime de lavagem de dinheiro prefigura-se não apenas como acessória do crime de sonegação fiscal, mas também como

adjetiva ao crime de participação em organização criminosa, como se observa da denúncia de fls. 20/68.

12. Narra-se na peça de acusação que o paciente, juntamente com outras 19 (dezenove), estaria à frente de organização criminosa dedicada à sonegação fiscal e à lavagem de ativos: "... foi instaurado para apurar notícias de que a família ROCHA, capitaneada pelos irmãos AURÉLIO e NILTON FERNANDO ROCHA, sócios-proprietários da empresa CAMPINA VERDE ARMAZÉNS GERAIS LTDA., com sede em Dourados/MS - que tem como objeto social o armazenamento de grãos e, portanto, não os pode comercializar - vem nos últimos anos, valendo-se de empresas constituídas por 'laranjas', para realizar esse tipo de negociação, com vistas à sonegação de tributos federais e estaduais. (...) para não figurar ostensivamente nessas negociações, AURÉLIO e FERNANDO urdiram, com o auxílio dos contadores da Contábil São Paulo, Paulo Roberto Campione w Milton Carlos Luna, e ainda José Américo Maciel das Neves, um engenhoso esquema: constituem, à medida de suas conveniências, empresas 'de fachada', em nome de terceiros (com ou sem o conhecimento destes) e utilizam-nas na formalização dessas compras e revendas, sem qualquer preocupação em adimplir os tributos incidentes sobre as operações; com esses procedimentos, o Fisco (tanto estadual, quanto federal), fica desprovido de quaisquer garantias para o recebimento dos valores sonegados, uma vez que não há bens (quer dos sócios, quer da empresa) a serem excutidos".

13. Observe-se que a denúncia, trasladada às fls. 20/66, apresenta-se hígida e regular, imputando pormenorizadamente a cada um dos acusados as respectivas condutas delitivas.

14. Especificamente sobre a alegação dos impetrantes de que não haveria "organização criminosa", logo, crime antecedente, a proporcionar as sanções da Lei federal nº 9.613/1998, já decidiu outrora o Superior Tribunal de

Justiça pela impropriedade da ação de *habeas corpus* para a veiculação da questão, haja vista a manifesta dilação probatória que o tema envolve: HC 54.850/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009.

15. Note-se que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, à qual o Brasil aderiu e internalizou, com o Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, no seu artigo 2º, alínea "a", adotou como conceito de grupo criminoso organizado o grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

16. Os elementos indiciários de materialidade e autoria, logo, permitem concluir pela justa causa da ação penal, inclusive no tocante à lavagem de ativos obtidos.

17. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer e denegar a ordem, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo Desembargador Federal Peixoto Junior, pela conclusão, e pelo Desembargador Federal André Nekatschalow, nos termos do voto.

São Paulo, 07 de junho de 2010.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): Trata-se de ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrada por Sebastião de Oliveira Lima e por Aires

Gonçalves, advogados, em favor de NILTON ROCHA FILHO, sob o argumento de que o paciente estaria submetido a constrangimento ilegal, por parte do MM. Juiz Federal da Terceira Vara de Campo Grande/MS.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do crime de sonegação fiscal (artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, c. c. o art. 69 do Código Penal); também pela prática do crime de falsidade ideológica e material (artigos 299 e 297, ambos do Código Penal); pela de uso de documento falso (artigo 304 do Código Penal), em concurso material (art. 69, CP); pela prática do crime de formação de quadrilha (artigo 288 do Código Penal); e pela prática do crime de lavagem de bens e valores (art. 1º, VII, § 1º, I, § 2º, II, da Lei nº 9.613/98), porque, juntamente com outros denunciados, teria formado um complexo de empresas tidas como "satélites" com o fim de sonegar tributos.

Ressaltam os impetrantes que, em *habeas corpus* impetrado diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, a ordem foi parcialmente concedida em favor do ora paciente para determinar o trancamento da ação penal em relação ao delito de sonegação fiscal.

Desse modo, sustentam, com o trânsito em julgado da decisão acima referida, a acusação contra o paciente se limita aos delitos de falsidade ideológica e material e uso de documentos falsos, formação de quadrilha e de lavagem de bens e valores, sendo que, nesses termos, o paciente continua a responder junto ao Juízo Criminal da Terceira Vara de Campo Grande - MS.

Afirmam os impetrantes que não há justa causa para o prosseguimento da ação penal.

Primeiro, em razão da inexistência, na denúncia, do delito antecedente; segundo, por impossibilidade de realização dos tipos descritos na denúncia; e terceiro, em face da violação da garantia constitucional da legalidade.

Discorrem sobre cada um dos temas e concluem que deve ser excluída a imputação contra o paciente da prática do crime de sonegação fiscal por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Pedem liminar para "suspender a denúncia, com relação ao

delito de lavagem de bens e valores, até a definitiva concessão da ordem aqui pleiteada".

Pedem, enfim, a concessão da ordem para determinar a exclusão, na denúncia recebida pelo Magistrado, da imputação feita ao paciente da prática do delito de lavagem de bens e valores a que se refere o artigo 1º, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

Juntaram os documentos de fls. 17/121.

Decisão que indeferiu a liminar (fls. 123/124).

Vieram as informações.

Parecer ministerial pela denegação da ordem.

É o breve relatório.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção (cf. art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição da República de 1988, c. c. o art. 647 do Decreto-lei nº 3.689/41 - Código de Processo Penal brasileiro - CPP).

Por outras palavras, é indispensável que o manejo da ação de *habeas corpus* esteja subsidiado por um direito singular (a liberdade de locomoção), cuja ameaça ou efetiva afetação (pela violência) decorra de ato manifestamente ilegal ou perpetrado abusivamente, de modo a fazer surgir para o paciente o interesse e a utilidade de socorrer-se mediante a intervenção do judiciário e por via desta ação peculiar.

Esse não é o caso, contudo.

O paciente foi denunciado pela prática do crime de sonegação fiscal (artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, c. c. o art. 69 do Código Penal); também pela prática do crime de falsidade ideológica e material (artigos 299 e 297, ambos do Código Penal); pela de uso de documento falso (artigo 304 do Código

Penal), em concurso material (art. 69, CP); pela prática do crime de formação de quadrilha (artigo 288 do Código Penal); e pela prática do crime de lavagem de bens e valores (art. 1º, VII, § 1º, I, § 2º, II, da Lei nº 9.613/98), porque, juntamente com outros denunciados, teria formado um complexo de empresas tidas como "satélites" com o fim único de sonegar tributos.

Apesar de os impetrantes, em *habeas corpus*, haverem obtido a concessão da ordem perante o Supremo Tribunal Federal, para determinar o trancamento do inquérito policial em relação ao delito de sonegação fiscal, tal decisão não tem o efeito que a ela se quer dar.

A lavagem de dinheiro, assim como a receptação, por definição, é crime derivado ou acessório, pressupondo vantagens financeiras e econômicas mediante um delito anterior, mas não a denúncia ou, mesmo, a condenação do agente em um dos crimes arrolados pelo artigo 1º da Lei federal nº 9.613/1998.

O fato de o agente não haver sido denunciado pelo crime antecedente é irrelevante para a responsabilização por lavagem de dinheiro.

Conforme a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a participação no crime antecedente não é indispensável à adequação da conduta de quem oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes direta ou indiretamente: STJ - APn. 458/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2009, DJe 18/12/2009.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu da mesma forma (sem destaques no original):

> "*HABEAS CORPUS*. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO ANTECEDENTE. DESNECESSIDADE, BASTANDO A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE MOTIVO SUFICIENTE PARA O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. Não

> é inepta a denúncia que, como no caso, individualiza a conduta imputada a cada réu, narra articuladamente fatos que, em tese, constituem crime, descreve as suas circunstâncias e indica o respectivo tipo penal, viabilizando, assim, o contraditório e a ampla defesa. *A denúncia não precisa trazer prova cabal acerca da materialidade do crime antecedente ao de lavagem de dinheiro. Nos termos do art. 2º , II e § 1º, da Lei 9.613/1998, o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro 'independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes', bastando que a denúncia seja 'instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente', mesmo que o autor deste seja 'desconhecido ou isento de pena'. Precedentes* (HC 89.739, rel. min. Cezar Peluso, Dje-152 de 15.08.2008). Além disso, a tese de inexistência de prova da materialidade do crime anterior ao de lavagem de dinheiro envolve o reexame aprofundado de fatos e provas, o que, em regra, não tem espaço na via eleita. O trancamento de ação penal, ademais, é medida reservada a hipóteses excepcionais, como 'a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas' (HC 91.603, rel. Ellen Gracie, Dje-182 de 25.09.2008), o que não é caso dos autos. Ordem denegada".

Na hipótese dos autos, contudo, a imputação do crime de lavagem de dinheiro prefigura-se, não apenas como acessória do crime de sonegação fiscal, mas também como adjetiva ao crime de participação em organização criminosa, como se observa da denúncia de fls. 20/68.

Narra-se na peça de acusação que o paciente, juntamente com outras 19 (dezenove), estaria à frente de organização criminosa dedicada à sonegação fiscal e à lavagem de ativos:

> "... foi instaurado para apurar notícias de que a família ROCHA, capitaneada pelos irmãos AURÉLIO e NILTON

> FERNANDO ROCHA, sócios-proprietários da empresa CAMPINA VERDE ARMAZÉNS GERAIS LTDA., com sede em Dourados/MS - que tem como objeto social o armazenamento de grãos e, portanto, não os pode comercializar - vem nos últimos anos, valendo-se de empresas constituídas por 'laranjas', para realizar esse tipo de negociação, sempre com vistas à sonegação de tributos federais e estaduais. (...) para não figurar ostensivamente nessas negociações, AURÉLIO e FERNANDO urdiram, com o auxílio dos contadores da Contábil São Paulo, Paulo Roberto Campione w Milton Carlos Luna, e ainda José Américo Maciel das Neves, um engenhoso esquema: constituem, à medida de suas conveniências, empresas 'de fachada', em nome de terceiros (com ou sem o conhecimento destes) e utilizam-nas na formalização dessas compras e revendas, sem qualquer preocupação em adimplir os tributos incidentes sobre as operações; com esses procedimentos, o Fisco (tanto estadual, quanto federal), fica desprovido de quaisquer garantias para o recebimento dos valores sonegados, uma vez que não há bens (quer dos sócios, quer da empresa) a serem excutidos".

Observe-se que a denúncia, trasladada às fls. 20/66, apresenta-se hígida e regular, imputando pormenorizadamente a cada um dos acusados as respectivas condutas delitivas.

Especificamente sobre a alegação dos impetrantes de que não haveria "organização criminosa", logo, crime antecedente, a proporcionar as sanções da Lei federal nº 9.613/1998, já decidiu outrora o Superior Tribunal de Justiça pela impropriedade da ação de *habeas corpus* para a veiculação da questão, haja vista a manifesta dilação probatória que o tema envolve:

> "DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SONEGAÇÃO FISCAL. FRAUDE A EXECUÇÃO. QUADRILHA OU BANDO. SONEGAÇÃO FISCAL. (1) TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

PENDÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. EXISTÊNCIA DE PARCELAMENTO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. CONSTRANGIMENTO. NÃO APURAÇÃO. (2) TIPO PENAL DE LAVAGEM DE DINHEIRO. DELITO PRECEDENTE. (A) SONEGAÇÃO FISCAL. ROL TAXATIVO. CONSTRANGIMENTO. RECONHECIMENTO. (B) ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NATUREZA JURÍDICA. CONTROVÉRSIA. MELHOR EXAME: VIA ORDINÁRIA.

1. O trancamento de ação penal é medida excepcional, que depende, na estreita via do *writ*, de prova preconstituída do constrangimento ilegal. *In casu*, as alegações de que seria atípica a irrogada conduta de sonegação fiscal, em razão da pendência de recurso administrativo/existência de parcelamento do débito não colhem dada a deficiência na instrução.

2. O crime de lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de crime antecedente, o qual deverá encontrar-se listado no rol taxativo do art. 1º da Lei 9.613/98. Não se encontra em tal catálogo o crime de sonegação fiscal - inteligência autorizada pelo teor a Exposição de Motivos da legislação de regência. Já no tocante à referência a atuação de organização criminosa, inciso VII do art. 1º da Lei 9.613/98, é inviável na angusta via do writ*, perquirir acerca de tema tão controvertido.*

3. Ordem em parte concedida apenas para afastar da imputação constante da denúncia a referência ao inciso V do art. 1º da Lei 9.613/98."

(HC 54.850/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 18/05/2009)

Note-se que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, à qual o Brasil aderiu e internalizou, com o Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, no seu artigo 2º, alínea "a", adotou como conceito de grupo criminoso organizado

o grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Na hipótese, como bem se viu, os elementos indiciários de materialidade e autoria permitem concluir pela justa causa da ação penal, inclusive no tocante à lavagem de ativos obtidos ilicitamente.

Ante o exposto, voto por denegar a ordem.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

- Sobre a responsabilização pelo crime de lavagem de dinheiro ser independente da condenação do agente pelo crime antecedente, veja também os seguintes julgados: HC 1999.03.00.016717-9/MS, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicado na RTRF3R 68/369 e ACr 2000.60.02.002012-0/MS, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicada na RTRF3R 84/253.

INQUÉRITO POLICIAL

INQUÉRITO POLICIAL
0002821-32.2008.4.03.6125
(2008.61.25.002821-9)

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Indiciado: PAULO CESAR MINOZZI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE OURINHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe do Processo: IP 875
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/06/2010

EMENTA

INQUÉRITO. PREFEITO. SUPRESSÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. OMISSÃO DE REMUNERAÇÕES PAGAS A EMPREGADOS, CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS E OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. PARCELAMENTO. ARQUIVAMENTO. DESCABIMENTO.

- Investigação do atual prefeito e dois outros ex-prefeitos por supressão de contribuições previdenciárias, entre 11.99 e 05.07, mediante omissão de remunerações pagas a empregados e contribuintes individuais, bem como por três autos de infrações por descumprimento de obrigações acessórias. Conforme documentação nos autos, a NFLD nº 37.101.909-5 foi incluída em parcelamento e o auto de infração nº 37.101.904-7, que se refere à multa do período do atual prefeito, foi julgado improcedente e arquivado.

- No tocante à NFLD nº 37.101.909-5, por força do artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03, está suspensa a pretensão punitiva estatal até que persista o parcelamento do débito fiscal. Como questão prévia ou prejudicial, impede que se examinem a materialidade ou autoria delitivas. A persecução penal se suspende, até que, paga a dívida ao final do parcelamento, sobrevenha a extinção da punibilidade ou, não cumprido o parcelamento ou excluído dele, retome-se a persecução penal, seja com a investigação, seja com a ação penal. Precedentes.

- Suspensa a pretensão punitiva estatal com o parcelamento, não cabe ingressar na análise do dolo com que atuaram os agentes, pois significaria provocar a jurisdição estatal sobre tema meritório da conduta do investigado, que pressupõe a persecução penal que está suspensa. Não é caso de se arquivarem ou não os autos, mas aguardar o desfecho do parcelamento.
- A ausência de dolo não resulta da investigação. Não se pode extraí-la, pura e simplesmente, das declarações dos responsáveis pelo município, nos seus mandatos. Afirmações de que se desconheciam os fatos, que foram erros ou irregularidades, que não houve má fé ou que se procurou regularização mediante parcelamento são insuficientes, sem que se investigue melhor o que acontecia no âmbito das prefeituras.
- O parcelamento do débito não afasta o dolo da conduta dos agentes, uma vez que os pagamentos se dão e darão mediante a retenção de valores das quotas do Fundo de Participação dos Municípios a que a prefeitura faz jus.
- Remessa dos autos Sr. Procurador Geral da República, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, à vista de não ser caso de arquivamento do inquérito, mas de este ficar suspenso enquanto em curso o parcelamento do débito previdenciário, assim como de não correr a prescrição, *ex vi* do artigo 9º, *caput* e § 1º, da Lei nº 10.684/03.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, à unanimidade, determinar o encaminhamento dos autos ao Exmo. Sr. Procurador Geral da República, a teor do artigo 28 do Código de Processo Penal, nos termos do relatório e voto do Relator.

São Paulo, 26 de maio de 2010.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

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

O Ministério Público Federal, nos autos do inquérito nº 2008.61.25.002821-9, requereu:

> "a) quanto ao atual Prefeito do Município de Timburi/SP, Sr. Paulo César Minozzi, dada a suspensão de punibilidade e, ainda, a ausência de elementos indicativos da tipicidade do fato, o MPF requer o arquivamento dos autos.
> b) quanto aos ex-prefeitos municipais Srs. Paulo Anton Josef Bannwart e José Francisco das Neves, requer a remessa dos autos ao Juízo Federal de 1 instância para análise e decisão que o caso requeira". (fl. 68vº)

Sua argumentação parte da perquirição do elemento subjetivo do tipo para a configuração do delito do artigo 337-A, inciso III, do Código Penal. Sobre os fatos descreve:

> "Consta que os administradores da Prefeitura Municipal de Timburi/SP (ex-prefeitos), dentre eles o atual Prefeito, teriam suprimido contribuições previdenciárias, no período de novembro de 1999 a maio de 2007, mediante a omissão de remunerações pagas a empregados e contribuintes individuais, conforme constatado através da análise das GFIPs (guia de recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social) e demais documentos contábeis, sendo certo que em razão de tais condutas, o INSS lavrou a NFLD nº 37.101909-5, no valor de R$ 508.154,05 (quinhentos e oito mil, cento e cinqüenta e quatro reais e cinco centavos), em face da Prefeitura Municipal de Timburi/SP, e, além disso, foram lavrados 3 (três) Autos de Infração, por descumprimento de obrigações acessórias (multas), em GFIPs, em nome dos dirigentes municipais (ex-prefeitos), por período de gestão, cujos débitos estão assim descritos

(Apenso nº 01, vol. 01, fls. 318/326 e Apenso nº 01, vol. 02, fls. 04/06):

AI Nº DEBCAD	DATA DA INFRAÇÃO	VALOR
37.101.904-4	30.07.2007	218.566,14
37.080.653-0	30.07.2007	510.047,88
37.080.652-2	30.07.2007	150.653,40

É mister ressaltar que a responsabilização dos investigados decorre do fato de terem sido prefeitos municipais nos seguintes períodos de gestão:
Paul Anton Hosef Bannwart - período de gestão: 01.01.1997 a 31.12.2000.
José Francisco das Neves - período de gestão: 01.01.2001 a 31.12.2004.
Paulo César Minozzi - período de gestão: 01.01.2005 até a presente data". (fl. 64 e vº)

Sobre o dolo concluiu, após exame das declarações dos envolvidos, que:

"Assim sendo, todos foram instados a se manifestar, sendo certo que apresentaram versões que são uníssonas no sentido de que a Prefeitura do Município de Timburi/SP cometeu 'erros' ou 'irregularidades' no que pertine à forma de recolhimento das contribuições previdenciárias que são objeto das NFLDs nº 37.101.909-5,37.101.904-4, 37.080.653-0 e 37.080.652-2, mas sem a finalidade de fraudar a Previdência Social. Extrai-se, ainda, dos depoimentos, a firme intenção de proceder-se à regularização mediante o parcelamento dos débitos previdenciários constituídos em face do Município de Timburi/SP.
(...)
E, ainda que assim não fosse, é mister ressaltar que quanto a este débito (NFLD nº 37.101.909-5, lavrada em face da Prefeitura Municipal de Timburi/SP), não restou configurado

o elemento subjetivo do tipo, consubstanciado na vontade livre e consciente de fraudar a Previdência Social (dolo específico), a configurar a conduta típica prevista no art. 337-A, III, do Código Penal". (fls. 65 e 67)

Quanto aos processos fiscais informou:

"De fato, em resposta ao Ofício nº 3661/2009-MIOSF/PRR/3ª Região (doc. 01), a Agência da Receita Federal do Brasil em Piraju - DRF/MRA, POR VIA DO Ofício nº ARF/PJU 001 (doc. 02), informou que a NFLD Nº 37.101.909-5, no valor de R$ 508.154,05 (quinhentos e oito mil, cento e cinqüenta e quatro reais e cinco centavos), lavrada em face da Prefeitura Municipal de Timburi/SP, foi incluída no parcelamento nº 60.402.123-2, em 16.10.2007 (Processo Administrativo nº 13832.000.103/2007-11), e posteriormente incluída no parcelamento especial previsto na Lei nº 11.960/2009 em 28.08.2009 (Processo Administrativo nº 13832.000.171/2009-34). Quanto às demais autuações lavradas em virtude do descumprimento das obrigações acessórias, em GFIPs, informou o que segue:
- Auto de Infração nº 37.101.904-4: restou homologada a improcedência em 07.04.2009. Baixado por Decisão/Notificação em 07.04.2009 (Processo nº 13831.000.287/2007-11) - Arquivado;
- Auto de Infração nº 37.080.653-0: foi inscrito em Dívida Ativa pela Procuradoria da Fazenda Nacional em 08.05.2009 (Processo Administrativo nº 13831.000.284/2007-88);
- Auto de Infração nº 37.080.652-2: restou homologada a improcedência em 09.07.2008. Baixado por Decisão/Nofificação em 09.07.2008 (Processo Administrativo nº 13831.000.283/2007-99).
Diante desse contexto probatório, podemos concluir que: No que pertine à NFLD nº 37.101.909-5, objeto de parcelamento especial, está suspensa a punibilidade, por força do disposto no art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03, ora transcrito, *verbis*:

'Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios'." (fls. 66/67)

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

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

O atual prefeito de Timburi/SP, Paulo César Minozzi, e dois outros ex-prefeitos foram investigados por supressão de contribuições previdenciárias, entre 11.99 e 05.07, mediante omissão de remunerações pagas a empregados e contribuintes individuais, bem como por três autos de infrações por descumprimento de obrigações acessórias.

Conforme documentação nos autos (fl. 70), a NFLD nº 37.101.909-5 foi incluída em parcelamento e o auto de infração nº 37.101.904-7, que se refere à multa do período do atual prefeito, foi julgado improcedente e arquivado.

No tocante à NFLD nº 37.101.909-5, por força do artigo 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03, está suspensa a pretensão punitiva estatal até que persista o parcelamento do débito fiscal. Como questão prévia ou prejudicial, impede que se examinem a materialidade ou autoria delitivas. A persecução penal se suspende, até

que, paga a dívida ao final do parcelamento, sobrevenha a extinção da punibilidade ou, não cumprido o parcelamento ou excluído dele, retome-se a persecução penal, seja com a investigação, seja com a ação penal. Nesse sentido, já se decidiu:

> "*HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LEI Nº 10.684/03. IPI. PARCELAMENTO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. INQUÉRITO POLICIAL. ALCANCE. ORDEM CONCEDIDA.
> 1. A adesão ao Programa de Recuperação Fiscal - REFIS, com o parcelamento de débitos oriundos da falta de recolhimento de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, suspende a punibilidade do crime tipificado no artigo 2º da Lei nº 8.137/90 (Lei nº 10.684/03, artigo 9º, *caput*).
> 2. A suspensão da pretensão punitiva do Estado, enquanto efeito da inclusão da pessoa jurídica ao regime de parcelamento - REFIS, atribuído pelas Leis nº 9.964/00 e 10.684/03, alcança a própria fase procedimental-administrativa da *persecutio criminis*, até porque produz também a suspensão do prazo prescricional.
> 3. Ordem concedida."
> (STJ, HC 29745/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, v. u., DJ 06/02/2006 p. 328)

> "*HABEAS CORPUS* - EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS PARA A INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL - JUSTA CAUSA PARA SUA INSTAURAÇÃO PENAL - CRIME TRIBUTÁRIO - ARTIGO 1º, II, DA LEI 8.137/90 - ADESÃO AO REFIS - PARCELAMENTO DO DÉBITO - LEI Nº 10684/2003 - SUSPENSÃO DO INQUÉRITO POLICIAL - A conclusão da Procuradoria da Fazenda Nacional no sentido de ter havido informações inverídicas com o intuito de compensar créditos de terceiros e lesar o Fisco acarreta na existência de indícios mínimos para a instauração do Inquérito Policial por suposta

> infração ao art. 1º, II, da Lei nº 8.137/90. - O fato de existir uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº 3002) onde se discute a constitucionalidade do art. 9º, da Lei nº 10.684/2003, não resulta na sua inaplicabilidade. As leis possuem presunção de constitucionalidade, dotada, destarte, de plena aplicabilidade. - A possibilidade de o pagamento do débito gerar a extinção da punibilidade não é nova no Direito Penal, sendo que o art. 9º, da Lei nº 10.684/03, possui, na verdade, a mesma finalidade arrecadadora para os cofres públicos que as legislações anteriores. - Deve ser suspenso o Inquérito Policial, e não trancado como pretende o impetrante, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com os Réus, sócios da empresa, estiver incluída no regime de parcelamento. - Ordem concedida em parte."
> (TRF2, HC 4808, Rel.(a) Des.(a) Fed. Maria Helena Cisne, 1ª Turma Especializada, v. u., DJU - Data: 06/03/2007 - Página: 244)

Assim, suspensa a pretensão punitiva estatal com o parcelamento, não cabe ingressar na análise do dolo com que atuaram os agentes, pois significaria provocar a jurisdição estatal sobre tema meritório da conduta do investigado, que pressupõe a persecução penal que está suspensa. Não é caso de se arquivarem ou não os autos, mas aguardar o desfecho do parcelamento.

Inobstante as considerações feitas, entendo que ausência de dolo não resulta da investigação. Não se pode extraí-la, pura e simplesmente, das declarações dos responsáveis pelo município, nos seus mandatos. Afirmações de que se desconheciam os fatos, que foram erros ou irregularidades, que não houve má fé ou que se procurou regularização mediante parcelamento são insuficientes, sem que se investigue melhor o que acontecia no âmbito das prefeituras.

Os fatos cobrem longo período: de 11.99 a 05.07. O Fisco, de acordo com o apenso ao inquérito, reuniu ampla documentação

comprobatória da falta de recolhimento de contribuições previdenciárias por omissão do Poder Executivo municipal, representado pelo seu atual prefeito e dois outros anteriores. A prática era reiterada em diferentes administrações. O parcelamento do débito, por sua vez, não afasta o dolo da conduta dos agentes, uma vez que os pagamentos se dão e darão mediante a retenção de valores das quotas do Fundo de Participação dos Municípios a que a prefeitura faz jus (fl. 341 - apenso).

Ante o exposto, voto para que os autos sejam encaminhados para o Sr. Procurador Geral da República, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, à vista de não ser caso de arquivamento do inquérito, mas de este ficar suspenso enquanto em curso o parcelamento do débito previdenciário, assim como de não correr a prescrição, *ex vi* do artigo 9º, *caput* e § 1º, da Lei nº 10.684/03.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

- Sobre a suspensão da pretensão punitiva prevista no artigo 9º da Lei nº 10.684/2003, veja também os seguintes julgados: ACr 2000.03.99.061059-5/SP, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini, publicada na RTRF3R 68/302 e decisão proferida no IP 2008.03.00.042081-2/SP, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, publicada na RTRF3R 96/124.

QUESTÃO DE ORDEM

INQUÉRITO POLICIAL (QUESTÃO DE ORDEM) 0031963-89.2009.4.03.0000 (2009.03.00.031963-7)

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Indiciado: CARLOS ANTONIO VILELA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: IP 904
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/07/2010

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO POLICIAL. OMISSÃO DE REGISTRO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO EM CTPS. ART. 297, § 4º, DO CÓDIGO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. DENÚNCIA OFERECIDA PELA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA. REMESSA DOS AUTOS A ESTA CORTE POR DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. AUSÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSE DA UNIÃO OU DO INSS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DO STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO.

- Questão de ordem para exame de prejudicial de incompetência desta Corte para processar e julgar Inquérito Policial instaurado para apuração de crime tipificado no art. 297, § 4º, do Código Penal, atribuído a Prefeito Municipal que, na qualidade de sócio e diretor de empresa privada, supostamente omitiu o registro de vínculo empregatício na carteira de trabalho de empregado por ela contratado.

- Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao apreciar a denúncia oferecida pela Procuradoria Geral de Justiça, declarou a incompetência da Justiça Estadual e determinou a remessa dos autos a este TRF, com base no art. 109, IV, da CF, por entender haver lesão a interesse da Previdência Social.

- Consoante a orientação do Superior Tribunal de Justiça,

consolidada em sua jurisprudência mais recente, a competência para o exame da causa é da Justiça Estadual, vez que a conduta típica não atenta contra bens, serviços ou interesse da União ou do INSS.

- Acolhida questão de ordem a fim de suscitar conflito negativo de competência em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a ser decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, I, *d*, da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, acolher a questão de ordem, declarar a incompetência deste Tribunal para exame do presente feito e suscitar conflito negativo de competência com o Tribunal de Justiça de São Paulo, determinando a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de junho de 2010.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Trata-se de QUESTÃO DE ORDEM para exame de prejudicial de incompetência desta Corte para processar e julgar o presente inquérito, em que oferecida denúncia contra Carlos Antônio Vilela, Prefeito Municipal de Caçapava/SP, considerando-o como incurso no crime de falsificação de documento público, na forma tipificada no art. 297, § 4º, do Código Penal, por ter deixado de efetuar o registro de vínculo empregatício na carteira de trabalho de empregado contratado por empresa na qual figura como sócio e diretor responsável.

Referido Inquérito Policial foi instaurado pela Delegacia

Seccional de Polícia de São José dos Campos/SP para apuração de possível prática de crime de falsificação de documento público (art. 297, § 4º, do CP), decorrente da omissão das anotações exigidas por lei na Carteira de Trabalho de empregado contratado pela empresa Guaibê Engenharia Ltda.

Consta dos autos que o Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP, no julgamento da reclamação trabalhista nº 1159/2002-0 - RTS, proposta por Erisvaldo da Silva em face de Guaibê Engenharia Ltda. visando ao reconhecimento de vínculo empregatício com essa empresa no ano de 2001, reconheceu a existência da relação de emprego e a falta de sua anotação na Carteira de Trabalho do reclamante, em razão do que determinou o encaminhamento de cópias de peças processuais e da sentença proferida naquele feito ao Ministério Público Federal, para fins de apuração da responsabilidade por ato em tese delituoso, nos moldes do art. 297, § 4º, do Código Penal.

A Procuradoria da República, de seu turno, fundada em precedente desta Corte Regional, entendeu não ser a matéria da competência da Justiça Federal e encaminhou a documentação ao Ministério Público Estadual.

Concluídas as investigações, em que se constatou o envolvimento do Prefeito Municipal de Caçapava/SP nos fatos, como sócio da empresa indiciada, foram os autos remetidos, em vista da prerrogativa de foro, à Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que ofereceu denúncia contra o alcaide, vazada nos seguintes termos:

> "Ressuma do incluso Inquérito Policial que, no ano de 2001, no Município e Comarca de Caçapava, CARLOS ANTONIO VILELA, Prefeito do Município de Caçapava, na qualidade de Diretor responsável da empresa Guaibê Engenharia Ltda., qualificado a fls. 13, omitiu, na Carteira de Trabalho de Erisvaldo da Silva, a vigência do contrato de trabalho, na função de Ajudante de Pedreiro e a remuneração estipulada.

> Apurou-se que a empresa Guaibê Engenharia Ltda., representada por CARLOS ANTONIO VILELA, Prefeito do Município de Caçapava, na qualidade de seu Diretor responsável, contratou Erisvaldo da Silva, na função de Ajudante de Pedreiro, não fazendo, em sua Carteira de Trabalho, nenhuma anotação obrigatória por lei, no caso, a vigência do contrato de trabalho, na função de Ajudante de Pedreiro e a remuneração estipulada.
> A materialidade delitiva encontra-se cristalizada pela cópia da R. Sentença condenatória no Processo nº 1.159/02-0, da 2ª Vara do Trabalho da Comarca de Taubaté (fls. 31/39).
> Cópia do Contrato Social da empresa Guaibê Engenharia Ltda., encontra-se a fls. 13/30.
> Posto isto, DENUNCIO a Vossa Excelência, CARLOS ANTONIO VILELA, como incurso no art. 297, § 4º, do Código Penal, requerendo seja ele notificado para, querendo, apresentar resposta escrita na forma do art. 4º, da Lei nº 8.038/90, c. c. o art. 1º, da Lei nº 8.658/93, prosseguindo-se, após o recebimento desta, nos demais termos do processo, até final julgamento e condenação, ouvindo-se, igualmente, a vítima e as testemunhas abaixo arroladas com as cominações de estilo e cautelas de praxe.
> ROL DE TESTEMUNHAS:
> (...)
> São Paulo, 25 de julho de 2008" (fls. 2-A/2-B)

Notificado, o denunciado apresentou defesa preliminar, protestando pela rejeição da inicial sob a alegação, em síntese, de atipicidade da conduta e ausência de dolo (fls. 348/357).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se sobre a defesa do acusado (fls. 369/372).

O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dando por prejudicado o exercício do juízo de admissibilidade da denúncia, reconheceu de ofício a incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, por entender que "o crime previsto pelo artigo 297, § 4º, do Código Penal tem como principal sujeito

passivo o Estado, representado pela Previdência Social", e que, "existindo interesse da Previdência Social, que integra a Seguridade Social prevista no artigo 194 da Constituição Federal, exsurge como certa a competência da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, IV, da Constituição da República", conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, exemplificada no CC nº 58443/MG, Rel. Minª. Laurita Vaz, 3ª Seção, DJe 26.03.2008 (fls. 378/381).

Por força da decisão acima, remeteram-se os autos a esta Corte, onde me foram distribuídos em 11.09.2009.

Aberta vista ao Ministério Público Federal, a ilustre Procuradora Regional da República corroborou o entendimento do Tribunal de Justiça, sustentando a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, e ratificou a denúncia e a réplica oferecidas pelo *Parquet* Estadual (fls. 388/389 vº).

Notificado novamente, o acusado pugnou preliminarmente pelo reconhecimento da incompetência da Justiça Federal e também ratificou a sua defesa já apresentada (fls. 400/407).

Nos termos do artigo 80, II, do RITRF3, trago em mesa a presente questão de ordem para exame da prejudicial de incompetência desta Corte para o processo e julgamento do feito.

É o relatório.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO POLICIAL. OMISSÃO DE REGISTRO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO EM CTPS. ART. 297, § 4º, DO CÓDIGO PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. DENÚNCIA OFERECIDA PELA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA. REMESSA DOS AUTOS A ESTA CORTE POR DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. AUSÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSE DA UNIÃO OU DO INSS. INCOMPETÊNCIA DA

JUSTIÇA FEDERAL. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DO STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO.

- Questão de ordem para exame de prejudicial de incompetência desta Corte para processar e julgar Inquérito Policial instaurado para apuração de crime tipificado no art. 297, § 4º, do Código Penal, atribuído a Prefeito Municipal que, na qualidade de sócio e diretor de empresa privada, supostamente omitiu o registro de vínculo empregatício na carteira de trabalho de empregado por ela contratado.
- Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao apreciar a denúncia oferecida pela Procuradoria Geral de Justiça, declarou a incompetência da Justiça Estadual e determinou a remessa dos autos a este TRF, com base no art. 109, IV, da CF, por entender haver lesão a interesse da Previdência Social.
- Consoante a orientação do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em sua jurisprudência mais recente, a competência para o exame da causa é da Justiça Estadual, vez que a conduta típica não atenta contra bens, serviços ou interesse da União ou do INSS.
- Acolhida questão de ordem a fim de suscitar conflito negativo de competência em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a ser decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, I, *d*, da Constituição Federal."

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): A Terceira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, em recente julgamento, firmou seu posicionamento no sentido de atribuir competência à Justiça Estadual para processar e julgar a conduta de omitir as anotações necessárias do contrato de trabalho na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, crime capitulado no § 4º do art. 297 do Código Penal.

Nesse sentido, trago à colação, recentíssimas decisões que bem ilustram a uniformização e consolidação do entendimento daquela Corte Superior:

"*DECISÃO*

A discussão travada nos presentes autos já foi anteriormente apreciada por esta Corte.

O possível delito de falsa anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social trata-se de hipótese cuja *persecutio* deve ser realizada na esfera da Justiça Comum estadual.

A competência da Justiça Federal está vinculada à lesão de bens, serviços ou interesses da União. A própria Constituição Federal assim estabelece no art. 109, IV, *verbis*:

'Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - (...)

II - (...)

III - (...)

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidade autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;'

Nesse sentido, é também o entendimento da jurisprudência:

'PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ANOTAÇÕES FALSAS NA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. SÚMULA 62 DO STJ.

"Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, atribuído à empresa privada". Súmula 62 do STJ.

Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo Estadual, o suscitado.'

(CC 20334/SP, 3ª Seção, de minha relatoria, DJ de 15/05/2000).

'CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ANOTAÇÕES FALSAS. CARTEIRA DO TRABALHO. SUM. 62/STJ.

1. "COMPETE A JUSTIÇA ESTADUAL PROCESSAR E JULGAR O CRIME DE FALSA ANOTAÇÃO NA CARTEIRA

DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL, ATRIBUÍDO A EMPRESA PRIVADA". (SUM. 62/STJ).
2. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO DE DIREITO DO DEPARTAMENTO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E POLICIA JUDICIARIA DE SÃO PAULO - DIPO, O SUSCITADO.'
(CC 16003/SP, 3ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 19/05/1997).
Na mesma linha as seguintes decisões monocráticas: CC 102.871/PR, 3ª Seção, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 20/08/2009; CC 105.546/SP, 3ª Seção, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), DJ de 18/08/2009 e CC 105.950/PR, 3ª Seção, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 17/08/2009.
Desta última decisão monocrática, destaco o seguinte trecho: 'A questão em análise é definir a competência para processar e julgar empregador que não realiza as devidas anotações nas Carteiras de Trabalho e de Previdência Social - CTPS de seus empregados.
Esta Corte havia decidido que era competência da Justiça Federal processar e julgar a possível prática do crime previsto no art. 297, § 4º, do Código Penal, já que o principal sujeito passivo do delito seria o Estado, representado pela Previdência Social e, em segundo lugar, a vítima, que deixaria de possuir as benesses do registro de sua CTPS, tendo, inclusive, publicado os seguintes precedentes:
"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. ART. 297, § 4º, DO CÓDIGO PENAL. OMISSÃO DE LANÇAMENTO DE REGISTRO. CARTEIRAS DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. INTERESSE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. JUSTIÇA FEDERAL.
1. O agente que omite dados na Carteira de Trabalho e Previdência Social, atentando contra interesse da Autarquia Previdenciária, estará incurso nas mesmas sanções do crime de falsificação de documento público, nos termos do

§ 4º do art. 297 do Código Penal, sendo a competência da Justiça Federal para processar e julgar o delito, consoante o art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.
2. Competência da Justiça Federal."
(CC 58.443/MG, 3ª Seção, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 27/02/2008, DJe de 26/03/2008).
"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. ART. 297, §§ 3º, II e 4º DO CÓDIGO PENAL. OMISSÃO DE LANÇAMENTO DE REGISTRO OU DECLARAÇÕES FALSAS NA CARTEIRAS DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. INTERESSE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.
1. O agente que omite dados ou faz declarações falsas na Carteira de Trabalho e Previdência Social atenta contra interesse da Autarquia Previdenciária e estará incurso nas mesmas sanções do crime de falsificação de documento público, nos termos dos §§ 3º, II e 4º do art. 297 do Código Penal. Competência da Justiça Federal.
2. Sujeito passivo principal do delito é o Estado, ficando o empregado na condição de vítima secundária.
3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 5ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, ora suscitado." (CC 97.485/SP, 3ª Seção, Rel. Ministro Og Fernandes, julgado em 08/10/2008, DJe de 17/10/2008).
Todavia, em recente julgamento, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça modificou seu posicionamento, atribuindo competência à Justiça Comum Estadual para processar e julgar a conduta de omitir as anotações necessárias do contrato de trabalho na CTPS, como se observa da seguinte ementa:
"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. 1. OMISSÃO DE ANOTAÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO NA CTPS. EMPRESA CONDENADA EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO (ARTIGO 297, § 4º DO CP).

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA 62 DO STJ. 2. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.
1. A competência para julgar crime de falsificação de documento público, consistente na omissão de anotação de período de vigência do contrato de trabalho de único empregado é da Justiça Estadual, pois inexistente lesão a bens, serviços ou interesse da União. Súmula 62 do STJ.
2. Conflito conhecido, para declarar competente o juízo de Direito da Vara de Inquéritos Policiais do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba- PR, suscitante."
(CC 100.744/PR, 3ª Seção, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 11/02/2009, DJe de 22/05/2009).
Em face da alteração de posicionamento da Terceira Seção e pelo cumprimento da função uniformizadora desta Corte, concluo que a conduta em comento deve ser processada e julgada pela Justiça Comum Estadual.
Ante o exposto, com base no art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, CONHEÇO do presente conflito para DECLARAR competente o Juízo de Direito da Vara de Inquéritos Policiais de Curitiba/PR.'
A matéria já foi sumulada por esta Corte, nos seguintes termos: 'Súmula nº 62. Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, atribuído à empresa privada.'
Ante o exposto, conheço do conflito e dou por competente o Juízo suscitado (JUÍZO DE DIREITO DA 2A VARA CRIMINAL DE ITUVERAVA - SP), nos termos do art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil c/c art. 3º do Código de Processo Penal."
(STJ, CC nº 110476, Relator Ministro Felix Fischer, d. 06.04.2010, DJe 09.04.2010)

"*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE ANOTAÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO NA CTPS. COMPETÊNCIA. 1. IDENTIFICAÇÃO DE DUAS SITUAÇÕES FÁTICAS DISTINTAS. PRIMEIRA: PESSOA*

DE DIREITO PRIVADO QUE DEIXA DE ANOTAR O PERÍODO DE VIGÊNCIA DE CONTRATO DE TRABALHO DE EMPREGADO EM SUA CTPS. INTERESSE DO PARTICULAR LESADO EM SEUS DIREITOS TRABALHISTAS. SÚMULA 62 DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SEGUNDA: INSERÇÃO DE DADOS FALSOS NA CTPS PARA FAZER CONSTAR PERÍODO DE TRABALHO INEXISTENTE NA REALIDADE, PARA COMPUTAR COMO PRAZO PARA A OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO JUNTO AO INSS. INTERESSE DIRETO DA UNIÃO. CONDUTA VOLTADA À OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO INDEVIDO, EM DETRIMENTO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 2. EMPRESA CONDENADA EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. OMISSÃO NA ANOTAÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO. RELAÇÃO DE TRABALHO E VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDOS. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO (ARTIGO 297, § 4º DO CP). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA 62 DO STJ.

1. Duas são as situações fáticas que devem ser analisadas para fins de fixação de competência: (i) a primeira é a hipótese em que determinada pessoa de direito privado deixa de anotar o período de vigência de contrato de trabalho de um empregado na CTPS ou anota período menor do que o realmente trabalhado com o fito de não reconhecer o vínculo empregatício e assim frustrar direito trabalhista do indivíduo; (ii) a segunda hipótese é aquela em que são inseridos dados falsos na CTPS, fazendo constar como período de trabalho que na realidade não existiu, com o fito de serem criadas condições necessárias para se pleitear benefício previdenciário junto ao INSS. Na primeira, não se vislumbra qualquer prejuízo a bens, serviços ou interesses da União, senão, por via indireta ou reflexa, do INSS na anotação da carteira, dado que é na prestação de serviço que se encontra o fato gerador da contribuição

previdenciária. Entendimento da Súmula 62 do STJ. Na segunda, a lesão à União é evidente, porque a conduta é cometida com a intenção de obter vantagem indevida às custas do patrimônio público.
2. Assim, a competência para julgar crime de falsificação de documento público, consistente na ausência de anotação de período de vigência do contrato de trabalho de único empregado é da Justiça Estadual, pois inexistente lesão a bens, serviços ou interesse da União. Súmula 62 do STJ.
3. Declarado competente o JUÍZO DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE PATO BRANCO - PR, o suscitado.
DECISÃO
Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo JUÍZO FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL DE PATO BRANCO - SJ/PR em face do JUÍZO DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE PATO BRANCO - PR, nos autos de inquérito policial, no qual se investiga suposto delito descrito no art. 297, § 4º do Código Penal.
O procedimento investigatório foi instaurado por requisição do Ministério Público do Estado do Paraná, em razão de ofício emitido pela Justiça do Trabalho de Pato Branco - fl. 5.
O suscitado declinou da competência, ao seguinte entendimento: Referido tipo penal, antes de assegurar direitos trabalhistas, tem por objeto garantir o interesse da previdência social na fiscalização e arrecadação das contribuições que lhe são devidas. Tais atividades são frustradas sempre que o empregador se omite no registro do 'nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços', na carteira de trabalho e previdência social ou em qualquer outro documento destinado a fazer prova perante a previdência social.
Em vista disso, o sujeito passivo principal do delito é o Estado - previdência social. Esta, por sua vez, faz parte da seguridade social, nos termos do Título VIII da

Constituição Federal. (fl. 35).

Aportando os autos na Justiça Federal, o Ministério Público Federal requereu a vinda de informações da Justiça Trabalhista acerca de eventual existência de crimes de sonegação ou apropriação previdenciária.

Após seguidas complementações das informações inicialmente prestadas, o Juiz Federal suscitou o conflito negativo de competência, alinhando os seguintes argumentos:

2. Acolho a promoção do Ministério Público Federal (fls. 105/108) pelos seus próprios fundamentos, a qual adoto, por brevidade, como razões de decidir, e determino o arquivamento dos autos em relação aos crimes tipificados nos artigos 337-A do Código Penal, com as ressalvas do artigo 18 do Código de Processo Penal.

2.1. Oficie-se à Justiça Trabalhista comunicando o arquivamento e solicitando que, no caso de não pagamento das contribuições previdenciárias nos termos lavrados nos autos de Reclamatória Trabalhista de números 1623/2007 e 1624/2007, informe ao Ministério Público Federal de Pato Branco/PR, titular da ação penal, a respeito.

3. Diante do arquivamento do delito previsto no artigo 337-A do Código Penal, que atrairia a competência para este Juízo, e não havendo comprovação de outra ofensa a bens, serviços ou interesse da União, restando apenas a apuração do crime previsto no artigo 297, § 4º, do Código Penal, cujo ilícito penal não justifica a competência desta Subseção Judiciária para acompanhamento do feito, tenho que a competência é do Juízo de Direito da Comarca de Pato Branco/PR.

De forma semelhante se entendeu no conflito de competência nº 102721 perante o Superior Tribunal de Justiça. (fls. 139-140).

O Ministério Público Federal apresentou parecer de fls. 150-152, da lavra do Subprocurador-Geral da República Maurício Vieira Bracks, opinando pela declaração da competência da Justiça Federal.

É o relatório.

Após muito meditar sobre o tema e sobre os entendimentos que se encontravam díspares, no âmbito da colenda Terceira Seção e do universo das decisões unipessoais da lavra de meus pares, proferi voto vista, tornando-me relatora para acórdão, o qual restou assim ementado:

'CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE ANOTAÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO NA CTPS. COMPETÊNCIA. 1. IDENTIFICAÇÃO DE DUAS SITUAÇÕES FÁTICAS DISTINTAS. PRIMEIRA: EMPRESA PRIVADA QUE DEIXA DE ANOTAR O PERÍODO DE VIGÊNCIA DE CONTRATO DE TRABALHO DE EMPREGADO EM SUA CTPS. INTERESSE DO PARTICULAR LESADO EM SEUIS DIREITOS TRABALHISTAS. SÚMULA 62 DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SEGUNDA: INSERÇÃO DE DADOS FALSOS NA CTPS PARA FAZER CONSTAR PERÍODO DE TRABALHO INEXISTENTE NA REALIDADE, PARA COMPUTAR COMO PRAZO PARA A OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO JUNTO AO INSS. INTERESSE DIRETO DA UNIÃO. CONDUTA VOLTADA À OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO INDEVIDOS, EM DETRIMENTO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 2. EMPRESA CONDENADA EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. OMISSÃO NA ANOTAÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO. RELAÇÃO DE TRABALHO E VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDOS. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO (ARTIGO 297, § 4º DO CP). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA 62 DO STJ. 3. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE, ESTADUAL.

1. Duas são as situações fáticas que devem ser analisadas para fins de fixação de competência: (i) a primeira é a hipótese em que determinada empresa privada deixa de anotar o período de vigência de contrato de trabalho de um empregado na CTPS ou anota período menor do que o

realmente trabalhado com o fito de não reconhecer o vínculo empregatício e assim frustrar os direitos trabalhistas do indivíduo; (ii) a segunda hipótese é aquela em que são inseridos dados falsos na CTPS, fazendo constar como período de trabalho que na realidade não existiu, com o fito de serem criadas condições necessária para se pleitear benefício previdenciário junto ao INSS. Na primeira, não se vislumbra qualquer prejuízo a bens, serviços ou interesses da União, senão, por via indireta ou reflexa, do INSS na anotação da carteira, dado que é na prestação de serviço que se encontra o fato gerador da contribuição previdenciária. Entendimento da Súmula 62 do STJ. Na segunda, a lesão à União é evidente, porque a conduta é cometida com a intenção de obter vantagem indevida às custas do patrimônio público.

2. Assim, a competência para julgar crime de falsificação de documento público, consistente na ausência de anotação de período de vigência do contrato de trabalho de único empregado é da Justiça Estadual, pois inexistente lesão a bens, serviços ou interesse da União. Súmula 62 do STJ.

3. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito da Vara de Inquéritos Policiais de Curitiba/PA, o suscitado.'

(CC 99.451/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 27/08/2009)

Retomo as considerações então expendidas.

Analisando os precedentes desta Corte, pude identificar duas situações fáticas distintas, que devem ser levadas em consideração: (i) a primeira é a hipótese em que determinada pessoa de direito privada deixa de anotar o período de vigência de contrato de trabalho de um empregado na CTPS ou anota período menor do que o realmente trabalhado com o fito de não reconhecer o vínculo empregatício e assim frustrar os direitos trabalhistas do indivíduo;

(ii) a segunda hipótese é aquela em que são inseridos dados falsos na CTPS, fazendo constar como período de trabalho que na realidade não existiu, com o fito de serem criadas condições necessárias para se pleitear benefício previdenciário junto ao INSS.

Assim, tenho que as duas hipóteses devem ser claramente diferenciadas.

Uma coisa é a conduta de do particular, pessoa física ou jurídica, que deixa de proceder às anotações na Carteira de Trabalho de determinado(s) trabalhador(es), visando evitar o reconhecimento de vínculo trabalhista.

Nessa hipótese, ou seja, de empregador que deixa de registrar o período de trabalho na CTPS, não vejo como vislumbrar qualquer prejuízo direto a bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidade autárquicas. Num primeiro momento, só ao trabalhador interessa o reconhecimento expresso em sua Carteira de Trabalho de determinado período, para que posteriormente possa pleitear sua aposentadoria computando-se o lapso em questão. Não há falar, nesse caso, em supressão de tributo ou de contribuição social, porque esta só é devida quando há a efetiva anotação na Carteira de Trabalho.

Por mais que haja também um interesse indireto ou reflexo do INSS na anotação da carteira de trabalho porque é na prestação do serviço que se encontra o fato gerador da contribuição previdenciária, independentemente do efetivo pagamento da remuneração, conforme dispõe o artigo 195 da Constituição da República, não vejo porque deva ser a competência atraída para o âmbito da Justiça Federal.

Quanto a esta hipótese, aliás, saliento a existência de Súmula desta Corte cristalizando o entendimento, como é possível constatar: 'Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, atribuído à empresa privada' (Súmula nº 62 do STJ).

Hipótese completamente distinta é a da pessoa que, sozinha

ou por intermédio de procurador, introduz dados falsos na Carteira de Trabalho, relativos a contratos de trabalho inexistentes, com o fim último de obter o reconhecimento de tempo de serviço necessário a pleitear, junto ao Instituto Nacional do Seguro Social, a concessão de benefício previdenciário. Nessa hipótese, o prejuízo ou a lesão ao INSS é direta e flagrante, porquanto a conduta é cometida pelo particular com a intenção de obter vantagem indevida às custas do patrimônio público (União), e lesando interesse da autarquia previdenciária, a quem cabe gerir as verbas destinadas ao pagamento dos benefícios.

Nessa situação, a competência da Justiça Federal se mostra evidente, nos termos do artigo 109 da Constituição da República que possui a seguinte redação, no que interessa:

'Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira'.

No caso em exame, ressalto houve arquivamento do inquérito policial em relação à sonegação de contribuição previdenciária.

Deve ser lembrado, ainda, o recentíssimo precedente:

'PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE FALTA DE ANOTAÇÃO EM CTPS. PREJUÍZO PARA O PARTICULAR. INEXISTÊNCIA DE LESÃO A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSE DA UNIÃO OU DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A falta de registro na CTPS gera um efetivo prejuízo para

o trabalhador, visto que este fica privado dos benefícios e garantias assegurados aos empregados registrados.
2. Quando o trabalhador não tem o registro nem a comprovação dos recolhimentos para a Previdência Social, esta não lhe concederá os benefícios pleiteados, o que demonstra que não há prejuízo para a autarquia previdenciária.
3. Ainda que haja a demora no recolhimento do tributo, a autarquia previdenciária tem meios administrativos e judiciais para o recebimento dos valores devidos e corrigidos.
4. Agravo regimental improvido.'
(AgRg no CC 102.618/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 09/11/2009)
Pelo exposto, com fundamento no artigo 557, parágrafo 1º-A, e artigo 120, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, c. c. art. 3º do Código de Processo Penal, em sintonia com a pacífica jurisprudência firmada nesta Corte Superior, declaro competente o JUÍZO DE DIREITO DA VARA CRIMINAL DE PATO BRANCO - PR, suscitado."
(STJ, CC nº 109338, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 10.02.2010, DJe 17.02.2010.)

"*DECISÃO*
Trata-se de conflito negativo de competência em que é suscitante o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de São José do Rio Preto-SP, nos autos do Processo nº 2.249/2008, sendo suscitado o Juízo Federal da 2ª Vara da mesma comarca - Seção Judiciária de São Paulo.
Consta dos autos que foi instaurado procedimento inquisitivo para apurar a suposta prática do crime previsto no art. 297, § 4º, do Código Penal, em tese cometido pelos representantes legais de determinada pessoa jurídica, mediante a conduta omissiva de deixar de fazer anotações obrigatórias na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) de empregado, no período de junho a dezembro de 2005.

Juízo Federal da 2ª Vara de São José do Rio Preto-SP declinou da competência (fls. 12) para o suscitante, alegando que 'o segundo delito imputado à investigada, descrito no art. 297, § 4º, do Código Penal, em decorrência da omissão no registro de empregado em CTPS, representa ofensa direta apenas aos interesses do trabalhador lesado, individualmente considerado, não caracterizando crime contra a organização do trabalho, propriamente dito [...] e, muito menos, ofensa a bens, serviços ou interesses da União Federal, de suas autarquias ou de empresa pública federal, estando ausentes, portanto, quaisquer das hipóteses previstas no art. 109 da Constituição Federal' (fls. 65).
Por sua vez, o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de São José do Rio Preto-SP suscitou este conflito, alegando que compete à Justiça Federal o julgamento do feito, alegando que a 'omissão de que trata o § 4º do artigo 297 do Código Penal é que gerou a supressão da contribuição social e o recolhimento posterior, que importa em reparação do dano', sustentando, ainda, que 'a Súmula 62 do STJ, invocada pelo Ministério Público Federal para embasar sua manifestação, foi editada antes da Lei nº 9.983, de 14.7.00' (fls. 2 a 5).
Em parecer, a Subprocuradoria-Geral da República opina pelo conhecimento do conflito para declarar-se a competência do suscitado (fls. 71 a 73).
É o relatório.
No caso dos autos, verifica-se que foi instaurado inquérito policial para apurar a suposta prática do crime previsto no art. 297, § 4º, do Código Penal, em razão da omissão de anotação de dados relativos ao vínculo empregatício na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) de determinado empregado, no período de setembro de 1999 a novembro de 2000.
Para melhor elucidação do caso, transcreve-se o teor do tipo penal, *in verbis*:
'Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento

público, ou alterar documento público verdadeiro:
Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.
'[...]
§ 3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir:
[...]
II - na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita;
[...]
'§ 4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços'.
Inicialmente, ressalvo meu posicionamento no sentido de que a competência para processar e julgar aludido delito seria da Justiça Federal.
Comentando aludido dispositivo legal, o mestre Damásio E. de Jesus traz a seguinte ensinança:
'FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO PREVIDENCIÁRIO (§§ 3º E 4º):
Distingue-se esse tipo do definido no art. 337-A, pois neste há a finalidade específica de sonegação de contribuições previdenciárias.
[...] Quanto ao inciso II, guarda similitude com a não mais vigente alínea h do art. 95 da Lei nº 8.212/91. Na atual redação, substituiu-se a Seguridade Social (que abrange a Saúde, a Previdência e a Assistência Social, nos termos dos arts. 194 a 204 da CF de 1988) pela Previdência Social, restringindo-se o conceito.
O elemento espacial é a Carteira de Trabalho e Previdência Social e os documentos que devam produzir efeito perante a Previdência Social. [...] O § 4º do art. 297 é um crime remetido, pois se refere às condutas do § 3º. Tem semelhança com a parte final da alínea i do art. 95 da Lei nº 8.212/91. A omissão incide ou sobre o nome do segurado

e seus dados pessoais, ou sobre a sua remuneração, ou sobre a vigência do seu contrato de trabalho, ou, ainda, sobre a sua prestação de serviço' (*Código Penal Anotado*, 18 ed. atual., Saraiva: SP, 2007 p. 925 e 926).

Acerca do sujeito passivo, leciona:

[...]

'Sujeitos passivos:

Principal é o Estado. Se, eventualmente, a conduta vier a a causar dano a terceiro, este será sujeito passivo secundário'. (ob. cit., p. 919).

No mesmo sentido é a lição de CELSO DELMANTO *et alii*, de que o sujeito passivo do crime seria, 'primeiramente, o Estado, representado pela Previdência Social; secundariamente, o segurado e seus dependentes que vierem a ser prejudicados' (*in Código Penal Comentado e Legislação Complementar*, 7ª ed. Rev. e Atualizada, Renovar: RJ, 2007, p. 742 e 743).

Ressalta-se, ainda, que o delito do art. 297, § 4º, do Estatuto Repressivo, foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 9.983/2000, a qual também inseriu outros crimes contra a Previdência Social (arts. 168-A e 337-A) no Código Penal.

Portanto, verifica-se que o principal sujeito passivo do crime é a União, representada pela Previdência Social, pois a ausência de anotação de informações relativas ao vínculo empregatício na CTPS afeta diretamente sua arrecadação de tributos, já que a contribuição previdenciária é calculada com base no valor do salário pago ao empregado.

Conclui-se, então, que o escopo do legislador, ao acrescentar o aludido tipo penal, foi o de proteger a Previdência Social e, de forma reflexa e secundariamente, os interesses do trabalhador.

Contudo, esta egrégia Terceira Seção vem decidindo pela competência da Justiça Estadual para processar e julgar referido crime, consoante se infere da leitura dos seguintes precedentes citados a seguir:

'PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ANOTAÇÕES FALSAS NA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNICA SOCIAL. SÚMULA 62 DO STJ.
"Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, atribuído à empresa privada". Súmula 62 do STJ.
Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo Estadual, o suscitado' (CC 20334/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12-04-2000, p. no DJ de 15-05-2000, p. 120).
'PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ANOTAÇÕES FALSAS NA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. SÚMULA 62 DO STJ.
"Compete à Justiça Estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, atribuído à empresa privada". Súmula 62 do STJ.
Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo Estadual, o suscitado' (CC 46029/MG, rel. Min. PAULO MEDINA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11-05-2005, p. no DJ de 13-06-2005, p. 166).
'CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. 1. OMISSÃO DE ANOTAÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO NA CTPS. EMPRESA CONDENADA EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO (ARTIGO 297, § 4º DO CP). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA 62 DO STJ. 2. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE.
1. A competência para julgar crime de falsificação de documento público, consistente na omissão de anotação de período de vigência do contrato de trabalho de único empregado é da Justiça Estadual, pois inexistente lesão a bens, serviços ou interesse da União. Súmula 62 do STJ.
2. Conflito conhecido, para declarar competente o juízo de Direito da Vara de Inquéritos Policiais do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba- PR, suscitante'

(CC 100.744/PR, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11-02-2009).
Diante do exposto, acompanhando a orientação desta colenda Terceira Seção, conheço do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de São José do Rio Preto-SP, o suscitante."
(STJ, CC nº 105826, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07.12.2009, DJe 11.12.2009.)

Assim, tendo em vista enquadrar-se o caso em tela naquelas situações em que, de acordo com a jurisprudência firmada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, a conduta típica praticada pelo empregador não atenta contra bens, serviços ou interesse da União Federal ou do INSS, a não ser de maneira reflexa e remota, e considerando que o essencial, para efeito de definição da competência, é a identificação do titular direto do bem jurídico eventualmente lesado e tutelado primariamente pela norma penal, vale dizer, aqui, o trabalhador individual, não há como reconhecer a competência da Justiça Federal e, conseqüentemente, desta Corte Regional, para o processamento e julgamento do presente feito.

Cabe ainda registrar, por derradeiro, a uniformidade da jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal quanto à questão ora discutida, as quais não discrepam no entendimento de caber à Justiça Comum Estadual a competência para julgar o crime tipificado pelo art. 297, § 4º, do Código Penal, consoante se constata em inúmeros precedentes (*v. g.*: RSE nº 2005.61.06.010667-0, Rel. Des. Federal Nelton dos Santos, 2ª Turma, j. 04.08.2009, v. u., DJF3 20.08.2009; RSE nº 2007.61.06.005258-9, Rel. Des. Federal Henrique Herkenhoff, 2ª Turma, j. 05.05.2009, v. u., DJF3 14.05.2009; ACR nº 2003.61.06.013637-8, Rel. Des. Federal André Nekatschalow, 5ª Turma, j. 27.11.2006, v. u., DJU 15.12.2006; RSE nº 2003.61.06.011078-0, Rel. Des. Federal Luiz Stefanini, 1ª Turma, j. 15.08.2006, v. u., DJU 10.10.2006).

Ante o exposto, tendo em vista a função uniformizadora da jurisprudência daquela C. Corte Superior, voto no sentido de

acolher a presente questão de ordem a fim de suscitar conflito negativo de competência em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a ser decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, I, *d*, da Constituição Federal.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

- Sobre a competência para julgamento do delito previsto no artigo 297, § 4º, do Código Penal, veja também o seguinte julgado: ACr 2003.61.06.013637-8/SP, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow, publicada na RTRF3R 85/340.

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

PROJETO DE SÚMULA
0021048-20.2005.4.03.0000
(2005.03.00.021048-8)

Requerente: COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Requerida: TERCEIRA SEÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA DA 3ª REGIÃO
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE
Classe do Processo: PRSU 54
Disponibilização do Despacho: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/07/2010

DESPACHO

Trata-se de projeto de súmula suscitado pelo então Presidente da Comissão de Jurisprudência, Desembargador Federal Nery Júnior, cujo enunciado foi assim sugerido: "O critério do art. 58 do ADCT é aplicável a partir do sétimo mês de vigência da Constituição Federal, até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357/91."

Em Sessão realizada na data de 24.08.2005, a E. Terceira Seção, por unanimidade, acolheu a proposta de súmula, porém com o seguinte enunciado: "O critério do art. 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91."

Após, a então presidente da Comissão de Jurisprudência, E. Desembargadora Federal Alda Basto, determinou a remessa dos autos à Subsecretaria de Documentação e Divulgação - UDOC para o cumprimento do disposto no art. 105 do Regimento Interno.

Entretanto, às fls. 156/159, adveio informação da mesma Subsecretaria de que o enunciado foi publicado incorretamente, com o texto inicialmente proposto e não com aquele efetivamente acolhido pela E. Seção.

A súmula recebeu o número 18 e já é amplamente referida nos julgados da Corte.

Tendo em vista o equívoco na publicação, em dissonância com o texto efetivamente aprovado, de rigor é a republicação com o posterior cumprimento das providências determinadas pelo art. 105 do Regimento Interno.

Em face do exposto, determino o encaminhamento dos autos à Subsecretaria de Documentação e Divulgação - UDOC para a republicação do texto do enunciado, nos termos em que aprovado pela E. Terceira Seção.

São Paulo, 22 de junho de 2010.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Presidente da Comissão de Jurisprudência

- Veja também o inteiro teor do Acórdão do Projeto de Súmula 2005.03.00.021048-8/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicado na RTRF3R 92/596.