ISSN 1982-1506

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

REVISTA

Edição nº 107 - Maio-Junho - 2011

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

JURISPRUDÊNCIA

- DIREITO ADMINISTRATIVO
- DIREITO AMBIENTAL
- DIREITO CIVIL
- DIREITO PENAL
- DIREITO PREVIDENCIÁRIO
- DIREITO PROCESSUAL CIVIL
- DIREITO PROCESSUAL PENAL
- DIREITO TRIBUTÁRIO

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (nºs 01 a 35)

SUMÁRIO

I - APRESENTAÇÃO 3

II - ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

"A cara da Justiça Criminal". Juiz Federal Ali Mazloum 5

"A legitimação constitucional 'ad processum' dos índios". "*Constitutional legitimation 'ad processum' of the indians*". Juiz Federal Alexandre Alberto Berno 7

"A proteção internacional do direito de autor e o embate entre os sistemas do *copyright* e do *droit d'auter*". Juiz Federal Leonardo Estevam de Assis Zanini 24

"As leis 'impeditivas' de liminar realmente *impedem*?". Juiz Federal Eduardo José da Fonseca Costa 39

"Da prisão do indígena e a inspeção judicial". Juiz Federal Massimo Palazzolo 46

"O conflito de princípios e as falácias da liberdade". "*The conflict of principles and the fallacies of freedom*". Juiz Federal Marcus Orione Gonçalves Correia 48

"O Direito à pensão por morte do estudante universitário. Fundamento constitucional. Análise da Lei 8.213, seu conteúdo teleológico, em face da Constituição da República". Juiz Federal Aroldo José Washington 56

III - JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO 66
DIREITO AMBIENTAL 130
DIREITO CIVIL 142
DIREITO PENAL 152
DIREITO PREVIDENCIÁRIO 188
DIREITO PROCESSUAL CIVIL 229
DIREITO PROCESSUAL PENAL 385
DIREITO TRIBUTÁRIO 411

IV - SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO (nºs 01 a 35) 442

V - ÍNDICE SISTEMÁTICO 449

VI - ÍNDICE ANALÍTICO-REMISSIVO 453

VII - EXPEDIENTE 459

APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação que estamos a divulgar mais uma edição *on-line* da Revista de Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Sendo esta Revista um instrumento de informação destinado a difundir as decisões desta Egrégia Corte, procuramos selecionar alguns arestos publicados nos meses de maio e junho, de forma a apresentar à comunidade jurídica uma pequena amostra dos julgamentos proferidos pelos nobres membros deste Regional.

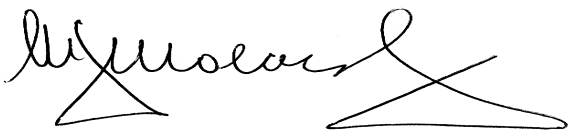
Por outro lado, tendo em vista que no último dia 05 de junho comemoramos o dia mundial do meio ambiente, tomamos a liberdade de publicar dois recursos especiais do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro Herman Benjamin, que é sabidamente profundo conhecedor do tema.

A partir desta edição, a fim de facilitar o estudo e pesquisa dos assuntos abordados, os acórdãos e decisões monocráticas serão agrupados de acordo com a matéria predominante objeto do julgamento.

Procurando tornar a Revista mais dinâmica, voltamos a abrir espaço para a publicação dos artigos doutrinários dos Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, aos quais presto meus sinceros agradecimentos pela colaboração que tanto enriquece nossa Revista com trabalhos que tratam de temas sempre atuais e importantes.

Esperamos assim contribuir, nos limites das nossas honrosas atribuições regimentais, com a divulgação de nossa jurisprudência, fruto do exercício de nossa missão jurisdicional.

São Paulo, julho de 2011.



MÁRCIO MORAES
Desembargador Federal Diretor da Revista

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

A CARA DA JUSTIÇA CRIMINAL

ALI MAZLOUM
Juiz Federal, especialista em Direito Penal e Professor de Direito Constitucional.

Começam a pulular acerbas críticas à nova sistemática de prisão cautelar (flagrante e preventiva). A partir do próximo quatro de julho, vigência da Lei 12.403, o processo criminal poderá mudar a cara do Judiciário. Avaliações preliminares indicam que cerca de cem mil presos serão imediatamente colocados em liberdade. Para alguns, a Lei inviabilizará a decretação da prisão preventiva, permitindo que autores de delitos graves permaneçam soltos durante o processo. Além disso – o que já não é pouco – praguejam contra as inovadoras medidas cautelares, que despontam como alternativas ao cárcere antes da condenação definitiva. O Estado – argumentam esses críticos – não terá condições de fiscalizá-las. Enfim, proclama-se a coroação da impunidade no Brasil!

Os dotes da nova Lei, porém, não podem ficar obnubilados pelo pessimismo incauto. As mudanças são boas e vêm de encontro ao degradante e crescente "populismo judicial", que fez da fama ou fortuna do acusado requisito de prisão cautelar. É alvissareira a Lei. Obrigará o juiz a estudar autos de flagrante e decidir, desde logo (artigo 310), pelo relaxamento da prisão, quando ilegal; pela conversão do flagrante em prisão preventiva, na hipótese de ineficácia – inadequação ou insuficiência – da medida cautelar; ou, pela concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança.

O conteúdo misto das normas estabelecidas pela Lei acarretará a aplicação imediata dos dispositivos de natureza processual, sem prejuízo dos atos anteriores, ao mesmo tempo em que retroagirá quanto aos normativos penais benéficos. Portanto, com a vigência das novas regras, juízes e tribunais deverão imediatamente chamar à conclusão todos os feitos (inquéritos e processos) envolvendo prisão provisória para a indeclinável confrontação com o nascituro modelo.

Perceba-se a sutileza da mudança: os presos que deixarão imediatamente o cárcere, ao contrário do que pregam os antagonistas da Lei, serão justamente aqueles que nele não deveriam estar. Para os casos realmente necessários, caberá ao juiz fundamentar, concretamente, os motivos que recomendam a prisão do agente antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por outro lado, a nova sistemática confere ao Estado maior controle sobre o indiciado ou réu. Se entre a liberdade e a prisão nada mais havia, doravante o juiz terá à sua disposição um elenco de nada menos que nove medidas cautelares (art. 319) de alto impacto pessoal e social. Perceba-se: as medidas cautelares funcionarão como uma espécie de "período de prova preventivo" durante o processo. O descumprimento de obrigações impostas renderá ensejo para o decreto prisional.

A sociedade poderá ficar mais tranquila sabendo que um possível culpado, solto, estará sendo monitorado durante o processo, ao mesmo tempo em que um presumido inocente não será levado à prisão injustificadamente. Esse é o paradigma constitucional. Desde 1988, nossa Carta Política impõe ao Estado que ninguém seja levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade (inciso 66 do art. 5º), presumindo-se inocente o agente enquanto não passar em julgado a sentença condenatória (inciso 57 do art. 5º). A prisão é a *ultima ratio*.

Enfatize-se, por conseguinte, que a Lei não acaba com a prisão preventiva como apregoam os mais afoitos. Será ela de três tipos: inicial, derivada e substitutiva. Inicial quando decretada durante a investigação ou processo; derivada se resultar da conversão do flagrante; e, substitutiva, em lugar de medidas cautelares descumpridas pelo agente.

Os pressupostos, como antecedente indispensável à aplicação da medida extrema, passam a ser de três ordens cumulativas: prova da existência do crime, indícios sérios de autoria (artigo 312, *in fine*) e ineficácia – inadequação ou insuficiência – das medidas cautelares (art. 282, §§ 4º e 6º, c. c. artigo 312, par. único). Os requisitos da preventiva, como exigência de validade do ato, continuam os mesmos (artigo 312, 1ª parte) e são alternativos: garantir a ordem pública ou econômica, assegurar a aplicação da lei penal, ou necessidade da instrução criminal.

Presentes as citadas hipóteses, alguma das seguintes condições haverá de estar presente (artigo 313), alternativamente: prática de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; ou prática de crime doloso punido com pena privativa de liberdade, possuindo o agente condenação definitiva anterior por crime doloso; ou para garantir a execução de medida protetiva aplicada em crimes envolvendo violência doméstica e/ou familiar; ou, por último, em face de dúvida séria e fundada sobre a identidade civil do autor do crime, que se recusa a solvê-la.

Em situações excepcionais, a prisão preventiva poderá ser substituída pela prisão domiciliar (ex. idoso ou gestação de risco). A liberdade, com ou sem fiança é a regra. O instituto da fiança ganha *status* de medida cautelar e prestigia sobremaneira a vítima, que nela poderá buscar a reparação dos danos sofridos (artigo 336). O valor da fiança é expressivo e alcançará, em algumas situações, a considerável cifra de cento e seis milhões de reais (artigo 325). A prudência, circunstâncias do fato e condições do agente nortearão sua fixação.

A Lei nº 12.403/2011 constitui, sem dúvida alguma, um avanço e importante instrumento de justiça. Caberá ao Poder Judiciário traçar estratégias e aplicá-la com vontade e criatividade, para dela extrair o máximo de efetividade. Não se deve aguardar por ações de outros órgãos ou instituições. A nova Lei, enfim, poderá mudar a cara e a imagem da Justiça Criminal, que ainda deve à sociedade presença mais marcante com o fito de desestimular a crescente criminalidade e acabar com o sentimento de impunidade que grassa no país.

A LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL "AD PROCESSUM" DOS ÍNDIOS
CONSTITUTIONAL LEGITIMATION "AD PROCESSUM" OF THE INDIAN

ALEXANDRE ALBERTO BERNO
Juiz Federal Substituto - Seção Judiciária de São Paulo, Especialista em Direito Processual Público pela UFF – Universidade Federal Fluminense.

RESUMO. A legitimação constitucional dos índios ao processo é analisada a partir da Constituição Federal de 1988 e da possibilidade de ingressarem em Juízo em nome próprio contra o Estado tutor para a defesa de seus direitos e interesses. A análise insere-se no direito ao acesso à justiça e à efetividade da tutela jurisdicional, abordando a "marginalidade" e a "invisibilidade" dos povos indígenas e a necessidade de interpretação do ordenamento jurídico nacional em consonância com a ampliação da legitimidade ativa dos povos autóctones no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT. The constitutional legitimation of the indians to the lawsuit is analyzed from the 1988 Federal Constitution and the possibility of going into Court in proper name against the Tutor State to the defense of their own rights and interests. The analysis becomes part of the right to the access to Justice and to Court guardianship effectiveness, regarding the indian natives' "unimportance" and "invisibility" and the necessity of interpreting the national legal system in agreement with the enlargement of the indigenous people active legality in the level of the Inter-American Court of Human Rights.

Palavras-chave: Acesso; efetividade; Jurisdição; índios; Constituição; processo; legitimação; Corte Interamericana de Direitos Humanos.
Key words: Access; effectiveness; Jurisdiction; indians; Constitution; lawsuit; legitimation; Inter-American Court of Human Rights.

1. Introdução

O objetivo deste artigo é abordar alguns aspectos gerais da legitimação constitucional ao processo dos índios, suas comunidades e organizações na defesa dos direitos indígenas em Juízo. A capacidade processual dos indígenas é enfocada a partir do regime de direito público, sob a luz da Constituição Federal de 1988 e do direito coletivo à manutenção do modo de vida dos índios como povo.

O regime tutelar do índio e a responsabilidade do Estado brasileiro, através da União e suas entidades, são abordados diante das omissões do Poder Público na efetivação dos direitos indígenas e a possibilidade dos atingidos ingressarem em Juízo contra o próprio Estado tutor, em razão do reconhecimento constitucional da capacidade "ad processum" dos índios para a defesa de seus direitos e interesses.

No desenvolvimento do trabalho abordamos a questão do direito à diferença dos povos indígenas, independentemente de necessidade de integração aos usos e costumes nacionais. A perspectiva filosófica, a "marginalidade" e a "invisibilidade" dos povos indígenas serão estudadas a partir de dados sociológicos e da insuficiência dos critérios

jurídicos de direito privado para se definir a capacidade processual dos indígenas e suas comunidades.

Admitimos que no âmbito dos pressupostos processuais, a eficácia da jurisdição depende dos meios de acesso à tutela jurisdicional e da ausência de empecilhos formais para o pleno exercício dos direitos constitucionais especialmente reconhecidos aos povos autóctones brasileiros. As formas de soluções de conflitos, rumo a uma nova discursividade e interpretação das regras estabelecidas, obrigam o intérprete a mudar o foco individualista, centrado no direito privado, para um viés público, voltado para a constitucionalização de direitos.

Finalizando, abordamos a evolução jurídica dos instrumentos de proteção dos direitos humanos e seus reflexos quanto à ampliação da legitimidade ativa dos povos autóctones no âmbito internacional através das normas convencionais da Corte Interamericana de Direitos Humanos e alguns precedentes judiciais quanto ao acesso à jurisdição e suas implicações na abordagem do direito dos índios à tutela jurisdicional em face das omissões do Estado tutor.

2. O "perspectivismo" *ameríndio*

Sob a perspectiva ameríndia "bicho é gente"[1]. Esta é a frase símbolo reverberada por antropólogos e que expressa uma idéia presente nos povos indígenas da América. Enquanto o pensamento ocidental afirma que a natureza é universal e que as culturas humanas são particularidades, para os povos autóctones americanos haveria apenas uma cultura e naturezas particulares, dependendo do ponto de vista do observador.

Homens e animais sempre seriam "gente", sujeitos dessa cultura, ou seja, todos os animais para os índios experimentam os mesmos hábitos, suas relações de grupo são sempre sociais, com ritos, chefes e regras próprias. Uma só maneira de ser sujeito em suas relações com predadores e presas ou em suas relações sociais com seus semelhantes e, portanto, seres que mudam de natureza, dependendo das relações em que estão envolvidos. Animais predadores e espíritos vêem os humanos como presas ao passo que a caça vê os humanos como predadores. Ao verem os humanos como não humanos, os animais vêem a si próprios como humanos e estes como animais.

Da literatura, em uma interpretação possível de Guimarães Rosa, conseguimos identificar esta perspectiva na obra "Meu tio o Iauaretê"[2]. O texto narra a estória de um mameluco batizado pelo pai branco católico como "Antonio de Eiesús", depois chamado Macuncôzo e Tonho Tigreiro. Pela mãe índia tacunapeúna de nome Mar'Iara, foi chamado de Bacuriquirepa, Breó e Beró. E, finalmente, dizia que não tinha mais nome porque não necessitava. O "índio" foi contratado por um "geralista" para "desonçar" um pedaço do sertão das gerais. Matou muitas onças e se arrependeu. Chamava-as de parentes e dizia que gostava mais delas do que de homens. Passou a "deshomenzar" o sertão das gerais. Matava os homens tal como as onças os matavam. Ele próprio se alimentava de homens

[1] CASTRO, Eduardo Viveiros de. "O espelho do ocidente". *In*: *Folha de S. Paulo*, caderno mais, 21/08/2005, p. 4.

[2] ROSA, João Guimarães. "Meu tio o Iauaretê". *In*: *Estas estórias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1985, pp. 160-200.

e parte da "caça" entregava para as onças. O próprio "Tonho" chega a descrever uma espécie de romance com uma onça.

Este fato, de certa forma, justifica o título do conto na medida em que a palavra "tio" tem significado de sogro ou parente para os indígenas. Porém, um novo "desonçador" havia chegado à região e o "índio" novamente muda sua perspectiva e se transforma na caça, sendo morto por arma de fogo. Dessa forma, sob a perspectiva ocidental, a relação entre os homens é de fraternidade por terem uma origem comum em um pai universal, seja sob a perspectiva espiritual (religiosa) ou biológica (darwinismo). Sob a perspectiva ameríndia, a ligação entre os homens ocorre por não terem a mesma relação com aquilo que os relaciona.

Assim, todos seriam cunhados e não irmãos. Enquanto no mundo ocidental um cunhado é um irmão de segunda categoria, no mundo indígena, o irmão ocuparia esta posição, pois a fraternidade é o fim do relacionamento e não seu começo. Um mesmo terceiro é visto de maneira diametralmente oposta pelos participantes da relação, ou seja, o marido e o irmão. A relação ocidental é sempre relação do sujeito (EU) consigo mesmo (mEU irmão, um EU mesmo de segunda classe). No mundo indígena, ao contrário da identificação das semelhanças, as pessoas se ligam na medida em que ocupam posições diferentes perante outras.[3]

A transposição desta perspectiva ameríndia para o direito demonstra o equívoco histórico do tratamento dos indígenas pela legislação brasileira, que sempre viu o índio na perspectiva européia, como um "cunhado", e não como um irmão, da mesma forma como Roma foi cercada por bárbaros pagãos que, através de codificações sociais de ritos de passagem, foram aos poucos deixando sua condição de marginais, sendo integrados ao padrão social que derivava da perspectiva central. Jean-Claude Schmitt reflete sobre esta questão histórica a partir do ponto de vista dos marginais:

> "[...] do mesmo modo que a margem – expressão dos copistas da idade média – cerca o texto e limita a página, alimenta uma imaginação coletiva cujos excessos o descobrimento progressivo da Terra não consegue exaurir: ela povoa as costas do oceano Índico (representado fechado, em vez de aberto), o país dos negros etíopes e, depois, as 'Índias Ocidentais' – nossas Américas –, de monstros que desafiam a razão (embora também sejam tidos como produtos da criação de Deus) ou de Bons selvagens que parecem ignorar o pecado."[4]

Estes ritos de passagem abrangem três etapas, ou seja, de separação total, de margem e de agregação ou integração, os quais serviram de justificativa na invasão européia das terras americanas e no relacionamento com os povos "marginais" que aqui viviam. E quanto mais integrados estão, os índios passam a repetir a filosofia ocidental dos "marginais" e, em alguns casos, chegam mesmo a repetir soluções ou saídas como uma "revolução" nos moldes proletários, para solução de todos os problemas. Para o índio Olívio Jekupé, da aldeia Krukutu, próxima a Parelheiros, grande São Paulo, a revolução nos moldes proletários/comunistas seria a solução para os problemas de seu povo, ainda que

---

3 CASTRO, Eduardo Viveiros de. *Op. cit.*, p. 5.

4 SCHMITT, Jean-Claude. "A história dos marginais". *In*: LE GOFF, Jacques (org.). *A história nova*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 266.

sua interpretação de identificação com as classes proletárias não seja cultural e, sim, de comum exclusão social. Confira-se o poema de Jekupé:

Revolução Urgente

Quero revolução
Desejo revolução
Sinto revolução.
Só assim quem
Sabe não haja
Tantos analfabetos
Só assim quem
sabe não tenha
tantos pobres.
Quem sabe assim,
Poderemos ter
Grandes intelectuais.
Ah, quem sabe
Não veremos mais
Crianças passando fome.
Ah, só a revolução
Poderá mudar esta
Vida que levamos.[5]

Vale lembrar que Jekupé é índio, com licenciatura em filosofia pela Universidade de São Paulo, e invoca uma solução ocidentalizada para a questão indígena. Não obstante, como acima expusemos, há um equívoco histórico na abordagem dos problemas dos autóctones. No pensamento ocidental, encontramos uma manifestação clara de uma perspectiva indígena completamente integrada e sem raízes, como verdadeira manifestação do "Macunaíma". A seguir veremos como a perspectiva européia dos "marginais" se conformou e confrontou com o "perspectivismo" relacional indígena através da análise da evolução dos direitos indígenas.

3. A evolução dos direitos indígenas

Carlos Frederico Marés de Souza Filho afirma que a tutela dos índios pelo Estado tem origem na Lei de 27 de outubro de 1831, que revogou as Cartas Régias de 1808, as quais declaravam guerra aos índios de São Paulo e Minas Gerais e autorizava a escravidão por quinze anos dos prisioneiros[6]. Segundo o autor, a nova legislação tinha caráter libertário, pois instituía em favor dos índios aprisionados ou que se entregassem durante o estado de guerra a tutela orfanológica, ou seja, seriam socorridos pelo Tesouro

[5] JEKUPÉ, Olívio. *Xerekó Arandu: a morte de Kretã*. São Paulo: Nossa Sra de Fátima, 2001, p. 38.

[6] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. "Tutela aos índios: proteção ou opressão?" *In*: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas/Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 297.

do Estado até que os Juízes de órfãos lhes encontrassem trabalho por meio do qual os índios pudessem sobreviver. Assim, era manifesto o objetivo de integração dos índios.

O Decreto de 03 de junho de 1833 encarregou os Juízes de órfãos da administração dos bens dos índios, em substituição aos extintos Ouvidores das Comarcas, o que foi confirmado pelo Regulamento nº 143, de 15 de março de 1842. Marés afirma ainda que a tutela prevista na legislação de 1831 somente aplicava-se aos índios cativos, ao passo que a administração dos bens dos índios estabelecida pela legislação de 1833 e 1842 aplicava-se a todos os índios do Brasil. Ambas as legislações, aparentemente, teriam um caráter protecionista, porém, representaram as origens do tratamento preconceituoso e restritivo a partir da redução jurídica da capacidade do índio. Os índios, não somente os cativos ou em processo de integração, mas, agora, todos, passaram a ser tutelados pelo Estado através do Juiz de órfãos e não mais tinham a disponibilidade sobre seus bens.

O Código Civil Brasileiro de 1916 estabelecia em seu artigo 6º que os silvícolas eram "incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer". E pelo parágrafo único do mesmo artigo 6º foi disposto que os índios "ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará a medida em que se forem adaptando à civilização do país". Desse modo, a situação jurídica dos índios era contraditória, pois a tutela é instrumento de proteção individual, em função de uma situação excepcional de incapacidade.

Assim, o instituto da tutela não poderia ser aplicado a toda uma coletividade de indivíduos como regra geral e os artigos 406 a 485 do Código Civil de 1916, que se referem à tutela de incapazes, não seriam aplicáveis aos índios sob o aspecto sistêmico, pois dependeria de regulamentação por leis especiais. Assim, a incapacidade relativa do índio prevista pela legislação civil não poderia ser considerada autoaplicável.

O Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928, dispunha que seriam considerados emancipados todos os índios que estivessem sob a tutela orfanológica, porém, também criava restrições à capacidade civil do índio, estabelecendo categorias das populações indígenas, conforme o grau de integração à sociedade "civilizada", exigindo a representação dos índios por agentes do Estado nos negócios jurídicos que celebrassem, sob pena de nulidade. Novamente se contrapõem os objetivos protecionistas com aqueles restritivos da capacidade dos índios na administração de seus bens.

Segundo Marés:

> "A partir de 1928, portanto, sem revogar o Código Civil, já não se deveria mais falar em tutela, mas em capacidade e nulidade de atos praticados sem a participação dos funcionários responsáveis, o que vale dizer, sem a participação do Estado. Este novo instituto jurídico de caráter público poderia ter ganhado um nome próprio, coisa que a lei de 28 não fez, mantendo o nome de tutela e entregando ao Estado, que a exerceria por meio do SPI – Serviço de Proteção aos Índios."[7]

Como já se poderia prever, o SPI serviu muito mais a interesses de certos grupos e pessoas da sociedade civilizada incrustados no Estado do que ao próprio interesse dos índios até a criação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI em 1967. A Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, conhecida como "Estatuto do Índio", determinou a aplicação

[7] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Op. cit.*, p. 305.

dos princípios da tutela de direito civil aos índios, na prática, derrogando tacitamente a legislação de 1928, que havia estabelecido um regime de tutela pública dos índios. O retorno da aplicação do direito de civil e de família quanto à tutela dos índios tem efeitos diversos em relação à responsabilidade do Estado, mantido como órgão tutor, ou seja, uma pessoa jurídica sujeita ao regime público.

Em plena ditadura militar, a mudança representou um retorno à tutela orfanológica dos índios, com o nítido objetivo de integrar os índios à sociedade civilizada e deixar de reconhecê-los como povo, para atribuir-lhes direitos individuais e não os de esfera coletiva. O direito à terra é um dos principais focos de conflito, na medida em que o tratamento dos índios como povo implica no reconhecimento e demarcação das áreas por eles tradicionalmente ocupadas, contrariando os interesses de desenvolvimento e exploração de recursos naturais.

Isto porque o termo tutela, sob o ponto de vista estrito do direito civil, como um instituto do direito de família, não pode ser confundido com o termo "tutela" no sentido de responsabilidade pública do Estado pelo fomento, fiscalização, proteção e implantação de políticas públicas. O estatuto retirou parte da autonomia das comunidades indígenas para gerir seus próprios bens, transformando-os, praticamente, em pessoas absolutamente incapazes do ponto de vista do direito civil. Tudo de que os índios não integrados necessitassem deveria, em tese, ser provido pelo Estado ao passo que os integrados à sociedade civil perderiam a condição de tutelados.

O estatuto pretendeu evitar a responsabilidade objetiva do Estado, inerente ao regime da tutela de direito público, retornando ao antigo sistema da tutela orfanológica ou da responsabilidade civil aquiliana. Este regime impulsionava o índio à integração e perda de seus direitos indígenas, na medida em que as comunidades não podiam gerir os meios para sua sobrevivência e o Estado tutor era manifestamente omisso na promoção de políticas sociais que atendessem aos interesses indígenas.

O direito civil individualista negou aos índios qualquer direito coletivo, fazendo valer apenas os seus direitos individuais através da propriedade registral[8]. Para o Estado e a sociedade, o direito dos índios de manter seu modo de vida tradicional era incompatível com a exploração econômica de seus próprios bens.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 inicia um novo capítulo na seara dos direitos indígenas. O reconhecimento internacional ao direito à diferença das minorias influenciou positivamente na mudança de posicionamento do Estado perante os índios. Ao contrário da visão integracionista e exploratória anterior, a Carta Magna de 1988 estabeleceu, em seu artigo 231, que "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens." A Constituição impõe um dever ao Estado de proteger os índios e fazer respeitar todos os seus bens, como povo que supera o regime tutelar de direito civil e, acertadamente, resgata o conceito de tutela pública dos indígenas.

E, além disso, estabelece que o Estado não pode interferir no direito de autodeterminação dos povos indígenas e veda qualquer prática estatal ou privada que possa

[8] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. "Multiculturalismo e direitos coletivos". *In*: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 77.

restringir ou agredir tais direitos. Dessa forma, as normas do estatuto do índio tornaram-se insuficientes para descrever todo o âmbito da tutela de direito público, resgatada pela Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

O projeto do novo estatuto do índio em trâmite pelo Congresso Nacional Brasileiro não pode olvidar a estes novos aspectos coletivos dos direitos dos povos indígenas, em contraposição evolutiva do antigo regime individualista e integracionista até então desenvolvido. Cabe, finalmente, destacar que o Novo Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em seu artigo 4º, parágrafo único, expressamente dispôs que a capacidade civil dos silvícolas (manteve a antiga denominação dos índios) será regulada por legislação especial. Consagra, portanto, o entendimento de que a tutela orfanológica é inaplicável aos índios atualmente.

Além disso, deixa margem a dúvidas quanto à possibilidade de aplicação do Estatuto do índio de 1973, pois indica que as normas quanto à capacidade do índio ainda serão fixadas por legislação especial. Ora, caso o Novo Código Civil estivesse se referindo ao Estatuto do índio, conteria o verbo determinativo no presente e não previsão para o futuro. Muito embora o estatuto de 1973 não tenha sido revogado expressamente, deve ser visto com reservas em relação ao novo posicionamento da Constituição Federal que aflorou um novo aspecto da tutela de direito público pelo Estado ao permitir que os próprios indígenas ingressem em Juízo na defesa de seus direitos e interesses, na dicção do artigo 232: "os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo".

4. Direitos indígenas como direito coletivo

As características específicas dos povos indígenas se exprimem por meio do direito coletivo à diferença, afirmado pela UNESCO em 1978, pela declaração sobre raça e os preconceitos raciais, segundo o qual a identidade de origem de todos os seres humanos não afeta a faculdade de manter modos de vida ou identidades culturais diferenciadas fundados na cultura, ambiente, história, dentre outras. No caso americano, o pacto de San José da Costa Rica, de 1981, permite concluir que a diversidade não é contrária à idéia de unidade e não pode servir como fundamento para os Estados negarem os índios como povo apenas sob o argumento para garantir a união e integridade de seus territórios contra um movimento separatista. O caráter coletivo dos direitos pode levar à alienação do indivíduo pelo grupo, porém, a defesa coletiva de interesses comuns pode fortalecer o poder reivindicatório em face dos obrigados às prestações pretendidas.

Segundo Norbert Roland:

> "[...] a recusa de todo caráter coletivo nos parece excessiva, pois, em certos casos, e sob a reserva de certas condições, a coletivização dos direitos pode ser a condição de sua efetividade. Em nossa opinião, existe um laço indissolúvel – que pode ser dialético – entre as definições coletivas e individuais."[9]

[9] ROULAND, Norbert (org.). *Direito das Minorias e dos povos autóctones*. Tradução de Ane Lize Spaltemberg. Brasília: UnB, 2004, p. 490.

O processo de evolução histórica dos direitos humanos tem servido como ponto de apoio para a reivindicação das minorias com base coletiva, de titularidade de grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade, em detrimento do indivíduo em sua singularidade, como o direito de autodeterminação dos povos, expresso na Carta das Nações Unidas[10]. Para Bobbio[11], o problema dos direitos do homem é um problema mal formulado: a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; as liberdades políticas e sociais, do nascimento, crescimento do movimento dos trabalhadores, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também ações de proteção.

Os interesses metaindividuais, assim chamados para diferenciar dos interesses individuais de cunho "egoístico", ultrapassam a órbita da atuação individual, para se projetarem na ordem coletiva com finalidade notadamente altruística. Apesar da mesma origem – "interesses metaindividuais" – a doutrina mais atualizada diferencia os termos direitos difusos e coletivos. Os primeiros pertencem a uma série indeterminada e indeterminável de sujeitos, enquanto os últimos se relacionam a uma parcela também indeterminada, mas determinável de pessoas. Funda-se, também, no vínculo associativo entre os diversos titulares, que é típico de interesses coletivos e ausente nos difusos.[12]

Pode-se conceituar os direitos coletivos como aqueles que abrangem uma realidade coletiva (profissão, categoria, família), ou seja, aqueles que se relacionam com o exercício coletivo de interesses e não simplesmente aqueles interesses que apenas são coletivos na forma, permanecendo individuais quanto à finalidade perseguida, o que configuraria um exercício coletivo de interesses individuais. A ambiguidade entre direitos difusos e direitos coletivos começa já na acepção vernacular dos termos, já que ambos sugerem a idéia do que é extenso, aplicável a muitas pessoas ou coisas.

Tal sinonímia é reforçada pelo uso dessas mesmas expressões, indistintamente, como a significar uma e mesma coisa. Alguns autores declaram utilizar indiferentemente, como sinônimos, as expressões interesse difuso, coletivo, de grupo, meta ou supraindividual, embora reconheçam haver tentativas de distinções. No entanto, o próprio direito positivo consagrou a distinção: tanto a Constituição Federal (art. 129, III) como a Lei da Ação Civil Pública (7.347/85, art. 1º, IV – com a redação dada pela Lei 8.078/90, art. 110) referem-se a interesses difusos e coletivos.

Celso Ribeiro Bastos punha em relevo o fato de que os interesses coletivos "dizem respeito ao homem socialmente vinculado", havendo, portanto, um vínculo jurídico básico, uma geral "affectio societatis" ao passo que os interesses difusos se baseiam numa identidade de situações de fato, sujeitando-se a lesões de natureza extensiva, disseminada ou difusa. José Carlos Barbosa Moreira também prefere distinguir ambas as expressões, em que pese à relativa imprecisão do conceito. De acordo com o autor, a expressão

---

[10] LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 130-131.

[11] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 5-6.

[12] MILARÉ, Edis. *A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 27-28.

"interesses difusos" não adquiriu até agora sentido preciso na linguagem jurídica, sugerindo duas notas essenciais ao conceito de interesse difuso, uma pertinente ao sujeito e outra ao objeto.

Quanto ao sujeito, o interesse não pertence à pessoa determinada ou a grupo nitidamente delimitado. Eis aqui o ponto. Ao ver do processualista, a titularidade do interesse encontrar-se-ia em um grupo cujos membros seriam de difícil ou impossível determinação. Ademais, isto é de se sublinhar, inexistiria necessariamente um vínculo jurídico entre estes componentes do grupo, ao contrário do que ocorre com uma sociedade anônima. Do ângulo do objeto, o interesse refere-se a um bem individual, de tal sorte que a satisfação de um elemento do grupo implicaria a satisfação dos demais[13].

Mancuso[14] aponta duas razões para esta distinção: a) conquanto os interesses coletivos e os difusos sejam espécies do gênero "interesses meta (ou super) individuais", tudo indica que entre eles existem pelo menos duas diferenças básicas, uma de ordem quantitativa, outra de ordem qualitativa: sob o primeiro enfoque, verifica-se que o interesse difuso concerne a um universo maior do que se verifica no interesse coletivo, visto que, enquanto aquele pode mesmo concernir até a toda humanidade, este apresenta menor amplitude, já pelo fato de estar adstrito a uma "relação-base", a um "vínculo jurídico", o que o leva a se aglutinar junto a grupos sociais definidos; sob o segundo critério, vê-se que o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção corporativa, ao passo que, no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente enquanto ser humano; b) utilizar indistintamente essas duas expressões conduz a resultados negativos, seja porque não contribui para aclarar o conteúdo e os contornos dos interesses em questão, seja porque estão em estágios diferentes de elaboração jurídica: os interesses coletivos já estão bastante burilados pela doutrina e jurisprudência; se eles ainda suscitam problema, como o da legitimação para agir, a técnica jurídica tem meios de resolvê-lo, ao passo que os interesses difusos não contam, propriamente, com mais de uma década de elaboração jurídica específica, continuando em certo modo uma figura misteriosa. Daí ser útil e conveniente a tentativa de distinção entre esses dois interesses.

O mesmo autor afirma que os interesses difusos permitem toda sorte de posicionamento de conteúdo fluido (como qualidade de vida) e, "enquanto o interesse geral ou público concerne primordialmente ao cidadão, ao Estado ao Direito, os interesses difusos se reportam ao homem, à nação, ao justo"[15]. Pelo alto índice de desagregação estes interesses se referem a um contingente indefinido de indivíduos e a cada qual deles ao mesmo tempo. Esta classe de direitos sempre existiu, porém, só a partir da segunda metade do século XX este tema vem sendo elaborado de forma autônoma e sistemática[16]. Este paradoxo pode ser talvez explicado pelo fato de que os sistemas jurídicos se fundam basicamente na tutela dos interesses do indivíduo, mesmo os implicados sendo pessoas jurídicas. Isto acarretou a conseqüência de que somente os interesses considerados

[13] MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro". *In*: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 183-184.

[14] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 73-74.

[15] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.*, p. 74.

[16] GRINOVER, Ada Pellegrini. "Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos". *In*: *Revista de Processo*, ano 25, nº 97, janeiro-março de 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 09.

relevantes e suscetíveis de afetação a um titular mereceriam tutela jurisdicional.

Dentro desta concepção individualista, é bem compreensível que passassem despercebidos certos interesses que, justamente, se caracterizam pela inviabilidade de apropriação individual, como o interesse à pureza do ar atmosférico. Afirmou-se, mesmo, que se um interesse concerne a todos, não pertence a ninguém, e, assim, não é tutelável. De acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth[17], a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares, sendo que a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se difundindo com uma concepção social, coletiva.

Neste panorama, considerando os direitos indígenas como direitos essencialmente coletivos, tais como o direito à existência como povo, o direito coletivo às terras tradicionalmente ocupadas, o direito à liberdade de culto e religiões próprias, o direito ao modo de vida e desenvolvimento econômico, o direito às farmacologias próprias das florestas e do conhecimento tradicional, o direito à alimentação e cultivo de alimentos não padronizados, somente puderam ser reconhecidos como objetivo de uma tutela jurisdicional coletiva no Brasil a partir da nova Constituição Federal de 1988, muito embora a Lei da Ação Civil Pública date de 1985.

5. *A legitimação "ad processum" do índio*

O artigo 37 da Lei 6.001/1973 permitia aos grupos ou comunidades indígenas o ingresso em Juízo na defesa de seus direitos. No entanto, os índios deveriam ser assistidos pelo Ministério Público Federal ou pelo órgão de proteção ao índio. O artigo 232 da Constituição Federal de 1988 nada mencionou quanto à assistência e apenas exigiu a intervenção do Ministério Público Federal. A mudança do enfoque do regime tutelar nas relações de direito material tem seus reflexos no direito processual a partir dos conceitos de capacidade e legitimação ao processo.

Segundo Theodoro Júnior, a legitimidade é uma das condições da ação ao lado do interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido[18]. Na linguagem de Liebman, trata-se da "pertinência subjetiva da ação", ou seja, a titularidade ativa e passiva da ação em correspondência de cada titular de um direito subjetivo também é titular de um direito adjetivo de ação. Para Arruda Alvim, "estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença"[19].

---

[17] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 49-50.

[18] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 18ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 56.

[19] ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. *Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2002.

A moderna doutrina processual considera que a legitimação para o processo decorre dos elementos da lide e não propriamente do direito debatido em Juízo em razão do direito de ação ser autônomo e não depender da existência do direito material[20]. Para Amaral Santos "legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão"[21]. Dessa forma, a legitimidade "ad causam" ocorre quando o autor ou o réu alegam em Juízo, em nome próprio, um direito ou interesse também próprio.

Esta é a dicção do artigo 3º do CPC, que segue a tônica de proteção dos direitos individuais. Há, porém, casos em que o legitimado para agir não é o titular do direito invocado. Em determinadas hipóteses a legislação pode prever a legitimação extraordinária, que consiste numa autorização legal para que a parte demande em nome próprio interesse ou direito alheio.

Trata-se de uma espécie de substituição processual expressamente prevista no artigo 6º do CPC. No caso específico dos índios, as normas em vigor prevêem dois substitutos processuais legitimados extraordinariamente para a defesa dos direitos e interesses indígenas em Juízo. O primeiro é a Fundação Nacional do Índio, entidade de direito público interno, com natureza jurídica de autarquia federal, à qual é atribuída a tutela dos índios, conforme previsto na Lei 6.001/73.

O segundo substituto processual é o Ministério Público, em razão do disposto no artigo 129, inciso V, da Constituição Federal de 1988. Trata-se de hipótese singular de substituição processual por previsão constitucional. Ambas as representações configuram espécies de legitimação extraordinária concorrente, ou seja, não impedem que os próprios titulares dos direitos e interesses alegados exerçam em nome próprio o direito de ação. Em outras palavras, a legitimação extraordinária da FUNAI e do MPF não exclui a legitimidade ordinária dos índios, em função do que dispõe o artigo 3º do Código de Processo Civil brasileiro, de que a legitimidade "ad causam" decorre da defesa do direito próprio em Juízo. Nenhuma das normas que atribuem legitimidade extraordinária, no caso dos índios, exclui o direito próprio à legitimidade ordinária.

A princípio, poderia parecer que o artigo 232 da Carta Magna de 1988 seria o responsável pela atribuição da legitimidade ordinária aos índios. Entretanto, seria completamente desnecessário, em função do que já prevê o artigo 3º do CPC. Qual a razão, portanto, da previsão constitucional, considerando o princípio de que a lei não contém palavras vazias ou inúteis?[22].

Ora, a dicção do artigo 232 da CF/88 se aplica ao âmbito da "legitimatio ad processum", ou seja, não se refere às condições da ação e, sim, a um pressuposto processual intrinsecamente relacionado à capacidade processual. Rompe com o modelo processual civil clássico, que somente atribuía à parte com capacidade civil o poder de ingressar em Juízo em nome próprio. Portanto, num cenário em que a tutela estatal se mostra omissa, se transferiu a análise da capacidade processual dos índios do âmbito do

[20] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ibid. Loc. cit.*

[21] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17ª ed. Vol I. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 167.

[22] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. "Dogmática hermenêutica ou a ciência do direito como teoria da interpretação". *In*: *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

direito privado e do Código Civil para o âmbito do direito público e da Constituição. A CF reconhece, assim, que os índios são legitimados ao processo, ou seja, tem capacidade processual para ingressarem em Juízo na defesa dos seus direitos e interesses, independentemente de sua capacidade civil ou da assistência do Estado tutor, principalmente, naquelas ações movidas contra o próprio Estado, na condição de ente responsável pelo fomento e implementação dos direitos indígenas.

Tal leitura representa inovação imensa e não pode ser facilmente compreendida, salvo quando se observa a revolução "copérniquiana" no trato da natureza jurídica da "tutela" do índio pelo Estado a partir da CF/88, a qual traz em seu bojo, expressamente, que não se pode mais negar a tutela jurisdicional singular ou coletiva ao índio com a simples alegação de que não detém a capacidade civil para ingressar em Juízo. Em outras palavras, não se pode mais negar ao índio o direito à tutela jurisdicional apenas porque ele é índio, atribuindo-lhe a condição de um cidadão brasileiro marginal ou invisível. Sob o ponto de vista do perspectivimo ameríndio, sem qualquer mácula de preconceito, poderíamos dizer que "índio é gente", e que, agora, assume seu papel no relacionamento da tutela estatal de direito público, como um cunhado, diferença, sem a necessidade de ser integrado, porém, com capacidade processual própria.

Conforme referimos, a questão da capacidade da parte para atuar em Juízo se constituiu em pressuposto processual, ou seja, os requisitos formais e materiais exigidos pela legislação para a formação e estabelecimento válido da relação processual, sem os quais a decisão ou sentença torna-se viciada por irregularidade ou nulidade e sem eficácia jurídica. Dividem-se em pressupostos de existência e desenvolvimento da relação processual. Os primeiros são analisados no momento inicial de constituição da relação processual. Os últimos são estabelecidos para regular o desenvolvimento e o curso da relação processual. Pressupostos subjetivos: competência do Juiz; capacidade civil das partes (capacidade processual); representação por advogado (capacidade postulatória); objetivos: forma processual adequada à pretensão; existência de procuração; ausência de litispendência, coisa julgada, compromisso, ou inépcia da inicial; inexistência de nulidades processuais.

Sua inocorrência impede a formação válida da relação processual. Seu exame e o reconhecimento de sua falta devem ser procedidos "ex officio" pelo Juiz. Os atos processuais do incapaz e os do juiz ou da parte contrária, praticados perante incapaz, carecem de eficácia, mas podem ser convalidados com efeito retroativo, pelo representante legal da parte, nos casos em que se admite a ratificação dos atos materiais anuláveis. Sempre que a parte for civilmente incapaz, embora regularmente representada ou assistida, haverá necessidade de intervenção do Ministério Público no processo, sob pena de nulidade (artigo 82, I, 84 CPC). Em resumo, a legitimidade "ad causam" é um requisito de ordem processual instrumental e existe para permitir que se afira a admissão ou não de uma determinada ação.

A capacidade processual não se confunde com a capacidade postulatória. Esta é deferida somente aos advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Para ingressar em Juízo é necessário que a parte se faça representar por um advogado, salvo nos casos em que a legislação lhe permita demandar independentemente de advogado, ou seja, quando a lei lhe atribui a capacidade postulatória direta, como no caso das Leis 9.099/95 e 10.259/2001, que criaram os Juizados Especiais Estaduais e os Juizados Especiais Federais, respectivamente.

Importante ressaltar que a capacidade "ad processum" não cabe apenas às pessoas

naturais ou jurídicas, mas é atribuída por lei a certos entes patrimoniais despersonalizados, como a massa falida, o espólio, a herança jacente ou vacante, a massa do insolvente civil, as sociedades despersonalizadas como a sociedade em conta de participação, comumente designadas de pessoas formais. Estas hipóteses configuram exceções à regra geral de que a capacidade processual se confunde com a capacidade civil. Não se pode dizer, nestes casos, que as partes legitimadas ao processo tenham capacidade civil, embora tenham capacidade processual. Da mesma forma, os índios constituem exceção por determinação constitucional. Não se pode aplicar a regra geral de que a capacidade processual dos índios se confunde com a capacidade civil.

A CF/88 não estabeleceu tal requisito e, expressamente, legitimou os índios, suas entidades ou comunidades ao processo, sem qualquer exceção ou condição. Tal qual não se pode exigir a capacidade processual dos índios como pessoa física, também não se pode exigir que suas entidades ou comunidades estejam constituídas na forma de pessoas jurídicas. E não há nada de absurdo em tais constatações, quando se verifica que a legislação processual civil comporta exceções.

Há pouco, até mesmo o PROCON se configurava em ente despersonalizado e tinha sua capacidade processual reconhecida por força do Código de Defesa do Consumidor. Até a Lei 4.121, de 27/08/1972, a mulher casada era considerada relativamente incapaz e somente podia ingressar em Juízo com a outorga de autorização pelo marido. Da mesma forma, a evolução no trato dos direitos indígenas e, principalmente, as omissões do órgão tutor Estatal, impõem que se possibilite aos índios o mais amplo acesso ao Judiciário, independentemente de quaisquer outros requisitos processuais. Nas ações dos índios contra a FUNAI e a UNIÃO e seus órgãos, o Ministério Público deve participar da relação processual, como interessado, na condição de assistente dos indígenas, em função de sua legitimação extraordinária.

Segundo Dalmo Dallari:

> "Na prática a defesa pelos órgãos federais foi muito deficiente até 1988, quando pela nova Constituição brasileira foi reafirmada e ampliada a competência do Ministério Público Federal para a defesa dos direitos dos índios. Até então essa defesa havia ficado na dependência das iniciativas do órgão federal incumbido do exercício da tutela indígena, a FUNAI que, além de ter sido escandalosamente omissa, muitas vezes promoveu e apoiou ações públicas e privadas contrárias aos direitos dos índios. Com base nos dispositivos do Estatuto do índio, várias comunidades indígenas assumiram sua própria defesa, inclusive judicialmente, suprindo em parte as deficiências e os desvios da FUNAI. E agora com o efetivo do MPF, os direitos indígenas passaram a ser defendidos com muito mais eficiência. Assinale-se, ainda, que a CF de 1988 deu competência à JF para o julgamento dos casos envolvendo direitos dos índios. Essa particularidade é mais do que um simples pormenor."[23]

Para Solange Rita Marczynski:

> "Toda incapacidade provém de situações ou condições de fato que acarretam para

[23] DALLARI, Dalmo de Abreu. "Reconhecimento e proteção dos directos dos índios". *In*: *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, nº 111. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1991, p. 317.

> o agente uma diminuição no contexto social e jurídico no qual age, uma *capitis diminutio* [...] É também o silvícola membro de uma entidade etnicamente distinta e definida. Não é só distinta, é discriminada. A comunidade indígena aparece com inferior pelo pequeno contingente demográfico, pela vulnerabilidade às doenças civilizadas e pelas características de uma cultura que se mostra incompreensível. São tais as pressões da sociedade 'civilizada' que a imagem preconceituosa e negativa construída pelos nacionais acaba inculcada no índio, que passa a ver-se a si mesmo pelos olhos do branco e fica por isso tolhido em seu entendimento, vontade e ação."[24]

No âmbito nacional, são poucos os precedentes que reconhecem a legitimação constitucional ao processo dos índios, independentemente da legitimação extraordinária e, ainda assim, de forma restrita. Apenas a título de ilustração transcrevo, a seguir, uma decisão monocrática do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

> "Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face da r. sentença monocrática proferida em demanda proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando a obtenção do benefício de salário-maternidade previsto nos artigos 71 e 73, conjuntamente com os artigos 39, parágrafo único, e 11, VII, todos da Lei nº 8.213/91. A r. sentença recorrida indeferiu a inicial e julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, com fulcro no artigo 267, IV, do Código de Processo Civil, em razão da autora, que é de origem indígena, não ter feito prova nos autos de ter atingido a condição de integrada, nem ter demonstrado estar assistida pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, a FUNAI. Não houve condenação da parte autora ao pagamento das custas processuais, em razão de ser a mesma beneficiária da Justiça gratuita, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, em razão de não ter havido sequer a citação. Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, pleiteando a anulação da r. sentença para a instauração do devido processo legal, como medida de justiça, uma vez que não foi dada vista ao Ministério Público, nos termos do artigo 35 do Estatuto do Índio, acarretando cerceamento ao direito da recorrente, nos termos do disposto nos artigos 35, 36 e 232 da Constituição Federal. Subiram os autos a esta Corte Regional. Opina o Ministério Público Federal pelo provimento da apelação, em parecer da Excelentíssima Procuradora da República Paula Bajer Fernandes Martins da Costa. É o relatório. Decido. Procede o apelo da parte autora. A petição inicial deve obedecer ao disposto no artigo 282 da legislação processual em vigor, ou seja, indicar o juiz ou tribunal a quem a petição é dirigida (inciso I), a qualificação do autor e do réu (inciso II), o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (inciso III), o pedido com suas especificações (inciso IV), o valor da causa (inciso V), as provas as quais o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (inciso VI) e o requerimento da citação do réu (inciso VII). Em princípio, todos os requisitos foram preenchidos. A r. sentença recorrida indeferiu a inicial em razão da autora, que é de origem indígena, não ter feito prova nos autos

[24] MARCZYNSKI, Solange Rita. "Índios: Temas Polêmicos". *In*: *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, nº 111. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1991, p. 324-325.

de ter atingido a condição de integrada, nem ter demonstrado estar assistida pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, a FUNAI.

Entendeu o D. Juízo monocrático que a parte autora não teria capacidade processual para estar em juízo. Isso por si só não dá azo à extinção do processo; daria ensejo a sua nulidade, à luz do inciso I, do artigo 13 do Código de Processo Civil, caso não fosse sanado o defeito dentro do prazo estipulado pelo juiz. Ao compulsar os autos, verifica-se que não foi aberta vista ao Ministério Público no 1º grau de jurisdição, estando em manifesto confronto com o que determina o artigo 232 da Carta Magna: 'Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.' Como bem salientou o Ministério Público Federal em seu parecer, a capacidade processual da recorrente decorre da consciência e do conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão de seus efeitos. A recorrente praticou diversos atos da vida civil, que restaram devidamente documentados nos presentes autos, e pleiteia o recebimento do benefício de salário-maternidade, em decorrência de ter dado à luz a uma criança. Certamente não lhe será prejudicial receber o referido benefício, de natureza alimentar, considerando os alarmantes índices de mortalidade infantil entre as populações indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul, em razão de desnutrição. Cabe ao magistrado determinar que se proceda à emenda da petição inicial que apresentar defeitos ou irregularidades que impeçam o regular processamento do feito, nos termos do artigo 284, do Código de Processo Civil, em atendimento à função instrumental do processo. Somente depois de decorrido *in albis* o prazo para atendimento da determinação e tendo havido a prévia manifestação do Ministério Público, nos termos inseridos na Carta Magna, poderá ser indeferida a inicial defeituosa. O que não é admissível é cercear o acesso da parte à Justiça sem dar a ela a prévia possibilidade de suprir a eventual falha de sua exordial. Nesse sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado a seguir colacionado:

'PROCESSO CIVIL. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. OPORTUNIDADE. SUPRIMENTO. ARTS. 283 E 284, CPC. NATUREZA INSTRUMENTAL DO PROCESSO. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. I - Somente os documentos considerados "indispensáveis" devem obrigatoriamente ser apresentados com a inicial e com a contestação. II - A extinção do feito sem julgamento do mérito, em razão da ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação, deve ser precedida da devida oportunidade para suprimento da falha, através da diligência prevista ao art. 284, CPC, em obséquio à função instrumental do processo. III - Por documentos "indispensáveis", aos quais se refere ao art. 283, CPC, entendem-se: a) - os substanciais, a saber, os exigidos por lei; b) - os fundamentais, a saber, os que constituem o fundamento da causa de pedir.' (STJ - RESP 114052 - proc. nº 199600734704-PB - Quarta Turma - Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJ 14/12/1998, pág. 243).

Portanto, não há que se falar em ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, devendo ser anulada integralmente a r. decisão monocrática, com o retorno dos autos à Vara de origem para o regular processamento do feito. É certo, que as decisões proferidas pelos Tribunais

Superiores não têm caráter vinculante. No entanto, é notório que o *decisum* proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça sanou a controvérsia a respeito da aplicação do dispositivo processual em comento, demonstrando-se certo o desfecho de qualquer recurso quanto à questão, de modo a inviabilizar qualquer alegação em sentido contrário, não deixando margem para novas teses. Destarte, aplicável, no presente caso o disposto no § 1º, 'A', do artigo 557 do Código de Processo Civil: 'Art. 557. (...). § 1ºA - Se a decisão estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.'
Nesse diapasão, torna-se dispensável a submissão do julgamento à Turma, cabendo o provimento do recurso diretamente por decisão monocrática. Posto isso, dou provimento ao recurso da parte autora, nos termos do § 1º-A, do artigo 557 do Código de Processo Civil, para anular a r. sentença, com a conseqüente remessa dos autos à Vara de origem para o regular processamento do feito. Certificado o decurso *in albis* do prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem. Intimem-se. São Paulo, 11 de março de 2005. WALTER DO AMARAL DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR."[25]

6. *A legitimação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos*

As violações aos direitos humanos dos povos indígenas também podem ser questionadas em face da Convenção Americana de Direitos Humanos. Referido instrumento foi ratificado e está em vigor no Brasil, possibilitando a qualquer pessoa o acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Relevante destacar que o acesso à jurisdição da Corte se dá através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos de violações a direitos humanos e não se exige dos interessados ou afetados pelas violações que tenham capacidade processual nos termos das legislações civis de seus países de origem[26]. Além disso, as normas convencionais exigem que o caso tenha esgotado as vias judiciárias internas dos Estados, antes de ser submetido à apreciação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso se considere que os índios não tenham a capacidade processual plena em razão de sua incapacidade civil, se pode considerar que eles sequer têm acesso à jurisdição interna, na medida em que dependeriam da FUNAI ou do Ministério Público Federal para a defesa de seus direitos. A CIDH, em vários julgados, já decidiu que o requisito formal, relativo à inexistência de recursos internos que garantam o princípio do devido processo (artigo 46.2 "a", da Convenção), refere-se não apenas a uma ausência formal de recursos da jurisdição interna, como também, aos casos em que os mesmos não se revelem adequados.

No caso do povo indígena Kichwa de Sarayaku, no Equador, através de medida provisional julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com voto do Juiz

[25] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível, de 11 de março de 2005. Relator: Des. Fed. Walter do Amaral. *Diário Judiciário da União*: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 mar. 2005. Disponível em: http://www.trf3.gov.br. Acesso em: 22 ago. 2005.

[26] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "Consolidação da Capacidade Processual dos Indivíduos na Evolução da Proteção Internacional dos Direitos Humanos". *In*: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *Direitos Humanos no Século XXI*. Brasília: Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais/Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

brasileiro Cançado Trindade, temos um exemplo de como a Corte tem entendido a legitimação ao processo e o esgotamento das vias internas quando os recursos se mostrem apenas protelatórios ou existentes do ponto de vista exclusivamente formal, reconhecendo a legitimação processual dos indígenas. Trata-se de questão que envolve a exploração de terras indígenas por companhia petrolífera argentina, com a autorização do Estado Equatoriano. Tal aspecto demonstra a necessidade de adequação das interpretações restritivas no âmbito do direito brasileiro a respeito da capacidade processual dos indígenas, a fim de garantir uma tutela jurisdicional efetiva, através do acesso isonômico e substancial ao Poder Judiciário e do envolvimento e participação das cidadanias e povos que compõem e habitam o Brasil, Estado democrático de direito, que tem o compromisso e a obrigação, impostos pelas normas e princípios da Carta Magna, de proporcionar uma mudança qualitativa na perspectiva relacional entre os povos.

7. Conclusão

Encerrando este artigo, podemos concluir que, à luz da Constituição Federal e do regime tutelar de direito público, os índios, suas comunidades e organizações, são partes legítimas e detém capacidade processual para ingressar em Juízo, em nome próprio, na defesa de seus direitos e interesses, principalmente, contra as omissões do Estado, independentemente de representação tutelar, individualmente ou por meio de representação coletiva, seja por associações ou entidades regularmente constituídas, seja por meio de suas lideranças comunitárias ou tribais, em razão da evolução das normas de proteção dos direitos humanos, como corolário do direito à existência como povo e do direito ao acesso à tutela jurisdicional efetiva.

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO DE AUTOR E O EMBATE ENTRE OS SISTEMAS DO *COPYRIGHT* E DO *DROIT D'AUTEUR*

LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI

Doutorando em Direito Civil pela USP, mestre em Direito Civil pela PUC-SP, bacharel em Direito pela USP; Juiz Federal em São Paulo, diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul, ex-Delegado de Polícia Federal, ex-Procurador do Banco Central do Brasil, ex-Defensor Público Federal.

RESUMO: O texto cuida da proteção internacional do direito de autor e do embate entre os sistemas do *copyright* e do *droit d'auteur*. Demonstra como os dois diversos sistemas de proteção do autor influenciaram a construção das normas internacionais sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de autor. Direito Internacional. *Copyright*. *Droit d'auteur*.

Introdução

A regulamentação dos direitos autorais é muito recente, se considerarmos a história das sociedades ocidentais, sendo bastante surpreendente como, durante muitos séculos, as criações do espírito humano permaneceram ao largo dos sistemas jurídicos, não obstante sua inegável contribuição para o aperfeiçoamento do ser humano.

Apesar da tardia normatização, a partir do momento em que o direito abriu os olhos para os problemas relacionados com direitos dos autores, não demorou muito para que se percebesse a vocação internacional desses direitos, visto que as obras intelectuais não respeitam as fronteiras políticas das nações, mas sim transitam livremente, ainda mais hoje se levarmos em conta a facilidade nas comunicações proporcionada pelo desenvolvimento tecnológico.

Assim, diante das necessidades evidenciadas, as nações iniciaram um movimento internacional visando à uniformização do tratamento a ser dado aos direitos autorais. No entanto, haja vista a existência de dois sistemas jurídicos diversos, é indubitável a complexidade da regulamentação da matéria no âmbito internacional, pois os países adeptos de cada um dos sistemas, muitas vezes, não estão dispostos a fazer concessões para que uma legislação internacional seja amplamente aplicável.

Dessa feita, considerando tais embates, especialmente no que toca ao reconhecimento dos direitos morais de autor, procuraremos apresentar, no presente trabalho, um panorama geral dos acordos internacionais no âmbito do direito de autor, com foco na problemática da diversidade dos sistemas do *copyright* e do *droit d'auteur*, de forma a revelar como os diferentes regimes autorais vêm esculpindo o direito internacional de autor.

1 A internacionalização dos direitos autorais

O direito autoral passou, inicialmente, por um estágio de admissão e consolidação nas legislações internas. Tão somente com o fim do regime dos privilégios, os países

europeus começaram a adotar legislações de proteção do direito autoral. Boa parte da doutrina aponta o Estatuto da Rainha Ana (1710)[1] como a primeira lei de proteção autoral.

Esse processo, todavia, foi relativamente lento e não aconteceu, como é óbvio, ao mesmo tempo em todos os países. Muitos deles reconheceram a proteção ao autor somente no final do século XIX ou no início do século XX, diferentemente do que ocorreu na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França, tendo a última outorgado proteção aos autores com as leis de 1791 e 1793.

De qualquer modo, após a consolidação do direito autoral nas legislações internas, problemas de âmbito internacional começaram a surgir, uma vez que a "obra literária ou artística, com maior ou menor intensidade consoante os tipos, é susceptível de formas de utilização que vão além dos limites demarcados pelas fronteiras dos Estados" (ASCENSÃO, 2007, p. 635).

A isso chamamos de vocação internacional do direito de autor, já que a necessidade de expansão da cultura e do conhecimento não encontra limites nos territórios dos Estados. Assim, é evidente que os direitos decorrentes de produção intelectual são essencialmente internacionais, cosmopolitas, "como bem demonstrou Édouard Laboulaye, em trabalho precursor publicado em 1858, onde afirma que 'uma de suas características principais é ser essencialmente internacional'" (BASSO, 2000, p. 19).

A vocação internacional do direito de autor também ficou evidente nos ensinamentos de Joseph Kohler (*apud* BASSO, 2000, p. 10), o qual afirmou: "O direito do espírito é reconhecido, não somente pela nação à qual pertence o homem criador, mas por todos os Estados. Qualquer um que tenha criado uma obra do pensamento deve ter seu direito em todos os lugares do mundo, porque ele não é somente membro da nação, ele é membro da humanidade".

Com isso, fica evidente que as obras literárias, artísticas ou científicas avançam para além das fronteiras de uma nação, o que justamente vem a dar significação ao direito internacional de autor (EISENMANN; JAUTZ, 2009, p. 288).

A questão foi notada inicialmente nos países de língua comum, uma vez que o autor obtinha proteção em âmbito nacional. Contudo, a partir do momento em que a obra passava a ser publicada em outro país, ou seja, quando transpunha as fronteiras do país de origem, não tinha, em princípio, o amparo do direito autoral. Em tais casos, como pondera Ascensão (2007, p. 635), não "bastaria pedir a apreensão dos exemplares produzidos sem autorização que entrassem no país de origem", visto que o autor pretendia, em última instância, o reconhecimento do seu direito "também perante a ordem jurídica estrangeira".

Assim, considerando o problema, os países passaram a aprofundar suas relações por meio do regime de convênios bilaterais de reciprocidade para a proteção internacional do direito de autor. Os primeiros acordos teriam sido celebrados entre a Prússia e outros 30 Estados germânicos, no período de 1827 a 1829 (LIPSZYC, 1993, p. 600).

O mesmo aconteceu no Brasil, cujo primeiro documento internacional sobre a matéria foi assinado com Portugal, em 9/9/1889, tendo sua observância sido determinada pelo Decreto nº 10.353/1889 (ASCENSÃO, 2007, p. 638).

---

[1] Há várias monografias que apontam a data do Estatuto da Rainha Ana como 1709, com fundamento no calendário em vigor na Inglaterra naquela época. Todavia, desde 1752, a Inglaterra segue o calendário gregoriano, de maneira que o ano não se inicia mais em 25 de março, mas sim em 1º de janeiro. Por isso, no calendário gregoriano, o ano correto de promulgação do Estatuto é 1710 (FÖRSTER, 2008, p. 10-11).

Esses convênios eram baseados na reciprocidade formal, isto é, na "aplicação das leis locais às obras originadas em outro Estado" (LIPSZYC, 1993, p. 600). De tal sorte, com os convênios bilaterais surgiu a outorga de tratamento nacional, já que "cada país dava aos autores do outro país o mesmo regime de que gozavam os seus próprios autores" (ASCENSÃO, 2007, p. 638).

Houve uma proliferação dos tratados bilaterais em matéria de direito de autor. No entanto, os países começaram a perceber que tal processo de proteção era muito moroso, que necessitavam de acordos internacionais com capacidade de coordenar, ao mesmo tempo, vários direitos internos. Por isso, passaram a desenvolver esforços para a obtenção de instrumentos multilaterais de proteção (ASCENSÃO, 2007, p. 639).

Tal movimento foi encabeçado pelos países mais desenvolvidos, grandes exportadores de obras intelectuais, que conseguiriam grandes vantagens econômicas com o reconhecimento da proteção internacional das artes e ciências. Exatamente por isso, foram os países europeus os grandes impulsionadores do primeiro grande acordo internacional sobre a matéria, a Convenção de Berna, assinada em 1886 (ASCENSÃO, 2007, p. 639).

2 A Convenção (União) de Berna: a primeira convenção internacional de direito autoral

A Convenção de Berna (CUB) é fruto do esforço de entidades privadas de autores, valendo lembrar o trabalho de Victor Hugo e da *Association Littéraire et Artistique Internationale*, fundada pelo escritor em 1878.

Tanto é que a "primeira minuta do que seria conhecido como 'Convenção de Berna' foi produzida por um congresso internacional" realizado em Roma, em 1882, o qual contou com a participação da *Association Littéraire et Artistique Internationale* (COSTA NETTO, 2008, p. 58).

Nesse congresso internacional, foi proposta uma "'Conferência' composta de órgãos e representantes de grupos interessados", a qual deveria se reunir para discutir a criação de uma "União de Propriedade Literária" (BASSO, 2000, p. 88).

A "Conferência" se reuniu nos anos que se seguiram e, em 09/09/1886, foi firmada a convenção na cidade de Berna, Suíça, contando, naquela época, com a participação de apenas dez países. Assim, a Convenção de Berna foi iniciada com França, Alemanha, Espanha, Itália, Bélgica, Reino Unido, Suíça, Haiti, Libéria e Tunísia, sendo certo que esses últimos três países ingressaram em razão da influência direta dos países europeus (FRAGOSO, 2009, p. 84).

A entrada em vigor da Convenção deu-se em 05/12/1887, com a ratificação dos países mencionados, com exceção da Libéria, que aderiu em 1908 (LIPSZYC, 1993, p. 628).

Da análise dos países que originalmente elaboraram a Convenção de Berna, fica evidente seu "caráter nitidamente protecionista da produção intelectual europeia" (FRAGOSO, 2009, p. 84). Não se pode falar, num primeiro momento, em um caráter universal da Convenção. Pode-se afirmar que ela teria nascido como um "tratado europeu destinado à proteção de obras entre europeus" (LIPSZYC, 1993, p. 604).

Seja como for, com o passar do tempo, na medida em que mais e mais países confirmavam a sua adesão, a convenção adquiriu caráter universal, sendo hoje considerada "o instrumento-padrão do direito de autor internacional" (ASCENSÃO, 2007, p. 639). E o caráter universal somente foi possível pelo fato da convenção ficar aberta à adesão

de novos Estados (art. 18), sem efetuar discriminações políticas ou ideológicas (LIPSZYC, 1993, p. 604).

Outrossim, o número de partes contratantes da convenção também denota seu caráter universal, dado que, atualmente, são 164 partes contratantes. Entre esses países, está o Brasil, que já em 04/01/1913, com a Lei nº 2.738, passou a integrar a convenção, tendo aderido também às revisões subseqüentes, inclusive à de Paris, de 1971, promulgada pelo Decreto nº 75.699/1975 (FRAGOSO, 2009, p. 91).

A Convenção de Berna é um dos mais antigos acordos internacionais ainda em vigência (SCHACK, 2010, p. 447). A despeito disso, deve-se destacar que ela se mantém atual, visto que vem sofrendo as modificações necessárias para se manter perfeitamente em consonância com a evolução tecnológica e com o desenvolvimento do direito autoral.

Assim, o texto da convenção em vigor na atualidade é aquele de sua última revisão em Paris, em 24/7/1971, com modificações inseridas em 28/9/1979. Entretanto, anteriormente, a convenção conheceu cinco revisões e dois aditamentos. Foi aditada em Paris em 4/5/1896, revista em Berlim em 13/11/1908, aditada em Berna em 20/3/1914, revista em Roma em 2/6/1928, revista em Bruxelas em 26/6/1948 e revista em Estocolmo em 14/7/1967.

Nessas revisões e aditamentos, foram introduzidas diversas alterações na convenção para proteger novas formas de criação, ampliar os direitos reconhecidos aos autores, elevar os critérios mínimos de proteção, uniformizar a regulamentação, bem como efetuar uma reforma na estrutura e organização, estabelecendo-se disposições particulares para os países em desenvolvimento (LIPSZYC, 1993, p. 621).

Entre as reformas introduzidas, encontramos a proteção dos direitos morais de autor, reconhecida internacionalmente com a revisão de Roma, em 1928. A inclusão desses direitos foi defendida por Piola Caselli, que destacou a existência dos direitos da personalidade do autor em relação a sua obra, particularmente o direito de reivindicar a paternidade e de se opor a toda modificação da obra que prejudique seus interesses morais. Naquela época, Caselli já estava preocupado com a enorme difusão de obras e com a vulgarização dos novos meios de comunicação e de expressão, o que decorria das novas invenções, que levavam à multiplicação de atentados contra a integridade das obras e dos interesses do autor (LIPSZYC, 1993, p. 641).

Entretanto, os países da *common law* apresentaram objeções à proposta, uma vez que os direitos morais do autor normalmente não são protegidos diretamente pelo *copyright*, mas apenas indiretamente por outros meios (LIPSZYC, 1993, p. 642).

Para resolver o impasse foi incluído na Convenção de Berna o art. 6 *bis*, o qual estabeleceu que: “Independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra, ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou a sua reputação”.

Dessa maneira, a convenção procurou uma atitude imparcial no que toca à natureza jurídica dos direitos previstos no art. 6 *bis* (LIPSZYC, 1993, p. 642). Todavia, da leitura do referido artigo fica claro que a convenção deu proteção ao direito moral de autor – ainda que de forma tímida, se considerarmos legislações como a brasileira (Lei 9.610/98), a qual prevê direitos morais de autor não consagrados na convenção, como o direito de retirar a obra de circulação ou o de suspender sua utilização já autorizada (FRAGOSO, 2009, p. 88).

Reconheceu-se, assim, em conformidade com o art. 6 *bis*, o direito de paternidade

e o de se opor a "qualquer modificação, mutilação, deformação e ainda o direito de opor-se a qualquer atentado contra a obra, que possa prejudicar a sua honra ou reputação" (FRAGOSO, 2009, p. 87).

No § 2º do referido artigo a convenção previu também a proteção dos direitos morais *post mortem*, oferecendo, porém, aos países cuja legislação em vigor, no momento da ratificação, não contenha disposições assegurando, após a morte do autor, a possibilidade de apresentar reserva quanto a esses direitos.[2]

Todavia, devemos lembrar que o § 2º somente foi introduzido na convenção com a revisão de Bruxelas, de 1948 (LIPSZYC, 1993, p. 648), quando também foi abordado o problema da duração da proteção, estabelecendo-se que o autor conserva tais direitos durante sua vida e 50 anos após sua morte (EISENMANN; JAUTZ, 2009, p. 288).

Ademais, em Bruxelas a proteção do direito póstumo de autor foi delineada como uma eventualidade, na medida em que era permitida na legislação das partes contratantes, o que veio a ser modificado em Estocolmo (1967), já que em referida revisão, não obstante a oposição dos países da *common law*, foi determinado que os países da União de Berna deveriam proteger o direito moral pelo menos até a extinção dos direitos patrimoniais. Seja como for, para a solução do problema dos países da *common law*, foi reconhecida, na parte final do art. 6 *bis*, 2, a faculdade de se estipular que "alguns desses direitos não serão mantidos depois da morte do autor" (LIPSZYC, 1993, p. 660).

Fica evidente, portanto, no art. 6 *bis*, a polêmica que vai dirigir toda a regulamentação internacional do direito de autor, ou seja, os países que adotam o sistema do *copyright* vão tentar impor a todo custo seu posicionamento, procurando afastar os direitos morais de autor do direito autoral internacional, enquanto que os países que seguem o *droit d'auteur* se esforçarão para manter os direitos morais do autor no âmbito de proteção internacional.

Nessa disputa encontramos a resposta para a adesão tardia dos Estados Unidos aos termos da Convenção de Berna. De fato, os EUA prepararam-se longamente para a adesão à convenção, a qual passou a vigorar tão somente a partir de 1º/3/1989 (ASCENSÃO, 2007, p. 639).

Entretanto, a relutância dos Estados Unidos somente foi vencida em razão de forte pressão no sentido da adesão, valendo destacar, em primeiro lugar, o movimento surgido na indústria cinematográfica daquele país, quando atores, roteiristas, diretores cinematográficos etc. "se insurgiram contra o advento do processo de colorização de filmes originalmente produzidos em preto e branco", o que, conforme argumentavam, atentava contra a integridade da obra. E, por outro lado, não pode ser esquecida a pressão da *Motion Picture Association of America*, que se via diante de enormes perdas financeiras decorrentes da contrafação de filmes, o que poderia ser amenizado com o ingresso na convenção, a qual daria meios legais internacionais de proteção contra a contrafação (FRAGOSO, 2009, p. 80).

---

[2] Art. 6 *bis*, 2, da Convenção de Berna: "Os direitos reconhecidos ao autor por força do parágrafo 1 antecedente mantêm-se, depois da morte, pelo menos até à extinção dos direitos patrimoniais e são exercidos pelas pessoas físicas ou jurídicas a que a citada legislação reconhece qualidade para isso. Entretanto, os países cuja legislação, em vigor no momento da ratificação do presente ato ou da adesão a ele, não contenha disposições assegurando a proteção, depois da morte do autor, de todos os direitos reconhecidos por força do parágrafo 1 acima, reservam-se a faculdade de estipular que alguns desses direitos não serão mantidos depois da morte do autor".

A despeito das pressões, a adesão dos EUA à Convenção de Berna se deu sem o reconhecimento dos direitos morais de autor, o que "está balizado pelo contido na Seção 104C ('effects of Berne Convention') e no Appendix II, da lei norte-americana" (FRAGOSO, 2009, p. 80). Por isso, normalmente se argumenta que os Estados Unidos pretendiam obter meios internacionais para combater a contrafação, "mas não quiseram pagar o preço da entrada do cinema" (FRAGOSO, 2009, p. 80), já que não admitiram os direitos morais de autor.

Toda essa polêmica permite-nos passar agora para o estudo de outras convenções internacionais, onde encontraremos o mesmo problema da dualidade de perspectiva do direito autoral.

3 A Convenção de Washington

Os países americanos, da mesma forma que os europeus, procuraram se agrupar em torno de uma convenção. E o grande momento para a adoção de uma convenção interamericana parecia ser o final da 2ª Guerra Mundial, uma vez que os Estados Unidos, grande exportador de obras intelectuais, pretendiam manter sua hegemonia, o que poderia ser feito nesse campo com a aprovação de uma convenção. Dessa forma, objetivavam os EUA a criação de um bloco para fazer oposição à Convenção de Berna, a qual não lhes parecia aplicável (ASCENSÃO, 2007, p. 643).

A adesão dos Estados Unidos a uma convenção, entretanto, dependia de uma necessária conciliação entre os sistemas do *droit d'auteur* e do *copyright*, a qual "esbarrava na impossibilidade do reconhecimento mútuo de certos direitos, em especial os direitos morais de paternidade e de integridade" (FRAGOSO, 2009, p. 95).

Apesar das dificuldades, em 22/6/1946 foi firmada a Convenção de Washington, que procurava conciliar os dois sistemas de direito autoral. E, mais uma vez, também em referida convenção, foi notado que as diferenças entre as concepções anglo-americana e romanística iriam conduzir as negociações internacionais sobre direitos autorais.

Adotou-se, então, o princípio da reciprocidade formal, de maneira que à "obra do nacional de um país contratante ou de um estrangeiro nele domiciliado (art. XI) é assegurada nos outros países a mesma proteção que reservam aos seus próprios nacionais" (ASCENSÃO, 2007, p. 644) – isto é, o autor submete-se à lei do país onde for requerida a proteção, conforme estabelece o princípio da *lex loci*.

Porém, em conformidade com a lei dos Estados Unidos, era necessária a adoção da reciprocidade material, que "exigia uma perfeita equivalência entre as leis dos diversos países envolvidos" (FRAGOSO, 2009, p. 95-96).

Procurou-se, por outro lado, resolver o problema dos direitos morais de autor com a permissão, aos autores, da renúncia ou cessão dos direitos de paternidade e modificação da obra, conforme estabelecessem as leis do país onde se celebrasse o contrato. Entrementes, isso contrariava os princípios dos países que seguiam o *droit d'auteur*, que não permitiam a renúncia ou a cessão de direitos morais de autor (FRAGOSO, 2009, p. 96), mas estava em consonância com o *copyright*.

Todas essas medidas, verdadeiras regressões para o sistema do *droit d'auteur*, tinham como objetivo a adesão dos Estados Unidos e a criação de uma verdadeira convenção pan-americana sobre direito de autor (LIPSZYC, 1993, p. 616), o que acabou não se configurando, já que os EUA não ratificaram a convenção, preferindo usar a Convenção

Universal como instrumento de proteção do direito autoral. Por conseguinte, o Direito Interamericano não encontrou, posteriormente, nenhum desenvolvimento significativo (ASCENSÃO, 2007, p. 643).

Seja como for, o Brasil ratificou a convenção em 1949 (Decreto nº 26.675), que deve ser conjugada com os demais instrumentos internacionais reconhecidos pelo país para se chegar ao nosso regime internacional em vigor (ASCENSÃO, 2007, p. 644).

Por derradeiro, deve-se ressaltar que a importância histórica da Convenção de Washington é indiscutível, uma vez que ela tem o "mérito de ter lançado uma ponte entre as duas opostas concepções", experiência que será aproveitada e seguida pela Convenção Universal.

4 A Convenção Universal do Direito de Autor

A Convenção Universal surgiu com o propósito de unificar o sistema internacional de proteção autoral. De fato, se por um lado a Convenção de Berna era considerada um tratado essencialmente europeu, não se estendendo, salvo exceções, aos países do continente americano, por outro, as convenções do sistema interamericano normalmente estavam fechadas à adesão de países de fora do continente e ainda não integravam satisfatoriamente os países do próprio continente (LIPSZYC, 1993, p. 744).

Daí, então, a ideia de uma convenção que fosse realmente universal, conciliando os sistemas de proteção autoral e unificando mundialmente as leis que protegem as criações do espírito.

Outrossim, com a Convenção Universal buscavam os Estados Unidos uma fórmula para se "colocarem no centro do movimento protecionista do direito de autor sem aceitarem as exigências da Convenção de Berna" (ASCENSÃO, 2007, p. 641).

Em 1952, em Genebra, a Convenção Universal foi aprovada[3] seguindo o mesmo modelo da Convenção de Berna. No entanto, aquela é sensivelmente menos exigente, o que se explica pelo propósito de atrair o maior número possível de aderentes, facilitando o ingresso dos países que consideravam muito elevado o nível de proteção da Convenção de Berna (LIPSZYC, 1993, p. 753).

A Convenção Universal adotou o princípio da reciprocidade formal, ao qual os Estados Unidos sempre se opuseram e, por isso, nesse ponto, "continuaram a aplicar as regras do art. 6º da Convenção de Buenos Aires, a qual dispõe que os autores, de um estado da União terão a proteção em outros estados da União que estes concederem a seus próprios nacionais" (FRAGOSO, 2009, p. 98). Também não admitiram que o prazo de proteção excedesse o prazo reconhecido pela lei do país de origem.

Outra dificuldade estava na exigência de formalidades para a proteção, própria dos países que aplicam o sistema do *copyright*. Nesses países, o cumprimento de formalidades constitui condição *sine qua non* (*a condition of copyright*) para a proteção. O problema foi superado ao se estabelecer que todas as formalidades estariam satisfeitas se fossem colocadas nas obras a letra "C" dentro de uma circunferência, acompanhada do nome do autor e da indicação do ano da primeira publicação (ASCENSÃO, 2007, p. 642).

[3] O Brasil é membro da Convenção Universal, tendo até mesmo ratificado a revisão de 1971 (Decreto nº 76.905/1975).

A simplificação das formalidades importou em sacrifício tanto para os países que seguiam o sistema do *copyright* como para os do *droit d'auteur*, já que se para aqueles significou a ruptura do sistema de formalidades, para estes a não subordinação a formalidades era uma das principais determinações da Convenção de Berna (LIPSZYC, 1993, p. 760).

O prazo de proteção do direito de autor também é significativamente inferior ao estabelecido na Convenção de Berna, uma vez que a Convenção Universal fixou que o prazo não pode ser inferior à vida do autor e 25 anos após a sua morte, enquanto que na União de Berna, o prazo é de 50 anos após a morte do autor (LIPSZYC, 1993, p. 761).

Ademais, no que toca aos direitos morais de autor, a Convenção Universal, até mesmo por apenas conter princípios comuns aos dois sistemas autorais, preocupou-se tão somente com a proteção de interesses patrimoniais, não cuidando dos direitos da personalidade do autor (FRAGOSO, 2009, p. 98).

Entretanto, justamente pelo fato de a Convenção Universal ser menos exigente que a Convenção de Berna, os países integrantes do sistema de Berna, com receio de uma debandada geral da convenção, conseguiram instituir uma cláusula de salvaguarda da União de Berna. De acordo com tal cláusula, "as obras que tivessem como país de origem um país que se retirasse da União de Berna não seriam protegidas pela Convenção Universal nos países da União de Berna" (ASCENSÃO, 2007, p. 642). A partir daí, a Convenção de Berna tornou-se coercitiva, visto que a manutenção de seus membros estava assegurada por sanções, fato anômalo no âmbito da contratação internacional. A cláusula de salvaguarda foi mantida até a revisão da Convenção Universal, que se deu em Paris, em 1971, quando houve sua suspensão em benefício dos países em desenvolvimento.

Seja como for, é certo que essa preocupação inicial dos países integrantes da União de Berna não era desarrazoada, já que, em um primeiro momento, houve uma concorrência entre as duas convenções.

Hodiernamente, todavia, a situação está harmonizada, visto que se chegou a um consenso quanto à utilização das duas convenções. A cada dia que se passa, os sistemas diversos de direito autoral vêm caminhando mais e mais para uma unificação substancial (ASCENSÃO, 2007, p. 641). E isso pode ser observado na revisão de 1971, ocasião em que a Convenção de Berna e a Convenção Universal foram simultaneamente revistas[4].

Por fim, resta-nos mencionar que a Convenção Universal é administrada pela Unesco, diferentemente do que ocorre com a Convenção de Berna, que está a cargo da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

5 A convenção de Roma

Com o aumento da importância dada aos intérpretes ou executantes, particularmente com a crescente concessão de proteção nas legislações internas de muitos países, viu-se a necessidade de, da mesma forma como ocorreu com o direito de autor, outorgar proteção internacional aos direitos conexos (FRAGOSO, 2009, p. 97).

As primeiras propostas de proteção internacional dos artistas, intérpretes ou

[4] Apesar do mencionado consenso no que toca à utilização das duas convenções, é interessante a observação feita por Haimo Schack, que afirma que a Convenção Universal perde razão de ser enquanto países como os Estados Unidos, a Rússia e a China fizerem parte da União de Berna (SCHACK, 2010, p. 456).

executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão foram apresentadas na Conferência Diplomática para a Revisão da Convenção de Berna, na cidade de Roma, em 1928 (AFONSO, 2009, p. 139-140).

Todavia, somente mais tarde, em 26/10/1961, também na capital italiana, é que se firmou a Convenção Internacional sobre a Proteção de Artistas, Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, mais conhecida como Convenção de Roma, que passou a ser o diploma precursor e norteador da proteção internacional dos direitos conexos (FRAGOSO, 2009, p. 99).

Ao cuidar especificamente dos direitos conexos, a Convenção de Roma em nada alterou o que já havia sido estabelecido na Convenção de Berna acerca dos direitos de autor. Assim, a Convenção de Roma deu proteção aos direitos conexos, não cuidando do campo já tratado pela Convenção de Berna.

Diferentemente da Convenção de Berna, a Convenção de Roma não é administrada somente pela OMPI, mas também pela Unesco e pela OIT, contando atualmente com 88 partes contratantes. O Brasil é parte, tendo a convenção ingressado em nosso ordenamento pelo Decreto nº 57.125/1965 (AFONSO, 2009, p. 143).

Na Convenção de Roma, mais uma vez, tal como ocorreu na Convenção Universal, nada foi dito a respeito dos direitos morais dos artistas (direito ao nome e direito ao respeito da interpretação quando reproduzida), sendo certo que a omissão desses direitos tinha como objetivo a facilitação da adesão dos países da *common law*, que tradicionalmente não reconhecem direitos morais aos artistas e intérpretes. Apesar da não previsão dos direitos morais, isso não significou que as legislações dos países aderentes da Convenção não poderiam reconhecê-los (LIPSZYC, 1993, p. 832).

Entre os países da *common law,* podemos citar a adesão do Reino Unido, do Canadá e da Austrália. Os Estados Unidos, considerando que a Convenção de Roma se fundou em princípios do Direito Continental, não a ratificaram (BASSO, 2000, p. 203).

Por conseguinte, os países que se opuseram à ratificação, conforme esclarece Delia Lipszyc (1993, p. 850), fizeram-no devido a objeções dos seus setores autorais e de radiodifusão, o que, uma vez mais, guarda ligação com a diferença de visão do direito autoral nos sistemas do *copyright* e do *droit d'auteur*.

6 A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)

A origem da OMPI remonta às Convenções de Berna (1886) e de Paris (1883). Essas convenções criaram escritórios, os quais, por razões de economia, foram unificados em 1893, dando origem aos Escritórios Internacionais Unificados para a Proteção da Propriedade Intelectual (sigla em francês: Birpi), que teriam a função de administrar ambos os acordos, centralizando as informações, realizando estudos e fornecendo serviços e informações sobre as matérias das convenções.

Os Birpi administraram as duas convenções por mais de 50 anos, quando, após a 2ª Guerra Mundial, "o direito internacional sofreu transformações, que se refletiram nos direitos de propriedade intelectual" (BASSO, 2000, p. 129).

Realmente, com a passagem das discussões de caráter internacional para o âmbito da ONU, o sistema das duas uniões se mostrou arcaico e passível de reforma, o que foi concretizado com a Convenção de Estocolmo, de 14/7/1967, que criou a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (BASSO, 2000, p. 129) e entrou em vigor em 1970.

Essa nova organização, com sede em Genebra, atribuiu à sua Assembleia Geral o papel até então desempenhado pelo governo suíço, ou seja, de guardião e órgão supremo das Convenções de Berna e Paris. Ademais, a Convenção transformou os Birpi na Secretaria Internacional da OMPI, cuja finalidade passou a ser a prestação de serviços a qualquer das uniões (BASSO, 2000, p. 140).

Em 17/12/1974, a OMPI transformou-se em um Organismo Especializado da ONU (CASADO, 2005, p. 9), passando a ser o órgão centralizador da administração de várias convenções internacionais. Conta atualmente com o gerenciamento de 24 tratados, entre eles a Convenção de Paris e a de Berna.

Entre os objetivos e funções da OMPI, estabelecidos pela Convenção de Estocolmo, estão "o fomento e a cooperação entre todos os Estados unionistas ou qualquer organização internacional, bem como a adoção de medidas destinadas ao aprimoramento da proteção à propriedade intelectual, harmonização das leis nacionais sobre a matéria" (BASSO, 2000, p. 159-160).

Atualmente, a OMPI conta com mais de 180 integrantes, entre eles o Brasil, que integra a Convenção de Estocolmo e faz parte da organização desde 20/3/1975.

Apesar dos seus méritos, diferentemente de outros entes atrelados à ONU, a OMPI "não tem poderes para dirigir resoluções diretamente aos Estados". E a própria OMPI reconhece que não possui um órgão com atribuições para conferir o cumprimento pelos Estados dos compromissos assumidos, bem como aplicar sanções em caso de inadimplemento (BASSO, 2000, p. 159-160). Assim, essas deficiências da OMPI e o aumento da importância dos direitos intelectuais no âmbito do comércio internacional vão levar ao acordo Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (sigla em inglês: Trips).

7 O acordo Trips

Com a busca de maior proteção aos direitos intelectuais e a frustração externada por alguns países com o sistema de proteção da ONU, iniciou-se um movimento que objetivava levar o tema para o âmbito do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (sigla em inglês: Gatt) (BASSO, 2000, p. 164).

Os países em desenvolvimento resistiram durante muitos anos a esse movimento, entretanto, as negociações sobre direitos intelectuais levadas a cabo durante a Rodada do Uruguai conduziram à assinatura do acordo Trips (THORSTENSEN, 1999, p. 202).

O Trips é um acordo menor, que integra o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC). Ou seja, o Trips é um dos anexos do acordo constitutivo da OMC, que conta com quatro anexos (BASSO, 2000, p. 170). O Brasil é integrante do Trips, tendo promulgado a Ata Final da Rodada do Uruguai pelo Decreto nº 1.355/1994.

O acordo foi estruturado com base nas várias convenções internacionais sobre os direitos intelectuais, em geral aquelas administradas pela OMPI, codificando a prática em vigor em boa parte dos países, incorporando vários de seus dispositivos. Assim, não há que se falar na derrogação, pelo acordo, das obrigações assumidas por seus membros diante das Convenções de Berna e de Roma (THORSTENSEN, 1999, p. 202-203). Ao contrário, ainda que não seja absoluta, "existe uma relação entre o Trips e a Convenção de Berna, conforme determina o art. 9,1 do Trips" (BASSO, 2000, p. 196).

Diferentemente do que ocorria até então no campo dos direitos intelectuais, o Trips

não cuidou apenas de um determinado setor desses direitos, ou seja, não tratou apenas da propriedade intelectual ou dos direitos de autor ou dos direitos conexos, mas sim outorgou proteção a todos esses direitos intelectuais (PIERSON; AHRENS; FISCHER, 2010, p. 350). É relevante destacar, entretanto, que as negociações incluídas na Rodada do Uruguai abrangeram tão somente os aspectos relacionados ao comércio. O Trips não cuida dos direitos morais de autor, excluindo expressamente no art. 9,1[5], as obrigações previstas no art. 6 *bis* da Convenção de Berna.

Com isso, fica claro que, em alguns casos, incluindo-se o direito moral de autor, a proteção dada pelo Trips fica aquém daquela prevista nas Convenções de Berna e Roma (BASSO, 2000, p. 194). Contudo, em muitas outras normas, como nas relativas a programas de computador, vamos encontrar no Trips a outorga de uma proteção maior do que a prevista nas Convenções de Berna e Roma (LIPSZYC, 2004, p. 41).

Isso decorre, mais uma vez, dos embates ocorridos entre os países de tradição anglo-americana e romano-germânica, que durante as negociações do Trips, na Rodada do Uruguai, focaram as disputas "tanto no conceito de autor, aplicado a diversas obras, quanto à extensão e ao grau de proteção a ele conferidos" (BASSO, 2000, p. 194).

No que diz respeito ao alcance da proteção, as divergências estavam relacionadas à concessão de direitos econômicos e morais. Os países de tradição romano-germânica queriam reconhecer os direitos econômicos e morais, incluindo entre os últimos o direito de paternidade e o direito de integridade, enquanto que havia uma forte pressão dos Estados Unidos no sentido de não se incorporarem no Trips os direitos morais (BASSO, 2000, p. 196).

A solução para o impasse foi uma verdadeira concessão aos EUA, já que o art. 9.1 do Trips permitiu, como já mencionamos, que se afastassem as disposições do art. 6 *bis* da Convenção de Berna, estabelecendo-se um nível de proteção menor do que o da Convenção de Berna (BASSO, 2000, p. 196).

Com isso, se um país não aplicar o art. 6 *bis* da Convenção de Berna, que consagra a proteção do direito moral de autor, não estará descumprindo o Trips e, por conseguinte, não será possível a aplicação das normas sobre solução de controvérsias (LIPSZYC, 2004, p. 45).

Destarte, também no Trips vemos que as discussões relacionadas aos direitos autorais são plenamente dirigidas pelas disputas entre os países do sistema do *copyright* e do *droit d'auteur*, particularmente no que toca à admissão ou não dos direitos morais de autor. Por esse motivo, da própria Ata Final da Rodada do Uruguai pode-se observar que a preocupação do Trips acabou sendo o comércio internacional, regulando os aspectos patrimoniais dos direitos intelectuais, uma vez que foi traçada, como objetivo básico, a redução das distorções e obstáculos ao comércio internacional (FRAGOSO, 2009, p. 108).

8 Os tratados da OMPI de 1996

Com o aparecimento de novos problemas suscitados pelo desenvolvimento tecnológico, particularmente no que diz respeito à reprografia, ao regime das obras objeto

[5] "Art. 9,1. Os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 21 e no Apêndice da Convenção de Berna (1971). Não obstante, os Membros não terão direitos nem obrigações, neste Acordo, com relação aos direitos conferidos pelo Artigo 6 *bis* da citada Convenção, ou com relação aos direitos dela derivados."

de comunicação digital, aos programas de computador e às bases de dados, viu-se a necessidade de dar tratamento a essas novas questões por meio de convenções específicas, sem atingir as convenções tradicionais, cuja modificabilidade tornou-se complexa (ASCENSÃO, 2007, p. 644).

Diante desses problemas, começaram os trabalhos no âmbito da OMPI para a preparação de instrumentos internacionais sobre a matéria. O conjunto de temas tratados nesse contexto recebeu a denominação "Agenda Digital da OMPI" (AFONSO, 2009, p. 151).

Esse processo culminou com a aprovação simultânea, em 20/12/1996, de dois tratados no âmbito da OMPI: o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor (sigla em inglês: WCT) e o Tratado da OMPI sobre Interpretação ou Execução de Fonogramas (sigla em inglês: WPPT) (CASADO, 2005, p. 9).

Esses tratados são conhecidos como "tratados de internet", já que são instrumentos internacionais vinculados à utilização de obras protegidas pelo direito de autor no ambiente digital (CASADO, 2005, p. 9).

O Brasil não é signatário desses dois novos instrumentos, não obstante tenha participado das negociações diplomáticas que os aprovaram em 1996. O posicionamento do país está fulcrado em uma estratégia de negociar somente até o patamar do Trips, afastando-se dos instrumentos notoriamente *Trips-plus*, como é o caso dos referidos tratados (AFONSO, 2009, p. 151).

8.1 Tratado da OMPI sobre Direito de Autor

O Tratado da OMPI sobre Direito de Autor foi adotado em 20/12/1996, em Genebra, contando atualmente com 88 partes contratantes. O objetivo do tratado foi regulamentar o problema das obras que se tornaram acessíveis via redes de computadores, como a internet (ASCENSÃO, 2007, p. 645).

A sua elaboração se deve ao fato de que os países perceberam que somente por meio de um novo tratado seria possível alterar e atualizar o direito de autor no que diz respeito às novas tecnologias digitais. Por isso, o que o WCT pretende é o estabelecimento de exigências que vão além daquelas constantes da Convenção de Berna, porém, sem alterá-la (ASCENSÃO, 2007, p. 645).

E a relação entre o WCT e a CUB fica clara já no artigo 1º daquele acordo, onde se evidencia que nenhum conteúdo do tratado derrogará as obrigações existentes entre as partes contratantes em virtude da CUB. No que toca aos direitos morais de autor, diferentemente do TRIPS, o WCT não suprime o art. 6 *bis* da Convenção de Berna, porém, circunscreve as suas obrigações tão somente aos aspectos substantivos da CUB (AFONSO, 2009, p. 152).

8.2 Tratado da OMPI sobre Interpretação ou Execução e Fonogramas

O WPPT também foi aprovado em 20/12/1996 e, em decorrência da elaboração simultânea com o WCT, seguiu o mesmo formato desse último, observando as orientações pertinentes à agenda digital da OMPI (AFONSO, 2009, p. 159). Atualmente, é integrado por 86 partes contratantes.

Da mesma forma que no WCT, o art. 1,1 do WPPT traz uma cláusula de salvaguarda da Convenção de Roma, estabelecendo que nenhuma das disposições do tratado

prejudicará as obrigações que as partes contratantes têm entre si em virtude daquela convenção (LIPSZYC, 2004, p. 216).

O WPPT trata dos direitos de dois tipos de beneficiários: a) os intérpretes e; b) os produtores de fonogramas.

Aos intérpretes são reconhecidos direitos morais (art. 5),[6] como o direito de identificação (direito de ser identificado como artista intérprete ou executante de suas interpretações ou execuções) e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação de suas interpretações ou execuções que cause prejuízo à sua reputação (integridade), bem como direitos patrimoniais (arts. 6 a 10) (FRAGOSO, 2009, p. 105).

A proteção do art. 5 representa uma melhora substancial em comparação com a Convenção de Roma. Apesar disso, o art. 22,2 do WPPT permite às partes contratantes limitar a aplicação do art. 5 às interpretações ou execuções que tenham lugar depois da entrada em vigor do acordo para a parte contratante (LIPSZYC, 2004, p. 224).

O WPPT também prevê que a duração do direito moral depois da morte do artista se dará por, pelo menos, até a extinção de seus direito morais (art. 5,2). Permite-se, entretanto, no caso das partes contratantes cuja legislação em vigor no momento da ratificação do WPPT não preveja disposições relativas à proteção póstuma, a possibilidade de que alguns desses direitos não sejam mantidos após a morte do artista (LIPSZYC, 2004, p. 225).

Conforme esclarece Ascensão, o WPPT segue uma tendência internacional de equiparar a proteção dos direitos conexos à do direito de autor (ASCENSÃO, 2007, p. 646), o que também ocorreu no Trips, visto que naquele acordo há uma seção específica para cuidar conjuntamente do direito do autor e dos direitos conexos (BASSO, 2000, p. 204).

Por outro lado, no que se refere aos produtores de fonogramas, a proteção já não é a mesma, uma vez que o WPPT concede apenas direitos de caráter econômico sobre os fonogramas.

O acordo também procura estender aos meros empresários a proteção conferida aos artistas, no entanto, tal extensão encontra limite, como não poderia deixar de ser, nos direitos morais dos artistas (ASCENSÃO, 2007, p. 646).

A orientação do WPPT tem encontrado eco nas legislações internas das partes contratantes, valendo mencionar o *Digital Millenium Copyright Act*, dos Estados Unidos, e as Diretivas da União Europeia de 21/5/2001 e de 30/4/2004 (COSTA NETTO, 2008, p. 61). Por derradeiro, é importante ressaltar que o WPPT é administrado exclusivamente pela OMPI, ficando de fora a Unesco e a OIT.

9 O esvaziamento da OMPI

O órgão supremo da OMPI é a Assembleia Geral, composta dos Estados-partes da OMPI. Cada Estado-membro, na Assembleia Geral, dispõe de apenas um voto,

[6] No que toca aos direitos morais, estabelece o art. 5,1 do WPPT: "Com independência dos direitos patrimoniais do artista intérprete ou executante, e inclusive depois da cessão dos direitos patrimoniais, o artista intérprete ou executante conservará, em relação às suas interpretações ou execuções sonoras ao vivo ou suas interpretações ou execuções fixadas em fonogramas, o direito de reivindicar a ser identificado como o artista intérprete ou executante de suas interpretações ou execuções exceto quando a omissão venha determinada pela maneira de utilizar a interpretação ou execução, e o direito de opor-se a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação de suas interpretações ou execuções que cause prejuízo à sua reputação".

independentemente de sua população ou capacidade econômica, sendo que as decisões são tomadas pela maioria de dois terços dos votos expressos (BASSO, 2000, p. 136).

Em decorrência dessa estrutura, e considerando ainda as divergências políticas entre os países do Norte e do Sul, estes últimos bastante numerosos, muitas das pretensões dos países desenvolvidos foram barradas na OMPI, como o caso das patentes farmacêuticas.

Por conseguinte, na década de 1980, os países desenvolvidos procuraram deslocar as questões atinentes à propriedade intelectual da OMPI para o GATT/OMC, onde os países do Norte detinham maior controle. E isso ficou bastante evidente com a assinatura e consolidação do Trips, cuja preocupação única está relacionada aos aspectos patrimoniais dos direitos intelectuais e, por via de consequência, com o comércio mundial. Resta saber se os países do Norte vão conseguir levar totalmente as questões relacionadas aos direitos intelectuais para a OMC, efetivamente esvaziando a OMPI, ou se a OMC e a OMPI vão passar a cuidar harmonicamente dos direitos intelectuais.

10 Considerações finais

Acreditamos que nosso breve estudo acerca do direito internacional de autor tenha posto em relevo os embates existentes entre os sistemas do *copyright* e do *droit d'auteur*, demonstrando que as divergências teóricas e práticas entre esses sistemas têm conduzido a agenda internacional no que toca aos direitos autorais.

Aliás, parece-nos que as diferenças estão longe de ser superadas, especialmente agora que os países contrários ao reconhecimento dos direitos morais de autor, como os Estados Unidos, têm à disposição o Trips, que reduziu um pouco a importância das demais convenções e acordos internacionais sobre direito de autor.

Ademais, as questões relacionadas à internet e às novas tecnologias estão longe de serem solucionadas, sendo certo que mais distante ainda do que a solução no âmbito interno está a uniformização internacional dessa matéria.

Portanto, não obstante desde a Convenção de Berna ter-se visto um razoável sucesso na unificação do direito autoral, entendemos que a agenda futura do direito autoral continuará a trabalhar com as disputas dos sistemas do *copyright* e do *droit d'auteur*.

Referências

AFONSO, Otávio. *Direito Autoral*: conceitos essenciais. Barueri: Manole, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CASADO, Laura. *Manual de Derechos de Autor*. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2005.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008.

EISENMANN, Harmut; JAUTZ, Ulrich. *Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*. 8. ed. Heidelberg: C. F. Muller, 2009.

FÖRSTER, Achim. *Fair Use*: ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenkatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral*: Da Antiguidade à Internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco, 1993.

_____. *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco, 2004.

PIERSON, Matthias; AHRENS, Thomas; FISCHER, Karsten. *Recht des geistigen Eigentums*: Patente, Marken, Urheberrecht, Design. 2. ed. München: Franz Vahlen, 2010.

SCHACK, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. 5. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio*: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio. São Paulo: Edições Aduaneiras, 1999.

AS LEIS "IMPEDITIVAS" DE LIMINAR REALMENTE *IMPEDEM*?

EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA
Juiz Federal Substituto da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Corumbá - SP, Bacharel em Direito pela USP e Especialista e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC - SP.

1. Introdução

Um grupo curioso tem surgido no seio da comunidade dos processualistas: o dos *exegetas de plantão*. São como gafanhotos, ávidos pelo amadurecimento do plantio. Ao menor sinal da publicação de uma nova lei processual, pulam aos montes sobre ela, num zunzum ensurdecedor de comentários precipitados e achismos diletantes. Da safra mais recente de novidades legislativas, talvez a verdura mais danificada por esses saltadores seja a Lei nº 12.016, de 07.08.2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Não contentes em desconhecer as raízes históricas do mandado de segurança, esses *plantonistas* têm abordado o instituto sem o indispensável saber de experiência feito e sob os auspícios de uma dogmática bastante desajeitada. De todas as impropriedades, chama-me a atenção a hermenêutica que vem sendo construída em torno dos §§ 2º e 5º do artigo 7º da lei.

Da *letra fria* dos dispositivos acima aludidos, costuma-se extrair que a lei *vedou* a concessão liminar de provimento de urgência que tenha por objeto: (a) a compensação de créditos tributários; (b) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior; (c) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (d) a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. No entanto, não se trata de um direito *novo*. A Lei nº 12.016/2009 simplesmente compilou disposições esparsas que "impediam" tutelas liminares desse tipo. O artigo 170-A do Código Tributário Nacional (inserido pela LC 104/2001) "obstava" "a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial". Já o artigo 1º da Lei nº 2.770, de 04.06.1956, "proibia" – nas ações que visassem a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro – a concessão de tutela liminar que, direta ou indiretamente, importasse na entrega da mercadoria, bem ou coisa. Finalmente, o artigo 2º-B da Lei nº 9.494, de 10.09.1997 (introduzido pela MP nº 2.180-35/2001), prescrevia que *somente após o trânsito em julgado* seria possível a execução de sentença que tivesse por objeto "a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações".

É bem verdade que a constitucionalidade desses textos jurídico-positivos sempre foi redarguida por uma pequena parcela da jurisprudência e pela quase-unanimidade da doutrina[1]. Aliás, sempre foi uma constante a afirmação de que eles feriam o *princípio da inafastabilidade da jurisdição* (CF, art. 5º, inciso XXXV). Afinal de contas, se a esfera

[1] Na jurisprudência, *v. g.*: TRF da 2ª Região, Primeira Turma, AG 99.02.00.739-2, rel. Desembargador Federal Carreira Alvim, DJU 15.04.2005, pp. 380-381; TRF da 2ª Região, Primeira Turma, AG 2001.02.01.016233-1, rel. Desembargador Federal Alcides Martins Ribeiro Filho, DJU 30.10.2002, p. 494. Na doutrina, *v. g.*: ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: RT, 1998, pp. 208-214;

jurídica do autor encontra-se sob risco atual, grave e iminente de dano irreparável ou de difícil reparação, tem ele direito a uma tutela jurisdicional do Estado que seja *adequada* a sanar essa situação de perigo. Contudo, apesar de toda a controvérsia, sempre entendi que existe nela muito estardalhaço e pouca verdade. A "proibição" contida nesses textos pode sustentar-se no plano *abstrato-textual*, mas não resiste a uma análise mais acurada quando se olha o fenômeno pelo plano *empírico-normativo*. A prática tem revelado um verdadeiro abismo entre o *texto* geral e abstrato e a *norma* que se vive a partir dele. Se o *texto legislativo* parece proibir, no dia-a-dia forense a *norma jurídica* que dele se extrai não se mostra tão proibitiva assim. Ou seja, dentro da comunicação normativa global, as leis "impeditivas" de liminar constituem um *código fraco*.

2. O "direito vivo" das liminares

Para notar-se isso, porém, é necessário estudar-se o processo sob outro enfoque, menos *estático-legalista* e mais *dinâmico-pragmático*.

A prematura "ciência processual dos professores" (*Law-in-books*) defende que a concessão das medidas de urgência tem pressupostos *cumulativos* e *autônomos* entre si: se estiverem presentes, o juiz tem o dever de conceder a medida; se um deles faltar, há o dever de denegá-la. É como uma porta com duas fechaduras: há de se ter as duas chaves para abri-la; uma só não basta.

Porém, a "ciência processual do cotidiano forense" (*Law-in-action*) revela que as coisas não se dão de forma tão simplista e mecânica. No dia-a-dia forense, quanto mais "denso" é o *fumus boni iuris*, com menor rigor o *periculum in mora* é exigido; por outro lado, quanto mais "denso" é o *periculum in mora*, olha-se com mais flexibilidade para o *fumus boni iuris*[2]. Em outras palavras: é possível que a presença "forte" ou "exagerada" de um pressuposto "compense" a presença "fraca" ou "minguada" do outro, de maneira que a valoração *dessa* "suficiência compensatória" cabe ao juiz, que a realiza para cada caso concreto e dentro de uma "margem controlada de discricionariedade".

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança: comentários sistemáticos à Lei nº 12.016, de 7-8-2009*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45; FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 245-262; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 119-124; MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 415-417.

[2] Segundo a jurisprudência, "à luz do princípio da proporcionalidade é forçoso concluir que: a) quanto mais denso o *fumus boni juris*, com menos rigor deverá o juiz mensurar os pressupostos concernentes ao *periculum in mora*; b) quanto maior o risco de perecimento do direito invocado ou a probabilidade de ocorrer dano de difícil reparação, com maior flexibilidade deverá considerar os pressupostos relativos ao *fumus boni iuris*" (TJSC, Primeira Câmara de Direito Público, AI 2008.031776-5, rel. Des. Newton Trisotto, j. 24.03.2009). Disponível em: <http://ap.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 16 jun. 2009. AGUSTÍN GORDILLO, ao estudar no direito argentino medidas cautelares possíveis no controle judicial da Administração Pública, afirma haver uma "balanza entre el periculum y la verosimilitud": "Los dos requisitos para otorgar una cautelar – el fumus y el peligro en la demora o la gravedad o irreparabilidad del daño – funcionam en vasos comunicantes: a mayor verosimilitud del derecho cabe exigir menor peligro en la demora; a una mayor gravedad o irreparabilidad del perjuicio se corresponde una menor exigencia en la verosimilitud prima facie del derecho. Dicho en otras palabras, tales requisitos se hallan relacionados en que a mayor verosimilitud del derecho cabe ser menos exigente en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del fumus se debe atenuar" (*Tratado de derecho administrativo*. t. 2. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. XIII-32).

Portanto, do "direito vivo", dos "lances interacionais" da vida diária, extrai-se que esses pressupostos são *interdependentes*, i. é., que entre *fumus boni iuris* e *periculum in mora* há um "vaso comunicante", um "vínculo de complementaridade", um "liame elástico", de existência insuspeita para a velha doutrina. Trata-se, enfim, de um "padrão normativo", que apenas se consegue verificar por uma observação metódica da rotina espontânea dos Tribunais, e não por uma leitura exclusiva do Código de Processo Civil e das leis processuais civis extravagantes.

É comum ver tutelas liminares sendo concedidas com a só presença de um *fumus boni iuris* exagerado. Nelas, o juiz defronta-se com uma pretensão de direito material de existência *quase-certa*, cuja procedência salta aos olhos *simpliciter et de plano*. Nesses casos, entende-se que há *causa* suficiente para a concessão da liminar, sem tomar-se em consideração a eventual presença de *periculum in mora*. Não raro decisões liminares em matéria *tributária* e *previdenciária* são proferidas com lastro exclusivo nas súmulas dos Tribunais Superiores, em jurisprudência uníssona dos Tribunais Inferiores, nas decisões do STF em controle abstrato de constitucionalidade, ou nos precedentes que se cunham em recursos especiais ou extraordinários. Trata-se de uma *tutela de evidência extremada pura*, como se pode ver.

Da mesma forma, vários são os casos em que o juiz praticamente se vale apenas de um *periculum in mora* extremado, de uma *emergência crítica*, para conceder a tutela de urgência. Vejam-se os casos que envolvem: *planos de saúde*, em que são concedidas liminares determinando a internação do autor, o tratamento de enfermidades descritas na petição inicial ou a realização de consultas e exames, embora haja cláusulas contratuais de exclusão expressa da cobertura requerida; *concursos públicos*, nos quais é permitido ao candidato, eliminado em exame médico ou psicotécnico, que participe das próximas etapas, sob pena de impossibilitar-se a efetivação de eventual sentença de procedência futura; *licitações*, em que não raro o concorrente eliminado pede a concessão de liminar para prosseguir no certame, sob pena tornar-se difícil a efetivação da eventual sentença de procedência futura, já que o autor não terá participado das demais fases da licitação; *degradações ambientais*, nos quais, embora seja muitas vezes incipiente a demonstração de que a legislação ambiental foi desrespeitada, a liminar é concedida só com arrimo no *periculum in mora*, reforçado pela incidência do *princípio da precaução* (*in dubio pro securitate*); *títulos protestados*, cuja publicidade é liminarmente sustada para evitar-se o desgaste do crédito da empresa cuja atividade dependa de uma boa reputação perante o mercado. É o que se chama de *tutela de urgência extremada pura*[3].

3. A dinâmica tipológica da concessão de liminares

Tudo isso mostra que, na prática, a concessão de tutelas liminares obedece a uma estrutura *tipológica*, não a uma estrutura conceitualista.

Lembre-se que um conceito é formado de *algumas* notas distintivas particulares, que se *desligam* e se *abstraem* do objeto em que se apresentam e, na sua generalização, são *isoladas* e *separadas* umas das outras. Portanto, aqui, não há "mais ou menos": ou

[3] Para uma análise mais aprofundada dos acórdãos que corroboram essas constatações: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O "direito vivo" das liminares: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão*. São Paulo: PUC - SP [dissertação de mestrado], 2009, pp. 54 e ss.

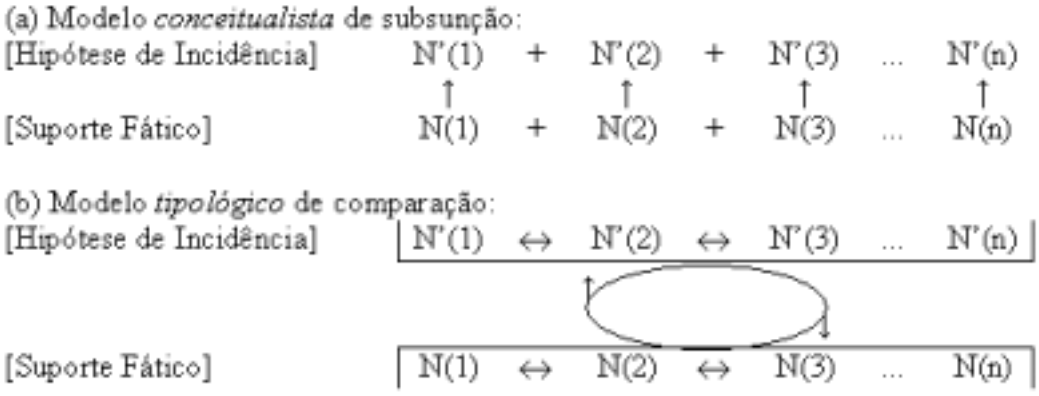
um objeto é enquadrado no conceito porque possui marcas características concretas que se subsumem a *todas* as notas distintivas abstratas descritas na definição, ou ele não se enquadra. Logo, no conceito, não se apreende o objeto na plenitude substancial de todas as suas partes e particularidades, como um todo único. Assim sendo, quando se enxerga a concessão de tutelas liminares à luz de um pensamento conceitualista, tende-se a dizer essa concessão é uma simples subsunção por operação silogística, que ocorre porque no caso concreto as alegações do autor são enquadradas no conceito de *fumus boni iuris* e a situação que o aflige se encaixa no conceito de *periculum in mora*. Porém, se um desses encaixes não for possível, a tutela liminar não será concedida. É "tudo ou nada". Nesse sentido, a explicação conceitualista está em consonância com a velha cantilena racional-iluminista de inspiração cartesiana. Segundo ela, basta ao juiz averiguar metodicamente – dentro de um *raciocínio linear* e de uma *neutralidade axiológica* – se os pressupostos descritos na lei estão presentes: se todos estiverem concretizados, o juiz terá o dever de conceder a liminar; se algum deles faltar, terá o dever de denegá-la.

Contudo, a vida mostra que a concessão de medidas liminares não se subsume a essa rigidez procedimental. Nessa matéria, a prática cotidiana forense sói enveredar um raciocínio *tipológico*, que, por sua vez, pressupõe *circularidade* e *avaliações subjetivas*. Ora, diferentemente do conceito, o tipo é mais fluido e adaptável. Nele, são permitidas formas intermediárias e "figuras híbridas", as quais geralmente não se podem incluir no esquema previamente dado. Isso porque a composição do *tipo* nunca parte dum método isolante e abstrativo de notas singulares que são pensadas isoladamente, mas sempre de um método de agrupamento e concretização de notas distintivas, que somente se podem apreender em seu todo. Assim, se o conceito é uma forma abstrata e fragmentada à qual os objetos são subsumidos por *encaixes*, o tipo é um esquema mais concreto e íntegro a que os objetos se achegam por *comparações* (motivo pelo qual os traços do tipo podem aparecer na imagem particular do objeto com diferentes matrizes e combinações).

Nesse sentido, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são vistos como pautas "móveis", que podem se apresentar em graus ou níveis distintos e que, por isso, não são suscetíveis de fixação em termos genéricos. Ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são vistos como pressupostos que precisam ser antes concretizados pelo julgador, e relacionados entre si em uma espécie de "coordenação valorativa", para poderem ser aplicados ao caso. Isso mostra que é inútil definir *fumus boni iuris* e *periculum in mora*: é melhor que sejam "explicitáveis", "descritíveis" ou "explicáveis", e não propriamente "definíveis". Quando muito é possível atrelar o *fumus boni iuris* à idéia de *evidência* e o *periculum in mora* à idéia de *urgência*. Entretanto, é algo problemático definir o que são a *urgência* e a *evidência*.

Conseguintemente, para que se conceda a medida liminar, não há necessidade da presença dos dois pressupostos. Entre eles existe uma espécie de *permutabilidade livre*. Se o caso concreto desviar-se do "tipo normal" e somente um dos pressupostos estiver presente em "peso decisivo" ou "número especial", ainda assim será possível conceder-se a medida, embora por força de uma "configuração atípica" ou "menos típica", que se afasta do *modelo* legislativo descrito. Tudo se passa como se, nos processos concretos de concessão de tutelas *in initio litis*, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* fossem "elementos" ou "forças", que se articulam de forma variável, sem absolutismo e fixidez dimensional. O que importa, no final das contas, é a "imagem global" do caso, mesmo

que a relação entre o *fumus* e o *periculum* seja assimétrica[4].



4. O controle normativo da "imagem global"

Pois bem. Essa idéia de "imagem global" é imprescindível para que se entenda a verdadeira razão de ser das chamadas "leis impeditivas de liminar".

Como visto, ao analisar a presença dos pressupostos para a concessão da liminar, o juiz acaba atuando dentro duma "ampla margem de discricionariedade" para avaliar se o "peso" ou a "dosagem" de um pressuposto é suficiente para "compensar" a ausência ou a palidez do outro. No entanto, por vezes, a lei manieta o julgador e prescreve qual a "imagem global" que ela entende apropriada para que a liminar seja concedida. Ou seja, é possível que a lei restrinja a liberdade do juiz de aquilatar, por si mesmo, a "relação de complementação mútua" entre o *fumus* e o *periculum*. Pode ser que a lei preestabeleça a "densidade" que cada um desses pressupostos deve ter para que a tutela de urgência seja concedida. Em geral, diante da prodigalidade com que os juízes concedem determinados tipos de medida liminar, a lei prefixa a "dosagem" do *periculum in mora*, exigindo que ele se apresente em grau elevado para que as concessões generosas sejam *dificultadas*.

É exatamente o que passa com as chamadas "leis *impeditivas* de liminar". Usam-se as aspas porque, na verdade, essas leis não *vedam* a concessão; elas apenas *enrijecem* os seus pressupostos.

Quando do julgamento do pedido de liminar formulado na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04-DF (rel. Ministro Sydney Sanches, DJ de 21.05.1999, p. 2), o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, reputou *constitucional* o *caput* do artigo 1º da Lei 9.494, de 10.09.1997 ("Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos artigos 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992"). De acordo com a literalidade do dispositivo, é vedada a concessão de tutela antecipada que determine reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens

[4] Para uma diferenciação entre *conceito* e *tipo*: DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: RT, 1988, pp. 37 e ss.; KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2004, pp. 188 e ss.; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997, pp. 621 e ss.; YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006, pp. 42 e ss.

em benefício de servidores públicos. No entanto, o próprio Supremo ressalvou situações especiais, justamente para evitar o perecimento do "bem da vida" posto em debate. Nem poderia ser diferente. Ao contrário do que sempre afirmaram José Carlos Moreira Alves e José Joaquim Calmon de Passos, a previsão de liminar não é mera questão de *política processual*, que se coloca na lei, ou dela se retira, ao sabor de conveniências legislativas indevassáveis. Não se pode ferir a "natureza das coisas". Existem situações da vida que "pedem" impreterivelmente uma liminar. E o juiz não pode deixar de concedê-la.

Não é por outro motivo que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido, nesses casos, a concessão de medida liminar para afastar inconteste *estado de necessidade* que ameace a sobrevivência do jurisdicionado (cf., *e. g.*, Quinta Turma, RESP 447.668-MA, rel. Ministro Félix Fischer, DJ 04.11.2002, p. 255; Quinta Turma, AGA 518.684-SC, rel. Ministro Gilson Dipp, DJ 06.10.2003, p. 316; Primeira Turma, AGRESP 397.725-SP, rel. Ministro Francisco Falcão, DJ 02.12.2002, p. 234). Isso significa que o STF e o STJ entendem que essas decisões liminares ordenatórias de reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens em favor de servidores públicos só são possíveis diante da presença de um *periculum in mora* extremado. Mesmo que o direito do autor seja quase-certo, ainda assim só será concedida a liminar se estiver configurada uma *emergência crítica*. Logo, de acordo com os Tribunais Superiores, não é possível a concessão da tutela liminar apenas com base na alegação genérica de que o pedido tem natureza alimentar. É necessário comprovar cabalmente *ab initio* que o requerente passa por uma situação famélica e que a medida por ele pleiteada é a única forma de remediar a gravidade de sua situação.

A mesma argumentação pode ser estendida à compreensão da Súmula nº 212 do Superior Tribunal de Justiça, do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, do § 5º do artigo 1º da Lei nº 8.437/92 (incluído pela MP nº 2.180-35/2001) e do § 2º do artigo 7º da Lei nº 12.016/2009, que proíbem a concessão de liminares para fins de compensação tributária. Em verdade, na prática, esses comandos normativos não fazem outra coisa senão exigir um *periculum in mora* "mais robusto". Antes da edição da Súmula nº 212 pelo STJ, da introdução do artigo 170-A no CTN pela LC 104/2001, do advento do § 5º do artigo 1º da Lei nº 8.437/92 e do § 2º do art. 7º da Lei 12.016/2009, era comum os contribuintes sustentarem que se encontravam sob risco de dano irreparável ou de difícil reparação, já que a cada desembolso se sujeitavam à tormentosa via do *solve et repete*, ou mesmo às sanções administrativas decorrentes da inadimplência (autuação, inscrição do nome no cadastro de inadimplentes, etc.). Daí por que inúmeras liminares eram concedidas com base nessa fundamentação. Porém, como se pode ver, não se trata de *periculum in mora* radical, capaz de inviabilizar a existência mesma da empresa, ou de comprometer a sua saúde econômico-financeira. Isso mostra que a maior parte dessas liminares amparava situações de *urgência não-extremada*. Todavia, com o advento do art. 170-A do CTN, nada impede que se conceda a tutela liminar para a compensação tributária, contanto que esteja escorada na comprovação concreta de uma emergência crítica, e não na singela alegação de que medidas poderão ser tomadas pela Fazenda Nacional contra a requerente. Há respeitada corrente jurisprudencial nesse sentido (cf., por exemplo, STJ, Segunda Turma, MC 8.995, rel. Ministro Humberto Martins, DJ de 18.12.2006, p. 347; TRF da 1ª Região, Oitava Turma, AG 2004.01.00.040026-6, rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, DJ de 01.06.2007, p. 142; TRF da 5ª Região, Terceira Turma, MC 2004.05.00.021826-8, rel. Desembargador Federal Manoel Erhardt, DJ de

13.03.2007, p. 562; TRF da 5ª Região, Primeira Turma, AG 2004.05.00.000211-9, rel. Desembargador Federal Francisco Wildo, DJ de 15.04.2005, p. 1.013).

A bem da verdade, o raciocínio é extensível à compreensão de *todo* e *qualquer* texto que "impeça" a concessão de tutelas liminares, não apenas às hipóteses aventadas no § 2º do artigo 7º da Lei nº 12.016/2009. Tome-se o exemplo do artigo 29-B da Lei nº 8.036, de 11.05.1990 (introduzido pela MP nº 2.197-42/2001). Segundo esse dispositivo de lei, "não será cabível medida liminar em mandado de segurança, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, nem a tutela antecipada prevista nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil que impliquem saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS". Ora, de acordo com a abalizada jurisprudência a respeito do assunto, "o artigo 29-B da Lei nº 8.036/90, obstativo de concessão de liminar e antecipação de tutela autorizadora de movimentação e saque de valor em conta vinculada do trabalhador no FGTS, deve ser observado com temperança, porquanto hipóteses há em que o caráter urgente da medida jurisdicional pleiteada obriga o julgador a prestá-la, sob pena de perecimento do bem da vida" (TRF da 5ª Região, Primeira Turma, AG 2004.05.00.027861-7, rel. Desembargador Federal José Maria Lucena, DJ de 20.05.2005, p. 834). Portanto, "não obstante seja vedado o deferimento de medida de urgência que implique em saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador ao FGTS pelo art. 29-B da Lei nº 8.036/90, introduzido pela Medida Provisória nº 2.197-43, mostra-se razoável a liberação em favor de portadora de neoplasia maligna, com 62 anos de idade, ainda que de modo excepcional" (TRF da 5ª Região, Quarta Turma, AG 2004.05.00.033231-4, rel. Desembargador Federal Edílson Nobre, DJ de 07.03.2005, p. 659). Em sentido similar, ainda: TRF da 1ª Região, Sexta Turma, AG 2001.01.00.045505-0, rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Galotti Rodrigues, DJ de 18.09.2002, p. 112; TRGO, 1ª Turma, Processo 200335007014949, rel. Juíza Ionilda Maria Carneiro Pires, DJGO de 26.08.2003.

O que se vê é que a jurisprudência, por desconhecer a *teoria da imagem global*, prefere dizer que as leis "impeditivas" são constitucionais, mas que, a depender do caso, podem ser flexibilizadas. Trata-se de uma forma lingüística oblíqua e improvisada de se referir à mesma coisa.

5. Conclusão

O presente trabalho tenta demonstrar, portanto, que para comentar o § 2º do art. 7º da Lei 12.016/2009, não basta ao intérprete simplesmente aventurar-se numa exegese afoita e inexperiente. Conhecer o teor literal das leis "impeditivas" de medida liminar é um modo bastante acanhado de entender o que de fato sucede na vida jurídica, razão por que só haverá uma exposição completa do assunto se houver uma apresentação do que realmente é praticado como direito. Infelizmente, porém, o "processualismo científico" não está preparado para esse tipo de abordagem pragmática. Essas leis circunscrevem-se a *enrijecer* o pressuposto do *periculum in mora*, e não impedir a concessão da tutela de urgência. Todavia, com o dedo em riste, a teoria acadêmica dominante prefere sustentar que essas leis "proíbem" e que, por tal razão, são inconstitucionais. Atribui-se a elas, assim, uma força que elas não têm. Nessas horas se vê que o medo é capaz de materializar os seus próprios demônios...

DA PRISÃO DO INDÍGENA E A INSPEÇÃO JUDICIAL

MASSIMO PALAZZOLO
Juiz Federal em Bauru/SP, Doutorando em Processo Penal pela PUC/SP e Mestre em Direito pela UNIMES.

Reza o art. 231, primeira parte, da Magna Carta:

"Art. 231. *São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições ...*"[1] Grifei

Dispõem os arts. 1º, Parágrafo único e 56, parágrafo único, ambos da Lei nº 6.001/73:

"Art. 1º (...);
Parágrafo único. *Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas ...*;
Art. 56 (...).
Parágrafo único. *As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.*" Grifei

Por sua vez, prescreve o art. 10, da Convenção nº 169 da OIT Sobre Povos Indígenas e Tribais (promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004):

"1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais;
2. *Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.*" Grifei.

Analisando os dispositivos supracitados, podemos constatar que tanto o poder constituinte originário, o legislador infraconstitucional e o Estado Federal quiseram dar um tratamento diferenciado para proteger as comunidades indígenas, em razão da própria vida que levam, isto é, mais comunitária do que individual, com sua moradia, caça, plantio e até seu encarceramento, quando tiverem de ser punidos penalmente.

Para o encarceramento em aldeia, o Estado-Juiz deve assegurar-se, por meio de uma inspeção judicial, devidamente materializada em laudo de exame de local e fotografias, que aquele acusado e/ou condenado lá coabita em comunidade indígena, preserva as tradições de seus antepassados, de acordo com seus próprios padrões culturais, suas instituições sociais e seus sistemas.

A fim de que os indígenas permaneçam custodiados em aldeias, quer provisória ou definitivamente, parece ser imprescindível à realização da inspeção judicial, para aferir: se durante o dia, trabalham na lavoura, caçam, efetuam refeições com seus pares; e se, durante a noite, recolhem-se à casa de alvenaria e/ou similar, construída quer pela FUNAI ou por eles próprios, sob pena de estar se violando o princípio da igualdade na execução provisória e/ou definitiva de pena (CF, art. 5º, *caput* e Lei nº 7.210/84, art. 3º, parágrafo único).

[1] Manuais de Legislação Atlas. "Constituição da República Federativa do Brasil". Organização: Alexandre de Morais. 27ª Edição - 2006.

Reza o disposto no art. 440, do Código de Processo Civil:

> "Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa."

Ressaltamos que é perfeitamente possível a utilização do instituto da inspeção judicial na seara do direito processual penal, por força do prescrito no art. 3º, do Código de Processo Penal:

> "Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito."

Se dentro da cultura da comunidade indígena, presente está a moradia coletiva, o plantio e a caça, além é claro, do não encarceramento nas punições penais, não resta dúvida de que acusados e/ou condenados por infração penal estão a exercer direitos que lhes foram reconhecidos, que, diante das circunstâncias fáticas a serem constatadas, por meio de inspeção judicial, não devem ser modificados pelo Estado-Juiz.

Não parece suficiente, para aplicar o rigor da legislação processual penal aos acusados e/ou condenados indígenas, o fato de algum deles ausentar-se da Aldeia ou não ter comparecido à audiência de instrução, desde que, é claro, restem plenamente justificadas as irregularidades pelo órgão federal de proteção e assistência dos indígenas.

Enfatizamos que tal benefício deve atingir tanto aos indígenas que vivem em aldeias como aos que foram, de alguma forma, influenciados pela cultura da sociedade não indígena, isto é, dos brancos, desde que, comprovadamente, sejam reconhecidos pela comunidade indígena e que sua segregação a esta afete.

Nesse sentido, Roberto Lemos dos Santos Filho:

> "Os direitos estabelecidos na legislação indigenista brasileira não podem ser contemplados apenas aos índios que vivem em aldeias e que tiveram ou têm pouco ou nenhum contato com a cultura da sociedade não indígena envolvente. Impõe-se que também sejam assegurados aos índios influenciados pela cultura dos brancos os direitos previstos na legislação indigenista, desde que esses índios sejam reconhecidos pela comunidade indígena como tais e que sua segregação afete a comunidade."[2]

Se não se reconhecer tais direitos aos índios, estar-se-á a violar o que se busca, dentro de um Estado Democrático de Direitos, que são os valores civilizatórios reconhecidos pelo Poder Constituinte Originário às comunidades indígenas.

BIBLIOGRAFIA

Nunes, Luiz Antônio Rizzatto, 1956 - *Manual da monografia jurídica*/Rizzatto Nunes: 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva. 2002.

[2] Santos Filho, Roberto Lemos dos, *Boletim dos Procuradores da República*, "Índios: Prisão Cautelar e Cumprimento de Pena Privativa de Liberdade às Luzes do Estatuto do Índio e da Convenção 169 da OIT", março 2008, p. 27.

O CONFLITO DE PRINCÍPIOS E AS FALÁCIAS DA LIBERDADE
THE CONFLICT OF PRINCIPLES AND THE FALLACIES OF FREEDOM

MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA
Doutor e Livre-docente pela Faculdade de Direito da USP, onde ministra aulas na graduação no Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social e, em pós-graduação, na área de concentração em Direitos Humanos. Professor da Escola Paulista de Direito Social. Juiz Federal.

RESUMO - Trata-se de texto que cuida dos princípios da igualdade, liberdade e solidariedade e dos equívocos referentes à sua consolidação jurídica em uma sociedade capitalista.
SUMMARY - The text is about the principles of freedom, equality and solidarity and the juridical mistakes about them in a capitalist society.

PALAVRAS-CHAVE - Liberdade. Igualdade. Solidariedade.
KEY-WORDS - Freedom. Equality. Solidarity.

É interessante perceber como, não raras vezes, a liberdade e a igualdade são vistas como conceitos antagônicos. A equação, em geral, é a seguinte: liberdade "versus" igualdade. Essa observação não se cinge ao direito, mas atinge os mais diversos campos científicos de observação de ambas (sociologia, filosofia e outros afins).

No direito, a questão se acentua, já que a liberdade é, como se dá em qualquer fenômeno jurídico, diminuída na sua real extensão. A explicação é clara: o positivismo jurídico está habituado a realizar recortes, evitando a totalidade[1]. Assim, a liberdade ou a igualdade apenas são representadas por traços no direito, que mais se parecem com caricaturas de uma realidade, muito mais ampla e densa.

É fato, já de início, que, no capitalismo, a liberdade é, em si mesma, uma ficção. Na verdade, estamos muito mais limitados nos nossos rumos do que pensamos e mais limitados no agir do que imaginamos. Isso, não obstante, é realçado e mesmo acentuado pela dimensão do direito. Assim, temos, na CLT, jornada limitadora de trabalho – o que aparece como conquista da civilização, na medida em que houve a sua diminuição, esta mesma jornada imposta pode ser vista, pelo viés do trabalhador, como algo que restringe a liberdade. No direito civil, cito os limites às nossas ações por cláusulas contratuais, as quais, mais aparentemente do que qualquer outra coisa, somos livres para aderir. No direito penal, a óbvia imposição da pena como restritiva de nossa liberdade.

E assim por diante.

Logo, o direito é apenas mais um instrumento eficaz de restrição das liberdades. É claro que alguns utilitaristas imediatamente irão se lembrar que a liberdade de um começa onde a liberdade do outro termina. Portanto, qualquer um é completamente livre, desde que não impinja, em nome de sua liberdade, ônus à liberdade de outra pessoa.

Não é de se estranhar que esse raciocínio simplista remonte ao século XIX com

[1] A respeito do que entendemos por totalidade há uma ótima obra que merece consulta, a saber: KONDER, Leandro. *O que é dialética*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

observações de Stuart Mill[2], como se percebe a seguir:

> "O objectivo deste ensaio é asseverar um princípio muito simples, que se destina a reger em absoluto a interacção da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à coacção e controlo, quer os meios usados sejam a força física, na forma de punições legais, quer a coerção moral da opinião pública. É o princípio de que o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou colectivamente, para interferir na liberdade de acção de outro, é autoproteção. É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser correctamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros. O seu próprio bem, quer físico, quer moral, não é justificação suficiente. Uma pessoa não pode correctamente ser forçada a fazer ou a deixar de fazer algo porque a fará feliz ou porque, na opinião dos outros, fazê-lo seria sensato ou correcto. Essas são boas razões para a criticar, para debater com ela, para a persuadir, ou para a exortar, mas não para a forçar, ou para lhe causar algum mal caso ela aja de outro modo. Para justificar tal coisa, é necessário que se preveja que a conduta de que se deseja demovê-la cause um mal a outra pessoa. A única parte da conduta de qualquer pessoa pela qual ela responde perante a sociedade, é a que diz respeito aos outros. Na parte da sua conduta, que apenas diz respeito a si, a sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si, sobre o seu próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano".

> Ou, em resumo:

> "A única liberdade que merece o nome é a liberdade de procurar o nosso próprio bem à nossa própria maneira, desde que não tentemos privar os outros do seu bem, ou colocar obstáculos aos seus esforços para alcançar".

No entanto, no capitalismo, a apuração da liberdade a ser preservada face à liberdade de outro não passa de simples ilusão – que, no direito, é confirmada por uma argumentação mais ou menos eficiente, mais ou menos convincente, consubstanciada no que se conhece como exercício de ponderação. A liberdade, nessa lógica, é substituída imediatamente pela idéia de interesse. O que era liberdade, no capitalismo, equivale a liberdade/interesse. A noção de interesse, por sua vez, está intimamente relacionada com a de poder. Prevalecem as liberdades, isto é, os interesses dos que detêm o poder. Logo, no capitalismo, liberdade é o mesmo que interesse/poder. No exercício de ponderação, como veremos mais adiante, isso fica bastante claro.

Portanto, qualquer visão utilitarista e qualquer teoria do dano, ainda que sofisticadas por argumentos de novos utilitaristas, sempre recai nos limites da própria idéia de utilidade. Não passa de simples exercício hedonista, que sempre encontrou baliza nos desejos da humanidade (piorada com o tempo pela criação de necessidades e utilidades que não nos são úteis ou necessárias no mundo dos fatos).

Resta, então, um exercício insano, dentro da ordem capitalista, de buscar uma liberdade que não seja essa.

---

[2] *Sobre a liberdade*. Lisboa: Ed. 70, 2006, p. 40 e 43.

Alguns liberais igualitários acreditam que acharam a resposta, em especial pela adoção de teorias da capacidade. Seremos livres na medida em que formos capazes. Assim, a liberdade está ligada a uma rede de instrumentos que nos torna capazes, em especial, de acessar a riqueza existente. Logo, há que se habilitar as pessoas para que alcancem certas capacidades. Feito isso, elas estarão aptas a obter liberdades.

No entanto, em um mundo em que se propala a escassez dos recursos – do que duvidamos, mas que é premissa adotada por esses mesmos liberais igualitários –, nem mesmo o mais hábil dos homens terá certeza de que sua habilidade será suficiente para a aquisição de capacidades que tornem possível o seu acesso à riqueza material e, daí, a sua liberdade.

No direito, isso se revela sobremaneira em algumas hipóteses. Os direitos sociais são o exemplo claro da utilização de instrumental para que as capacidades possam supostamente ser obtidas – e da inversão que essa noção produz.

Veja-se, por exemplo, casos de benefícios previdenciários e assistenciais que são condicionados à apresentação de certificado escolar. Tolhe-se a liberdade de alguém, apresentando-lhe alguma condicionante, para que, supostamente, em instante posterior essa pessoa possa ser livre – já que, com formação escolar, passa a ser capaz.

Ilusão!

Não se pergunta, por exemplo, que tipo de escola é frequentada por essa pessoa ou quanto essa escola forma cidadãos capazes. Nada disso pertence ao direito, diria o positivista. Na realidade, a equação imediata é de uma diminuição da liberdade, por certa condicionante de direito social, evidenciando a restrição de liberdade de alguém que tem menos voz, não podendo expressar se pretende aquela restrição imposta por quem tem o poder de fazê-lo.

Volto ao início de nossas reflexões.

A igualdade passa a ser dimensão menor. Não se pode fazer com que alguém desigual possa escolher se pretende ou não, para perceber certo benefício social, se submeter às regras de alguém mais poderoso que por ele escolheu. Nem se venha com a falácia de que a lei é obra de todos, na medida em que o legislativo, que impingiu as condições, é escolhido em eleição popular. É claro que aqui não podemos nos sentir confortáveis com tais “frases feitas” e de pouco conteúdo no mundo dos fatos. O mundo real, aquele que palpita lá fora, mostra que os poderes hoje não são senão arremedo da vontade popular. É claro que poderia dizer um positivista jurídico: nada disso importa, já que o que interessa é a observância dos aspectos formais para a concretização da democracia – e eles estariam subjacentes ao caso em análise. Se a conversa for parar por aqui, é melhor nem começarmos a desafiar as questões, já que, uma vez posto algo na lei, nada mais nos interessa. Com base nesse argumento, não haveria qualquer possibilidade de evolução do direito – se é que ele evolui.[3]

Ora, se os próprios interessados estão alijados do processo de escolhas, não há como se admitir que serão livres com a imposição de condições que alguns acreditam que lhes farão livres. A lógica de capacidades para a construção de liberdades, assim,

[3] Essa visão de que o direito é apenas forma, que promove a redução da exata dimensão de tudo que palpita na vida, é mais bem entendida a partir da leitura de E. B. Pasukanis (*A teoria geral do direito e o marxismo*. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1981). Para melhor compreensão do autor anterior, sugerimos a leitura do texto de Márcio Bilharinho Naves denominado *Marxismo e direito – um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo editorial, 2008.

não se encontra infensa a críticas: que capacidades? Decididas por quem? Para fazer construir que tipo de mundo? Aliás, aqui estamos diante de qualquer crítica que se possa fazer à meritocracia.

Caso não se observe as críticas anteriores, não estamos jogando um jogo de iguais. E liberdade, sem igualdade, não significa coisa alguma.

Aqui, entende-se por que alguns preferem fazer uma leitura dicotômica da igualdade em relação à liberdade. Ao se colocar em lados opostos igualdade e liberdade, fica muito mais fácil à lógica capitalista a sua própria consolidação. Um capitalismo, em que igualdade e liberdade, e acrescento aqui, solidariedade, fossem postas lado a lado, certamente seria muito difícil – senão impossível – de concretizar.

No direito, por exemplo, certamente que os postulados que fundamentam qualquer lógica de ponderação não teriam condições de vigorar. Aliás, a ponderação de princípios é a clara expressão de que o direito somente se dá onde uma liberdade, sem igualdade e solidariedade consideradas em conjunto, supere outra liberdade.

Aliás, aqui gostaria de ressaltar que toda ponderação de princípios, na realidade, esconde um único conflito existente no sistema (tanto capitalista, quanto jurídico): uma colisão de liberdades e de igualdades.

Sempre que escolho por uma solução ponderada em detrimento de outra, impinjo restrições a liberdades e a igualdades. Na verdade, o conflito sempre subjacente é um conflito de liberdades, diretamente ligado ao de igualdades.

No direito, a solução na colisão será inexoravelmente tendente ao reforço da lógica da liberdade de propriedade. Quando muito, a aparência é que isso não ocorre, sob a falaciosa observação de que a dignidade da pessoa humana não o permitiria.[4]

Um exemplo prosaico.

Se a jurisprudência permite a revista íntima do trabalhador, como, por exemplo, se deu processo nº TST-RR-1307440-75.2003.5.09.0001, fica claro que ponderação nenhuma houve, já que a propriedade apareceu como uma espécie de bem intangível. Na realidade, não se realizou, ali, nenhuma ponderação, já que restou claro que o direito de propriedade do empregador (a sua total liberdade) de fazer a revista íntima nos trabalhadores é absoluto. O poder diretivo do empregador respaldaria, na lógica da propriedade, que a sua liberdade é maior, e que a do trabalhador, menor. A igualdade, certamente, está completamente afastada da ilação realizada no Tribunal Superior do Trabalho. Nem se diga que estamos diante de decisão que padece de técnica quando considerada a lógica de ponderação. Na verdade, encontramo-nos diante daquilo que efetivamente ocorre no mundo do direito. É assim que se processam as coisas: quando há interesse, se faz a colisão; quando não há, esconde-se o conflito. Aliás, é mais comum que o direito forje conflitos, para a sua aparente solução, do que seja o efetivo promotor da solução dos reais conflitos da sociedade.

No entanto, ainda que fosse diferente, que se tirasse o caráter absoluto do direito de propriedade na hipótese anterior, e não se permitisse a revista íntima, nada obstaria

[4] Nem todo o esforço de criação de uma teoria normativa a suportar a idéia contrária me dissuade dessa percepção. Assim, por exemplo, o esforço por Robert Alexy (*In Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008). Com o devido respeito que o autor merece, parece inconsistente a sua tentativa de criar uma teoria normativa, buscando aumentar a segurança jurídica no exercício de ponderação de princípios, quando, na realidade, o direito promove uma luta de poderes, que se utiliza da fundamentação ponderada apenas para dar uma justificativa à tese vencedora, tudo isso baseado num suposto exercício de racionalidade.

que de outra forma, "mais razoável", a liberdade do trabalhador fosse atentada. Assim, se fosse considerada uma "verdadeira" ponderação, sem qualquer caráter absoluto da propriedade (que não assumiria, pois, o "status" de regra – que não se submete ao juízo de ponderação, apenas para usar a teoria preferida), ainda assim prejuízos outros à liberdade dos trabalhadores seriam mais factíveis do que se imagina.

Veja-se entre o direito de propriedade do empregador, por existirem outros meios menos invasivos e igualmente eficazes, e o direito à intimidade do empregado, poderia se optar, *v. g.*, pela utilização de câmeras. Ora, a utilização de câmeras, diriam alguns, permite um menor ônus à intimidade do empregado e mantém intacto o direito de propriedade. Aparentemente o tom conciliatório dos princípios conseguiria um bom termo para o conflito – preservando ambos os interesses. Tudo isso temperado, é claro, pelo postulado referencial da dignidade da pessoa humana.

No entanto, embora alguns não queiram admitir, a intimidade do trabalhador estará devassada por câmeras que o vigiam diariamente. O mesmo exemplo se dá no controle da utilização do computador.

Em síntese, como o ambiente do trabalho ou o computador são de propriedade do empregador, esses meios de produção é que serão determinantes da solução (capital constante) e não a força de trabalho (capital variável)[5].

Logo, percebe-se que qualquer solução irá conspirar, em certa medida (maior ou menor), contra a dignidade do trabalhador. Não obstante, diriam alguns, não há como não fazê-lo, sob pena de o direito de propriedade do empregador não poder nunca ser protegido. Essa a falsa percepção de tudo. Na realidade, trocaríamos, diriam alguns, o caráter absoluto do direito de propriedade, pelo caráter absoluto dos direitos dos trabalhadores. Como o tom é "conciliatório", isso não seria possível. Falácia atrás de falácia, para sustentar o insustentável, ou apenas para sustentar o que quase todo jurista quer sustentar: a preservação do capitalismo – único espaço em que o direito e seu discurso oportunista apresentam condições de frutificar.

Na lógica dos direitos fundamentais, alguma afronta à dignidade da pessoa humana – que não entra diretamente no conflito, mas é postulado que pauta a solução – sempre será admitida, para esses que são, em verdade, tenazes guardiões do atual sistema.

Ou seja: no mundo do direito, tudo tende à solução patrimonial. Em uma final opção, admite-se, em certos casos, até mesmo a indenização pelo dano causado a direito fundamental. No caso dos direitos sociais, os valores são risíveis. Há, em determinadas áreas, julgados que não admitem que o valor do dano moral para pessoa pobre seja elevado, já que implicaria indevido enriquecimento ilícito. Ou seja, situações envolvendo, por exemplo, danos a personalidade de pessoas pobres são menos valiosas do que as que se envolvem os ricos. A liberdade de alguns, ainda que na reduzida perspectiva patrimonial, é menor do que a de outros. Isso somente é possível por que se trata de liberdade desprovida da dimensão da igualdade.

---

[5] "A parte do capital, portanto, que se converte em meios de produção, isto é, em matéria-prima, materiais acessórios e meios de trabalho não muda a magnitude do seu valor no processo de produção. Chamo-o, por isso, parte constante do capital, ou simplesmente capital constante. A parte convertida em força de trabalho, ao contrário, muda de valor no processo de produção. Reproduz o próprio equivalente e, além disso, proporciona um excedente, a mais-valia, que pode variar, ser maior ou menor. Esta parte do capital transforma-se continuamente de magnitude constante em magnitude variável. Por isso, chamo-a parte variável do capital, ou simplesmente capital variável" (MARX, Karl. *O capital – crítica da economia política.* 26ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2008, p. 244. Vol. II. Livro I).

Em última análise, qualquer ponderação revela que o interesse é que determina a solução e não uma suposta e elevada consideração dos princípios em jogo. No entanto, para o direito manter-se íntegro, é necessário pensarmos que se trata do contrário.

Os exemplos dados a partir dos direitos sociais são o que melhor evidenciam o dano provocado por essa ruptura entre liberdade e igualdade/solidariedade. No entanto, isso se encontra presente também em áreas do direito que lidam com direitos individuais.

Veja-se, *v. g.*, o que se dá com o princípio da insignificância no direito penal. Trata-se de juízo de razoabilidade que implica mais diretamente o direito fundamental individual. Em direito processual civil, veja-se que o mesmo pode-se dar no juízo apreciativo de uma tutela antecipada, a partir de seus requisitos próprios. Da mesma forma, o fenômeno anterior pode ocorrer em direito administrativo, quando se analisa o interesse público para diferentes conflitos envolvendo atos administrativos.

A realidade é uma só. Quando a regra insculpe a solução, já o faz preservando a liberdade de quem tem mais poder. Quando o princípio ou os termos abertos deixam as questões não definidas, em outra esfera, há a diminuição da liberdade dos que possuem menos poder. Na realidade, o Estado e sua preferência inata pela classe que vive da mais valia já são conhecidos de alguns[6].

Assim, embora nesse estágio da evolução do mundo, não possamos prescindir do Estado para realizar a proteção pelos direitos sociais – outra situação contraditória, típica da dialética –, numa análise mais profunda, há necessidade de que se supere o Estado para que a sociedade civil possa tomar o seu devido lugar na gestão de seus interesses. Enquanto isso não ocorre, o Estado é grande interventor não na liberdade dos que detém poder e vivem da mais valia, mas da liberdade dos quais é extraída a mais valia.

Diante desse quadro, nada mais normal do que a utilização da ponderação como aparência de conciliação de interesses distintos em uma disputa legítima – da mesma forma como todas as cantilenas conciliatórias dos interesses nos conflitos existentes, coisas como arbitragem, conciliação promovida judicialmente e outras tantas.

Nesse discurso, os princípios aparecem de forma idílica, como o que há de mais puro, uma depuração última do sistema. Os conflitos de princípios, em verdade, escondem conflitos de interesses. No entanto, como não é bom que isso fique claro, de novo o direito opera o milagre de fazer a limpeza. Separa os conflitos de qualquer noção de interesses e mesmo da moral, tornando-os categorias jurídicas infensas ao que há de mais impuro da disputa, tornando possível que a gramática do direito opere e evite que a solução se faça da forma como deve ser realizada, ou seja, no seio de onde foi gestado o conflito – não estamos nos referindo, aqui, de forma simplista, às soluções dadas pelos próprios grupos, artificializadas em formas "modernas", como a da justiça restaurativa ou da opção pela via conciliatória, por exemplo.

Na ponderação, ao dar preferência por um princípio em detrimento de outro,

[6] São frequentes a respeito advertências de Marx nesse sentido em toda sua obra. No entanto, parece-nos interessante, por exemplo, o realce dado ao Estado no processo de acumulação primitiva, sem o qual o capitalismo não teria evoluído: "a burguesia nascente precisava e empregava a força do Estado, para 'regular' o salário, isto é, comprimi-lo dentro dos limites convenientes à produção de mais-valia, para prolongar a jornada de trabalho e para manter o próprio trabalhador num grau adequado de dependência. Temos aí um fator fundamental da chamada acumulação primitiva" (MARX, Karl. *Ob. cit.*, p. 851. Vol. II. Livro I). A superação do Estado, como fase definitiva de implantação do comunismo, vem, aliás, bem explicada por V. I. Lenin em sua obra *O estado e a revolução – o que ensina o marxismo sobre o estado e o papel do proletariado na revolução*. São Paulo: Ed. Expressão Popular, 2007.

buscando trazer ao preterido o menor prejuízo possível, nada mais houve do que um arremedo de busca de solução de interesses, que, na realidade, contrapõem liberdades de partes diferentes.

Basta verificar a respeito o exemplo já mencionado anteriormente referente à decisão da Justiça do Trabalho em relação à revista íntima.

Em outros momentos, o próprio Judiciário sequer dá atenção à liberdade individual, fazendo gerar regra onde ela não existe – com operação lógica, para a sua construção, muito próxima à do princípio. Aliás, chega a ser paradoxal que instrumentos tipicamente liberais sejam contrários, não raras vezes, à liberdade dos próprios indivíduos. Aqui, veja-se, por exemplo, casos envolvendo transfusão de sangue e pessoas que sejam testemunhas de Jeová. Sob a alegação de que o direito à vida (um princípio? Uma regra?) precede todos os demais, os juízes preterem a tutela da liberdade religiosa. Assim, autoriza-se a transfusão de forma incontinente sob a alegação do caráter absoluto do direito (princípio? Regra?) à vida. Diriam alguns que a operação pelo Judiciário é que foi feita incorretamente, já que não se processou segundo os melhores cânones teóricos sobre o tema. No entanto, o que vale é o mundo dos fatos e não essas elucubrações que beiram à busca do celestial...

Percebe-se dos exemplos dados que, seja na perspectiva dos direitos individuais, seja dos direitos sociais, a liberdade, quando operada no universo do direito, tende a ser sempre restringida. Não uma restrição necessariamente saudável sequer aos postulados típicos de uma sociedade capitalista, onde, em menor ou maior grau, sempre se advoga noções tipicamente liberais (para nós, isso vale inclusive para o *Welfare State*).

Seja qual for a hipótese, o certo é que a ponderação esconde a falácia de que o pós-positivismo consegue entregar segurança jurídica, já que solidamente construída e autorizada por uma fundamentada teoria normativa.

Veja-se que o problema, é claro, não é apenas da ponderação, mas do direito em geral (incluída, aqui, a situação da regra). No entanto, enquanto, na regra, o direito atenta contra a liberdade necessariamente por ato imediato do legislador, no princípio, o atentado se faz por ato imediato do Judiciário. Na verdade, não vemos gravidade maior ou menor em uma ou outra hipótese – o que é levantado com base na rasteira alegação de que o Judiciário não tem legitimidade popular e o Legislativo o tem. Como cremos que, na democracia burguesa, não há verdadeira liberdade, nada disso nos seduz.

Por último, embora entendamos que o direito jamais conseguirá superar tais dificuldades, dada a sua própria essência, é possível, àqueles que acreditam na sua capacidade de transformação social, passar a adotar o seu discurso e dotá-lo de uma qualidade argumentativa que busque a maior eficiência. (O que, aliás, me parece uma armadilha mais do que tudo). Embora aqui não haja garantia de sucesso – e, em geral, acredito que não haverá sucesso –, existirá sempre a possibilidade de que algumas vantagens individuais sejam obtidas por aqueles que estejam em condições de inferioridade no mundo. Assim, estamos diante de um vazio discursivo que é substituído por outro discurso, também vazio a nosso ver, e que em geral é expropriado pela lógica dos direitos fundamentais. É claro que, como se trata de uma armadilha, o terreno em que se joga o jogo pertence ao outro, que terá todas as armas à sua disposição. Os juristas mais progressistas, e que pretendem um mundo melhor, é que devem avaliar o risco de fazer tal jogo. Pessoalmente, acredito pouco na presteza dessa escolha.

No entanto, se essa hipótese for acolhida pelo jurista, para que o hermeneuta seja

bem-sucedido, é indispensável que evite que o cotejo, no jogo intenso das disputas de direitos fundamentais, se dê não apenas no plano de uma liberdade isolada e vazia de conteúdo. É necessário que a liberdade seja pensada na perspectiva da igualdade e da solidariedade. Somente assim, os mais fracos, talvez e uma vez ou outra, sejam contemplados nesse exercício de poder a que se chama de ponderação de princípios.

Afinal de contas, até em enredo de escola de samba fica claro que as duas coisas devem caminhar no mesmo compasso:

> "Liberdade, liberdade,
> abre as asas sobre nós,
> e que a voz da igualdade
> seja sempre a nossa voz".
> (G.R.E.S. Imperatriz Leopoldinense, RJ, samba enredo de 1989).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

LENIN, V. I. *O estado e a revolução – o que ensina o marxismo sobre o estado e o papel do proletariado na revolução*. São Paulo: Ed. Expressão Popular, 2007.

KONDER, Leandro. *O que é dialética*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

MARX, Karl. *O capital – crítica da economia política*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2008, p. 244. Vol. II. Livros I e II.

MILL, Stuart. *Sobre a liberdade*. Lisboa: Ed. 70, 2006.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito – um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo editorial, 2008.

PASUKANIS, E. B. Pasukanis. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1981.

O DIREITO À PENSÃO POR MORTE DO ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE DA LEI Nº 8.213, SEU CONTEÚDO TELEOLÓGICO, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

AROLDO JOSÉ WASHINGTON
Juiz Federal em São Paulo e Mestrando em Direito Previdenciário, pela PUC/SP.

The Social Security in the face of student of a university death. The Constitutional foundation. The juridical base of the Social Security Death. Section 77, of the Law 8213, and her interpretation in the face of present jurisprudence, of the STJ and of the TNU. About the doctrine in view of this proposition introduced. A constitutional interpretation and a constitutional below law interpretation for defence of the doctrine introduced. Conclusions.

Introdução ao tema.

A Constituição Brasileira de 1988 acaba de completar, em 5 de outubro de 2010, 22 anos de existência, com grandes avanços em matéria de proteção aos direitos sociais, com destaque à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Este princípio constitucional irradia sobre todo o sistema sua luz, e deve ser o norte na interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais.

É tão importante este princípio, que já vem elencado no artigo 1º, da Constituição da República, que ao lado dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, constitui um dos pilares da própria República Federativa do Brasil.

Neste contexto, preocupa-nos sobremaneira o tratamento dado ao órfão, maior de 21 anos, que demonstrando empenho em seus estudos, está a cursar uma universidade, e no momento em que mais precisa, de necessidade, para concluir seu estudo universitário, se vê tolhido, de uma forma abrupta, o direito a receber a pensão proveniente da morte de seu genitor.

Evidentemente, caso o genitor fosse vivo, manteria o estudo de seu filho, até concluir a universidade, sonho de todo o pai em relação à sua descendência.

Hoje em dia, são poucos o que tem vontade de continuar a estudar, nessa sociedade massificada de consumo, onde muitos se perdem no meio do caminho.

Justamente este jovem universitário, que já sofreu com a perda passada pelo falecimento do seu genitor, vem a sofrer novamente pela segunda vez, talvez, a morte de seus sonhos, de concluir o estudo superior, face a autarquia previdenciária, por força da lei ordinária 8.213/91, cortar-lhe o benefício, sem perquirir da necessidade fundamental da pensão, para o mesmo subsistir e continuar a sonhar.

Este estudo demonstrará que encontra respaldo constitucional o deferimento da pensão ao universitário, até o mesmo concluir seu estudo superior aos 24 anos em média, capacitando-o para trabalho, prestigiando o princípio do primado do trabalho, e tornando-o habilitado para melhor desempenhar seu labor, levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, renovado pelo artigo 205, da Constituição Federal.

Nossa argumentação se desenvolverá em 5 tópicos:

a) O fundamento jurídico do benefício previdenciário pensão por morte.

b) O artigo 77, da Lei nº 8.213, e sua interpretação pela jurisprudência atual, do Superior Tribunal de Justiça e da Turma Nacional de Uniformização.

c) Da doutrina sobre a tese apresentada.

d) Uma interpretação constitucional e infraconstitucional para a defesa da tese apresentada.

e) Conclusões.

f) Bibliografia.

a) O fundamento jurídico do benefício previdenciário pensão por morte.

Leciona a professora Heloisa Hernandez Derzi, em brilhante obra sobre o tema, que "tradicionalmente, a finalidade das prestações previdenciárias outorgadas por ocasião da morte do segurado constitui o atendimento às situações de necessidade em que se vêem imersas certas pessoas, ou porque realizaram despesas para custear do segurado falecido, ou porque serão privadas dos recursos econômicos que o segurado destinava à sua sobrevivência. Dizendo, em outros termos, a prestação previdenciária outorgada em virtude do falecimento do segurado pretende não privar de apoio os que sofreram desequilíbrio econômico, compensando-o por tal perda" (Derzi, Heloisa Hernandez - "Os beneficiários da pensão por morte", Lex Editora S.A., São Paulo, 2004, p. 206).

Aduz que "no caso de morte, a situação de necessidade não recai sobre a pessoa do segurado, mas desloca-se para terceiros. Embora a situação de necessidade (sobrevivência do dependente) não venha conceituada em lei, poderá ser deduzida, por meio de sua regulamentação jurídica, como a situação das pessoas que, em razão da morte ou da ausência do segurado, deixem de receber recursos econômicos que lhe proviam subsistência. E o seu fundamento encontra-se no efeito negativo que a falta de suporte econômico provoca nas pessoas sem condições de, por si só, realizar o próprio sustento" (*op. cit.* pág. 207).

Desta lição se extrai que o fundamento último do benefício pensão por morte é a necessidade econômica que os dependentes do segurado terão, face a ausência do mesmo, para manter sua própria subsistência.

Mas a subsistência não se consubstancia apenas na alimentação, vestuário e moradia. A subsistência do ser humano, com a irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana, se complementa com a educação, nos termos do artigo 205 da Constituição Federal:

> "Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

Este preceito normativo dá a melhor interpretação, em busca do ideal de Justiça, para o órfão, que já teve uma perda no passado, e evita-se um novo trauma, para que o mesmo consiga o seu pleno desenvolvimento e sua qualificação para o trabalho.

Caso a família não tenha mais condições econômicas de sustentar o jovem

universitário, e tendo este o gozo de pensão por morte de seu genitor, é dever da sociedade e do Estado promover esta condição e, com excelência, a Previdência Social, representando o Estado, pode adimplir este encargo.

A legislação ordinária deve guardar consonância com a Constituição Federal, sem dúvida alguma. Este argumento encontra respaldo na melhor doutrina, não havendo nenhuma voz autorizada a se levantar contra esta frase.

Conforme doutrina Wagner Balera, somente terão validade no Brasil as normas jurídicas postas em plena harmonia com o rol de Direitos Sociais.

São palavras do Professor Balera: "deve existir... certa simetria entre os diversos dispositivos que cuidem, de modo direto ou indireto, dos direitos concernentes à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança social e a proteção aos desamparados (art. 6º). Os fundamentos emanam do Estatuto Supremo. São valores e princípios que, bem explorados, influirão poderosamente em todos os preceitos que venham a disciplinar a matéria" (Balera, Wagner – "Noções Preliminares de Direito Previdenciário", Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª edição, 2010, p. 39).

E conclui o consagrado doutrinador: "para que as normas que estruturam a Ordem Social tenham vigência em nosso País, é necessário que elas contenham em si concretas propostas de realização de bem-estar e da justiça social. Assim, o lugar que cada norma infraconstitucional ocupará no sistema já se acha adrede definido. Queremos dizer, com isso, que não ingressam no universo jurídico brasileiro normas que contrariem objetivos fundamentais da república. Ainda que venham a ser editadas, serão repelidas pela ordem jurídica, por meio do devido processo legal" (*op. pag. cit.*).

Partindo-se das normas constitucionais acima citadas, devemos fazer agora uma breve incursão na legislação ordinária.

b) O artigo 77, da Lei nº 8.213, e sua interpretação pela jurisprudência atual, do Superior Tribunal de Justiça e da Turma Nacional de Uniformização.

Preceitua o artigo 77, da Lei nº 8.213:

> "Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em partes iguais.
> § 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar.
> § 2º A parte individual da pensão extingue-se:
> II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido;
> III - para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez."

Com fundamento neste artigo, e ainda aliado ao artigo 16, da Lei nº 8.213, onde está disciplinado quem são os dependentes do segurado ("Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido"), o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente negado o benefício de pensão por morte ao universitário.

Um exemplo ilustrativo, espelhando a posição daquela augusta Corte, vamos encontrar no julgamento do AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 875.361 - RJ (2006/0178638-9), relator Ministro Nilson Naves:

"Veja-se que é da própria letra da lei que o pagamento de pensão por morte a dependente de segurado extingue-se quando o filho completa 21 anos de idade, salvo se inválido. À vista disso, é firme o posicionamento do Superior Tribunal de que, ante a ausência de previsão legal, não se pode estender o benefício até que o filho complete vinte e quatro anos, mesmo em se tratando de estudante universitário.

Confiram-se os seguintes precedentes:

'Previdenciário. Pensão por morte. Dependente. Filho. Estudante de curso universitário. Prorrogação do benefício até os 24 anos de idade. Impossibilidade. Precedente.

I - O pagamento de pensão por morte a filho de segurado deve restringir-se até os 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se inválido, nos termos dos arts. 16, I, e 77, § 2º, II, ambos da Lei nº 8.213/91.

II - Não há amparo legal para se prorrogar a manutenção do benefício a filho estudante de curso universitário até os 24 (vinte e quatro) anos de idade. Precedente.

Recurso provido.' (REsp-638.589, Ministro Felix Fischer, DJ de 12.12.05.)

'Recurso especial. Previdenciário. Pensão por morte. Lei nº 8.213/91. Idade limite. 21 anos. Estudante. Curso universitário.

A pensão pela morte do pai será devida até o limite de vinte e um anos de idade, salvo se inválido, não se podendo estender até os 24 anos para os estudantes universitários, pois não há amparo legal para tanto. Recurso provido.' (REsp-639.487, Ministro José Arnaldo, DJ de 1º.2.06.)

'Previdenciário. Recurso especial. Pensão por morte. Filha não-inválida. Cessação do benefício aos 21 anos de idade. Prorrogação até os 24 anos por ser estudante universitária. Impossibilidade.

1. A qualidade de dependente do filho não-inválido extingue-se no momento que completar 21 (vinte e um) anos de idade, nos termos do art. 77, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

2. Não havendo previsão legal para a extensão do pagamento da pensão por morte até os 24 (vinte e quatro) anos, por estar o beneficiário cursando ensino superior, não cabe ao Poder Judiciário legislar positivamente. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido e provido.' (REsp-718.471, Ministra Laurita Vaz, DJ de 1º.2.06.)

No mesmo sentido: REsp-768.174, Ministro Nilson Naves, DJ de 28.3.06; REsp-811.699, Ministro Felix Fischer, DJ de 3.3.06."

Da análise de toda a jurisprudência colecionada, percebe-se claramente que não houve uma única alusão a natureza jurídica do direito à pensão, ou seja, da necessidade do pensionista. Não houve uma única análise sob o ponto de vista constitucional, do direito ao benefício, levando em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, e ao preceituado no artigo 205, da Constituição Federal, mesmo de forma reflexa, pois o controle direto de constitucionalidade pertence ao Supremo Tribunal Federal.

Nesta matéria, o colendo Superior Tribunal de Justiça apenas repetiu um precedente, não analisando com a profundidade costumeira, o caso *sub judice*. Adotou uma posição extremamente positivista, sem se ater a uma interpretação de todo o sistema

jurídico constitucional e legal. No mesmo sentido seguiu a Turma Nacional de Uniformização, em sua Súmula nº 37.

Ora, o órfão, sem pai ou sem mãe, que continua seus estudos superiores, sem respaldo econômico, e sem orientação material ou espiritual dos pais, pois estes já se encontram na eternidade, enfim, sem o ombro paterno ou materno, e sem suporte financeiro, merece a proteção estatal, nos termos do artigo 205, combinado com o artigo 6º, da Constituição Federal, aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao contrário do sustentado pela jurisprudência acima, o Superior Tribunal de Justiça tem legislado sim positivamente, dando uma interpretação de acordo com os ideais de Justiça, no caso de rurículas, por exemplo, quando confere aposentadoria rural, por idade, no caso de fraca prova documental, onde há omissão legislativa.

No caso do estudante universitário, o próprio artigo 1º, da Lei nº 8.213, pode ser aplicado, para deferir o benefício ao estudante universitário, matéria esta não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> "Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente."

Ora, o artigo 1º, da Lei nº 8.213, deve ser interpretado à luz dos artigos 205 e 6º, da Constituição Federal, levando em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana.

Se a Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por morte daqueles de quem dependiam economicamente, somente pelo fato do dependente completar 21 anos, não cessa esta dependência, principalmente no caso do estudante universitário. Ao contrário, é o momento em que ele vai mais precisar, para completar seus estudos, e tornar-se um cidadão mais útil à nação.

Pelo simples fato de completar 21 anos, o mesmo não deixa de ser filho, não deixa de pertencer a uma família necessitada. O fato objetivo de idade, não deve ser causa suficiente para cortar-lhe o benefício.

O Superior Tribunal de Justiça, Corte de vanguarda, não se ateve a este dado.

Na esteira do Superior Tribunal de Justiça, temos ainda a Turma Nacional de Uniformização, dos Juizados Especiais Federais, que sumulou a matéria, com o seguinte enunciado:

> "A pensão por morte, devida ao filho até os 21 anos de idade, não se prorroga pela pendência do curso universitário." Súmula nº 37 da TNU.

Dando uma interpretação condizente à Lei nº 8.213, aliada a todos os princípios já aduzidos, é perfeitamente possível o deferimento da pensão ao universitário, e diria, até completar seu estudo superior, atendido a um critério de razoabilidade.

c) Da doutrina sobre a tese apresentada

Este posicionamento, admitindo a concessão de pensão por morte ao estudante universitário, é também defendido, entre outros doutrinadores, por Carlos André de Castro

Guerra (*in* Castro Guerra, Carlos André – "Pensão por morte a dependente universitário", *in Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região*, nº 78, p. 159-163, jul./ago. de 2006), Deborah Barreto de Souza (Souza, Deborah Barreto - "A prorrogação da pensão por morte para dependentes universitários até a idade de 24 anos", *in Jornal trabalhista Consulex*, v. 27, nº 1342, p. 13-14, set. de 2010) e Jairo Rodrigo Neves de Lima (Neves de Lima, Jairo Rodrigo - "Extensão da pensão por morte até os 24 anos para o beneficiário menor que ostente a condição de estudante universitário", *in Revista IOB: trabalhista e previdenciária*, v. 19, nº 227, p. 163-166, maio de 2008), dentre outros.

Castro Guerra, com fundamento no Direito Constitucional, aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana, fez arguta observação:

> "A menos que seja empregada de forma irrefletida, não mais se legitima a idade de 21 anos como traço revelador de tratamento diferenciado entre o grupo de dependentes que continuou os estudos superiores e o grupo de dependentes que não continuou os estudos superiores.
> Em tais circunstâncias, a interpretação necessita pautar-se de acordo com a força normativa da Constituição, extraída dos fundamentos do estado democrático de direito e dos objetivos fundamentais nacionais, assim como do direito dos dependentes à pensão por morte e à educação superior, traduzida esta não apenas no acesso, mas também na permanência no ensino superior.
> Só assim concretiza-se o livre desenvolvimento da personalidade do dependente, e se promove a dignidade da pessoa humana e se põe termo à perpetuação de iníqua discriminação por idade, com vistas a construir uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 1º, II, III, e art. 3º, I e IV).
> É, portanto, indispensável vincular o direito à proteção social aos objetivos de pleno desenvolvimento das faculdades da pessoa humana, com a garantia de a pensão por morte perdurar até o dependente universitário completar a idade de 24 (vinte e quatro) anos, consentânea e razoável com o que faria o segurado, se não tivesse falecido, e estimam outras legislações a tal respeito". (*op. cit.* p. 163)

Já Déborah Barreto de Souza ponderou que:

> "Ademais, a Lei nº 8.213/91 em seu artigo 16, § 4º, estabelece a dependência econômica como requisito para que alguém receba um benefício da Previdência Social na qualidade de dependente.
> Deste modo, o critério a ser observado não é a idade ou o grau de parentesco e sim a dependência econômica, ou seja a presunção é de que, em se tratando de beneficiário estudante universitário, a cessação do benefício só ocorre no momento em que o dependente concluir o curso superior, mesmo que já tenha completado a maioridade" (*op. cit.* p. 14)"

Na mesma linha de raciocínio foi o trabalho apresentado por Jairo Rodrigo Neves de Lima, acima citado.

d) Uma interpretação constitucional e infraconstitucional para a defesa da tese apresentada.

Conforme lição clássica do Professor Konrad Hesse, "interpretação está vinculada a algo estabelecido. Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma" (Konrad, Hesse - "Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha", tradução da 20ª edição, de Luis Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pág. 69).

E observa: "um princípio da interpretação constitucional é o critério da exatidão funcional. Se a Constituição ordena a respectiva tarefa e a colaboração dos titulares de funções estatais em uma determinada forma, então o órgão interpretador tem de manter-se no quadro das funções a ele atribuídas, ele não deve, pela maneira e pelo resultado de sua interpretação, remover a distribuição das funções" (*op. cit.* pág. 67).

Aplicando-se esta lição aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e da Turma Nacional de Uniformização, a interpretação destes órgãos judiciários faz tábula rasa do princípio esculpido no artigo 205, da Constituição Federal, sob o argumento de falta de previsão legal, infraconstitucional.

Caindo por terra ainda toda a argumentação legalista atual do Superior Tribunal de Justiça e da Turma Nacional de Uniformização, encontramos na Constituição da República argumentos fortes e equilibrados para a concessão do benefício para o estudante universitário, até o mesmo completar a idade de 24 anos.

Observa Mauro Roberto Gomes de Mattos, em relação a pensão do funcionário público, em regime Estatutário:

> "Apesar do artigo 217, II, da Lei nº 8.112/90, estabelecer que a pensão temporária é devida até que o beneficiário(a) atinja a maioridade (21 anos), existe a possibilidade do seu recebimento até que complete a idade de 24 anos, desde que a ela se destine ao custeio dos estudos universitários, em face da aplicação do que vem estabelecido no artigo 205, da CF. (Gomes de Mattos, Mauro Roberto – 'Lei nº 8.112/90 – Interpretada e Comentada', Editora América Jurídica, 2006, RJ, 2ª edição, p. 1255".)

E ainda temos o artigo 197, do Estatuto do Funcionário Público, em relação ao salário família:

> "art. 197 - O salário família é devido ao servidor ativo ou inativo, por dependente econômico.
> Parágrafo único: Considera-se dependentes econômicos para efeito de percepção do salário família:
> I - o cônjuge ou companheiros e os filhos, inclusive os enteados até 21 (vinte e um anos) de idade ou, se estudante, até 24 (vinte a quatro) anos ou, ainda, se inválido, de qualquer idade".

Não há duvida que o salário-família é um benefício de prestação continuada, estando enquadrado no rol do artigo 18, I, letra *f*, da Lei nº 8.213/91.

Por força do artigo 40, § 12, da Constituição Federal (*Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social*),

em critério de interpretação constitucional, visto acima, podemos aplicar o limite de idade do regime Estatutário para o Regime Geral pois o § 12, do artigo 40, da Constituição, é de duas mãos, isto é, o que vale para o Estatutário, também valerá para o Regime Geral, face a equiparação de regimes feita pela Constituição, através da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

e) Conclusão

Concluindo, face a irradiação dos princípios constitucionais, da dignidade da pessoa humana e do acesso à educação e o fundamento de que a pensão é para a efetiva necessidade apresentada, será de inteira Justiça o deferimento da pensão ao universitário, que efetivamente é dependente, para a conclusão de seus estudos.

Será um ganho para a sociedade, de uma forma geral, será um ganho para o indivíduo, que conseguirá estar melhor capacitado para o mercado de trabalho, e uma forma de distribuição de riqueza, para o realmente necessitado, cumprindo a função primordial do benefício pensão por morte.

O Estado estará cumprindo os requisitos normatizados na Constituição Federal, com relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à educação, sendo a previdência social um instrumento integrador desta vontade Constitucional.

f) Bibliografia

1. Derzi, Heloisa Hernandez - "Os beneficiários da pensão por morte", Lex Editora S.A, São Paulo, 2004, p. 206/207;

2. Balera, Wagner - "Noções Preliminares de Direito Previdenciário", Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª edição, 2010, p. 39;

3. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 875.361 - RJ (2006/0178638-9), relator Ministro Nilson Naves;

4. Castro Guerra, Carlos André - "Pensão por morte a dependente universitário", *in Revista do Tribunal Regional Federal 3ª Região*, nº 78, p. 159-163, jul./ago. de 2006;

5. Souza, Deborah Barreto - "A prorrogação da pensão por morte para dependentes universitários até a idade de 24 anos", *in Jornal trabalhista Consulex*, v. 27, nº 1342, p. 13-14, set. de 2010;

6. Neves de Lima, Jairo Rodrigo - "Extensão da pensão por morte até os 24 anos para o beneficiário menor que ostente a condição de estudante universitário", *in Revista IOB: trabalhista e previdenciária*, v. 19, nº 227, p. 163-166, maio de 2008;

7. Konrad, Hesse - "Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha", tradução da 20ª edição, de Luis Afonso Heck, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p. 69;

8. Gomes de Mattos, Mauro Roberto - "Lei nº 8.112/90 – Interpretada e Comentada", Editora América Jurídica, 2006, RJ, 2ª edição, p. 1255.

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0027831-37.2000.4.03.6100
(2000.61.00.027831-3)

Apelante: BANCO CENTRAL DO BRASIL
Apelado: LUIZ VERALDI
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RUBENS CALIXTO
Classe do Processo: AMS 247796
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/05/2011

EMENTA

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. LIBERAÇÃO DE VALORES RETIDOS PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. POSSIBILIDADE.

1. O impetrante busca a liberação de quantia retida pelo Banco Central do Brasil em razão de decretação de liquidação de instituição financeira, ao fundamento de precisa do dinheiro para custear tratamento médico de sua esposa.

2. No caso dos autos a situação fática requer um tratamento diferenciado porquanto a esposa do autor, quando da propositura da presente demanda se encontrava internada para tratamento de carcinoma de endométrio metatástico, estando a doença em estágio bastante avançado.

3. Irrepreensível a douta sentença de primeiro grau, que teve em consideração, sobretudo, o direito à vida, garantido pelo *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

4. Apelação e remessa oficial que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 13 de abril de 2011.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator): Trata-se de ação mandamental onde o impetrante pugna pelo desbloqueio, em caráter de urgência, da quantia de R$ 167.920,93 (cento e sessenta e sete mil, novecentos e vinte reais e noventa e três centavos) que tinha depositado em conta corrente no Banco BMD S/A, que se encontra sob intervenção do Banco Central do Brasil, ao fundamento de que sua esposa é portadora de carcinoma endométrio metastático e passa por tratamento junto ao Hospital Israelita Albert Einstein, pelo que já acumulou uma dívida superior a R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) de despesas médicas que não tem como arcar porquanto é aposentado, assim com sua esposa, sendo certo que a renda do casal não chega a R$ 2.000,00 (dois mil reais) por mês.

A r. sentença de fls. 189/196 julgou procedente o pedido e concedeu a ordem para determinar à autoridade impetrada que proceda à liberação dos valores constantes em depósito em nome de Luiz Veraldi no banco BMD S/A, ao fundamento de que sendo o direito à vida o primeiro e principal dos direitos fundamentais, é ele que deve prevalecer.

Apelou o Banco Central do Brasil (fls. 205/219), alegando, em sede de preliminar a incompetência da Justiça Federal para o processamento da presente ação mandamental e a decadência do direito pleiteado porquanto a ação teria sido proposta muito tempo depois de transcorridos 120 dias da decretação de liquidação do Banco BMD S/A. No mérito, defende, em síntese, que não ocorreu, na hipótese, abuso ou ato ilegal que pudesse justificar a concessão da segurança, uma vez que agiu dentro dos contornos estabelecidos pela Lei nº 6.024/74, pois uma vez verificada a ocorrência dos pressupostos contidos no artigo 15 da citada norma, decretou a liquidação extrajudicial da instituição financeira.

Houve contrarrazões (fls. 221/231).

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença (fls. 241/246).

É o Relatório.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO (Relator): O impetrante busca a liberação de quantia retida pelo Banco Central do Brasil em razão de decretação de liquidação de instituição financeira, ao fundamento de precisa do dinheiro para custear tratamento médico de sua esposa. Inicialmente é de ser afastada a preliminar de incompetência aviventada pelo Banco Central.

Com efeito, a presente ação mandamental foi proposta em face do Delegado Regional do Banco Central do Brasil em São Paulo, e em sendo o Banco Central do Brasil uma autarquia federal presentes os pressupostos do artigo 109, I da Constituição Federal a autorizar o processamento e julgamento do *mandamus* na Justiça Federal.

Também não procede a alegação de decadência, porquanto como bem observou o Juízo de Primeira Instância, o impetrante objetiva a liberação de dinheiro retido em razão da decretação de liquidação do Banco BMD S/A, donde que o dinheiro continua retido, a caracterizar ato continuado passível de correção por meio da presente ação.

No mérito, a apelação não comporta acolhimento.

Com efeito, em outro caso onde se pretendia a liberação de quantia depositada no BMD S/A, julguei nos seguintes termos:

> "APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. LIBERAÇÃO DE VALORES DEPOSITADOS. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. (...)
> 2. (...)
> 3. A liberação dos valores depositados por correntistas em instituição bancária sob liquidação extrajudicial só é viável após ultimados os procedimentos previstos nos arts. 15 a 35 da lei nº 6.024/74. Entendimento jurisprudencial.
> 4. Apelação parcialmente provida."
> (AMS 223710 - Processo nº 19996100053246-8)

No caso dos autos, no entanto, a situação fática requer um tratamento diferenciado porquanto a esposa do autor, quando da propositura da presente demanda se encontrava internada para tratamento de carcinoma de endométrio metatástico, estando a doença em estágio bastante avançado, conforme se depreende da leitura dos documentos que instruem a inicial (fls. 18/21 e 28/74).

Nesta senda, irrepreensível a douta sentença de primeiro grau, que teve em consideração, sobretudo, o direito à vida, garantido pelo *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

A liberação do montante retido se mostrou premente e necessária para o pagamento das despesas médicas da esposa do impetrante, uma vez que restou comprovado que o mesmo não tinha como custear tal tratamento sem a liberação do montante requerido.

Assim sendo, restou devidamente demonstrada a existência de direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante, pelo que nenhum reparo merece a sentença de Primeiro Grau.

Isto posto, meu voto *nego provimento* à apelação e à remessa oficial.

É o voto.

Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0040765-27.2000.4.03.6100
(2000.61.00.040765-4)

Apelante: BOREAL SOTO CASTRO
Apelados: SECO TOOLS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. E INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: AC 1078751
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/05/2011

EMENTA

PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PATENTE. MODELO DE UTILIDADE. EMPREGADO. CONTEXTO DA ATIVIDADE INVENTIVA. PROPRIEDADE COMUM. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

I - A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.

II - A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário.

III - Provas constantes dos autos que convergem no sentido de que a atividade inventiva não fazia parte das atribuições do empregado e decorreu da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, o que permite concluir que a propriedade é comum.

IV - 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 ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de abril de 2011.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto por *Boreal Soto Castro* em face de sentença proferida pelo Juízo Federal da 6ª Vara Cível da Subseção Judiciária de São Paulo - SP que, nos autos de ação anulatória cumulada com pedido de adjudicação de patente de modelo de

utilidade proposta contra Seco Tools Indústria e Comércio Ltda. e Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, julgou o pedido improcedente, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados no montante de R$ 300,00 (trezentos reais), observado o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/50 (fls. 307/309).

Em suas razões, a parte apelante pugna pela reforma da sentença e a conseqüente procedência do pedido pelos seguintes motivos: *a)* que a patente concedida pelo INPI à sociedade empresária apelada é nula de pleno direito, posto que o modelo de utilidade da "Disposição Construtiva Aplicada a Cabeçote de Fresar - UM 7502818-2" é fruto exclusivamente do seu trabalho, não tendo havido qualquer fornecimento de recursos por parte da empregadora; *b)* que a prova testemunhal demonstra ser sua a autoria do projeto e que a autorização/cessão para o pedido de patente é falsa, nulidade esta prevista no artigo 147, inciso II, do Código Civil de 1916, uma vez que o pedido foi subscrito pelo Sr. Sérgio Carneiro e que este afirmara expressamente ter sido coagido a assinar o referido termo, motivo pelo qual deve ser-lhe assegurado o direito de obter a propriedade da patente, tal como disposto no artigo 6º da Lei nº 9.279/96; *c)* que deve ser determinada a adjudicação da patente, pois o contrato de trabalho existente entre as partes litigantes não contemplava a atividade inventiva ou modificativa, sequer havendo cláusula contratual atribuindo a propriedade do modelo de utilidade à Seco Tools Indústria e Comércio Ltda., posto que os trabalhos foram realizados em sua residência; *d)* que foi contratado para exercer o cargo de assistente técnico, em 20 de maio de 1991, tendo como principais atribuições analisar processos, projetos, condições de trabalho e ferramentas usadas para detectar falhas e indicar alterações ou ajustes, não para criar e/ou modificar qualquer modelo de utilidade, o que afasta a aplicação do disposto no artigo 88 da Lei nº 9.279/96, sendo que a sentença fez uma interpretação extensiva do contrato de trabalho para afastar a regra prevista no artigo 90 da Lei nº 9.279/96; *e)* que não há provas no sentido de que o autor tivesse recebido qualquer valor adicional que de alguma forma compensasse o trabalho consistente na modificação do modelo de utilidade, sendo que a sua designação para coordenador do Departamento de Projetos da apelada ocorreu somente em 01.04.1997, proporcionando um aumento salarial de apenas 10% (fls. 323/334). Pede, subsidiariamente, que seja reconhecida a propriedade comum sobre o modelo de utilidade (artigo 91 da Lei nº 9.279/96).

Foram ofertadas contrarrazões às fls. 346/354 e 361/366, sendo que a sociedade empresária pugnou pelo desprovimento do apelo e a autarquia pelo seu parcial provimento, reconhecendo o apelante como inventor do modelo de utilidade e, em relação à sua propriedade/titularidade, confia na Justiça dessa E. Corte, cabendo à autarquia cumprir o que for decidido.

É o breve relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Em sua petição inicial o autor aduz que era empregado da sociedade empresária apelada, tendo trabalhado no período de 1991 a 1998, sendo que até 1997 exercia a função de assistente técnico e depois passou a ser coordenador do Departamento de Projetos.

Assevera ainda que, no final de 1994, a Ré foi procurada pela multinacional Scania

Latin América Ltda. com o intuito de desenvolver um projeto de criação de uma ferramenta de usinagem, mais precisamente um "cabeçote de fresar com pastilhas intercambiáveis" e que após várias tentativas frustradas de desenvolver o projeto, a Ré teria lhe solicitado a resolução do problema, em uma última tentativa de atender ao pedido formulado pela Scania.

Prossegue dizendo que passou a estudar uma solução para o desenvolvimento da ferramenta, mesmo não sendo esta a função para a qual fora contratado e que, após vários dias de estudo em sua residência, fora, portanto, do local e horário de trabalho, conseguiu concluir o projeto, o que objetivou os primeiros desenhos da peça em 1994, feitos em papel vegetal com o timbre da ré, constando o seu nome como desenhista e o carimbo da ré dizendo tratar-se de "Material Sigiloso", bem como o nome do cliente que fez o pedido de projeto, qual seja, a Scania.

Aduz que após a realização de testes pela ré, no sentido de apurar a viabilidade comercial em escala industrial, sobreveio pedido no sentido de que assinasse um Termo de Autorização e Cessão para pedido de Patente, o qual se recusou a assinar, alegando ser injusto transferir a titularidade de sua criação sem antes discutir uma compensação pecuniária. Diante da recusa, o Sr. Douglas Sidnei Borghi, então supervisor de treinamento de promoção da ré, disse que não haveria qualquer problema decorrente da recusa, pois o termo poderia ser assinado por qualquer outra pessoa.

Douglas teria solicitado que Sérgio Carneiro, gerente do autor e também funcionário da ré, assinasse o referido termo como sendo ele o inventor do modelo de utilidade, sendo ameaçados com a possibilidade de imediata rescisão dos contratos de trabalho, motivo pelo qual ficaram em silêncio, pois são humildes e dependiam do trabalho para o sustento.

Em sua contestação a ré aduziu que o autor sempre trabalhou com projetos e que esse tipo de projeto já estava sendo desenvolvido para outros clientes. Disse que o autor não criava nada, mas como funcionário apenas projetava novas disposições construtivas em ferramentas, atribuições decorrentes de seu cargo, tanto que posteriormente foi promovido ao cargo de coordenador de projetos. Afirmou que Douglas fazia parte de outro Departamento, que nenhuma pessoa fora obrigada a assinar qualquer termo e que, curiosamente, os documentos anexados pelo autor são provenientes de ex-funcionários que pediram demissão. Juntou *curriculum vitae* do autor, proposta de emprego e ficha de atribuições do cargo, dentre outros documentos.

Não houve conciliação entre as partes, sendo que o autor prestou depoimento pessoal às fls. 215/216 e foram ouvidas as testemunhas Sérgio Carneiro e Douglas Sidnei Borghi (fls. 217/220).

Feito um breve relato dos autos, cumpre transcrever, por oportuno, os artigos previstos no Capítulo XIV da Lei nº 9.279/96, que tratam da invenção e do modelo de utilidade realizado por empregado ou prestador de serviço e que regem a matéria:

> "*Art. 88.* A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.
> § 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.

§ 2º Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício.

Art. 89. O empregador, titular da patente, poderá conceder ao empregado, autor de invento ou aperfeiçoamento, participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente, mediante negociação com o interessado ou conforme disposto em norma da empresa.

Parágrafo único. A participação referida neste artigo não se incorpora, a qualquer título, ao salário do empregado.

Art. 90. Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.

Art. 91. A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário.

§ 1º Sendo mais de um empregado, a parte que lhes couber será dividida igualmente entre todos, salvo ajuste em contrário.

§ 2º É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado a justa remuneração.

§ 3º A exploração do objeto da patente, na falta de acordo, deverá ser iniciada pelo empregador dentro do prazo de 1 (um) ano, contado da data de sua concessão, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado a titularidade da patente, ressalvadas as hipóteses de falta de exploração por razões legítimas.

§ 4º No caso de cessão, qualquer dos co-titulares, em igualdade de condições, poderá exercer o direito de preferência.

Art. 92. O disposto nos artigos anteriores aplica-se, no que couber, às relações entre o trabalhador autônomo ou o estagiário e a empresa contratante e entre empresas contratantes e contratadas.

Art. 93. Aplica-se o disposto neste Capítulo, no que couber, às entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, federal, estadual ou municipal.

Parágrafo único. Na hipótese do art. 88, será assegurada ao inventor, na forma e condições previstas no estatuto ou regimento interno da entidade a que se refere este artigo, premiação de parcela no valor das vantagens auferidas com o pedido ou com a patente, a título de incentivo."

Anoto, de início, que entendo não ser o caso de anulação da patente, bastando verificar a sua real titularidade e, se for o caso, determinar a retificação do registro.

No tocante ao mérito, penso que a hipótese versada nos presentes autos se amolda ao disposto no artigo 91 da Lei nº 9.279/96, uma vez que a atividade inventiva exercida pelo autor/apelante estava desvinculada do contrato de trabalho e os recursos foram oferecidos pela ré, ora apelada.

Com efeito, o autor fora contratado para exercer as funções de assistente técnico, cabendo-lhe, dentre outras atribuições, a análise de processos, projetos, condições de trabalho e ferramentas usadas para detectar falhas e indicar alterações ou ajustes (fl. 133).

Tanto é verdade que a elaboração de projetos não estava compreendida nas suas atividades que o êxito do projeto que envolve a presente lide levou à criação do cargo de coordenador de projeto, que foi ocupado pelo autor da presente demanda.

Os desenhos de fls. 33/36 e 139/140 (projetos) foram elaborados pelo autor, o que não comporta maiores questionamentos, uma vez que o seu nome consta em todas as etapas de evolução do projeto, não havendo dúvidas quanto à titularidade da atividade inventiva.

Por outro lado, a prova testemunhal (fls. 215/218), no sentido de que os custos do projeto foram arcados pela ré, demonstra que a atividade inventiva foi exercida mediante a utilização de recursos da empregadora.

A propósito, o projeto foi desenvolvido em papel em que consta o timbre da sociedade empresária e a anotação de que se tratava de material sigiloso, sendo desenvolvido na empresa de ferramentas Precisa e os custos foram suportados pela Seco Tools Indústria e Comércio Ltda., de modo que o reconhecimento da propriedade comum é a solução que reputo mais adequada à presente demanda.

Diante do exposto, *dou parcial provimento* ao recurso para julgar o pedido parcialmente procedente, reconhecendo a propriedade comum da patente de invenção de modelo de utilidade MU 7502818-2.

As partes arcarão com os honorários de seus advogados, uma vez que restou configurada a sucumbência recíproca, nos termos do disposto no *caput* do artigo 21 do Código de Processo Civil.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO-VISTA

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO: Cuida-se de apelação interposta por Boreal Soto Castro, contra a r. sentença prolatada às fls. 307/309, em ação ordinária na qual se busca nulidade cumulada com pedido de adjudicação de Patente de Modelo de Utilidade de “Disposição Construtiva Aplicada a Cabeçote de Fresar” MU 75028-18-2, com data de depósito de 15/12/1995, em nome de Seco Tools Ind. e Com. Ltda. (BR/SP), proposta frente o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI e Seco Tools Ind. e Com. Ltda.

A r. sentença recorrida julgou improcedente o pedido nos termos do disposto nos artigos 88 a 93 da Lei nº 9.279, de 14.05.1996.

Em seu voto, o ilustre Desembargador Federal Relator Cotrim Guimarães, deu parcial provimento à apelação, julgando o pedido parcialmente procedente, reconhecendo a propriedade comum da patente de invenção de modelo de utilidade MU 7502818-2.

Pedi vista para melhor impressão da questão posta.

Segundo informações dos autos (fl. 3) o autor apelante, Boreal, trabalhou para a empresa Seco Tools, cuja atividade industrial se destina, entre outras, desenvolver, fabricar e vender metal duro, componentes, produtos e equipamentos correlatos ao metal duro (fl. 100/101), na função de assistente técnico, de 20/05/1991 a 01/12/1998 quando, a partir de então passou para a função de “coordenador de projeto” (segundo registro na carteira em 01/04/1997, fl. 31).

Em final de 1994 a empresa apelada foi procurada pela empresa Scania Latim

América Ltda. com vistas ao desenvolvimento de projeto de criação de uma ferramenta de usinagem (cabeçote de fresar com pastilhas intercambiáveis).

Mesmo não sendo sua função, Boreal concluiu o projeto, com os primeiros desenhos da peça, em 11/12/1994 (docs. 21 a 24, fls. 33/36), que segundo ele foi desenvolvido em sua residência, fora do horário de trabalho (fl. 10) sem a utilização de qualquer tipo de recurso, meio, dado, material, instalação ou equipamento pertencente ao empregador, sendo único e exclusivo detentor do direito de registro da patente em questão, conforme o disposto no art. 90 da Lei nº 9.279/96.

Após sua realização, pelo Sr. Boreal, a empresa Seco enviou o projeto e todo material necessário para seu departamento de engenharia de produção para a realização dos testes necessários, quando então, observada a viabilidade de comercialização e análise do valor envolvido, requereu, através do supervisor de treinamento e promoção, Sr. Douglas Sidnei Borgh, que o autor do projeto assinasse um termo de autorização de cessão para pedido de patente (fl. 4, fls. 37/38), o qual se recusou a assinar.

Douglas solicitou ao Sr. Sergio Carneiro, gerente do autor Boreal, que assinasse o termo (doc. 25 e 26), simulando ser ele o inventor.

O Sr. Sergio declarou (fl. 40) que o doc. de autorização/cessão para Pedido de Patente, depositado no INPI em 15/12/1995 (fl. 39), não foi assinado pelo verdadeiro inventor do modelo de utilidade de "Disposição Construtiva Aplicada a Cabeçote para Fresar", Sr. Boreal, tendo sido pressionado pelo Sr. Douglas a assinar.

Com o objetivo de construção do projeto, montagem e *try-out* (testes preliminares de ferramentas), o Sr. Bengt Bringelsson, Sergio Carnerio e Julio da Cruz Roque (Diretor Presidente da empresa Seco) (fl. 115/122) foram à Curitiba, na empresa Ferramentas Precisa, que continha as condições para execução do projeto e fabricá-lo, fato este que não era possível na empresa Seco, retornando esta com sucesso, para São Paulo, com as ferramentas.

Com razão o eminente relator. Das provas contidas nos autos verifico que o apelante, Sr. Boreal, até 01/04/1997, não mantinha qualquer vínculo com a atividade inventiva e/ou modificativa, mas, de acordo com as atribuições do cargo às fls. 133/138, do contrato de trabalho (fls. 131/132) e a carteira da trabalho (fl. 20 e 31), apenas função de assistência técnica, passando a elaborar projetos, na atribuição do cargo, em 01/02/1998 - fl. 141/142.

Ressalte-se que, independentemente do conteúdo do *curriculum* do autor, a função para a qual foi contratado e exercia, no período de 1991 a 1997, não era de pesquisa, projeto, modificação ou aperfeiçoamento de produtos, mas desvinculação, do projeto realizado, ao contrato de trabalho, restando verificar a existência ou não da concorrência de meios e recursos da empresa ré.

Para efetivação do projeto foi contratada a empresa PRECISA, que produziu a ferramenta, cujos custos foram pagos pela empresa Seco e depois vendida à empresa Scania (fl. 217).

A criação industrial em debate não pertence exclusivamente ao empregador apelado, conforme expresso no artigo 88 da Lei nº 9.279/96, uma vez que não decorreu de contrato de trabalho executado com o objetivo de desenvolver pesquisa ou produzir a inovação técnica, assim como, ainda que o projeto em si tenha sido realizado fora do ambiente de trabalho (na casa do empregado apelante), não pertence exclusivamente ao empregado, conforme previsto no artigo 90 da Lei citada, uma vez que, apesar de não

ter utilizado instalações, recursos, equipamentos, dados ou materiais do empregador, utilizou meios (departamento de engenharia para teste) e valendo-se de facilidades que a própria empresa dispunha, o que caracteriza a modalidade de invenção nos termos previstos no artigo 91, *caput*, da lei nº 9.279/96, ou seja a propriedade comum da patente entre empregador e empregado, com atribuição de exploração exclusiva do empregador mediante "justa remuneração" do empregado, que deve ser fixada.

Com o objetivo de distinguir a invenção prevista no art. 90 da Lei nº 9.279/96, em que a propriedade da criação industrial é atribuída exclusivamente ao empregado, da invenção prevista no art. 91 da Lei citada, em que a propriedade da criação industrial é atribuída ao empregador e ao empregado, cabe qualificar os "eventuais recursos ou dados utilizados pelo empregado como sendo exclusivos do empregador", não sendo "qualquer recurso ou dado da empresa, eventualmente disponibilizado ao empregado, que caracteriza uma invenção, que a princípio seria livre, como sendo mista". A utilização, por exemplo, de dados de conhecimento geral, ou banais, não se presta a tal finalidade, já que não integram o *know-how* específico da empresa, nem tão pouco seu "patrimônio técnico" (Mansur, Julio Emilio Abranches, *A Retribuição Econômica Devida aos Empregados pela Exploração Mista*, Cadernos Temáticos Propriedade Industrial - Encarte da Revista da EMARF, TRF 2ª Região, 2ª Ed. , fevereiro de 2007).

A justa remuneração devida ao criador do invento exige a apuração de todos os aspectos que envolvem a criação e a exploração do invento, assegurando a retribuição eqüitativa ao empregado inventor.

Verifica-se a participação do empregador no surgimento do invento, pelo grau de participação da sua estrutura técnica (recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos) disponibilizada para tanto, assim como a divisão proporcional do proveito econômico.

Por fim, dou parcial provimento ao apelo, entendendo ser aplicável à espécie o disposto no art. 91 da Lei nº 9279/96, reformando a sentença recorrida.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO

APELAÇÃO CÍVEL
0000019-49.2002.4.03.6100
(2002.61.00.000019-8)

Apelante: RENO DISTRIBUIDORA LTDA.
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: AC 1194761
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/06/2011

EMENTA

ADMINISTRATIVO. IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. FUNDADAS SUSPEITAS DE IRREGULARIDADES. IN-SRF 52/2001. INEXISTÊNCIA DE FATO DA EMPRESA IMPORTADORA. SÓCIOS "LARANJAS". PENA DE PERDIMENTO. MERCADORIA COM ELEVADA CONCENTRAÇÃO DE CHUMBO. IMPORTAÇÃO PROIBIDA. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 23/96. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INVIABILIDADE.

1. Pretende-se a liberação mercadorias apreendidas pela Receita Federal após a constatação de possíveis irregularidades. Suspeita de inexistência de fato e de as sócias serem "laranjas".

2. Lavrado o auto de infração e instaurado procedimento administrativo fiscal, verificou-se tratar de empresa inexistente de fato, cujas sócias adquirentes são interpostas pessoas. Hipóteses previstas no art. 25 da IN-SRF nº 52/2001. Aplicação da pena de perdimento das mercadorias. Cabimento.

3. Restringem-se as alegações da apelante ao fato de estar regularmente inscrita a empresa no CNPJ e na JUCESP, obtendo licenças para importar mercadorias. A recorrente não junta aos autos qualquer elemento apto a corroborar suas assertivas ou a contrastar o farto e consistente acervo probatório coligido pela Receita Federal.

4. Ademais, ficou apurado no curso da demanda tratar-se de "lixo tóxico" a mercadoria importada, em virtude da elevada concentração de chumbo, cuja importação é vedada, a teor da Resolução CONAMA nº 23/96.

5. Mantida integralmente a sentença de primeiro grau, que julgou improcedente o pedido deduzido pela autora, ora apelante, não se há falar em sucumbência recíproca.

6. 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, 26 de maio de 2011.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Cuida-se se ação de conhecimento processada sob o rito comum ordinário em que se objetiva o reconhecimento de nulidade do auto de infração nº 0817800/04207/01 e do procedimento fiscal, afastando-se a pena de perdimento decorrente da alegada inexistência de fato da empresa importadora, liberando-se, a final, a mercadoria apreendida.

Inicial instruída com os documentos de fls. 16/72.

A demanda foi precedida de medida cautelar, na qual a autora obteve medida liminar para suspender a realização de leilão da mercadoria apreendida.

A sentença julgou improcedente o pedido, condenando a autora no pagamento das custas e dos honorários advocatícios, arbitrados em 5% sobre o valor da causa, bem como dos honorários periciais.

Em apelação, a autora requereu a reforma da sentença. Aduz militar a seu favor o acervo probatório, o qual demonstraria a existência lícita da empresa, bem como comprovaria sua situação regular e ativa. Salienta a nulidade do auto de infração, sobretudo em virtude de o laudo pericial descaracterizar a classificação tarifária que embasara a autuação. Requer ainda o reconhecimento de sucumbência recíproca (fls. 451/455).

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.

Às fls. 474/488 juntou-se cópia da decisão proferida na Ação Cautelar nº 2001.61.00.030740-8, julgando improcedente o pleito deduzido e revogando a liminar anteriormente deferida.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): A controvérsia posta a deslinde no caso vertente cinge-se à aplicação da pena de perdimento, imposta à autora por tratar-se de empresa inexistente de fato, e consequente liberação de mercadorias estrangeiras apreendidas.

Pretende a recorrente obter declaração de nulidade do auto de infração e do procedimento fiscal que resultou na cominação da referida sanção aos produtos estrangeiros relacionados na Declaração de Importação nº 01/0710926-8.

Entretanto, não obstante a irresignação da apelante, impõe-se a manutenção da sentença *a quo*, porquanto não apresentados quaisquer elementos aptos a contrastarem as informações coligidas pela Receita Federal e, por conseguinte, a afastarem a pena de perdimento, mas tão somente alegações genéricas e despidas de plausibilidade, cujo fundamento assenta-se, quase que unicamente, no fato de ostentar a empresa registro e inscrição em órgãos oficiais, bem como na circunstância de obter licenças para realizar operações de importação.

Extrai-se dos autos haver a autoridade fiscal, após o desembaraço da mercadoria, selecionado a operação de importação da apelante, em razão de "fundada suspeita de irregularidade", para aos procedimentos especiais de controle, a fim de verificar a conformidade "tanto da mercadoria importada, quanto da empresa importadora ou de terceiros envolvidos na operação comercial" (fl. 34).

Tais suspeitas decorreriam da desproporção verificada entre o capital social da pessoa jurídica e o elevado valor das operações comerciais realizadas, bem como da suposta inaptidão patrimonial das sócias da sociedade para figurarem como titulares da importadora, tudo a sugerir a inexistência de fato da empresa e a ocorrência de vícios em sua constituição societária.

Assim, a Inspetoria da Receita realizou diligências para apurar a possível caracterização de uma das hipóteses descritas no art. 25 da IN-SRF nº 02/2001, *in verbis*:

> "Art. 25. Será considerada inexistente de fato a pessoa jurídica:
> I - que não dispõe de patrimônio e capacidade operacional necessários à realização de seu objeto;
> II - que não for localizada no endereço informado à SRF, quando seus titulares também não o forem;
> III - que tenha cedido seu nome, inclusive mediante a disponibilização de documentos próprios, para a realização de operações de terceiros, com vistas ao acobertamento de seus reais beneficiários.
> IV - cujas atividades regulares se encontrem paralisadas, salvo quando enquadrada nas situações a que se referem as alíneas 'a' e 'b' do inciso III do art.16.
> Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, o procedimento administrativo de declaração de inaptidão será iniciado por representação, formulada por AFRF, consubstanciado com elementos que evidenciem qualquer das situações referidas neste artigo."

E, a teor das informações consignadas no auto de infração colacionado aos autos, principalmente as transcrições do procedimento administrativo instaurado para declaração de inaptidão da pessoa jurídica recorrente, verifica-se a verossimilhança da suspeita levantada pelas autoridades fiscais, que apuraram irregularidades bastantes e suficientes para embasar o enquadramento do caso às descrições do dispositivo supra citado, redundando na conclusão de inexistir de fato a empresa autora.

Depois de consultarem ao banco de dados dos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal, constataram os agentes fazendários que as sócias indicadas no contrato social da empresa Reno Distribuidora de Produtos Químicos Ltda. não apresentavam condições de serem proprietárias da referida importadora, sobretudo diante do vultoso valor das transações comerciais efetivadas pela sociedade, que "promoveu importações no montante de US$ 2.650.000,00 (dois milhões e seiscentos e cinquenta mil dólares americanos)" (fl. 34).

Verificaram os auditores que na data de 24.08.2000, pouco mais de cinco meses após a constituição da sociedade - ocorrida em 19.03.2000 - com capital social no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), os sócios fundadores Bilal Mohamad Habboub e Ziad Halim El Khoury retiraram-se do quadro societário, mediante transferência de suas cotas para Anne Karine Azevedo Oliveira e Maria do Socorro Ferreira da Silva.

Logo em seguida, o capital social da pessoa jurídica sofreu significativo acréscimo, atingindo a cifra de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), para o que contribuíram cada uma das adquirentes com R$ 90.000,00 (noventa mil reais). A esse respeito, destacaram as autoridades carecer a operação de qualquer "comprovação de patrimônio que lhe desse suporte financeiro" (fl. 35).

Diante dessas informações, foram realizadas investigações nos endereços das sócias da empresa informados à Delegacia da Receita Federal de Campina Grande/Paraíba, objetivando "constatar a localização das mesmas no endereço informado à SRF, bem como confirmar a participação efetiva das sócias nos negócios da mencionada empresa, ou verificar se, pelas condições das moradias ou local de trabalho das mesmas, havia indícios de que estejam cedendo o nome com vista a acobertar os reais beneficiários", oportunidade em que encontradas fartas e concretas evidências no sentido de tratarem-se as adquirentes da importadora de interpostas pessoas, vulgarmente denominadas "laranjas".

Consigna o auto de infração, amparado nos Termos de Declarações de fls. 41/46, que, antes de assumir a empresa, Maria do Socorro Ferreira da Silva atuava como comerciante autônoma no ramo de confecções, atividade que lhe rendia R$ 800,00 (oitocentos reais) mensais. No ano de aquisição da firma, informara à Receita rendimentos no valor de R$ 6.300,00 (seis mil e trezentos reais). Além disso, o imóvel em que reside, pertencente a conjunto popular, fora adquirido por meio de financiamento da CEHAP - Companhia Estadual de Habitação Popular. Por fim, relata Maria do Socorro "que sua primeira ida à São Paulo SP se deu em Agosto/2000 com o propósito único de adquirir cotas de participação societária na Empresa Reno Distribuidora de Produtos Químicos" (fl. 41).

A sócia Anne Karine Azevedo de Oliveira informou exercer anteriormente a mesma profissão de sua sócia - comerciante autônoma no ramo de confecções -, tendo declarado à Receita Federal no ano 2000 rendimentos de R$ 9.648,00 (nove mil seiscentos e quarenta e oito reais). Sua residência, conforme atestam os agentes fiscais, "trata-se de uma pequena casa, localizada às margens de uma linha férrea, em uma área de baixa valorização imobiliária, não há calçamento, num local onde há moradias de baixo padrão construtivo" (fl. 37).

No tocante ao numerário utilizado para incrementar o capital da sociedade - R$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) -, ambas as sócias aduziram haver obtido o montante mediante empréstimo junto a instituições bancárias.

Por fim, tanto Maria do Socorro quanto Anne Karine, adquirentes da importadora cujo volume de negócios, em pouco mais de 1 (um) ano, superou R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), declararam não possuir sequer uma conta corrente em nome próprio, recebendo os frutos da empresa em moeda corrente, situação no mínimo inusitada, considerando-se a posição de sócias de pessoa jurídica importadora de produtos químicos e, repita-se, com expressivo fluxo de capital.

Assim, diante deste quadro repleto de inconsistências e desprovido de quaisquer elementos probatórios idôneos e aptos a sustentarem as alegações das recorrentes, irretocável a conclusão firmada pela autoridade fiscal ao considerar a "empresa autuada como inexistente de fato", bem como ao destacar "que as sócias são efetivamente 'laranjas'" (fl. 38).

Com efeito, salta aos olhos a absoluta falta de condições das sócias para comprar e dirigir a empresa em testilha, pois, conforme declarações das próprias adquirentes, auferiam renda média de R$ 800,00 (oitocentos reais) mensais como comerciantes autônomas, residindo em habitações simples e de pequeno valor, características incompatíveis com as complexas e custosas transações internacionais de importação de resíduos químicos.

Nessa linha, colaciono elucidativo excerto da sentença proferida pela magistrada sentenciante:

> "Sem dúvida, não demonstrando a autora suporte econômico das sócias para participação na sociedade e realização da importação tratada, evidenciada está a ocultação do sujeito passivo - do real vendedor, comprador ou responsável pela operação -, mediante fraude ou simulação. Os fatos ferem o bom senso.
> A autora não trouxe qualquer elemento probatório contrário à ação fiscal ensejadora da apreensão e da aplicação da pena de perdimento às mercadorias importadas, ou seja, não comprovou *que suas sócias dispõem de capacidade econômica* nem que a sociedade possui suporte econômico para a realização de transações da magnitude apontada."
> (fl. 442 - destaque no original)

A impugnação ora examinada restringe-se a apontar o fato de a empresa obter licenças para efetuar operações de importação e estar regularmente cadastrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP - e credenciada na 8ª Região Fiscal, bem como a circunstância de sua inscrição no CNPJ encontrar-se válida e ativa.

Essas alegações mencionadas não se prestam a infirmar a decisão administrativa que aplicou a pena de perdimento dos produtos estrangeiros e decidiu pela inexistência de fato da importadora, tampouco a decisão judicial cuja reforma se pleiteia na presente via.

A toda evidência, diversamente do aduzido pela apelante, a "a mera demonstração, com base em documentos oficiais que a empresa está regularmente ativa" é insuficiente para desconstituir o sólido e consistente acervo probatório carreado aos autos pelas autoridades aduaneiras.

A esse respeito, oportuna a transcrição de outro trecho da decisão *a quo*:

> "Dessa forma, considerando que os documentos juntados (cadastro na JUCESP, no CNPJ e certidão negativa de débito fiscal) não afastam as constatações apontadas pela ré, bem como a força da presunção de legalidade dos atos administrativos, mostram-se corretas as providências levadas a efeito pela ré.
> As atitudes das sócias e as atividades desenvolvidas são bastante suspeitas, não se podendo considerar regularmente constituída empresa que, conforme tudo indica, além de ser inexistente de fato, tem seus atos constitutivos viciados ideologicamente.
> Considerando terem os fatos verificados o condão de comprometer a idoneidade dos documentos para os efeitos almejados, somente prova inequívoca em sentido contrário poderia elidir as suspeitas narradas pelo Fisco. Contudo, a autora não se desincumbiu, satisfatoriamente, do encargo de provar o fato constitutivo de seu direito."
> (fls. 443/444)

Ademais, ainda que a apelante lograsse êxito em repelir os argumentos aventados pela Receita Federal no curso do procedimento administrativo e da ação judicial, a manutenção da pena de perdimento da mercadoria é medida de rigor, pois, de acordo com a informação trazida pela União às fls. 351/352, corroborada pelos documentos de fls.

353/388, "a mercadoria que se pretende liberar *é de importação proibida pela Lei nº 6.938/81, por se tratar de lixo tóxico com alta concentração de chumbo, segundo análise realizada pela CETESB, e assim classificado pela Resolução CONAMA nº 23, de 12/12/96*, fato que levou autoridades e órgãos governamentais a opinar sobre o assunto e realizar medidas preventivas para impedir que materiais dessa natureza sejam introduzidos no país" (fls. 351/352 - destaque no original).

Em idêntico sentido manifesta-se o perito judicial em seu laudo apresentado às fls. 390/391, no qual assim descreve a composição da mercadoria importada:

> "Trata-se de Material em pó, residual composto, sendo constituído de Chumbo, Zinco, Cobre, (...).
> (...) tal composição possui CHUMBO quantificado também nesta peritagem, elemento perigoso em relação a sua concentração 1,30%.
> (...) *que é impedida a importação de materiais para quaisquer fins em que possuam diversos tipos de substâncias nocivas, incluindo este resíduo composto devido a possuir chumbo - metal pesado em alta concentração*." (grifei)

Irrelevante, nesse contexto, a controvérsia acerca da correta classificação tarifária da mercadoria importada.

Dessarte, rejeitadas todas as alegações da recorrente e mantido, em sua integralidade, o provimento jurisdicional contestado, o qual julgou improcedente o pedido deduzido pela autora, descabe cogitar-se de sucumbência recíproca. À apelante, por conseguinte, incumbe arcar com as custas processuais, bem como com o pagamento de honorários advocatícios e periciais, nos moldes em que arbitrados na primeira instância.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0012081-53.2004.4.03.6100
(2004.61.00.012081-4)

Apelantes: LUCIMARA DE ALMEIDA, MARIA JOSÉ DA COSTA VIANA E OUTROS
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO JOÃO CONSOLIM
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Classe do Processo: AC 1127177
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/04/2011

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO AFASTADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. EMPRESA EXPLORADORA DE ATIVIDADE DO JOGO DE BINGO. DETERMINAÇÃO DE FECHAMENTO. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES. DEMISSÕES. RESSARCIMENTO PELAS VERBAS PAGAS AOS TRABALHADORES. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR.

1. Afastada a incidência do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, porque dispõe a atual Carta Política no seu art. 22, “caput”, e inc. XX, que compete privativamente à União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios.

2. A União não é parte legítima para figurar na demanda, pois inexiste qualquer fundamento jurídico a embasar a sua responsabilidade direta para a hipótese dos autos, a respeito das verbas decorrentes da rescisão do contrato de trabalho com o empregador dos apelantes.

3. Apelação da parte autora não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de março de 2011.

Juiz Federal Convocado JOÃO CONSOLIM - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado JOÃO CONSOLIM (Relator): Trata-se de apelação contra a sentença que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva da União, nos termos do art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil (f. 111-114).

Os autores alegam que a União é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, uma vez que, em pleno exercício da sua função legislativa, causou danos aos reclamantes, especialmente em relação às verbas de seguro-desemprego (f. 131-138).

Apresentadas as contrarrazões pela União (f. 142-150), subiram os autos a esta egrégia Corte.

É o relatório.
Juiz Federal Convocado JOÃO CONSOLIM - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado JOÃO CONSOLIM (Relator): Na inicial, os autores alegam que a União é a pessoa jurídica responsável pelo pagamento de suas verbas rescisórias, uma vez que legislou de modo a inviabilizar a continuação da relação de trabalho existente entre eles e o empregador. Fundamentam a tese no *factum principis* (art. 486, da CLT).

A União aduz sua ilegitimidade passiva, uma vez que o único responsável pelas verbas rescisórias é o empregador dos reclamantes, o que foi acolhido na sentença de primeira instância.

Em apelação, os autores alegam que "é possível ao particular responsabilizar o Estado por atos legislativos", quando eles configuram atos lesivos, citando o art. 37, § 6º, da Constituição da República.

Entretanto, sem razão os apelantes.

Deve ser afastada, de plano, a incidência do art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, em favor dos apelantes. Isso porque dispõe, também, a atual Carta Política, no art. 22, "caput", que compete privativamente à União legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios (inc. XX), sendo certo que, na verdade, trata-se de competência exclusiva, pois, os sistemas de consórcios e sorteios, que abrangem as loterias e os bingos, constituem serviços exclusivos da União, não sendo sequer, segundo disposto no art. 1º do Decreto-lei nº 204/67 passíveis de exploração por meio de concessão (TRF/3ª Região, AC nº 2004.61.26.001590-3/SP, Terceira Turma, Relator Juiz Federal Conv. Valdeci dos Santos, DE 5.8.2009).

Ademais, o art. 486 da CLT (*factum principis*) pode ser invocado pelo empregador que se vê prejudicado pelos atos normativos e não pelo empregado, diretamente, como dispõe o referido artigo:

> "§ 1º Sempre que o empregador invocar em sua defesa o preceito do presente artigo, o Tribunal do Trabalho competente notificará a pessoa de direito público apontada como responsável pela paralisação do trabalho para que, no prazo de 30 dias, alegue o que entender devido, passando a figurar no processo como chamada à autoria".

Assim, a União não é parte legítima para figurar na demanda, pois inexiste qualquer fundamento jurídico a embasar a sua responsabilidade direta para a hipótese dos autos, a respeito das verbas decorrentes da rescisão do contrato de trabalho com o empregador dos apelantes.

Ante o exposto, *nego provimento* à apelação, mantendo a sentença de primeiro grau, nos termos da fundamentação.

É como voto.
Juiz Federal Convocado JOÃO CONSOLIM - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0028402-32.2005.4.03.6100
(2005.61.00.028402-5)

Apelante: ROSEMEIRE FERACIN DE SOUZA
Apelado: CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA DE SÃO PAULO - CEFET - SP
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 23ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MARCO AURELIO CASTRIANNI
Classe do Processo: AC 1406983
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2011

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. CONTRATO DE TRABALHO NA FORMA DO ART. 2º, INC. IV, DA LEI Nº 8.745/93, QUE REGULA O ART. 37, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO CONFIGURADA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O art. 37, inc. IX, da Constituição Federal determina que "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".

2. Dispõe a Lei nº 8.745/93 que se considera necessidade temporária de excepcional interesse público a "admissão de professor substituto e professor visitante".

3. No presente caso, a autora foi contratada como professora substituta, na forma da referida Lei nº 8.745/93, sendo, pois, de natureza administrativa a relação contratual e não trabalhista; não tendo sido demonstrada qualquer ilegalidade.

4. Recurso de apelação improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 11 de abril de 2011.

Juiz Federal Convocado MARCO AURELIO CASTRIANNI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MARCO AURELIO CASTRIANNI (Relator):

Trata-se de apelação interposta por Rosemeire Feracin de Souza em face da sentença (fls. 116/117v.) proferida nos autos ação que move em face do Centro Federal de Educação Tecnológica de São Paulo - CEFET, que julgou improcedente o pedido constante da inicial.

Em suas razões (fls. 119/124), pleiteia a reforma da r. sentença, alegando que as aulas lhe foram atribuídas até o final do ano letivo; que a Lei nº 8.745/93 não demonstra que pode haver vários aditamentos, implicando fracionamento do contrato de trabalho; que houve abuso de poder; que houve alteração na natureza do contrato.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 129/139.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado MARCO AURELIO CASTRIANNI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MARCO AURELIO CASTRIANNI (Relator):

Conheço do recurso por estarem preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Alega a autora que sua contratação se deu até março de 2005. Entretanto, não lhe assiste razão. A contratação foi por tempo determinado, como professora substituta.

A contratação, tal como se afirma na própria inicial, se deu com base na Lei nº 8.745/03, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX, do art. 37, da Constituição Federal. Trata-se, pois, de matéria de Direito Administrativo e não de Direito do Trabalho. Tal como já reconhecido na decisão que reconheceu a incompetência da Justiça Laboral e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal (fl. 95), "o contrato firmado não se deu nos moldes da CLT e sim seguindo o regime dos servidores públicos federais".

Dispõe a Constituição Federal em seu artigo 37:

"IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".

De fato, tal como se fez constar da r. sentença recorrida (fls. 116/117v.), a atividade da apelante se encaixa no inc. IV, do art. 2º, da referida lei, como de necessidade temporária de excepcional interesse público:

"Art. 2º. Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:
(...)
IV - admissão de professor substituto e professor visitante".

Deste modo, o contrato celebrado entre a mesma e o apelado é regido pelas normas de Direito Administrativo.

O prazo total do contrato está previsto na mencionada lei:

"Art. 4º As contratações serão feitas por tempo determinado, observados os seguintes prazos máximos:
(...)
Parágrafo único. É admitida a prorrogação dos contratos:
(...)
I - nos casos dos incisos III, IV, VI, alíneas 'b', 'd' e 'f', e X do *caput* do art. 2º, desde que o prazo total não exceda a dois anos".

Verifica-se, pois, não ter havido qualquer ilegalidade ou abuso de poder, como pretende afirma a apelante. Ao contrário, a autoridade agiu exatamente nos limites do comando legal.

Tomo como razão de decidir os bens lançados fundamentos da r. sentença de primeiro grau:

> "Ademais, a autora assumiu a função de professora substituta, ciente da impossibilidade jurídica de ser contratada, em definitivo, para o preenchimento do cargo, já que consta do contrato e aditivos, cláusula que prevê o seu prazo de vigência.
> (...)
> Ao contrário do alegado pela autora, não houve rescisão pela Administração Pública do contrato temporário de trabalho, nem a autora possui direito adquirido ao seu prazo máximo de vigência.
> É cediço que a prorrogação contratual de avença administrativa chegada a termo é prerrogativa da Administração, afeta a critérios de oportunidade e conveniência, onde impera a discricionariedade. Deste modo, a prorrogação é ato bilateral, de natureza convencional, onde é necessária manifestação de vontade de ambas as partes, tanto pela Administração como pelo contratado. Isso significa a impossibilidade automática do contrato, já que não é possível que se imponha contra a vontade de qualquer das partes.
> Ainda que o mérito do ato administrativo possa ser submetido ao crivo do Judiciário em exame de sua legalidade, é óbvio que o juiz não pode substituir o agente público em relação à tomada de decisão em esfera de política administrativa, sendo vedado decidir pela necessidade ou não de prorrogação contratual.
> Na hipótese dos autos, como a autora não logrou provar vício de finalidade, ou outro vício qualquer, tem-se o lícito exercício do poder discricionário da Administração, que se presume inspirado no interesse público, de não prorrogar o contrato temporário da autora.
> Ademais, o artigo 4º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 8.745/93 estabelece que é admitida a prorrogação do contrato temporário de trabalho desde que o prazo total não exceda a dois anos. A finalidade deste dispositivo legal é evitar que servidores não concursados permaneçam no serviço público mediante sucessivas e indefinidas renovações e, não como pretende a autora, garantir direito ao tempo máximo previsto em lei para a vigência do contrato de trabalho.
> Por fim, demonstrada a natureza administrativa do contrato firmado entre a autora e o Centro Federal de Educação Tecnológica de São Paulo - CEFET deve ser afastado o pagamento de eventuais verbas de natureza eminentemente trabalhistas, sendo certo que à autora somente seriam devidas as verbas avençadas no contrato. Todavia, consoante demonstrado pelo réu em sua contestação, todos os valores devidos foram pagos por ocasião da extinção do contrato".

Tendo sido a contratação e a não prorrogação realizadas nos estritos termos da lei, não há, pois, o que modificar na sentença recorrida.

Portanto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MARCO AURELIO CASTRIANNI - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0024655-40.2006.4.03.6100
(2006.61.00.024655-7)

Apelante: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Apelado: JACKSON DOS SANTOS DA CONCEIÇÃO
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SOUZA RIBEIRO
Classe do Processo: AMS 312966
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/05/2011

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO DA ECT - RESERVA DE VAGA PARA PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS - MONOVISÃO OU VISÃO MONOCULAR - ENQUADRAMENTO DEVIDO - LEI Nº 7.853/99 E DECRETO Nº 3.298/99 - CONCESSÃO DA SEGURANÇA MANTIDA.

I - A reserva percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, na administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tem previsão no art. 37, VIII, da Constituição Federal, buscando assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, mediante uma efetiva integração social em todos os aspectos, fundamentando-se especialmente nos princípios constitucionais da igualdade de tratamento e de oportunidade, da justiça social e da dignidade da pessoa humana, dentre outros, estando disposta na Lei nº 7.853/1989, regulamentada pelo Decreto nº 3.298/1999, alterado pelo Decreto nº 5.296/2004.

II - Em estrita observância aos princípios constitucionais fundantes da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, a visão monocular constitui deficiência que deve ser enquadrada na definição do artigo 3º do Decreto nº 3.298/99, por notoriamente acarretar uma incapacidade (redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social que exige utilização de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida), não se limitando ao descrito como deficiência visual do art. 4º, III, do mesmo diploma.

III - Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça (súmula 377) e desta Corte Regional.

IV - Remessa oficial e apelação desprovidas.

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 remessa oficial e à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de abril de 2011.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Trata-se de reexame necessário e apelação da impetrada ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS (fls. 221/250) em face da sentença (fls. 192/198) que julgou procedente a ação e concedeu a segurança reconhecendo que o impetrante JACKSON DOS SANTOS DA CONCEIÇÃO tem direito de figurar como habilitado na condição de deficiente físico do concurso público da ECT/Edital nº 055/2006, afastando o ato coator baseado em laudo médico que o considerou inapto ao cargo de carteiro por não poder ser considerado como portador de necessidades especiais - PNE conforme previsto no Decreto nº 3.298/99.

A apelante sustenta, em síntese, que visão monocular não é considerada deficiência física para fins de concurso público, por isso devendo ser denegada a segurança.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer pena manutenção da sentença (fls. 304/306).

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator): Passo ao exame das questões suscitadas nos autos.

A reserva percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, na administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tem previsão no art. 37, VIII, da Constituição Federal, buscando assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, mediante uma efetiva integração social em todos os aspectos, fundamentando-se especialmente nos princípios constitucionais da igualdade de tratamento e de oportunidade, da justiça social e da dignidade da pessoa humana, dentre outros, estando disposta na Lei nº 7.853/1989, regulamentada pelo Decreto nº 3.298/1999, alterado pelo Decreto nº 5.296/2004.

> "*CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*
> CAPÍTULO VII - DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
> Seção I - DISPOSIÇÕES GERAIS
> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;
> *LEI Nº 7.853, DE 24 DE OUTUBRO DE 1989*. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela

jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.
Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.
§ 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.
§ 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.
(...) Art. 10. A coordenação superior dos assuntos, ações governamentais e medidas referentes a pessoas portadoras de deficiência caberá à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. (Redação dada pela Lei nº 11.958, de 2009)
Parágrafo único. Ao órgão a que se refere este artigo caberá formular a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, seus planos, programas e projetos e cumprir as instruções superiores que lhes digam respeito, com a cooperação dos demais órgãos públicos. (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990)
(...) Art. 12. Compete à Corde:
I - coordenar as ações governamentais e medidas que se refiram às pessoas portadoras de deficiência;
II - elaborar os planos, programas e projetos subsumidos na Política Nacional para a Integração de Pessoa Portadora de Deficiência, bem como propor as providências necessárias a sua completa implantação e seu adequado desenvolvimento, inclusive as pertinentes a recursos e as de caráter legislativo;
III - acompanhar e orientar a execução, pela Administração Pública Federal, dos planos, programas e projetos mencionados no inciso anterior;
IV - manifestar-se sobre a adequação à Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência dos projetos federais a ela conexos, antes da liberação dos recursos respectivos;
V - manter, com os Estados, Municípios, Territórios, o Distrito Federal, e o Ministério Público, estreito relacionamento, objetivando a concorrência de ações destinadas à integração social das pessoas portadoras de deficiência;
VI - provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil de que esta Lei, e indicando-lhe os elementos de convicção;
VII - emitir opinião sobre os acordos, contratos ou convênios firmados pelos demais órgãos da Administração Pública Federal, no âmbito da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência;
VIII - promover e incentivar a divulgação e o debate das questões concernentes à pessoa portadora de deficiência, visando à conscientização da sociedade.

Parágrafo único. Na elaboração dos planos, programas e projetos a seu cargo, deverá a Corde recolher, sempre que possível, a opinião das pessoas e entidades interessadas, bem como considerar a necessidade de efetivo apoio aos entes particulares voltados para a integração social das pessoas portadoras de deficiência.
DECRETO Nº 3.298, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.
CAPÍTULO I - Das Disposições Gerais
Art. 1º A Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência compreende o conjunto de orientações normativas que objetivam assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência.
Art. 2º Cabe aos órgãos e às entidades do Poder Público assegurar à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à edificação pública, à habitação, à cultura, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.
Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:
I - deficiência - toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;
II - deficiência permanente - aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e
III - incapacidade - uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.
Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:
I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II - deficiência auditiva - perda parcial ou total das possibilidades auditivas sonoras, variando de graus e níveis na forma seguinte:
de 25 a 40 decibéis (db) - surdez leve;
de 41 a 55 db - surdez moderada;
de 56 a 70 db - surdez acentuada;
de 71 a 90 db - surdez severa;
acima de 91 db - surdez profunda; e
anacusia;

III - deficiência visual - acuidade visual igual ou menor que 20/200 no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º (tabela de Snellen), ou ocorrência simultânea de ambas as situações;
I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)
II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)
III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)
IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:
a) comunicação;
b) cuidado pessoal;
c) habilidades sociais;
d) utilização da comunidade;
d) utilização dos recursos da comunidade; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)
e) saúde e segurança;
f) habilidades acadêmicas;
g) lazer; e
h) trabalho;
V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências.
CAPÍTULO II
Dos Princípios
Art. 5º A Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, em consonância com o Programa Nacional de Direitos Humanos, obedecerá aos seguintes princípios;
I - desenvolvimento de ação conjunta do Estado e da sociedade civil, de modo a assegurar a plena integração da pessoa portadora de deficiência no contexto sócio-econômico e cultural;
II - estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e operacionais que assegurem às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciam o seu bem-estar pessoal, social e econômico; e

III - respeito às pessoas portadoras de deficiência, que devem receber igualdade de oportunidades na sociedade por reconhecimento dos direitos que lhes são assegurados, sem privilégios ou paternalismos."

No caso em exame, o laudo médico considerou o impetrante inapto ao cargo de carteiro da ECT por não poder ser considerado como portador de necessidades especiais - PNE, concluindo que a *monovisão* ou *visão monocular* não poderia ser enquadrado como tal, conforme previsto no Decreto nº 3.298/99 (doc. fls. 41).

Todavia como bem decidiu a r. sentença concessiva da segurança, em estrita observância aos princípios constitucionais fundantes da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, a visão monocular constitui *deficiência* que deve ser enquadrada na definição do *artigo 3º do Decreto nº 3.298/99*, por notoriamente acarretar uma *incapacidade* (*redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social* que exige utilização *de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida*), não se limitando ao descrito como deficiência visual do art. 4º, III, do mesmo diploma.

Neste sentido, jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça (súmula nº 377) e desta Corte Regional:

"EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004.
1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o 'melhor'.
2. A visão univalente – comprometedora das noções de profundidade e distância – implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos.
3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. (...)"
(STF, 1ª Turma, vu., RMS 26071, Rel. Min. CARLOS BRITTO, J. 13.11.2007)

"ADMINISTRATIVO. *CONCURSO PÚBLICO*. CANDIDATO DETENTOR DE *VISÃO MONOCULAR*. DIREITO A CONCORRER ÀS *VAGAS* DESTINADAS AOS *PORTADORES* DE *DEFICIÊNCIA* FÍSICA. 1. O candidato *portador* de *visão monocular* enquadra-se no conceito de *deficiência* física, podendo concorrer às *vagas* de *concurso público* reservadas na forma prevista pelo art. 37, VIII, da Constituição Federal. Incidência da Súmula nº 377/STJ. 2. Recurso ordinário provido."
(STJ, 5ª Turma, vu., ROMS 200601914169, ROMS 22613, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJE 03/11/2009, J. 01/10/2009)

"MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGA.

CANDIDATO DEFICIENTE. VISÃO MONOCULAR. NOMEAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECONHECIMENTO.
A visão monocular constitui motivo suficiente para se reconhecer ao impetrante o seu direito líquido e certo à nomeação e posse no cargo público pretendido, dentre as vagas reservadas a portadores de deficiência física. Precedentes do c. STF e desta c. Corte Superior. Segurança concedida."
(STJ, 3ª Seção, vu., MS 200800120758, MS 13311, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJE 01/10/2008, RJP 24/123, J. 10/09/2008)

"CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - *CONCURSO PÚBLICO* - PESSOA PORTADORA DE *DEFICIÊNCIA* - *VISÃO MONOCULAR* - SÚMULA Nº 377 STJ.
1. Aplicação da súmula nº 377 do C. STJ: 'O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes'.
2. Orientação administrativa sumulada no âmbito da própria Advocacia-Geral da União (súmula nº 45/2009). 3. Agravo improvido."
(TRF 3ª Região, 4ª Turma, vu., AC 200803990061940, AC 1277868, Rel. JUÍZA MARLI FERREIRA, DJF3 CJ1 13/09/2010, p. 537, J. 19/08/2010)

"ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - DEFICIENTE VISUAL - VISÃO MONOCULAR - CONCURSO PÚBLICO - DIREITO DE CONCORRER ÀS VAGAS RESERVADAS - SEGURANÇA CONCEDIDA.
1. O portador de deficiência visual (visão monocular) tem direito de concorrer a vagas reservadas no serviço público, vez que se enquadra no conceito de deficiente para os termos do artigo 3º c. c. o art. 4º, do Decreto nº 3.298/99, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Precedentes.
2.Ordem concedida."
(TRF 3ª Região, Órgão Especial, vu. MS 200803000359655, MS 310995. Rel. JUÍZA RAMZA TARTUCE, DJF3 CJ1 12/11/2009, p. 1, J. 28/10/2009)

CONCLUSÃO

Ante o exposto, *NEGO PROVIMENTO à remessa oficial e à apelação da impetrada*, nos termos da fundamentação supra.

É o VOTO.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA
0008818-17.2007.4.03.6000
(2007.60.00.008818-8)

Apelante: PASESA PASCUALA QUISPE TORREZ
Apelada: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - FUFMS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AMS 308464
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/06/2011

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO - FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA OBTIDO NO EXTERIOR.

1. A Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases orçamentárias, dispõe sobre a revalidação de diploma estrangeiro em seu artigo 48, § 2º.

2. A Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, para regulamentar a matéria, editou a Resolução nº 1/2002, que atribui a função de revalidar diploma estrangeiro às universidades públicas que ministrem curso de graduação reconhecido na mesma área de conhecimento ou em área afim.

3. O artigo 207, *caput*, da Constituição Federal dispõe sobre a autonomia das universidades.

4. O Superior Tribunal de Justiça no MS 3129/DF já decidiu que essa autonomia não é absoluta.

5. O poder atribuído pela Lei e Constituição às universidades não é uma faculdade a ser exercida conforme suas conveniências, mas um poder-dever.

6. A recusa em receber e processar o pedido de revalidação de diploma pela universidade é ilegal, posto que a universidade desobriga-se da responsabilidade contida na Lei Federal nº 9.394/96 no prazo estabelecido pelo artigo 8º da Resolução nº 1/2002 da CES/CNE.

7. A antiga redação dos artigos 4º e 8º da CNE/CES nº 1/2002 corroborava esse entendimento, ao estabelecer que o processo se iniciaria com o requerimento do interessado e a universidade se pronunciaria em até 6 meses do pedido de revalidação. Com a resolução da CNE/CES nº 8/2007, houve alteração dos referidos dispositivos.

8. A nova redação do artigo 4º autoriza as Universidades a estipular prazos para a realização dos procedimentos, mas não revogou o artigo 8º, que ainda estabelece o prazo máximo de seis meses para o pronunciamento sobre o pedido a partir de seu recebimento.

9. A FUFMS estabeleceu na COEG nº 12/2005, artigo 3º, quatro fases para a revalidação do diploma estrangeiro - processo seletivo, análise documental, julgamento de equivalência e registro do diploma -, mas não estabeleceu qualquer calendário para o recebimento e processamento dos pedidos.

10. Nesse sentido também entendeu o Excelentíssimo Desembargador Federal Márcio Moraes.

11. Apelação provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de junho de 2011.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Cuida-se de apelação em sede de mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Reitor da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, com o escopo de que seja a autoridade impetrada compelida ao recebimento dos documentos necessários para a revalidação de diploma obtido em instituição de ensino estrangeira, conforme a Resolução CNE/CES nº 1/2002.

A impetrante sustenta na inicial que se formou em Medicina na "Universidad Mayor de San Andrés", situada na República da Bolívia, em 1992, e que ao requerer a revalidação do diploma na UFMS não teve o seu pedido atendido, sob a alegação da necessidade de submeter o interessado a um processo prévio de seleção, com provas eliminatórias escritas, práticas e oral, de acordo com a Resolução Interna da Universidade nº 12/2005.

Nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, o MM. Juízo de origem denegou a segurança pleiteada.

Inconformada, a impetrante apelou, sustentando que a UFMS, ao exigir prova preambular, violou o princípio constitucional da legalidade, uma vez que esta torna-se necessária somente quando persistirem dúvidas sobre a real equivalência dos estudos realizados no exterior aos correspondentes nacionais.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso interposto, pois para o ilustre *parquet* a fixação de exame seletivo prévio para a concessão da revalidação do diploma pela Universidade não se revela ilegal.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): O cerne da questão é a legalidade e a constitucionalidade do processo adotado pela FUFMS para a revalidação de diplomas estrangeiros.

O legislador, atendendo o disposto no artigo 22, XXIV da CF, aprovou a Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases orçamentárias. O referido diploma dispõe sobre a revalidação de diploma estrangeiro em seu artigo 48, § 2º:

> "Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

> § 2º Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação."

Para regulamentar a matéria, a Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação editou a resolução nº 1, de 28 de janeiro de 2002, que atribui, em seu artigo 3º, a função de revalidar diploma estrangeiro às universidades públicas que ministrem curso de graduação reconhecido na mesma área de conhecimento ou em área afim. Para que as universidades possam realizar a atribuição, a resolução autorizou a fixação de normas específicas para disciplinar o processo de revalidação, ajustando-se à presente Resolução.

O artigo 207, *caput*, da Constituição Federal dispõe sobre a autonomia das universidades. O Superior Tribunal de Justiça, no MS 3129/DF já decidiu que essa autonomia não é absoluta. O poder atribuído pela Lei e Constituição às universidades não é uma faculdade a ser exercida conforme suas conveniências, mas um poder-dever imprescindível para assegurar direitos individuais e coletivos dos candidatos. Segundo ensinamentos de Maria Sylvia Di Pietro:

> "Embora o vocábulo poder dê a impressão de que se trata de faculdade da Administração, na realidade trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis.
> Todos eles encerram prerrogativas de autoridade, as quais, por isso mesmo, só podem ser exercidas nos limites da lei."

Ilegal, portanto, a recusa em receber e processar o pedido de revalidação de diploma pela universidade, desobrigando-se da responsabilidade contida na Lei Federal nº 9.394/96 no prazo estabelecido pelo artigo 8º da Resolução nº 1/2002 da CES/CNE.

No mesmo sentido, a Constituição Federal garante o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Sendo norma de eficácia contida, apenas a lei pode limitar esse direito.

A antiga redação dos artigos 4º e 8º da CNE/CES nº 1/2002 corroborava esse entendimento, ao estabelecer que o processo se iniciaria com o requerimento do interessado e a universidade se pronunciaria em até 6 meses do pedido de revalidação.

Com a resolução da CNE/CES nº 8/2007, houve alteração dos referidos dispositivos, passando a vigorar com a seguinte redação:

> "Art. 4º O processo de revalidação, observado o que dispõe esta Resolução, será fixado pelas universidades quanto aos seguintes itens:
> I - prazos para inscrição dos candidatos, recepção de documentos, análise de equivalência dos estudos realizados e registro do diploma a ser revalidado;
> II - apresentação de cópia do diploma a ser revalidado, documentos referentes à Instituição de origem, histórico escolar do curso e conteúdo programático das disciplinas, todos autenticados pela autoridade consular.
> Parágrafo único. Aos refugiados que não possam exibir seus diplomas e currículos admitir-se-á o suprimento pelos meios de prova em direito permitidos."

"Art. 8º A universidade deve pronunciar-se sobre o pedido de revalidação no prazo máximo de 6 (seis) meses da data de recepção do mesmo, fazendo o devido registro ou devolvendo a solicitação ao interessado, com a justificativa cabível.
§ 1º Da decisão caberá recurso, no âmbito da universidade, no prazo estipulado em regimento.
§ 2º Esgotadas as possibilidades de acolhimento do pedido de revalidação pela universidade, caberá recurso à Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação."

A nova redação do artigo 4º autoriza as Universidades a estipular prazos para a realização dos procedimentos, mas não revogou o artigo 8º, que ainda estabelece o prazo máximo de seis meses para o pronunciamento sobre o pedido a partir de seu recebimento.

Para regulamentar os referidos dispositivos, a FUFMS estabeleceu na COEG nº 12/2005, artigo 3º, quatro fases para a revalidação do diploma estrangeiro - processo seletivo, análise documental, julgamento de equivalência e registro do diploma -, mas não estabeleceu qualquer calendário para o recebimento e processamento dos pedidos, desonerando a universidade, em frontal oposição aos direitos do requerente, às resoluções do CNE e à Lei nº 9.394/96, conforme arestos colacionados:

"APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO. DIPLOMA DE MEDICINA OBTIDO NO EXTERIOR. REVALIDAÇÃO. PROCEDIMENTO.
1. É direito do Impetrante ter o regular processamento de seu pedido de revalidação de diploma de medicina obtido no exterior, conforme disposto no art. 7º da Resolução CNE/CES nº 1, de 28 de janeiro de 2002 e no art. 48 § 2º da Lei 9.394/96, sendo ilegal ato normativo interno da Universidade que suspendia o recebimento e tramitação desses pedidos.
2. Remessa oficial a que se nega provimento."
(TRF 1ª Região, 6ª Turma, REOMS 200537000049691, Rel. Des. Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, j. 06/03/2006, v. u., DJ 20/03/2006, pág. 155).

"ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA OBTIDO NO EXTERIOR. RECUSA DA UNIVERSIDADE EM RECEBER E PROCESSAR O PEDIDO. ILEGALIDADE.
1. Afigura-se ilegal e abusivo, passível, assim, de correção por meio de mandado de segurança, o ato de negativa da Universidade em receber e processar pedidos de revalidação de diploma de curso superior obtido no exterior.
2. Sentença concessiva da segurança, que se confirma.
3. Remessa oficial desprovida."
(TRF 1ª Região, 6ª Turma, REOMS 200337000160997, Rel. Des. Fed. Daniel Paes Ribeiro, j. 03/03/2006, v. u., DJ 27/03/2006, pág. 95)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA. ESTRANGEIRO. INÍCIO AO PROCESSO DE REVALIDAÇÃO. LEI Nº 9.394/96, RESOLUÇÃO CNE/CES nº 01/2002. PRAZO 180 DIAS. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA PARA R$ 100,00 (CEM REAIS).

1. A recusa em receber e processar o pedido de revalidação é ilegal. A universidade pública, por imposição da Lei Federal nº 9.394/96, está obrigada ao exame do pedido de revalidação de diploma no prazo fixado no art. 8º, da Resolução nº 1/2, da CES/CNE (06 meses).
2. Entendo ser razoável o prazo de 180 (cento e oitenta) dias estabelecido na r. decisão, haja vista possibilitar à agravante sua reestruturação para o cumprimento da decisão judicial.
3. Redução do valor da multa para R$100,00 (cem reais).
4. Apelação e remessa oficial parcialmente providas."
(TRF 3 - QUARTA TURMA - AMS 2008.60.00.009052-7/MS - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD; Data do Julgamento: 22/10/2009 - DJF3 CJ1 - DATA: 21/12/2009 - PÁGINA: 71)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - ENSINO SUPERIOR - REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA OBTIDO NO EXTERIOR - PROCESSO SELETIVO: POSSIBILIDADE - RECUSA NO RECEBIMENTO DO PEDIDO DE REVALIDAÇÃO - ILEGALIDADE.
1. A instituição de processo seletivo para ingresso no programa de revalidação de diploma está em consonância com a norma vigente.
2. A recusa em receber e processar o pedido de revalidação de diploma é ilegal.
3. A universidade pública, por imposição legal (Lei Federal nº 9.394/96), está obrigada ao exame do pedido de revalidação de diploma. O ato normativo infralegal que regula a questão estabelece prazo para tanto: 6 meses (artigo 8, da Resolução nº 1/02, da CES/CNE).
4. Apelação parcialmente provida."
(TRF3 - QUARTA TURMA - AMS 2007.60.00.001146-5/MS - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO - Data do Julgamento: 23/10/2008 - DJF3 CJ2 - DATA: 24/03/2009 - PÁGINA: 932)

Nesse sentido também entendeu o excelentíssimo desembargador federal Márcio Moraes, nos votos-vista referentes aos processos 2007.60.00.006804-9, 2008.60.00.013369-1 e 2007.60.00.006697-1.

Pelo exposto, dou provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

- Sobre a revalidação de diploma estrangeiro de curso superior realizado no exterior por universidade pública federal, veja também os seguintes julgados: AMS 2007.60.00.007963-1, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, publicada na RTRF3R 94/402 e AC 0000061-63.2009.4.03.6000, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, publicada nesta edição, RTRF3R 107/109.

APELAÇÃO CÍVEL
0012370-72.2007.4.03.6102
(2007.61.02.012370-6)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: CLAUDEMIR JOSÉ PROTTI
Parte Autora: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS
Classe do Processo: AC 1353230
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/06/2011

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIDOR PÚBLICO. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. "OPERAÇÃO SÃO PAULO". DESEMBARAÇOS ADUANEIROS IRREGULARES NO "PORTO SECO" DE RIBEIRÃO PRETO. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO ADESIVO. NÃO CONHECIDO. MORTE DO RÉU. INCLUSÃO DOS HERDEIROS NO PÓLO PASSIVO. SENTENÇA ANULADA.

1. Consoante o disposto na segunda parte do artigo 500, *caput*, do Código de Processo Civil, sendo vencidos na demanda autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte, ficando, ainda, o recurso adesivo subordinado à sorte do recurso principal. Portanto, pressuposto processual específico do chamado recurso adesivo é a verificação da sucumbência recíproca na ação.

2. Caso em que o apelante adesivo, réu na ação civil de improbidade administrativa, sagrou-se vencedor na demanda, pois a extinção desta se fundou em matéria de mérito, qual seja, o juiz *a quo* pronunciou a prescrição da demanda, decorrendo do quanto asseverado a ausência do requisito de admissibilidade relativo à sucumbência, a inviabilizar seja conhecido o apelo adesivo, pois, insurge-se o apelante contra decisão que lhe é totalmente favorável.

3. Tratando-se de ação civil pública de improbidade administrativa, visando à reparação de danos causados por servidor público ao Erário, a teor do art. 23 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, são dois os prazos prescricionais, o primeiro, de cinco anos, nos casos de titulares de mandato ou de ocupantes de cargos em comissão ou de função de confiança, caso em que o termo *a quo* é contado do término do mandato ou do exercício dos referidos cargos ou funções; e o segundo, estabelecido em lei específica que define as faltas funcionais puníveis com a pena de demissão a bem do serviço público, para os ocupantes de cargos de provimento efetivo ou de empregos públicos.

4. No caso dos autos, o apelado ocupou o cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal, de provimento efetivo, sendo certo, pois, que a regra de prescrição aplicável é a prevista no inciso II, do artigo 23, da Lei nº 8.429/1992. Assim sendo, o prazo prescricional para o caso dos autos é o previsto na Lei nº 8.112/90, cujo artigo 142 dispõe que a prescrição ocorre em cinco anos para as transgressões

puníveis com cassação da aposentadoria (inc. I), bem como que a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente (§ 3º), sendo certo que, interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção (§ 4º).

5. Os fatos tratados nos autos ocorreram entre março de 2001 e julho de 2002, tendo a autoridade competente instaurado processo administrativo disciplinar para a apuração da conduta ilícita do apelado em 2005, restando este punido com a cassação de sua aposentadoria por despacho exarado pelo Ministro de Estado da Fazenda em 20.10.2006, sendo a presente ação civil por ato de improbidade administrativa ajuizada em 03.10.2007 (fls. 2).

6. Ora, rigorosamente falando, para a propositura da ação civil pública de improbidade, o direito de ajuizá-la, segundo o princípio da *actio nata*, nasceu, para o Ministério Público Federal, com as conclusões do processo administrativo disciplinar instaurado em 2005, e, portanto, tendo a presente ação sido ajuizada em 2007, isso se deu dentro do prazo legal, nos termos do disposto no artigo 23, inciso II, da Lei nº 8.429/1992, combinado com a norma do artigo 142, § 3º, da Lei nº 8.112/1990, quer se estabeleça o termo *a quo* da prescrição em 2005 ou em 2006, com a imposição da pena de cassação de sua aposentadoria.

7. Em suma, não há mesmo falar em prescrição do direito de ação do Ministério Público Federal para ajuizar a ação civil pública de improbidade administrativa de que trata os autos, impondo-se prover o recurso para, afastando a prescrição, decretar a nulidade da sentença e determinar a remessa dos autos ao Juízo *a quo* para regular processamento do feito, conquanto não se trata de causa madura, a ensejar a aplicação da regra contida no artigo 515, § 3º, do estatuto processual civil.

8. Por último, assiste razão ao *Parquet* quando anota que a morte do autor não implica perda do objeto da ação de improbidade, pois, nos termos do artigo 8º, da Lei nº 8.429/92, o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança, devendo o feito prosseguir com a inclusão dos herdeiros no pólo passivo da demanda. Aliás, no caso dos autos, as anotações quanto à integração dos herdeiros no pólo passivo da ação, em face do v. despacho de fls. 189 e da carta de ordem de fls. 193/194, poderão ser feitas junto ao Juízo *a quo*.

9. Recurso adesivo do réu não conhecido e apelação do Ministério Público Federal a que se dá provimento para anular a sentença recorrida e determinar o retorno dos autos à origem para o regular processamento do feito.

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 adesivo e dar provimento à apelação do autor, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de junho de 2011.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelação e recurso adesivo, em sede de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal, visando obter provimento jurisdicional para condenar o réu, então Auditor Fiscal da Receita Federal, atuando na Seção de Controle Aduaneiro da Delegacia de Ribeirão Preto, Estado de São Paulo, ao ressarcimento integral de dano que teria causado ao Erário, além da suspensão de seus direitos políticos, por oito anos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público, conforme previsto na Lei nº 8.429/92.

A r. sentença (fls. 64/72) rejeitou a petição inicial e pronunciou a prescrição da ação, extinguindo o processo, com resolução de mérito, a teor da norma contida no artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Apelou o Ministério Público Federal (fls. 77/92), aduzindo, em suma, que merece reforma a sentença fustigada, conquanto o pedido de ressarcimento de dano ao Erário, decorrente de atos de improbidade, é imprescritível, nos termos do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. Ademais, olvidou-se que o prazo prescricional começa a fluir na espécie da data em que o fato se tornou conhecido, negando vigência ao § 1º do artigo 142, da Lei 8.112/90, vez que se considerou a data da ocorrência dos fatos, devendo, pois, ser sanado tal "error in judicando". Com efeito, a autoridade só veio a tomar conhecimento posteriormente à ocorrência dos fatos, quando deflagradas apurações pelo controle interno, nos anos seguintes a 2002. Ainda, no que pertine à contagem do prazo prescricional, a Lei nº 8.429/92 faz remissão ao interregno previsto em legislação específica para faltas disciplinares passível de demissão, no caso de exercício de cargo efetivo, sendo cediço que, no caso de servidores civis da Administração Pública Federal tal prazo está previsto na Lei nº 8.112/90, aplicando-se, no presente caso, o artigo 142, § 3º da Lei, tendo sido interrompida a prescrição no presente caso, em razão da instauração de sindicância e processo administrativo disciplinar para apuração dos fatos, não havendo, por certo, a fluência do qüinqüênio prescricional. Pugnou seja determinado o regular processamento do feito em primeira instância.

O réu interpôs recurso adesivo (fls. 98/113) ao apelo do Ministério Público Federal, sob a alegação de que, pelo princípio da eventualidade e na remota possibilidade de reforma da sentença, deverão ser apreciadas as questões preliminares argüidas na manifestação inicial e, no mérito, não teria ocorrido a caracterização da desídia, reiterando os termos expostos em sua manifestação escrita. Assim, entendendo o tribunal que a ação não está prescrita, ou que não seja o caso de retorno dos autos à origem, para que seja completado o exame pré-delibertório, a inicial não deverá ser recebida ou, avançando no mérito a ação deverá ser julgada improcedente, pois não restou provada a alegada desídia, bem como não restou demonstrado o prejuízo ao Erário.

Foram oferecidas contrarrazões ao recurso interposto, pelo réu Claudemir José Protti (fls. 114/121), e, ao recurso adesivo, pelo Ministério Público Federal (fls. 128/133).

A União Federal requereu a intervenção no feito na qualidade de assistente litisconsorcial do Ministério Público Federal, na forma do artigo 54 e seguintes do CPC (fls. 123/124), e, não tendo o autor se oposto ao pleito (fls. 127), foi determinada pelo Juízo *a quo* a regularização do pólo ativo da demanda (fls. 125).

Em seguida, o Juízo *a quo* manteve a decisão recorrida (fls. 137), nos termos do

artigo 296 do CPC, e determinou fosse certificado pela Secretaria a entrega dos volumes do procedimento administrativo em questão.

O Ministério Público Federal de segundo grau opinou (fls. 147/166) pelo provimento da apelação do autor e, no atinente ao recurso adesivo do réu, pelo seu não conhecimento e, caso conhecido, pelo seu não provimento, reformando-se a sentença para se determinar o regular processamento do feito em primeira instância.

Foi comunicado nos autos (fls. 173) o falecimento do réu, ocorrido em 11.09.2009, ocasião em se pugnou pelo reconhecimento da perda do objeto da ação, tendo em vista que a pretensão buscada no presente feito é a condenação do réu por improbidade administrativa e as penas decorrentes não podem ultrapassar a pessoa acusada. Na mesma ocasião (08.07.2010), foi requerida pelo herdeiro a sua inclusão no pólo passivo da ação, na qualidade de litisconsorte ou assistente litisconsorcial, sob argumento de que possui interesse moral e material no desfecho do feito (fls. 180).

O Ministério Público Federal opinou (fls. 185/187) aduzindo que na hipótese de falecimento do réu a ação deve prosseguir contra os herdeiros quanto ao pedido de ressarcimento ao erário, a teor do artigo 8º da Lei nº. 8.429/92, não havendo necessidade de suspensão do feito, bastando seja determinadas as anotações devidas, até porque intimado para integrar a lide (fls. 189), restando cumprida a carta de ordem para tanto, consoante certidão lavrada às fls.196 pelo oficial de justiça do Juízo *a quo*.

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, consoante o disposto na segunda parte do artigo 500, *caput*, do Código de Processo Civil, sendo vencidos na demanda autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte, ficando, ainda, o recurso adesivo subordinado à sorte do recurso principal.

Portanto, pressuposto processual específico do chamado recurso adesivo é a verificação da sucumbência recíproca na ação, quer dizer, a ocorrência de hipótese em que nenhuma das partes logrou obter "tudo o que o processo poderia lhe proporcionar", na feliz expressão de Nelson Nery Junior ("Código de Processo Civil Comentado", São Paulo, Revista dos Tribunais, 11ª ed., p. 247).

Ora, no caso em tela, o apelante adesivo, réu na ação civil de improbidade administrativa, ofereceu manifestação por escrito, nos termos do art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92, e, conclusos os autos, o magistrado *a quo* indeferiu a petição inicial e pronunciou a ocorrência de prescrição do direito de ação, extinguindo o processo com julgamento de mérito, a teor da norma contida no artigo 269, inciso IV, do estatuto adjetivo civil.

Assim sendo, sagrou-se vencedor na demanda, pois a extinção desta se fundou em matéria de mérito. Aliás, o próprio Juízo *a quo* realça este aspecto ao anotar que não há condenação em custas e honorários, conquanto figura no pólo ativo da ação o Ministério Público Federal.

Decorre do quanto asseverado a ausência do requisito de admissibilidade relativo

à sucumbência, a inviabilizar seja conhecido o apelo adesivo, pois, insurge-se o apelante contra decisão que lhe é totalmente favorável.

Nesse sentido, colho da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o seguinte excerto de julgado:

> "(...). RECURSO ADESIVO. SUCUMBÊNCIA. INEXISTÊNCIA. PRESSUPOSTO RECURSAL INARREDÁVEL. NÃO CONHECIMENTO. 1. - Não se conhece de recurso adesivo se falta-lhe pressuposto processual inarredável, qual seja, a sucumbência. 2 - Recurso especial (...) não conhecido". (RESP nº 182.825, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ, 07.12.1998, p. 120).

No âmbito desta Egrégia Corte Regional, tem sido o mesmo o norte da jurisprudência, como atestam os seguintes excertos:

> *1*. "(...). Nos termos do artigo 500, 'caput' do CPC, o recurso adesivo tem como requisito basilar a sucumbência recíproca, hipótese que 'in casu' inocorre, haja vista a r. sentença de procedência. Recurso adesivo não conhecido." (APELRRE nº 406.714/SP, rel. Des. Fed. Marli Ferreira, DJF3, CJ1, 21.10.2010, p. 718).

> *2*. "(...). 1. Ausente pressuposto específico de admissibilidade recursal, qual seja, a sucumbência recíproca (art. 500, *caput*, do CPC), não há que ser conhecido o recurso adesivo." (AC nº 1.495.773/SP, rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, DJF3, CJ1, 19.07.2010, p. 736).

Assim sendo, o recurso adesivo do réu não é de ser conhecido.

Passando ao exame da apelação interposta pelo órgão do *Parquet* Federal, verifico que foi ajuizada ação civil pública de improbidade administrativa, em face do apelado, que, na condição de Auditor Fiscal da Receita Federal, teria praticado atos de improbidade que importaram prejuízo ao erário e atentam contra os princípios da Administração Pública, nos termos do artigo 10, inciso X e artigo 11, *caput* e incisos I e II, da Lei nº 8.429/92, sendo certo que o Juízo *a quo* pronunciou a prescrição da ação, proferindo, assim, decisão de mérito, nos termos do artigo 269, inciso IV, do CPC.

Acerca do tema a doutrina preleciona que a decadência, do latim *cadens*, de *cadere*, cair, perecer, cessar, implica caducidade ou perda de um direito não exercido dentro do prazo determinado que, por sua natureza, flui inexoravelmente, não admitindo interrupção. Por sua vez, a prescrição pressupõe um direito não exercido dentro de certo lapso temporal, tendo como conseqüência a extinção da ação destinada a exercê-lo.

No conceito clássico de Clóvis Beviláqua ("Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado", ed. histórica, Editora Rio, 7a. t. da ed. de 1940, vol. I, p. 435) "prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em conseqüência do não-uso dela, durante um determinado espaço de tempo".

A partir do conceito acima, Sílvio Rodrigues ("Direito Civil", vol. I, Saraiva, São Paulo, 16a. ed., 1986, p. 340/341) ensina "que: a) a inércia do credor, ante a violação de um direito seu; b) por um período de tempo fixado na lei; c) conduz à perda da ação de que todo o direito vem munido, de modo a privá-lo de qualquer capacidade defensiva".

Quer dizer, o elemento tempo, cujo período é fixado em lei, aliado à inércia do

credor, leva, inexoravelmente, à perda do direito de ação, repercutindo no próprio direito material, que permanece latente, porém, destituído de meios defensivos para torná-lo efetivo.

Em face disso, Washington de Barros Monteiro ("Curso de Direito Civil", parte geral, Saraiva, São Paulo, 21ª ed., 1982, p. 287) preleciona que "a prescrição atinge diretamente a ação e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado", concluindo que "a decadência, ao inverso, atinge diretamente o direito e por via oblíqua, ou reflexa, extingue a ação."

Portanto, prescrição e decadência são institutos voltados para a busca da estabilidade das relações jurídicas, operando, cada qual ao seu modo, para a consecução dessa finalidade.

No caso dos autos, tratando a demanda de fundo de ação civil pública de improbidade administrativa, existem regras específicas previstas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, cujo artigo 23 dispõe o seguinte:

> "Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional prevista em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego."

Da inteligência das normas legais acima, conclui-se que são dois os prazos prescricionais, o primeiro, de cinco anos, nos casos de titulares de mandato ou de ocupantes de cargos em comissão ou de função de confiança, caso em que o termo *a quo* é contado do término do mandato ou do exercício dos referidos cargos ou funções; e o segundo, estabelecido em lei específica que define as faltas funcionais puníveis com a pena de demissão a bem do serviço público, para os ocupantes de cargos de provimento efetivo ou de empregos públicos.

Ora, no caso dos autos, o apelado ocupava o cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal, de provimento efetivo, sendo certo, pois, que a regra de prescrição aplicável é a prevista no inciso II, do artigo 23, da Lei nº 8.429/1992. Da mesma forma, aplicável também esta regra no caso de outros servidores e de particulares que cometerem os mesmos ilícitos, civis ou penais, em conluio, co-autoria ou qualquer outro tipo de participação com referidos agentes públicos.

Assim sendo, o prazo prescricional de aplicação no caso dos autos é o previsto na Lei nº 8.112/90, que, ao dispor sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, regulou sobre os prazos prescricionais:

> "Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão; III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto á advertência. § 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido. § 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime. § 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade

competente. § 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção."

Portanto, decorre da legislação específica, acima citada, que o prazo prescricional é o de cinco anos, por se tratar de conduta que poderá levar à aplicação da pena de demissão do serviço público, sendo certo que começa a fluir do dia em que o fato se tornou conhecido, porém, instaurado processo administrativo, interrompe-se a prescrição até a decisão final a ser proferida pela autoridade competente.

Nesse sentido, colho da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça os seguintes julgados:

1. "ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INTERRUPÇÃO DO PRAZO. ART. 142 DA LEI Nº 8.112/90. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I - Consoante entendimento jurisprudencial e nos termos do art. 142 e parágrafos da Lei nº 8.112/90, a instauração do processo administrativo disciplinar interrompe o prazo prescricional. Ultrapassados cento e quarenta dias da interrupção - período relativo à conclusão e decisão no processo - o prazo prescricional volta a ter curso por inteiro, a partir do fato interruptivo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte. II - *In casu*, por se tratar de pena de cassação de aposentadoria a ação disciplinar prescreve em cinco anos, sendo certo que entre o conhecimento do fato e a instauração do processo administrativo contra a servidora não houve o transcurso do lapso temporal. Ademais, mesmo após o reinício do prazo prescricional, com a cessação da interrupção, não restou configurada a prescrição da pretensão punitiva da Administração. III - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. IV - Ordem denegada." (MS 8418, Processo 200200632686, rel. Min. Gilson Dipp, 3ª Seção, DJ 09.06.2003, p. 169);

2. "MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO PUNITIVA. AÇÃO DISCIPLINAR. PENA DE ADVERTÊNCIA. ARTS. 142, III, §§ 1º, 3º E 4º, 152, 167 E 169, §§ 1º E 2º - LEI Nº 8.112/90. 1 - Conquanto o § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 determine que a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a data da decisão final proferida por autoridade competente, o efeito obstativo do reinício do curso prescricional desaparece a partir do encerramento do prazo legal. (...)" (MS 4549, Processo 199600312184, rel. Min. Fernando Gonçalves, 3ª Seção, DJ 28.02.2000, p. 35);

3. "ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL - FALTA FUNCIONAL - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - DESCABIMENTO INSTAURAÇÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR - INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO A PRETENSÃO PUNITIVA - ART. 390, DEC. Nº

59.310/66, ART. 142, § 3º, LEI Nº 8.112/90. 1. A instauração de processo disciplinar a fim de apurar falta cometida por Delegado de Polícia Federal no exercício do cargo, tem o condão de interromper o prazo de prescrição da pretensão punitiva até a decisão final proferida por autoridade competente consoante o disposto no art. 142, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.112/90, que tem aplicação subsidiária ao caso concreto, ante a omissão do Decreto nº 59.310/66 (Regime Jurídico dos Funcionários Policiais do Departamento de Polícia Federal) sobre o tema. É o que deflui da dicção do art. 62, da Lei nº 4.878/65, ao estabelecer expressamente que 'Aos Funcionários do Serviço de Polícia Federal e do Serviço Policial Metropolitano aplicam-se as disposições da legislação relativa ao funcionalismo civil da União no que não colidirem com as desta Lei' 2. Precedente. 3. Segurança denegada." (MS 5445, Rel. Min. Anselmo Santiago, 3ª Seção, DJ 01.02.1999, p. 103).

No mesmo sentido, anoto do julgado de minha lavra, em voto proferido no âmbito desta Egrégia Turma, em caso análogo ao dos autos, o seguinte excerto de julgado:

"... Quanto à prescrição, tratando a demanda de fundo de ação civil pública de improbidade administrativa, existem regras específicas previstas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, cujo artigo 23 dispõe o seguinte: 'Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional prevista em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.' 4. Da inteligência das normas legais acima, conclui-se que são dois os prazos prescricionais, o primeiro, de cinco anos, nos casos de titulares de mandato ou de ocupantes de cargos em comissão ou de função de confiança, caso em que o termo *a quo* é contado do término do mandato ou do exercício dos referidos cargos ou funções; e o segundo, estabelecido em lei específica que define as faltas funcionais puníveis com a pena de demissão a bem do serviço público, para os ocupantes de cargos de provimento efetivo ou de empregos públicos. 5. No caso dos autos, o agravante ocupou o cargo de Agente de Polícia Federal, de provimento efetivo, sendo certo, pois, que a regra de prescrição aplicável é a prevista no inciso II, do artigo 23, da Lei nº 8.429/1992. Assim sendo, o prazo prescricional para o caso dos autos é o previsto no Decreto nº 59.310/66, cujo artigo 390, inciso II, *b*, dispõe que a prescrição ocorre em quatro anos para as transgressões puníveis com cassação da aposentadoria. Observe-se, ademais, a aplicação no caso, em caráter subsidiário, da Lei nº 8.112/90, cujo artigo 142, inciso I, dispõe que a ação disciplinar prescreverá em cinco anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, sendo certo, nos termos do § 2º, que os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime, sendo o prazo prescricional interrompido com a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar (§ 3º). 6. Os fatos tratados nos autos ocorreram entre os meses de junho e julho de 2001, tendo a autoridade competente instaurado inquérito para a apuração da conduta ilícita do agravante em 2005, restando este denunciado criminalmente

em 13.08.2007, ocorrendo a propositura da ação civil pública, em 20.02.2008. 7. Assim sendo, rigorosamente falando, para a propositura da ação civil pública de improbidade, o direito de propor ação, segundo o princípio da *actio nata*, nasceu, para o Ministério Público Federal, com as conclusões do inquérito policial, em 2005, e com a instauração da ação penal em 2007, e, portanto, tendo a ação de reparação sido ajuizada em 2008, isso se deu dentro do prazo legal, seja considerando quatro ou cinco anos, nos termos do disposto no artigo 23, inciso II, da Lei nº 8.429/1992, combinado com Decreto nº 59.310/66, e com artigo 142, § 3º, da Lei nº 8.112/1990, quer se estabeleça o termo *a quo* da prescrição em 2005 ou em 2007. Deveras, somente com a conclusão das apurações de responsabilidades levadas a cabo no âmbito da chamada 'Operação Oeste', foi possível avaliar e concluir quanto à extensão do dano moral causado à instituição a qual pertence o agravante. (...)" (AI 345278, Processo 200803000317405, DJF3 CJ1 26.07.2010, p. 381).

No caso em tela, no contexto da chamada "Operação São Paulo", desenvolvida pelo Escritório de Pesquisa e Investigação da Secretaria da Receita Federal, para a apuração de um grande esquema de importações fraudulentas, restou verificada a ocorrência de irregularidades no desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, no período compreendido entre março de 2001 e julho de 2002, ensejando o ingresso de mercadorias clandestinas no país, dando margem tanto à entrada de bens proibidos quanto à evasão tributação, implicando, consequentemente, prejuízo ao Erário.

Com efeito, empresas envolvidas no esquema fraudulento, utilizando-se de uma rede de empresas de fachada, constituídas por "laranjas", visavam à importação de mercadorias com o propósito de sonegar tributos federais incidentes na internação, mediante o subfaturamento dos preços e introdução clandestina no país. Assim, foi instaurada sindicância no âmbito da Receita Federal para minudenciar o exame das declarações de importação e apontar os responsáveis em cada desembaraço irregular, tendo sido decidido, ao final, pela instauração de processo administrativo disciplinar em relação a cada um dos servidores envolvidos, diante da veemência das desconformidades detectadas nas condutas, que destoavam por completo da razoabilidade, em vista do descompasso entre preços, pesos e quantidades que ordinariamente se vinculavam a mercadorias similares, e, ainda, diante do tempo exageradamente menor incorrido para internação das mercadorias importadas pela mesma gama de importadores, que se descobriu serem de fachada.

Com relação ao réu especificamente, aqui apelado, seguiu-se todo o trâmite procedimental, culminando na sua indiciação, concluindo a comissão processante pela conduta desidiosa desse servidor, propondo a imposição da aplicação da pena de cassação de aposentadoria, a teor dos artigos 127, IV e 132, XIII, ambos da Lei 8.112/90, e, com base no parecer DGFN/CDF nº 2029/2006, foi imposta, por despacho exarado pelo Ministro de Estado da Fazenda a pena de cassação de aposentadoria do réu, publicada em 20 de outubro de 2006.

Verifica-se, pois, do breve histórico dos fatos, que estes ocorreram entre março de 2001 e julho de 2002, tendo a autoridade competente instaurado processo administrativo disciplinar para a apuração da conduta ilícita do apelado em 2005, restando este punido com a cassação de sua aposentadoria por despacho exarado pelo Ministro de

Estado da Fazenda em 20.10.2006, sendo a presente ação civil por ato de improbidade administrativa ajuizada em 03.10.2007 (fls. 2).

Ora, rigorosamente falando, para a propositura da ação civil pública de improbidade, o direito de ajuizá-la, segundo o princípio da *actio nata*, nasceu, para o Ministério Público Federal, com as conclusões do processo administrativo disciplinar instaurado em 2005, e, portanto, tendo a presente ação sido ajuizada em 2007, isso se deu dentro do prazo legal, nos termos do disposto no artigo 23, inciso II, da Lei nº 8.429/1992, combinado com a norma do artigo 142, § 3º, da Lei nº 8.112/1990, quer se estabeleça o termo *a quo* da prescrição em 2005 ou em 2006, com a imposição da pena de cassação de sua aposentadoria.

Por último, assiste razão ao *Parquet* quando anota que a morte do autor não implica perda do objeto da ação de improbidade, pois, nos termos do artigo 8º, da Lei nº 8.429/92, o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança, devendo o feito prosseguir com a inclusão dos herdeiros no pólo passivo da demanda.

Aliás, no caso dos autos, as anotações quanto à integração dos herdeiros no pólo passivo da ação, em face do v. despacho de fls. 189 e da carta de ordem de fls. 193/194, poderão ser feitas junto ao Juízo *a quo*.

Em suma, não há mesmo falar em prescrição do direito de ação do Ministério Público Federal para ajuizar a ação civil pública de improbidade administrativa de que trata os autos, impondo-se prover o recurso para, afastando a prescrição, decretar a nulidade da sentença e determinar a remessa dos autos ao Juízo *a quo* para regular processamento do feito, conquanto não se trata de causa madura, a ensejar a aplicação da regra contida no artigo 515, § 3º, do estatuto processual civil.

Ante o exposto, não conheço do recurso adesivo do réu e dou provimento à apelação do Ministério Público Federal, para anular a sentença recorrida e determinar o retorno dos autos à origem para o regular processamento do feito.

É como voto.

Juiz Federal Convocado VALDECI DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000061-63.2009.4.03.6000
(2009.60.00.000061-0)

Apelante: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - FUFMS
Apelado: RONIVALDO CAVALCANTE DOS SANTOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: AC 1623916
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/06/2011

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO - PROCESSO CIVIL - REMESSA OFICIAL - NULIDADE INEXISTENTE - ENSINO SUPERIOR - REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA ESTRANGEIRO - FIXAÇÃO DE ÉPOCA PARA RECEBIMENTO DO PEDIDO DE REVALIDAÇÃO - POSSIBILIDADE - AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DA UNIVERSIDADE - RESOLUÇÃO CNE/CES Nº 08/2007.
I - Cuidando-se de sentença proferida contra a Administração e ausente as hipóteses previstas nos §§ do artigo 475 do CPC, há de ser tida por submetida a remessa oficial.
II - Não constitui nulidade a interpretação do ordenamento jurídico dada pelo juiz na sentença, pois na hipótese de *error in judicando* é cabível a reforma do *decisum*.
III - A Lei nº 9.394/96 condiciona a validade do diploma obtido em instituição de ensino estrangeira à revalidação por universidade púbica que tenha curso do mesmo nível ou área equivalente (art. 48, § 2º). O Conselho Nacional de Educação, por meio da Câmara de Educação Superior, editou a Resolução CNE/CES nº 01/2002, disciplinando a forma pela qual se daria a revalidação do diploma.
IV - O processo de revalidação é instaurado mediante requerimento do interessado, exigindo-se uma série de documentos que serão analisados por uma Comissão especialmente designada para este fim. Não há obrigatoriedade de permanência da Comissão, podendo assim, ser fixado determinado período do ano para o recebimento dos pedidos de revalidação.
V - A Resolução CNE/CES nº 8/2007 alterou o artigo 4º da Resolução CNE/CES nº 01/2002 e passou a prever, expressamente, a possibilidade de fixação de prazos para inscrição dos candidatos, de onde se conclui inexistir direito a amparar a pretensão da impetrante.
VI - A norma administrativa não afronta o princípio da razoabilidade, pois não seria razoável exigir que a instituição de ensino receba, a qualquer tempo, pedidos de revalidação de diplomas estrangeiros de formados residentes nas mais diversas cidades desta nação, descurando-se de sua atividade principal e mantendo, por tempo indeterminado, a Comissão que avaliará a equivalência do curso realizado no exterior com o que é oferecido no Brasil, arcando, ainda, com todos os custos inerentes a esta manutenção.
VII - Apelação e remessa oficial, havida por submetida, providas.

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 maioria, dar provimento à apelação e à remessa oficial, havida por submetida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, vencido o Desembargador Federal Nery Júnior que lhe negava provimento.

São Paulo, 26 de maio de 2011.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de apelação e de reexame necessário, havido por submetido, nos autos de ação de procedimento ordinário proposta com o objetivo de compelir a Universidade Federal de Mato Grosso do Sul a receber e a processar o pedido de revalidação de diploma superior obtido no estrangeiro, sob pena de multa diária.

Alega o autor ter concluído o curso de medicina na Universidad Mayor de San Andres, na Bolívia, sendo que em outubro de 2008 requereu, administrativamente, o processamento do pedido de revalidação de seu diploma junto à Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), obtendo como resposta que no momento não estavam recebendo pedidos e que deveria consultá-la em outra oportunidade. Entende que a universidade está sendo omissa em seu dever e que configura ato administrativo vinculado o recebimento de pedidos de revalidação de diploma obtido em outro país. Afirma que o Acordo de Cooperação Educacional firmado entre Brasil e Bolívia prevê o reconhecimento do diploma sem necessidade do procedimento de revalidação, consoante estabelecido no Decreto nº 4.223/2002.

Antecipação da tutela deferida a fls. 65/66.

Contestação a fls. 73/82.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, determinando que a universidade receba e processe o pedido de revalidação de diploma do autor, fixando multa de R$ 200,00 por dia de atraso. Condenou a instituição de ensino no pagamento de honorários advocatícios que fixou em R$ 1.000,00 (fls. 90/92).

Em apelação interposta a fls. 95/122 a Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul alega, em síntese, que em função dos inúmeros pedidos que recebe de revalidação de diplomas estrangeiros, sua função principal, que é o ensino acadêmico, está sendo prejudicada. Afirma que o artigo 10 da Resolução nº 01/2002 CNE/CES concede às instituições de ensino competência para fixar normas específicas para a revalidação de diploma, procedimento que se atenta para a autonomia garantida pela Constituição Federal. Diz que o procedimento de revalidação de diplomas estrangeiros é regulado pela Lei nº 9.394/96 e regulamentado pela Resolução CNE/CES nº 01/2002, prevendo este último a fixação de época própria para o recebimento dos pedidos. Argumenta que a função das instituições de ensino superior, no procedimento de revalidação, não se limita à aposição de um carimbo no diploma e que há nulidades na sentença, que não analisou sistematicamente o instituto. Afirma não estar configurada relação de consumo e que é incabível a fixação de multa contra a Administração.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Processado o recurso, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Cuida-se de apelação contra sentença que julgou procedente o pedido para determinar que a universidade receba o pedido de revalidação de diploma estrangeiro do autor.

Prima facie, tenho como submetida a remessa oficial por não estar configurado na hipótese nenhuma das causas de exceção previstas nos §§ 1º e 2º do artigo 475 do CPC.

Não há que se falar em nulidade da sentença por supostamente "deixar de analisar sistematicamente o instituto da revalidação de diploma estrangeiro", pois tal hipótese não se enquadra em nenhuma das situações previstas no Código de Processo Civil e na Constituição da República. Ademais, eventual *error in judicando* é causa de reforma do *decisum*, jamais de sua nulidade.

A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, condiciona a validade do diploma obtido em instituição de ensino estrangeira à revalidação por universidade pública que tenha curso do mesmo nível ou área equivalente (art. 48, § 2º). Regulamentando a matéria, o Conselho Nacional de Educação, por meio da Câmara de Educação Superior, editou a Resolução CNE/CES nº 1, de 28 de janeiro de 2002, disciplinando a forma pela qual se daria a revalidação do diploma.

Segundo o artigo 4º da norma supradita, "O processo de revalidação será instaurado mediante requerimento do interessado, ...", exigindo-se uma série de documentos do candidato, uma vez que, munidos de toda a documentação pertinente, far-se-á um julgamento de equivalência por uma *Comissão especialmente designada para este fim*.

A universidade não estava obrigada a manter permanentemente essa comissão, podendo *especificar determinado período do ano* para o recebimento dos pedidos de revalidação. Tal possibilidade ficava clara na redação do então artigo 10, que previa que "As universidades deverão fixar normas específicas para disciplinarem o processo de revalidação, ajustando-se à presente Resolução".

Apesar da transparência do dispositivo supracitado, houve quem dissesse que as universidades não poderiam fixar época própria para o recebimento dos pedidos de revalidação de diploma estrangeiro, equiparando esta limitação temporal à criação de um procedimento não previsto na Lei nº 9.394/96, o que configuraria, segundo argumentavam, indevida ingerência das universidades sobre a matéria, extrapolando o âmbito de suas competências. Para os defensores desta tese, as instituições de ensino que realizavam a revalidação do diploma estavam obrigadas a receber a todo e qualquer momento os pedidos de alunos graduados no exterior, mantendo, por tempo indeterminado, a Comissão de análise de equivalência, independentemente das consequências que esta situação poderia acarretar, como o descuro para com o ensino e os elevados custos desta manutenção.

Esta E. Turma não compactuava com este entendimento e, por diversas vezes, sentenciou que a fixação de período específico para o recebimento dos pedidos de revalidação de diploma estrangeiro não violava o ordenamento jurídico. Nesse sentido, a título exemplificativo: *AG nº 2007.03.00.020191-5/MS, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. 03.10.2007, DJU 31.10.2007, pág. 398.*

Contudo, o Presidente da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação colocou um ponto final nessa discussão. Por meio da Resolução nº 08/2007,

publicada no Diário Oficial da União (DOU nº 193) de 05 de outubro de 2007, *alterou o artigo 4º e revogou o artigo 10*, ambos da Resolução CNE/CES nº 01/2002. Com este ato, o artigo 4º passou a ter a seguinte redação:

> "Art. 4º O processo de revalidação, observado o que dispõe esta Resolução, será fixado pelas universidades quanto aos seguintes itens:
> I - *prazos para inscrição dos candidatos*, recepção de documentos, análise de equivalência dos estudos realizados e registro do diploma a ser revalidado;
> II - apresentação de cópia do diploma a ser revalidado, documentos referentes à Instituição de origem, histórico escolar do curso e conteúdo programático das disciplinas, todos autenticados pela autoridade escolar.
> Parágrafo único. Aos refugiados, que não possam exibir seus diplomas e currículos admitir-se-á o suprimento pelos meios de prova em direito admitidos." - grifo e destaque inexistentes no original.

Por conseguinte, havendo norma administrativa regulamentando a questão, conclui-se inexistir qualquer direito a amparar o intento do autor.

Importante consignar que esta medida não afronta o princípio da razoabilidade, pois irrazoável seria exigir que a instituição de ensino recebesse, a qualquer tempo, pedidos de revalidação de diplomas estrangeiros de formados residentes nas mais diversas cidades desta nação, descurando-se de sua atividade principal e mantendo, por tempo indeterminado, a Comissão que avaliará a equivalência do curso realizado no exterior com o que é oferecido no Brasil, arcando, ainda, com todos os custos inerentes a esta manutenção.

Nesse sentido já se pronunciou esta E. Corte:

> "DIREITO ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - ENSINO SUPERIOR - REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA ESTRANGEIRO - FIXAÇÃO DE ÉPOCA PARA RECEBIMENTO DO PEDIDO DE REVALIDAÇÃO - POSSIBILIDADE - AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DA UNIVERSIDADE - RESOLUÇÃO CNE/CES Nº 08/2007 - RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. I - A Lei nº 9.394/96 condiciona a validade do diploma obtido em instituição de ensino estrangeira à revalidação por universidade púbica que tenha curso do mesmo nível ou área equivalente (art. 48, § 2º). O Conselho Nacional de Educação, por meio da Câmara de Educação Superior, editou a Resolução CNE/CES nº 01/2002, disciplinando a forma pela qual se daria a revalidação do diploma. II - O processo de revalidação é instaurado mediante requerimento do interessado, exigindo-se uma série de documentos que serão analisados por uma Comissão especialmente designada para este fim. Não há obrigatoriedade de permanência da Comissão, podendo assim, ser fixado determinado período do ano para o recebimento dos pedidos de revalidação. III - A Resolução CNE/CES nº 8/2007 alterou o artigo 4º da Resolução CNE/CES nº 01/2002 e passou a prever, expressamente, a possibilidade de fixação de prazos para inscrição dos candidatos, de onde se conclui inexistir direito a amparar a pretensão da impetrante. IV - A norma administrativa não afronta o princípio da razoabilidade, pois não seria razoável exigir que a instituição de ensino receba, a qualquer tempo, pedidos de revalidação de diplomas estrangeiros

de formados residentes nas mais diversas cidades desta nação, descurando-se de sua atividade principal e mantendo, por tempo indeterminado, a Comissão que avaliará a equivalência do curso realizado no exterior com o que é oferecido no Brasil, arcando, ainda, com todos os custos inerentes a esta manutenção. V - Recurso adesivo prejudicado. VI - Apelação e remessa oficial providas."
(TRF 3ª Região, AMS nº 200760000064380, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, j. 07.10.2010, DJF3 25.10.2010)

"ADMINISTRATIVO - ENSINO SUPERIOR - REVALIDAÇÃO DE DIPLOMA ESTRANGEIRO. 1. O art. 48, § 2º, da Lei nº 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - dispõe que todas as universidades públicas se encontram autorizadas a revalidar diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras. 2. O artigo 53, V, do mesmo diploma legal assegura às universidades, no exercício de sua autonomia, sem prejuízo de outras atribuições, elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes. 3. A impetrante, por livre escolha, optou por revalidar seu diploma na Universidade impetrada. 4. Ao elegê-la, aceitou as normas dessa instituição concernentes ao processo seletivo para os portadores de diploma de graduação de Medicina, expedido por estabelecimento estrangeiro de ensino superior, suas provas e os critérios de avaliação. 5. Não há na Lei nº 9.394/96 vedação ao procedimento adotado pela instituição eleita."
(TRF 3ª Região, AMS nº 200760000025944, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, j. 30.09.2010, DJF3 08.11.2010)

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO* à apelação e à remessa oficial.
É o voto.
Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

- Sobre a revalidação de diploma estrangeiro de curso superior realizado no exterior por universidade pública federal, veja também os seguintes julgados: AMS 2007.60.00.007963-1, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa, publicada na RTRF3R 94/402 e AMS 0008818-17.2007.4.03.6000, Relator Desembargador Federal Nery Júnior, publicada nesta edição, RTRF3R 107/94.

APELAÇÃO CÍVEL
0002062-12.2009.4.03.6100
(2009.61.00.002062-3)

Apelante: SIRLENE MEIRE OLIVEIRA MARTINS
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: AC 1599390
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/05/2011

EMENTA

SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-PRÊMIO. PERÍODO AQUISITIVO. GOZO DE LICENÇA POR MOTIVO DE DOENÇA EM PESSOA DA FAMÍLIA. MP Nº 1.522/96.

I - Afastamento em razão de licença por motivo de doença em pessoa da família que não é considerado como de efetivo exercício, não se computando o lapso na contagem do tempo exigido para fins de concessão de licença-prêmio por assiduidade, anteriormente prevista no regime jurídico dos servidores públicos civis da União. Inteligência dos arts. 87, 102 e 103 da Lei nº 8.112/90.

II - Período aquisitivo que se completou após a vigência da MP nº 1.522/96. Licença-prêmio indevida. Precedentes.

III - Recurso 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 recurso nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de maio de 2011.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Trata-se de ação ordinária proposta por SIRLENE MEIRE OLIVEIRA MARTINS em face da UNIÃO FEDERAL visando o reconhecimento de alegado direito à licença-prêmio que foi administrativamente negada.

Alega a autora, em síntese, que na averbação de tempo de serviço para fins de aposentadoria não foi considerada a licença-prêmio por assiduidade referente ao período de 29.09.1991 a 26.09.1996, a qual, no seu entender, fazia jus e que, na hipótese, seria computada em dobro, revelando-se referido período como determinante para a concessão da pretendida aposentadoria. Sustenta que o fato de ter gozado, dentro do período aquisitivo, de licença por motivo de doença em pessoa da família, com vencimentos, não retira o direito à licença-prêmio.

Através da sentença de fls. 162/164 o MM. Juiz "*a quo*" julgou improcedente a ação.

Apela a autora reiterando o pedido contido na inicial.
Com as contra-razões, subiram os autos a esta Corte.
É o relatório.
Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Trata-se de ação ordinária em que se discute alegado direito à licença-prêmio prevista na redação original do art. 87 da Lei nº 8.112/90, que foi negada administrativamente ao argumento de que a autora teria gozado, no respectivo período aquisitivo, 60 (sessenta) dias de licença por motivo de doença em pessoa da família, com remuneração, o que provocou extensão do período aquisitivo, que só se completou quando já em vigor a MP nº 1522 de 11.10.1996, através da qual foi revogado o benefício da licença-prêmio por assiduidade.

A solução da questão depende da análise em cotejo dos arts. 87, 88, 97, 102 e 103 da Lei nº 8.112/90, que tinham, à época, a seguinte redação:

"Art. 87. Após cada qüinqüênio ininterrupto de exercício, o servidor fará jus a 3 (três) meses de licença, a título de prêmio por assiduidade, com a remuneração do cargo efetivo.
Art. 88. Não se concederá licença-prêmio ao servidor que, no período aquisitivo:
I - sofrer penalidade disciplinar de suspensão;
II - afastar-se do cargo em virtude de:
a) licença por motivo de doença em pessoa da família, sem remuneração;
b) licença para tratar de interesses particulares;
c) condenação a pena privativa de liberdade por sentença definitiva;
d) afastamento para acompanhar cônjuge ou companheiro.
Parágrafo único. As faltas injustificadas ao serviço retardarão a concessão da licença prevista neste artigo, na proporção de 1 (um) mês para cada falta.
Art. 97. Sem qualquer prejuízo, poderá o servidor ausentar-se do serviço:
I - por 1 (um) dia, para doação de sangue;
II - por 2 (dois) dias, para se alistar como eleitor;
III - por 8 (oito) dias consecutivos em razão de :
a) casamento;
b) falecimento do cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela e irmãos.
Art. 102. Além das ausências ao serviço previstas no art. 97, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de:
I - férias;
II - exercício de cargo em comissão ou equivalente, em órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal;
III - exercício de cargo ou função de governo ou administração, em qualquer parte do território nacional, por nomeação do Presidente da República;
IV - participação em programa de treinamento regularmente instituído;
V - desempenho de mandato eletivo federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, exceto para promoção por merecimento;

VI - júri e outros serviços obrigatórios por lei;
VII - missão ou estudo no exterior, quando autorizado o afastamento;
VIII - licença:
a) à gestante, à adotante e à paternidade;
b) para tratamento da própria saúde, até 2 (dois) anos;
c) para o desempenho de mandato classista, exceto para efeito de promoção por merecimento;
d) por motivo de acidente em serviço ou doença profissional;
e) prêmio por assiduidade;
f) por convocação para o serviço militar;
IX - deslocamento para a nova sede de que trata o art. 18;
X - participação em competição desportiva nacional ou convocação para integrar representação desportiva nacional, no País ou no exterior, conforme disposto em lei específica;
Art. 103. Contar-se-á apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade:
I - o tempo de serviço público prestado aos Estados, Municípios e Distrito Federal;
II - a licença para tratamento de saúde de pessoa da família do servidor, com remuneração;
III - a licença para atividade política, no caso do art. 86, § 2º;
IV - o tempo correspondente ao desempenho de mandato eletivo federal, estadual, municipal ou distrital, anterior ao ingresso no serviço público federal;
V - o tempo de serviço em atividade privada, vinculada à Previdência Social;
VI - o tempo de serviço relativo a tiro de guerra;
§ 1º O tempo em que o servidor esteve aposentado será contado apenas para nova aposentadoria.
§ 2º Será contado em dobro o tempo de serviço prestado às Forças Armadas em operações de guerra.
§ 3º É vedada a contagem cumulativa de tempo de serviço prestado concomitantemente em mais de um cargo ou função de órgão ou entidades dos Poderes da União, Estado, Distrito Federal e Município, autarquia, fundação pública, sociedade de economia mista e empresa pública."

Conforme exegese dos citados dispositivos legais, fazia o servidor público federal jus a licença-prêmio por assiduidade a cada qüinqüênio ininterrupto de exercício, dispondo taxativamente o art. 102 do regime jurídico dos servidores públicos civis da União sobre os afastamentos considerados como de efetivo exercício e não se observa ali alusão ao afastamento decorrente de licença por motivo de doença em pessoa da família. Note-se que o dispositivo legal estabelece como sendo de efetivo exercício o afastamento em razão de licença para tratamento de saúde própria, até dois anos (art. 102, VIII, *b*), mas não faz qualquer referência à licença por motivo de doença em pessoa da família, por outro lado prevendo o art. 103, II, que esta última será computada apenas para efeito de aposentadoria e disponibilidade, destarte, diante do estatuído no diploma legal que rege o funcionalismo público civil federal, alcança-se o raciocínio de que a licença por motivo de doença em pessoa da família interrompe o tempo de exercício e não se computa na apuração do tempo exigido para fins de licença-prêmio.

No caso dos autos foram exatamente nesse sentido as medidas adotadas pela

Administração em relação à autora. No período aquisitivo em discussão (29.09.91 a 26.09.96) usufruiu a autora, conforme documento de fl. 19, 60 (sessenta) dias de licença por motivo de doença em pessoa da família, período este que não pode ser computado como tempo de serviço efetivo. Dessa forma, o término do período aquisitivo da licença-prêmio, que seria em 26.09.96, passou a ser em 25.11.96, data em que já estava em vigor a MP nº 1.522 de 11.10.96 que revogou a licença-prêmio e criou a licença-capacitação nos seguintes termos:

> "Art. 7º. Os períodos de licença-prêmio, adquiridos na forma da Lei nº 8.112, de 1990, até 15 de outubro de 1996, poderão ser usufruídos ou contados em dobro para efeito de aposentadoria ou convertidos em pecúnia no caso de falecimento do servidor, observada a legislação em vigor até 15 de outubro de 1996.
> Parágrafo Único - Fica resguardado o direito ao cômputo do tempo de serviço residual para efeitos de concessão da licença capacitação."

Registre-se que absolutamente não se trata de negativa de direito à licença-prêmio pelo simples fato de ter a autora gozado licença por motivo de doença em pessoa da família mas sim de não implementação do tempo exigido para fins de concessão do benefício enquanto ainda era previsto na norma legal.

Desta forma, completado o período aquisitivo após a data de 15.10.96 prevista na MP nº 1522/96 não há que se falar em direito à licença-prêmio. Nesse sentido:

> "ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA PRÊMIO. MP Nº 1522/96. VIGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. Ao servidor que completou o período aquisitivo após a edição da Medida Provisória nº 1522/96, não existe direito adquirido à licença prêmio a ser resguardado.
> 2. Apelação improvida."
> (TRF 3ª Região, AMS 208794, Processo: 2000.03.99.065721-6/SP, Relator Juiz Convocado Fausto de Sanctis, 2ª Turma, Data do Julgamento: 02/03/2004, Fonte: DJU DATA: 26/03/2004 PÁGINA: 393)

> "ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-PRÊMIO POR ASSIDUIDADE. LEI Nº 8.112/90, ART. 87. PERÍODO AQUISITIVO COMPLETADO NA VIGÊNCIA DA MP Nº 1.522/96. IMPOSSIBILIDADE.
> I - A licença-prêmio por assiduidade, prevista no art. 87 da Lei nº 8.112/90, foi substituída pela licença para capacitação profissional, por força da Medida Provisória nº 1.522/96.
> II - Completado o período aquisitivo de cinco anos após a vigência da referida Medida Provisória, incabível reconhecer o direito à percepção da vantagem de acordo com os requisitos da Lei nº 8.112/90, em sua redação original. Recurso especial conhecido e provido."
> (STJ, Relator Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 02.09.2002, p. 223)

Nada, destarte, a objetar à sentença ao aduzir que "Conclui-se que a licença para tratamento de saúde de pessoa da família do servidor, com remuneração, apesar de não poder ser considerada como causa impeditiva absoluta para a concessão de licença-prêmio

(como é a licença sem remuneração, por significar ausência mais prolongada ao serviço), não pode ser computada como tempo de efetivo exercício de trabalho ao servidor, de forma que o tempo usufruído naquela licença não pode ser considerado para fins de licença-prêmio."

Por estes fundamentos *nego provimento* ao recurso, nos termos supra.

É como voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0033598-71.2010.4.03.0000
(2010.03.00.033598-0)

Agravante: UNIÃO FEDERAL
Agravada: IARA CRISTINA NOGUEIRA BISCOLA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE DOURADOS - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AI 423016
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/05/2011

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO INTERNO DE REMOÇÃO DE SERVIDOR FEDERAL (MPU). PRINCÍPIO DA ANTIGUIDADE ENTRE OS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS, QUE DEVE ORIENTAR A REMOÇÃO/RELOTAÇÃO EM FAVOR DOS MAIS ANTIGOS. RECURSO DA UNIÃO IMPROVIDO.
1. Não há razoabilidade em vedar a possibilidade de concorrência da autora/agravada em concurso de remoção para outra unidade administrativa do mesmo Estado da federação *tão somente em razão da ausência de requisito temporal* a que alude o artigo 28 da Lei nº 11.415/2006, já que a vaga por ela perseguida em tese poderá acabar sendo preenchida por servidor recém nomeado, de concurso ulterior em trâmite, ofendendo o critério de antiguidade que, aliás, é *um dos parâmetros* utilizados na classificação do concurso de remoção.
2. A justificativa apresentada pela Administração para não realizar novos concursos de relotação é pífia, não se sustenta quando confrontada com os motivos dos atos administrativos que ensejaram a realização das relotações anteriores para os servidores oriundos do 5º Concurso de Provimento de Cargos.
3. A teor do documento juntado a fls. 85/88 o pedido administrativo de realização de concurso de lotação formulado pela autora foi indeferido sob o fundamento de que *não seria permitido o deslocamento* entre a Procuradoria da República no Estado (lotação almejada pela autora) e as Procuradorias da República nos Municípios (como é o caso da Procuradoria da República em Dourados, a atual lotação da servidora), por tratarem-se de “unidades administrativas distintas” (a primeira seria “unidade gestora” e as últimas “unidades administrativas” àquela vinculadas).
4. Aliado a este fundamento a administração ainda aduziu a *necessidade* de o servidor permanecer na lotação inicial por um prazo mínimo de três anos (Lei nº 11.415/2006), pelo que o pedido estaria prejudicado. Sucede que no “site” do Ministério Público Federal encontram-se os editais anteriores de concurso de relotação (edital PGR/MPU Nº 21 de 19 de setembro de 2008 e edital PGR/MPF Nº 44, de 26 de novembro de 2008) ambos destinados aos servidores oriundos do 5º Concurso Público para ingresso nas Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União, como é o caso da agravada.
5. Deve-se assegurar aos servidores públicos a remoção/relotação para outras localidades ou repartições, onde haja vagas, prioridade sobre colegas mais novos e futuros servidores que integrarão a carreira, cabendo a esses o que remanescer.
6. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de maio de 2011.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator): Trata-se de agravo de instrumento tirado pela UNIÃO FEDERAL contra decisão (fls. 129/131) proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Dourados/MS que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela a fim de determinar a ré - ora agravante - que possibilite a participação da autora IARA CRISTINA NOGUEIRA BISCOLA, Analista Processual do MPU, lotada na PR/MS em Dourados/MS, no Concurso de Remoção Edital nº 15 PGR/MPU, de 29.09.2010, limitada sua participação no âmbito do Estado do Mato Grosso do Sul.

Restou consignado ainda na interlocutória que o réu deverá garantir à requerente/agravada preferência de remoção à PR/MS de Campo Grande em detrimento dos aprovados no 6º Concurso de Provimento de Cargos Públicos do MPU *em andamento*, bem assim que a remoção da requerente somente se efetivará com a posse destes candidatos aprovados.

Na petição inicial (fls. 08/31) a autora - servidora pública federal aprovada no 5º Concurso Público para provimento de cargos para as carreiras de Analista Processual do Ministério Público da União e nomeada mediante portaria datada de 12.12.2008, com exercício no cargo a partir de 15.12.2008 - entende que lhe foi dado tratamento desigual em relação aos aprovados no *mesmo concurso*, já que alguns de seus colegas participaram de concursos de relotação anteriores.

Sustenta que a partir de julho de 2010 a Administração deixou de realizar o concurso de relotação sem qualquer aviso prévio, o qual sempre tinha lugar após o concurso de remoção e se destinava aos servidores oriundos do 5º Concurso de Provimento de Cargos, permitindo o deslocamento dentro da mesma unidade da federação sem o requisito temporal (três anos de exercício) exigido no concurso de remoção.

O d. Juiz da causa acolheu as alegações entendendo haver injustificada desigualdade de tratamento, pois outros servidores na mesma condição da autora usufruíram de concursos de relotação, além de que os "claros de lotação" em Campo Grande/MS almejado pela servidora IARA CRISTINA, serão destinados aos aprovados no 6º Concurso de Provimento de Cargos, em detrimento da antiguidade da autora.

Nas razões do agravo de instrumento a União afirma, em síntese, que não houve violação ao princípio da isonomia, já que o deferimento de algumas relotações respeitou a ordem de classificação no certame e também o interesse público, possuindo o Procurador-Geral discricionariedade para movimentar os servidores da carreira administrativa do MPU.

Sustenta ainda a agravante que a remoção de servidor somente ocorrerá após três

anos da lotação originária (artigo 28 da Lei nº 11.415/2006), não existindo direito adquirido para os demais servidores não beneficiados nos concursos de relotação anteriores.

Há pedido de concessão de efeito suspensivo (fl. 04).

O pedido de efeito suspensivo *foi indeferido* por decisão deste Relator (fls. 165/167).

Sem contraminuta, vieram os autos conclusos para oportuna inclusão em pauta de julgamento.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator): Trata-se de agravo de instrumento tirado pela UNIÃO FEDERAL contra decisão (fls. 129/131) proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Dourados/MS que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela a fim de determinar a ré - ora agravante - que possibilite a participação da autora IARA CRISTINA NOGUEIRA BISCOLA, Analista Processual do MPU, lotada na PR/MS em Dourados/MS, no Concurso de Remoção Edital nº 15 PGR/MPU, de 29.09.2010, limitada sua participação no âmbito do Estado do Mato Grosso do Sul.

Não foram apresentadas quaisquer argumentações que modifiquem o entendimento deste Relator, exposto quando da prolação da decisão que analisou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 165/167).

Por esta razão, transcrevo os fundamentos daquela decisão adotando-os como razão de decidir o mérito deste *agravo*:

> "A decisão agravada encontra-se devidamente fundamentada.
> Não entrevejo razoabilidade em vedar a possibilidade de concorrência da autora/agravada em concurso de remoção para outra unidade administrativa do mesmo Estado da federação tão somente em razão da ausência de requisito temporal a que alude o artigo 28 da Lei nº 11.415/2006, já que a vaga por ela perseguida em tese *poderá acabar sendo preenchida por servidor recém nomeado*, de concurso ulterior em trâmite, ofendendo o critério de antiguidade que, aliás, é um dos parâmetros utilizados na classificação do concurso de remoção.
> Ainda, observo que a justificativa apresentada pela Administração para não realizar novos concursos de relotação é pífia, não se sustenta quando confrontada com os motivos dos atos administrativos que ensejaram a realização das relotações anteriores para os servidores oriundos do 5º Concurso de Provimento de Cargos.
> A teor do documento juntado a fls. 85/88 observo que o pedido administrativo de realização de concurso de lotação formulado pela autora foi indeferido sob o fundamento de que não seria permitido o deslocamento entre a Procuradoria da República no Estado (lotação almejada pela autora) e as Procuradorias da República nos Municípios (como é o caso da Procuradoria da República em Dourados, a atual lotação da servidora), por tratarem-se de 'unidades administrativas distintas' (a primeira seria 'unidade gestora' e as últimas 'unidades administrativas' àquela vinculadas).

Aliado a este fundamento a administração ainda aduziu a necessidade de o servidor permanecer na lotação inicial por um prazo mínimo de três anos (Lei nº 11.415/2006), pelo que o pedido estaria prejudicado.

Sucede que no 'site' do Ministério Público Federal encontram-se os editais anteriores de concurso de relotação (edital PGR/MPU Nº 21 de 19 de setembro de 2008 e edital PGR/MPF Nº 44, de 26 de novembro de 2008) ambos destinados aos servidores oriundos do 5º Concurso Público para ingresso nas Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União, como é o caso da agravada. No item 2 consta o seguinte:

'2. A opção de relotação somente poderá ser feita dentro da unidade administrativa para a qual foi nomeado o servidor, que compreende a Procuradoria da República no Estado e as Procuradorias da República nos Municípios que lhe forem vinculadas.'

Como se vê, não havia qualquer empecilho à relotação de servidores dentro da mesma unidade administrativa '... que compreende a Procuradoria da República no Estado e as Procuradorias da República nos Municípios que lhe forem vinculadas'. Ainda, houve flexibilização do requisito temporal (tempo mínimo de lotação inicial). Sendo assim, a mudança de orientação não se justifica ainda mais tendo em vista que a situação da agravada é a mesma de seus colegas que já se beneficiaram do posicionamento antes adotado pela Administração.

A agravada está sendo prejudicada pelo entendimento 'administrativo' que confronta a isonomia.

Como bem lançado pelo d. juiz federal, 'tal desigualdade mostra-se mais evidente quando verificado que os claros de lotação em Campo Grande/MS, perseguido pela autora, destinar-se-ão aos aprovados em concurso posterior em razão do não preenchimento em concurso de remoção que prevê a necessidade de cumprir-se um verdadeiro "pedágio" pelos servidores anteriormente lotados em outras localidade'. Ora, a assertiva de 1ª Instância evidencia o desacerto do ato que atinge a agravada, pois os novos servidores a serem aprovados no 6º Concurso certamente não serão prejudicados porque poderão ser lotados nos 'claros' surgidos com o deslocamento dos participantes do concurso de remoção, preservando-se o interesse público.

Quem está sendo prejudicada é a agravada, e sem nenhuma razão de direito ponderável.

A corroborar o entendimento exposto colaciono os seguintes julgados:

'PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DO TESOURO NACIONAL. CONCURSO INTERNO DE REMOÇÃO. PRINCÍPIO DA ANTIGUIDADE.

- *O princípio constitucional que garante a convocação do candidato aprovado em concurso público anterior, com preferência sobre os novos concursados, é o mesmo que deve garantir aos servidores, por questão de antiguidade, a remoção para outras localidades onde haja claros de lotação, prioritariamente sobre os futuros servidores que ingressarão na respectiva carreira*.

- É possível à administração, antes da abertura de concurso público, promover processo de remoção interna, para relotação de servidores em outras localidades, disponibilizando depois as localidades destinadas a concurso público.'

(*Tribunal Regional Federal - 5ª Região*, AGTR 68404/CE, Agravo de Instrumento: 0020939-15.2006.4.05.0000, Órgão Julgador: Terceira Turma, Relator Desembargador Federal ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO (Substituto), Data Julgamento 21/06/2007, Diário da Justiça: 14/08/2007 - PÁGINA: 682 - Nº: 156 - ANO: 2007).

'CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PARTICIPAÇÃO EM CONCURSO DE REMOÇÃO. AFTN. ESTÁGIO PROBATÓRIO. ILEGALIDADE DA RESTRIÇÃO. PORTARIA Nº 76/96 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. ART. 36 DA LEI Nº 8.112/90.

I - Afigura-se descabida a exigência do interstício de dois anos da nomeação como requisito para participação em concurso de remoção, contida no art. 5º da Portaria nº 76/96, do Ministério da Fazenda.

II - É direito do servidor, assegurado por lei, a participação em concurso de remoção, consoante expressa o art. 36 da Lei nº 8.112/90, que nenhuma distinção faz quanto ao funcionário estar ou não em estágio probatório, para ser beneficiado pela remoção.

III - Apesar de caracterizarem atos discricionários a abertura de concurso de remoção e as condições de participação no mesmo, uma vez aberto, pela Administração, o concurso de remoção, está ela obrigada a agir dentro dos limites da lei, não podendo, no caso, prover vagas, nelas lotando novos servidores, sem antes abrir concurso de remoção para que, aqueles que já possuam vínculo com o órgão, possam fazer sua opção.

IV - Apelação e remessa oficial desprovidas.'

(*Tribunal Regional Federal - 1ª Região*, AMS 2000.01.00.037410-1/DF, Rel. Desembargador Federal SOUZA PRUDENTE, Sexta Turma, DJ p. 59 de 06/11/2002).

'AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. REMOÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. TRANSFERÊNCIA DE LOCAL DE SERVIÇO. DEFERIMENTO. MORA IMOTIVADA PARA EFETIVAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF. ACÓRDÃO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ENUNCIADO 83, DA SÚMULA DO STJ.

1. A Administração, ao autorizar a transferência ou a remoção de agente público, vincula-se aos termos do próprio ato, portanto, submete-se ao controle judicial a morosidade imotivada para a concretização da movimentação (Teoria dos Motivos Determinantes).

2. Pela Teoria dos Motivos Determinantes, a validade do ato administrativo está vinculada à existência e à veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos.

3. No caso, em harmonia com a jurisprudência do STJ, o acórdão recorrido entendeu indevida a desvinculação do procedimento administrativo ao Princípio da Razoabilidade, portanto considerou o ato passível ao crivo do Poder Judiciário, *verbis*: "a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da Teoria dos Motivos Determinantes, obedecendo ao Princípio da Razoabilidade." (fls. 153).

4. Pretensão e acórdão *a quo*, na via especial, firmados em preceito constitucional elidem o exame do STJ.
5. Acórdão *a quo* em consonância com a jurisprudência deste Tribunal (Enunciado 83 da Súmula do STJ).
6. Agravo regimental a que se nega provimento.'
(*Superior Tribunal de Justiça*, AgRg no REsp 670.453/RJ, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 08/03/2010)
Pelo exposto, *indefiro* a o pedido de efeito suspensivo e mantenho íntegra a interlocutória recorrida".

Pelo exposto, *nego provimento ao agravo de instrumento*.
É como voto.
Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0002261-30.2011.4.03.0000
(2011.03.00.002261-1)

Agravante: LUIS FERNANDO SEABRA
Agravada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: AI 429563
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/05/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA EM QUE O AGRAVANTE OBJETIVA SUA DESCONVOCAÇÃO PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR, CONVOCAÇÃO ESSA DECORRENTE DO FATO DE TER CONCLUÍDO O CURSO DE MEDICINA. A DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE OCORREU QUANDO COMPLETOU 18 ANOS. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO PARA COM O SERVIÇO MILITAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. AGRAVO LEGAL PREJUDICADO.
I - O art. 4º da Lei nº 5.292/67 teve sua redação alterada pela Lei nº 12.336/2010, que também revogou o § 2º do mesmo dispositivo legal.
II - A questão deve ser apreciada à luz do art. 5º da Lei nº 12.336/2010, que dispõe no sentido de que "O caráter de obrigatoriedade das convocações posteriores a que estão sujeitos os MFDV deverá ser expresso pelos Ministros Militares no ato de convocação."
III - O Edital de Convocação expedido pelo Ministério da Defesa estabelece que estarão concorrendo à seleção, em caráter obrigatório, "os brasileiros, do sexo masculino, que tenham diploma de Medicina, que estejam em débito com o Serviço Militar".
IV - O agravante não se enquadra nessa situação, porquanto foi dispensado do serviço militar em 29/09/93, por excesso de contingente. A nova convocação não pode alcançá-lo, em razão de inexistência de débito para com o serviço militar. Precedentes do STJ.
V - Agravo de instrumento provido para suspender a convocação do agravante para prestação de serviço militar obrigatório. Agravo Legal prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao Agravo de Instrumento para o fim de suspender a convocação do agravante para prestação do serviço militar obrigatório para médico, que consta do Ofício nº 531-OFTMPR-SMR/2, suspensão essa que alcança também a "condição de reserva, até o dia 31 de maio de 2011" (item 3 do mesmo Ofício), e julgar prejudicado o Agravo Legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de maio de 2011.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): Trata-se de agravo de instrumento interposto por LUIS FERNANDO SEABRA em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 10ª Vara de S. Paulo/SP que, nos autos de mandado de segurança em que objetiva sua desconvocação para prestação de serviço militar, convocação essa decorrente do fato de ter concluído a graduação no curso de medicina, indeferiu a pretendida liminar, ao fundamento de que embora o agravante tenha sido dispensado do serviço militar inicial em 29/09/1993, por excesso de contingente, somente estão dispensados do serviço militar os médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários excedentes, nos termos do art. 23 da lei federal nº 5.292/67, com a redação dada pela lei federal nº 12.336/2010 (fls. 105/107).

Aduz, em síntese, que obteve o título de bacharel em medicina em 25/10/2010 e que em razão de sua condição de médico foi convocado a comparecer à Junta do Exército para prestação do serviço militar, devendo apresentar-se em 10/01/2011.

Alega que já cumpriu seu dever cívico ao completar 18 anos, quando foi dispensado por excesso de contingente, tendo sido surpreendido com a convocação, que se deu em razão da Portaria nº 1.600, de 10/12/2009, do Ministério da Defesa, que aprovou o Plano Geral de Convocação para o serviço militar nas Forças Armadas em 2011.

Sustenta que o art. 4º, § 2º, da Lei nº 5.292/67 padece de vício de inconstitucionalidade, por violação ao art. 5º, *caput*, e seu inciso XXXVI, da Constituição Federal, uma vez que a convocação de pessoa já dispensada por excesso de contingente, viola o princípio da segurança jurídica, além de desrespeitar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Nas fls. 122/125 consta a decisão proferida por este Relator, que deferiu efeito suspensivo ao recurso.

A contraminuta veio aos autos nas fls. 131/136.

A UNIÃO FEDERAL interpôs Agravo Legal (fls. 137/143).

O parecer do Ministério Público Federal foi no sentido de que o recurso seja provido (fls. 145/147).

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): De início destaco que o noticiado art. 4º da Lei nº 5.292/67 teve sua redação alterada pela Lei nº 12.336, de 26 de outubro de 2010, que também revogou o § 2º do mesmo dispositivo legal, transcrito nas razões recursais, conforme já ressaltado pelo juízo *a quo*, cujo teor atual é o que segue:

> "Art. 4º - Os concluintes dos cursos nos IEs destinados à formação de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários que não tenham prestado o serviço militar inicial obrigatório no momento da convocação de sua classe, por adiamento ou dispensa de incorporação, deverão prestar o serviço militar no ano seguinte ao da conclusão do respectivo curso ou após a realização de programa de residência médica ou pós-graduação, na forma estabelecida pelo *caput* e pela alínea 'a' do

parágrafo único do art. 3º, obedecidas as demais condições fixadas nesta Lei e em sua regulamentação."

No mais, independentemente da alegada violação, pelo legislador ordinário, do princípio constitucional da segurança jurídica, entendo que a questão deve ser apreciada à luz do art. 5º da mesma Lei nº 12.336/2010, que dispõe:

"Art. 5º - O caráter de obrigatoriedade das convocações posteriores a que estão sujeitos os MFDV deverá ser expresso pelos Ministros Militares no ato de convocação."

Atento a esse comando normativo, verifico que o Edital de Convocação de médico, farmacêutico, dentista e veterinário, de nº 002, de 26/03/2010 (cópia nas fls. 78/82), expedido pelo Ministério da Defesa, estabelece no item 2, letra "a", nº 3, que estarão concorrendo à seleção, em caráter obrigatório, "os brasileiros, do sexo masculino, que tenham Diploma de Medicina, que estejam em débito com o Serviço Militar" (fl. 79).

O agravante não se enquadra nessa situação, porquanto foi dispensado do serviço militar em 29/09/93, por excesso de contingente, conforme indica seu certificado de reservista (cópia na fl. 76), dispensa essa também reconhecida pelo juiz da causa.

Com isso, a convocação em questão não pode alcançar o agravante, em razão de inexistência de débito para com o serviço militar.

Também a jurisprudência do STJ está pacificada no sentido de impossibilidade de convocação posterior à dispensa de prestação do serviço militar, conforme julgados que seguem:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. MILITAR. SERVIÇO OBRIGATÓRIO. PROFISSIONAL DA ÁREA DE SAÚDE. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
I - A jurisprudência desta Corte Superior entende que não pode a Administração, após ter dispensado o autor de prestar o serviço militar obrigatório, por excesso de contingente, renovar a sua convocação por ter concluído o Curso de Medicina.
II - Agravo regimental a que se nega provimento."
(STJ, AgRg no Ag 1261505/RS, Sexta Turma, Rel. Min. OG Fernandes, j. 13/04/2010, DJe 03/05/2010)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO MILITAR. DISPENSA. EXCESSO. CONTINGENTE. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.
I - Segundo a orientação jurisprudencial pacificada no âmbito desta Corte Superior, não se aplica o art. 4º, § 2º, da Lei nº 5.292/67 aos profissionais de saúde - médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários - anteriormente dispensados do serviço militar obrigatório por excesso de contingente, razão pela qual não podem ser novamente convocados após a conclusão do curso superior.
II - Agravo regimental improvido."
(STJ, AgRg no Resp 893068/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 29/05/2008, DJe 04/08/2008)

Diante do exposto, *DOU PROVIMENTO* ao agravo de instrumento para o fim de suspender a convocação do agravante para prestação do serviço militar obrigatório para médico, que consta do Ofício nº 531-OFTMPR-SMR/2 (cópia na fl. 72), suspensão essa que alcança também a "condição de reserva, até o dia 31 de maio de 2011" (item 3 do mesmo Ofício), e julgo prejudicado o Agravo Legal.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

DIREITO AMBIENTAL

RECURSO ESPECIAL
965.078 - SP
(2006/0263624-3)

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Recorrida: NEIDE MOTTA AYUSSO
Relator: MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Classe do Processo: REsp 965078 - SP
Disponibilização do Acórdão: DJE 27/04/2011

EMENTA

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. QUEIMA DE PALHA DA CANA-DE-AÇÚCAR. IMPOSSIBILIDADE. DANO AO MEIO AMBIENTE.

1. A Segunda Turma do STJ reconheceu a ilegalidade da queima de palha de cana-de-açúcar, por se tratar de atividade vedada, como regra, pela legislação federal, em virtude dos danos que provoca ao meio ambiente.

2. De tão notórios e evidentes, os males causados pelas queimadas à saúde e ao patrimônio das pessoas, bem como ao meio ambiente, independem de comprovação de nexo de causalidade, pois entender diversamente seria atentar contra o senso comum. Insistir no argumento da inofensividade das queimadas, sobretudo em época de mudanças climáticas, ou exigir a elaboração de laudos técnicos impossíveis, aproxima-se do burlesco e da denegação de jurisdição, pecha que certamente não se aplica ao Judiciário brasileiro.

3. O acórdão recorrido viola o art. 27 da Lei nº 4.771/1965 ao interpretá-lo de forma restritiva e incompatível com a Constituição da República (arts. 225, 170, VI, e 186, II)). Para a consecução do mandamento constitucional e do princípio da precaução, forçoso afastar, como regra geral, a queima de palha da cana-de-açúcar, sobretudo por haver instrumentos e tecnologias que podem substituir essa prática, sem inviabilizar a atividade econômica.

4. Caberá à autoridade ambiental estadual expedir autorizações – específicas, excepcionais, individualizadas e por prazo certo – para uso de fogo, nos termos legais, sem a perda da exigência de elaboração, às expensas dos empreendedores, de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, na hipótese de prática massificada, e do dever de reparar eventuais danos (patrimoniais e morais, individuais e coletivos) causados às pessoas e ao meio ambiente, com base no princípio poluidor-pagador.

5. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro HERMAN BENJAMIN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

> "Ação Civil Pública. Discussão acerca de queima de palha de cana-de-açúcar. 1. Procedente a ação, incabível apelo ministerial para reconhecer a inconstitucionalidade de lei estadual, alterando-lhe o fundamento. 2. A vedação da queima de palha de cana-de-açúcar baseada na legislação estadual não configura ilegalidade. 3. Editada legislação estadual superveniente ao ajuizamento da demanda, inafastável sua aplicabilidade. 4. Insubsistente a sentença calcada somente em estudos científicos relativos à matéria, sem apreciação dos laudos capazes de estabelecer nexo de causalidade. 5. Apelação do autor não conhecida, provida a da acionada para julgar improcedente a ação."

O recorrente alega violação dos arts. 125, 332, 333, 334, 420, 424 e 431 do CPC; dos arts. 3º, 4º, 14 e 27 da Lei nº 4.771/1965; dos arts. 1º, 7º e 10 da Lei nº 5.197/1967; dos arts. 2º, 3º, 4º e 10 da Lei nº 6.938/1981; e dos arts. 2º, 3º, 4º, 7º, 8º, 12 e 26 da Lei nº 8.171/1981.

Sustenta, em síntese (fl. 1.791):

> "O raciocínio lógico intuitivo do ser humano médio não muito afeito a investigações científicas é suficiente para levá-lo a concluir que o período entre o plantio da cana-de-açúcar e seu corte, de mais de um ano, é suficiente para a criação de habitat de várias espécies animais, inclusive aves, que são criminosamente extintas com as queimadas.
> O fato não poderia ser mais público e notório.
> Não é preciso ser cientista para conferir o desconforto causado pela fuligem, do que se pode extrair licitamente a presunção de que a atividade acarreta um verdadeiro desastre ao sistema ecológico e à saúde humana. (...)"

> O Recurso Especial é fruto da conversão do AG 850.479/SP.
> Parecer do Ministério Público pelo não provimento do apelo (fls. 1.815-1.819).
> É o *relatório*.
> Ministro HERMAN BENJAMIN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN (Relator): Cuida-se de Ação Civil Pública em que se discute a legalidade da queima de palha de cana-de-açúcar.

A matéria foi recentemente decidida pela Segunda Turma, no julgamento do AgRg nos EDcl no REsp 1.094.873/SP, relatado pelo Ministro Humberto Martins , em que se analisava, como no caso dos autos, Ação Civil Pública proposta no Estado de São Paulo.

Transcrevo a ementa:

"AMBIENTAL – DIREITO FLORESTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CANA-DE-AÇÚCAR – QUEIMADAS – ARTIGO 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 4.771/65 (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."

Como se vê, a Segunda Turma do STJ reconheceu a ilegalidade da queima de palha de cana-de-açúcar, por se tratar de atividade expressamente proibida pela legislação federal, em virtude dos danos que provoca ao meio ambiente.

Dessa forma, o acórdão recorrido viola o art. 27 da Lei nº 4.771/1965 ao interpretá-lo de forma restritiva e incompatível com a Constituição da República. De fato, o art. 225 de nossa Carta (sem falar dos arts. 170, VI, e 186, II) reconhece o direito "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".

Ao contrário do que defende o acórdão recorrido, de tão notórios e evidentes, os males causados pelas queimadas à saúde e ao patrimônio das pessoas, bem como ao meio ambiente, independem de comprovação de nexo de causalidade, pois entender diversamente seria atentar contra o senso comum. Insistir no argumento da inofensividade dessas práticas arcaicas, sobretudo em época de mudanças climáticas, ou exigir a elaboração de laudos técnicos impossíveis, aproxima-se do burlesco, pecha que certamente não se aplica ao Judiciário brasileiro.

Ora, para a consecução do mandamento constitucional, forçoso afastar, como regra geral, sujeita às exceções previstas na legislação, a queima de palha da cana-de-açúcar, causadora de danos ambientais, sobretudo por haver instrumentos e tecnologias que podem substituir essa prática, sem inviabilizar a atividade econômica (REsp 1.094.873/SP, Relator Ministro Humberto Martins).

Claro, a autoridade ambiental estadual poderá expedir autorizações – específicas,

excepcionais, individualizadas e por prazo certo –, nos termos legais, sem a perda da exigência da elaboração, às expensas dos poluidores, de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, na hipótese de prática massificada, e do dever de reparar eventuais danos (patrimoniais e morais, individuais e coletivos) causados às pessoas e ao meio ambiente, com base no princípio poluidor-pagador.

Diante do exposto, *dou provimento ao Recurso Especial*. É como *voto*.

Ministro HERMAN BENJAMIN - Relator

RECURSO ESPECIAL
994.120 - RS
(2007/0234852-0)

Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Recorrido: CONDOMÍNIO SAN SEBASTIAN
Interessado: MUNICÍPIO DE ERECHIM
Relator: MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Classe do Processo: REsp 994120 - RS
Disponibilização do Acórdão: DJE 27/04/2011

EMENTA

ADMINISTRATIVO. POÇO ARTESIANO IRREGULAR. FISCALIZAÇÃO. OBJETIVOS E PRINCÍPIOS DA LEI DA POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS (LEI Nº 9.433/97). COMPETÊNCIA COMUM DO MUNICÍPIO.

1. Hipótese em que se discutem os limites da competência fiscalizatória municipal relacionada à perfuração de poço artesiano e sua exploração por particular.

2. O Município autuou o recorrido e lacrou seu poço artesiano, por inexistência de autorização e descumprimento da legislação estadual que veda a exploração dos recursos hídricos, pelo particular, naquela área.

3. O Tribunal de origem entendeu que a competência do Município para fiscalizar refere-se, exclusivamente, à proteção da saúde pública. Ocorre que a lacração do poço não decorreu dessa competência (a água é comprovadamente potável, sem risco para a saúde), mas sim por conta de descumprimento das normas que regem a exploração dos recursos hídricos, editadas pelo Estado.

4. Não há controvérsia quanto à legislação local, que, segundo o Ministério Público Estadual, veda a perfuração e a exploração de poço artesiano da área.

5. O acórdão recorrido fundamenta-se nas competências fixadas pela Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/97), ainda que interpretada à luz dos arts. 21, XIX, e 26, I, da Constituição Federal, o que atrai a competência do STJ.

6. A Lei nº 9.433/97, adotada pelo Tribunal de Justiça em suas razões de decidir, aponta claramente a competência dos Municípios para a gestão dos recursos hídricos (art. 1º, VI) e para a "integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federais e estaduais de recursos hídricos" (art. 31).

7. Os arts. 1º, VI, e 31 da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos devem ser interpretados sob o prisma constitucional, que fixa a competência comum dos Municípios, relativa à proteção do meio ambiente e à fiscalização da exploração dos recursos hídricos (art. 23, VI e XI, da Constituição).

8. A Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos significou notável avanço na proteção das águas no Brasil e deve ser interpretada segundo seus objetivos e princípios.

9. Três são os objetivos dorsais da Lei nº 9.4433/97, todos eles com repercussão na solução da presente demanda: a preservação da disponibilidade quantitativa e qualitativa de água, para as presentes e futuras gerações; a sustentabilidade dos usos da água, admitidos somente os de cunho racional; e a proteção das pessoas e do meio ambiente contra os eventos hidrológicos críticos, desiderato que ganha

maior dimensão em época de mudanças climáticas.

10. Além disso, a Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos apóia-se em uma série de princípios fundamentais, cabendo citar, entre os que incidem diretamente no litígio, o *princípio da dominialidade pública* (a água, dispõe a lei expressamente, é bem de domínio público), o *princípio da finitude* (a água é recurso natural limitado) e o *princípio da gestão descentralizada e democrática*.

11. As águas subterrâneas são "recurso ambiental", nos exatos termos do art. 3º, V, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), o que obriga o intérprete, na solução de litígios associados à gestão de recursos hídricos, a fazer uma leitura conjunta dos dois textos legais, em genuíno exercício de diálogo das fontes.

12. É evidente que a perfuração indiscriminada e desordenada de poços artesianos tem impacto direto no meio ambiente e na disponibilidade de recursos hídricos para o restante da população, de hoje e de amanhã. Feita sem controle, também põe em risco a saúde pública, por ausência de tratamento, quando for de rigor.

13. Em síntese, o Município tem competência para fiscalizar a exploração de recursos hídricos, superficiais e subterrâneos, em seu território, o que lhe permite, por certo, também coibir a perfuração e exploração de poços artesianos, no exercício legítimo de seu poder de polícia urbanístico, ambiental, sanitário e de consumo.

14. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) - Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro HERMAN BENJAMIN - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 281):

"APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO DE ERECHIM - VIGILÂNCIA SANITÁRIA. ABSTENÇÃO DE INTERDIÇÃO DE POÇO ARTESIANO CLANDESTINO. ÁGUA COMO UM BEM PÚBLICO. FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL RESTRITA À SAÚDE PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 23, II, 198, I E 200, I E II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPROVADA A POTABILIDADE DA ÁGUA. COMPETÊNCIA MUNICIPAL DE FISCALIZAÇÃO AFASTADA. LICENÇA PARA USO DA ÁGUA EM ZONA SERVIDA POR REDE PÚBLICA. COMPETÊNCIA DO ESTADO. MANDADO DE SEGURANÇA.

PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. APELAÇÕES IMPROVIDAS. SENTENÇA QUE SE CONFIRMA.

1. Diante da preocupação com a finitude da água, bem público e essencial à vida, foi instituída a Política Nacional de Recursos Hídricos, sendo um dos principais objetivos 'assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos'.

2. A Fiscalização Municipal, pois, no que concerne ao uso da água, está restrita, no âmbito de sua circunscrição, aos problemas relacionados à saúde pública, forte nos termos da Constituição Federal, arts. 23, II, 198, I e 200, I e II.

3. *In casu*, pois, ante a existência de prova da potabilidade da água, de todo incorreta a atuação do Município que acabou por avocar competência que não lhe foi atribuída.

4. É que as questões relacionadas à licença para uso da água de fonte alternativa de abastecimento em zona servida por rede pública é atribuição que compete ao Estado. SENTENÇA QUE SE CONFIRMA.

PRELIMINAR REJEITADA.

APELOS IMPROVIDOS. SENTENÇA QUE SE CONFIRMA EM REEXAME NECESSÁRIO."

O recorrente aponta ofensa aos arts. 1º, VI, e 31, da Lei nº 9.433/1997, pois o Município tem competência para a fiscalização relacionada à proteção do meio ambiente e, especificamente, à gestão dos recursos hídricos (fl. 337).

O Recurso foi admitido na origem (fl. 383).

O MPF opinou pelo não-conhecimento do Recurso (fl. 389).

É o *relatório*.

Ministro HERMAN BENJAMIN - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN (Relator): Discutem-se os limites da competência fiscalizatória municipal relacionada à perfuração de poço artesiano e sua exploração por particular.

O Município de Erechim - RS autuou o recorrido e lacrou seu poço artesiano, por inexistência de autorização e descumprimento da legislação estadual que veda a exploração dos recursos hídricos, pelo particular, naquela área. Transcrevo trecho do voto-condutor (fl. 282):

"Em razões (fls. 219-236), o Ministério Público argumenta que a decisão prolatada merece reforma uma vez que o ato impugnado não é ilegal e encontra respaldo em compromisso de ajustamento de conduta celebrado entre o Ministério Público e o Município de Erechim. Afirma que, apesar do impetrante não possuir outorga para a captação de água subterrânea, possui poço artesiano, além de ser servido pela água da CORSAN. Aduz ser tal atitude ilegal, não podendo privilegiar-se um direito individual em detrimento de um interesse público. Destaca que o art. 87 do Decreto estadual nº 23.430/71 e o art. 10, XXIX, da Lei nº 6.437/77, determinam que o abastecimento de água deve ser promovido exclusivamente pela rede pública."

O Tribunal de origem entendeu que a competência do Município para fiscalizar refere-se, exclusivamente, à proteção da saúde pública. Ocorre que a lacração do poço não decorreu dessa competência (a água é comprovadamente potável, sem risco para a saúde), mas sim por conta de descumprimento das normas que regem a exploração dos recursos hídricos, editadas pelo Estado. Transcrevo outro trecho do acórdão recorrido (fl. 284, verso):

> "No caso dos autos, entretanto, diante da existência de prova da potabilidade da água oriunda do poço artesiano, conforme se comprova com as análises periodicamente realizadas pelo impetrante e juntadas às fls. 28-47, o Município não mais se mostra competente para proceder à devida fiscalização ou mesmo proceder no lacramento do poço artesiano, porquanto sua competência está estritamente relacionada com o problemas relativos à saúde pública, hipótese descartada na presente situação. É que neste caso houve o deslocamento da controvérsia a respeito da possibilidade, ou não, do uso do poço artesiano em zona servida por rede pública de água, para fora do âmbito da saúde pública.
> Isso porque, os problemas relativos à autorização para o uso de poço artesiano não são de competência do Município, mas sim do Estado, consoante art. 26, I da Constituição Federal/88, através da Secretaria do Meio Ambiente – Departamento de Recurso Hídricos."

De início, destaco que não há controvérsia quanto à legislação local, que, segundo o Ministério Público Estadual, veda a perfuração e a exploração de poço artesiano da área.

O acórdão recorrido fundamenta-se nas competências fixadas pela Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/97), ainda que interpretada à luz dos arts. 21, XIX, e 26, I, da Constituição Federal, o que atrai a competência do STJ. Eis trecho do acórdão recorrido a que me refiro (fl. 283, anverso e verso):

> "Assim, diante da preocupação com a finitude deste bem essencial à vida, é que foi instituída a Política Nacional de Recursos Hídricos e criado o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamentando o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, Lei nº 9.433/97, mais conhecida como Lei das Águas, cujos fundamentos e objetivos são:
> 'Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:
> I - a água é um bem de domínio público;
> II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;
> III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;
> IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;
> V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;
> VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

CAPÍTULO II
DOS OBJETIVOS
Art. 2º São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:
I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos;
II - a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável;
III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.' sem grifos no original
E o Código das Águas Decreto nº 14.643/34, o qual disciplinava a respeito de águas públicas, comuns e privadas (o que mantinha a possibilidade de manter nas mãos de particulares o domínio da água), o qual já não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1998, restou derrogado em todos os dispositivos que contrariam a Lei nº 9.433/97, ou seja, á água, sem sombra de dúvida, é, efetivamente, um bem público.
Ora, sendo a água um bem finito e público, seu domínio deve estar restrito ao controle da administração, de modo que, através de valor econômico, seu uso seja feito de modo racionalizado, na esteira dos fundamentos e, principalmente num dos principais objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos, qual seja, 'assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos'.
Entretanto, e essencialmente para o deslinde da lide proposta, necessário ressaltar que compete ao Município, não só o poder de autuar aqueles que infringem as regras de vigilância sanitária, mas também o dever dessa fiscalização, porquanto como Ente Público tem o poder-dever de fiscalizar as atividades dos administrados, ainda mais no caso, cuja atividade está relacionada à Saúde Pública. Tudo de acordo com a Constituição Federal, bem como a legislação ordinária, em especial, a Portaria nº 1.469/2000 do Ministério da Saúde."

Assim, não se tratando de Direito local ou matéria exclusivamente constitucional, o STJ deve-se manifestar quanto à competência municipal, nos termos da legislação federal prequestionada, sempre à luz da Constituição Federal.

Diferentemente do que decidiu o Tribunal de origem, a competência do Município não se restringe às questões ligadas à saúde pública. Proteger os recursos hídricos, nos planos quantitativo e qualitativo, mais do que faculdade, *é dever de todos os entes da federação*: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei nº 9.433/97, adotada pelo TJ em suas razões de decidir, aponta claramente a competência dos municípios para a gestão dos recursos hídricos (art. 1º, VI) e para a "integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federais e estaduais de recursos hídricos" (art. 31). Para maior clareza, transcrevo a integralidade dos dispositivos legais a que me refiro:

"Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:
(...)

VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades."

"Art. 31. Na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, os Poderes Executivos do Distrito Federal e dos municípios promoverão a integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federal e estaduais de recursos hídricos."

Os arts. 1º e 31, acima transcritos, devem ser interpretados em conformidade com a Constituição Federal, que fixa a competência comum dos municípios, relativa à proteção do meio ambiente e à fiscalização da exploração dos recursos hídricos (art. 23, VI e XI):

"Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...)
VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
(...)
XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;
(...)"

Ora, é evidente que a perfuração indiscriminada e desordenada de poços artesianos tem impacto direto no meio ambiente e na disponibilidade de recursos hídricos para o restante da população, de hoje e de amanhã.

Ainda que seja do senso comum, é bom lembrar que as águas subterrâneas são recursos ambientais por disposição legal expressa (Lei nº 6.938/1981, grifei):

"Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
(...)
V - recursos ambientais: a atmosfera, as *águas interiores, superficiais e subterrâneas*, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora."

A Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos significou notável avanço na proteção das águas no Brasil e deve ser interpretada segundo seus objetivos e princípios. Três são os seus objetivos dorsais, todos eles com repercussão na solução da presente demanda: a preservação da disponibilidade quantitativa e qualitativa de água, para as presentes e futuras gerações; a sustentabilidade dos usos da água, admitidos somente os de cunho racional; e a proteção das pessoas e do meio ambiente contra os eventos hidrológicos críticos, desiderato que ganha maior dimensão em época de mudanças climáticas.

Além disso, a Lei nº 9.433/97 apóia-se em uma série de princípios fundamentais, cabendo citar, entre os que incidem diretamente neste litígio, o *princípio da dominialidade pública* (a água, dispõe a lei expressamente, é bem de domínio público), o *princípio da finitude* (a água é recurso natural limitado) e o *princípio da gestão descentralizada e democrática*.

Essa é, portanto, a adequada interpretação da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, em diálogo das fontes com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente: o Município tem competência para fiscalizar a exploração de recursos hídricos em seu território, o que lhe permite, por certo, também coibir a perfuração e exploração de poços artesianos, no exercício legítimo de seu poder de polícia urbanístico, ambiental, sanitário e de consumo.

Diante do exposto, *dou provimento ao Recurso Especial*.

É como *voto*.

Ministro HERMAN BENJAMIN - Relator

DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL
0014096-83.1990.4.03.6100
(93.03.075892-7)

Apelante: LÁPIS JOHANN FABER S/A
Apelado: BANCO CENTRAL DO BRASIL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA
Classe do Processo: AC 127836
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/06/2011

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. MATÉRIA PRELIMINAR. CONTRATOS DE CÂMBIO IRREGULARES. CORREÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE CULPA DO BACEN.
1 - Não há falar-se que a sentença tenha extrapolado os limites da lide, julgando fora daquilo que foi objeto do pedido. De fato, pretende a autora a condenação do BACEN a restituir o valor correspondente às vantagens que auferiu com a "gerência" do dinheiro depositado por conta dos contratos de câmbio, ou seja, o valor correspondente à correção monetária. Foi justamente essa a pretensão examinada pela r. sentença, que julgou improcedente o pedido por não vislumbrar a existência de ato ilícito (enriquecimento sem causa) por parte da Autarquia.
2 - Duas são as conclusões extraídas do contexto fático da causa: a de que as operações foram baixadas por terem sido consideradas irregulares; e a de que a demora em reaver o numerário depositado foi conseqüência do procedimento adotado pela instituição financeira privada. Nesse diapasão, não há como responsabilizar o réu pelos eventuais prejuízos sofridos pela autora.
3 - Não se verifica nexo de causalidade entre a atuação do BACEN (gerando seu suposto "enriquecimento") e a diminuição patrimonial experimentada pela demandante, haja vista que este último decorreu da sua própria conduta, ao celebrar com as instituições financeiras privadas (Banco Sudameris S/A e Sudameris Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários) contratos de câmbio irregulares. O prejuízo pode ser atribuído, também, à própria instituição financeira operadora (Banco Sudameris S/A), que demorou a recuperar os valores depositados, porquanto havia liquidado as operações precipitadamente, contrariando a praxe do mercado à época.
4 - O BACEN agiu no exercício regular do seu poder de fiscalizar, conferido pelo art. 9º da Lei nº 4.595/64, o que não constitui ato ilícito, não ocasionando, desta forma, enriquecimento sem causa (art. 160, I, do CC/16, vigente na época dos fatos).
5 - A situação, a bem da verdade, subsume-se à de culpa exclusiva da vítima, excludente do dever de reparar eventuais prejuízos sofridos, pois faz desaparecer a responsabilidade do agente (BACEN), na medida em que se quebra o nexo de causa e efeito entre sua atuação e o prejuízo experimentado pelo lesado.
6 - Preliminar rejeitada. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

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

São Paulo, 25 de maio de 2011.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): Foi ajuizada ação de repetição, pelo rito ordinário, em face do Banco Central do Brasil, por suposto enriquecimento sem causa, na qual a autora narra, em síntese, que firmou com o Banco Sudameris S/A e Sudameris Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários S/A, dois contratos de câmbio para remessa de lucros de suas subsidiárias e filiais, referentes a dividendos do balanço apurado em 30/06/89.

Aduz que, após formalizada a compra de moeda estrangeira, depositou o valor correspondente na data da assinatura do contrato, mas, quase um mês depois, o BACEN determinou o cancelamento do pacto, devolvendo à autora o numerário outrora depositado sem correção monetária, o que implicaria enriquecimento sem causa da sua parte.

Pede, à vista disso, a condenação da Autarquia ao pagamento da correção monetária do período em que ficou com o dinheiro depositado.

A r. sentença julgou improcedente o pedido.

Apela a autora, suscitando, preliminarmente, a ocorrência de julgamento "extra petita". No mérito, pugna pela reforma do julgado, batendo-se na alegação de enriquecimento ilícito do BACEN.

Com contra-razões, subiram os autos a esta Corte Regional.

Dispensada a revisão, nos termos do Art. 33, VIII, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): A r. sentença merece ser mantida.

Inicialmente, contudo, é de se afastar a preliminar de julgamento "extra petita".

Não há falar-se que a sentença tenha extrapolado os limites da lide, julgando fora daquilo que foi objeto do pedido.

De fato, pretende a autora a condenação do BACEN a restituir o valor correspondente às vantagens que auferiu com a "gerência" do dinheiro depositado por conta dos contratos de câmbio, ou seja, o valor correspondente à correção monetária.

Ora, foi justamente essa a pretensão examinada pela r. sentença, que julgou improcedente o pedido por não vislumbrar a existência de ato ilícito (enriquecimento sem causa) por parte da Autarquia.

Não tendo havido violação aos arts. 128 e 460 do CPC (que consagram o princípio da adstrição ao pedido), é de se rejeitar a preliminar.

Passa-se ao mérito da causa.

A situação fática emergente dos autos dá conta de que as operações que originaram os depósitos questionados foram contratadas pela apelante com o Banco Sudameris S/A, mediante intervenção da Sudameris Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários.

Ao firmarem os contratos, as partes declararam ter pleno conhecimento das normas cambiais vigentes à época, sendo, portanto, responsáveis pela regularidade das operações.

Os contratos celebrados foram, em 21/07/89, encaminhados ao BACEN para análise de sua regularidade. A Autarquia, contudo, em 26/07/89, ordenou a baixa das operações, tendo em vista a existência de irregularidades, na medida em que não atendido o art. 204 da Lei nº 6.404/76, com a seguinte redação:

> "Art. 204. A companhia que, por força de lei ou de disposição estatutária, levantar balanço semestral, poderá declarar, por deliberação dos órgãos de administração, se autorizados pelo estatuto, dividendo à conta do lucro apurado nesse balanço.
> § 1º A companhia poderá, nos termos de disposição estatutária, levantar balanço e distribuir dividendos em períodos menores, desde que o total dos dividendos pagos em cada semestre do exercício social não exceda o montante das reservas de capital de que trata o § 1º do artigo 182.
> § 2º O estatuto poderá autorizar os órgãos de administração a declarar dividendos intermediários, à conta de lucros acumulados ou de reservas de lucros existentes no último balanço anual ou semestral."

O Banco operador (Sudameris S/A), no entanto, havia liquidado as operações no SISBACEN, gerando automaticamente os depósitos e conseqüente débito em suas reservas. Para reaver tais valores, já que os contratos firmados com a autora seriam cancelados, ajustou o cancelamento das operações, tendo sido fixada a data de 14/08/89 para a liberação dos depósitos.

Duas são, portanto, as conclusões extraídas do contexto acima: a de que as operações foram baixadas por terem sido consideradas irregulares; e a de que a demora em reaver o numerário depositado foi conseqüência do procedimento adotado pela instituição financeira privada.

Nesse diapasão, não há como responsabilizar o réu pelos eventuais prejuízos sofridos pela autora.

Com efeito, não se verifica nexo de causalidade entre a atuação do BACEN (gerando seu suposto "enriquecimento") e a diminuição patrimonial experimentada pela demandante, haja vista que este último decorreu da sua própria conduta, ao celebrar com as instituições financeiras privadas (Banco Sudameris S/A e Sudameris Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários) contratos de câmbio irregulares. O prejuízo pode ser atribuído, também, à própria instituição financeira operadora (Banco Sudameris S/A), que demorou a recuperar os valores depositados, porquanto havia liquidado as operações precipitadamente, contrariando a praxe do mercado à época.

Vale salientar, neste passo, que do próprio contrato de câmbio (fls. 15) consta menção de que o mesmo seria regido pela Resolução nº 1564 e pela Circular nº 1422, do Banco Central do Brasil, no sentido de que os valores objeto dos depósitos seriam corrigidos pela variação cambial, somente quando não irregulares e quando liberadas

para remessa ao exterior, situações que não ocorreram na espécie, por culpa dos próprios contratantes.

Resta nítido, destarte, que o BACEN agiu no exercício regular do seu poder de fiscalizar, conferido pelo art. 9º da Lei nº 4.595/64, o que não constitui ato ilícito, não ocasionando, desta forma, enriquecimento sem causa (art. 160, I, do CC/16, vigente na época dos fatos).

A situação, a bem da verdade, subsume-se à de culpa exclusiva da vítima, excludente do dever de reparar eventuais prejuízos sofridos, pois faz desaparecer a responsabilidade do agente (BACEN), na medida em que se quebra o nexo de causa e efeito entre sua atuação e o prejuízo experimentado pelo lesado.

Pelo exposto, voto por rejeitar a matéria preliminar e por negar provimento à apelação.

É o voto.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0021389-60.1997.4.03.6100
(2004.03.99.027074-1)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apelado: GUILHERMO ENRIQUE REYES VERGARA
Representada: LAURA ANDRÉA REYES MARTINEZ
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: AC 960520
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/05/2011

EMENTA

DIREITO CIVIL. DIREITO INTERNACIONAL. ALIMENTOS. EXECUÇÃO. LEGITIMIDADE. CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE SOBRE PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS NO ESTRANGEIRO. DECRETO Nº 56.826/65. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ARTIGO 26. LEI Nº 5.478/68 E 109, III DA CF/88. EXECUÇÃO. ACORDO. NECESSIDADE. POSSIBILIDADE.

1. O recurso do Ministério Público Federal é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, interposto em ação de alimentos, com pedido de alimentos provisórios, proposta pelo Ministério Público Federal (representando a cidadã chilena Laura Andréa Reyes Martinez) contra Guillenno Enrique Reyes Vergara, com fundamento na Convenção de Nova Iorque sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro (aprovada pelo Decreto nº 56.826/85) e sob o rito da Lei nº 5.478/68.

2. A controvérsia estabelecida nos presentes autos diz respeito à possibilidade de se obrigar o apelado a pagar à representada alimentos no período posterior a janeiro de 1999, considerando os termos do acordo firmado, que ora se reproduz: "[...] o réu se dispõe a efetuar o depósito mensal no valor líquido de USS 120,00 (cento e vinte dólares americanos) *nos meses de maio de 1998 até janeiro de 1999, inclusive, data do término do curso superior da autora*, até o quinto dia útil de cada mês por intermédio do Consulado Chileno em nome da autora Laura Andréa Reyes Martinez, comprometendo-se a trazer aos autos cópia simples dos depósitos efetuados mensalmente no prazo de 10 (dez) dias [...]" (grifei).

3. Em regra, os alimentos são devidos observando-se as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante. Realizado o acordo, conclui-se que resta atendido esse binômio e na hipótese de mudança econômica que enseje alteração do pacto, tal ocorrência deve ser comprovada pelas partes em ação própria, que é a revisional de alimentos. Contudo, a presente ação trata de execução de alimentos e nela cabe analisar a extensão, cumprimento e termo do acordo realizado.

5. É crível que a referência ao mês de janeiro de 1999 no acordo em questão não passou de mero erro material. Tal conclusão decorre do fato de que, até aquele momento, não havia nos autos qualquer documento indicando que o término do curso superior da representada ocorreria na data em questão. Ao contrário, há documentos nos autos informando que este tinha a duração de 6 (seis) anos.

6. Considerando que o curso foi iniciado em 1994, sua conclusão ocorreria, no mínimo, em dezembro de 2000, em decorrência, o mês de janeiro de 1999 não pode prevalecer como termo final do pagamento de alimentos à representada,

considerando que diante da leitura do acordo e da finalidade à qual a prestação de alimentos se destina, é inegável que o fato capaz de extinguir o dever alimentar é o término do curso superior pela representada.

7. Não parece sensato que fosse entabulado acordo entre o Ministério Público Federal e o réu, em que dispensada parte dos alimentos futuros, os quais lembro que são indisponíveis, irrenunciáveis e não passíveis de transação, a teor do art. 1707 do atual Código Civil e art. 404 do Código Civil de 1916, vigente à época do acordo em questão.

8. O réu, em hipótese alguma, poderia ter interrompido os pagamentos, pois necessários ao custeio dos estudos de sua filha.

9. Apelação do Ministério Público Federal a que se dá provimento, para determinando o retorno dos autos ao primeiro grau, para a imediata execução dos alimentos.

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, em dar provimento à apelação do Ministério Público Federal e anular a sentença recorrida, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau, para imediata execução dos alimentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de maio de 2011.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público Federal de sentença (fls. 318/319) que extinguiu o processo com fulcro no art. 794, *I*, do CPC, ao fundamento de que não haveria título executivo hábil a ensejar o prosseguimento da ação para o pagamento das prestações alimentícias após o mês de janeiro de 1999.

Os presentes autos versam sobre ação de alimentos, com pedido de alimentos provisórios, proposta pelo Ministério Público Federal (representando a cidadã chilena Laura Andréa Reyes Martinez) contra Guillenno Enrique Reyes Vergara, com fundamento na Convenção de Nova Iorque sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro (aprovada pelo Decreto nº 56.826/85) e sob o rito da Lei nº 5.478/68.

Por ocasião da audiência de conciliação realizada em 27/04/1998, foi firmado acordo por intermédio do qual o réu Guillermo Enrique Reyes Vergara comprometeu-se a efetuar junto ao Consulado Chileno depósitos mensais no valor líquido de US$ 120,00 (cento e vinte dólares norte americanos), no período compreendido entre maio de 1998 até janeiro de 1999 inclusive, data do término do curso superior da representada (fls. 201/202).

Em 01/09/1999, o Ministério Público Federal de primeiro grau requereu a intimação do réu para que continuasse a pagar os alimentos mensalmente bem como honrasse os valores atrasados desde fevereiro de 1999, tendo em vista que a representada continuava frequentando curso de ensino superior, conforme documentos constantes dos autos (fl. 248).

Tal requerimento foi deferido pela decisão de fl. 251, havendo o réu se oposto à pretensão do Ministério Público por meio da petição de fls. 258/260, sob a alegação de que, em consonância com o acordo firmado, a obrigação alimentar teria sido assumida com data certa para seu cumprimento, qual seja, janeiro de 1999. Ainda segundo o réu, estaria em difícil situação financeira, de sorte que seus baixos rendimentos não lhe permitiram continuar com os depósitos mensais sem prejuízo do seu sustento e do sustento de seus outros dois filhos menores em idade estudantil.

Com nova vista dos autos, o órgão ministerial de primeiro grau então requereu a citação do réu, na forma do art. 733 do Código de Processo Civil - CPC, para que, em 3 (três) dias, pagasse, provasse que o fez ou justificasse com provas a impossibilidade de pagar as prestações alimentares vencidas nos últimos 3 (três) meses, no importe equivalente a US$ 360,00 (trezentos e sessenta dólares norte americanos), sob pena de prisão, após esclarecido que a representada só terminaria seu curso superior em dezembro de 2000 (fls. 283/284).

Sobreveio a decisão apelada (fls. 318/319).

O Ministério Público apelou, requerendo a invalidação da sentença, sustentando que o termo final da obrigação de prestação alimentos seria a data do término do curso superior pela representada, qual seja, dezembro de 2000; a data de janeiro de 1999, que consta do acordo, consistiria mero erro material, pois não haveria nos autos, até o momento da homologação do acordo, qualquer documento que indicasse a data de janeiro de 1999 como a do término do curso superior da representada e o acordo não necessitaria de revisão, porque a presunção que deveria valer é a da necessidade de pagamento de alimentos até que a alimentada pudesse concluir seus estudos.

Apelação contrarrazoada, subiram os autos para julgamento.

O Ministério Público Federal, funcionando como “custus legis”, opinou pelo provimento da apelação.

É o relatório.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

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

O recurso do Ministério Público Federal é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, interposto em ação de alimentos, com pedido de alimentos provisórios, proposta pelo Ministério Público Federal (representando a cidadã chilena Laura Andréa Reyes Martinez) contra Guillenno Enrique Reyes Vergara, com fundamento na Convenção de Nova Iorque sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro (aprovada pelo Decreto nº 56.826/85) e sob o rito da Lei nº 5.478/68.

A controvérsia estabelecida nos presentes autos diz respeito à possibilidade de se obrigar o apelado a pagar à representada alimentos no período posterior a janeiro de 1999, considerando os termos do acordo de fls. 201/202, que ora reproduzo:

> “[...] o réu se dispõe a efetuar o depósito mensal no valor líquido de USS 120,00 (cento e vinte dólares americanos) *nos meses de maio de 1998 até janeiro de 1999, inclusive, data do término do curso superior da autora*, até o quinto dia útil de

cada mês por intermédio do Consulado Chileno em nome da autora Laura Andréa Reyes Martinez, comprometendo-se a trazer aos autos cópia simples dos depósitos efetuados mensalmente no prazo de 10 (dez) dias [...]" (grifei).

Em regra, os alimentos são devidos observando-se as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante.

Realizado o acordo, conclui-se que resta atendido esse binômio e na hipótese de mudança econômica que enseje alteração do pacto, tal ocorrência deve ser comprovada pelas partes em ação própria, que é a revisional de alimentos, na qual há oportunidade para instrução probatória hábil a dar fundamento para que o magistrado acolha ou rechace o pleito de readequação do encargo alimentar, com a comprovação do decréscimo das possibilidades do alimentante ou da majoração das necessidades do alimentando.

Contudo, a presente ação trata de execução de alimentos e nela cabe analisar a extensão, cumprimento e termo do acordo realizado.

Ainda que se levasse em consideração os documentos acostados pelo réu às fls. 76/200, para justificar a interrupção dos pagamentos, eles não demonstram que houve alteração na sua fortuna em relação à data em que realizou o pacto com o Ministério Público Federal (27/04/1998) e concordou em pagar os U$ 120,00 para custear os estudos de sua filha, ou seja, ele não comprovou haver qualquer alteração na relação necessidade/capacidade que o exonerasse da incumbência assumida.

É crível que a referência ao mês de janeiro de 1999 no acordo em questão não passou de mero erro material. Tal conclusão decorre do fato de que, até aquele momento, não havia nos autos qualquer documento indicando que o término do curso superior da representada ocorreria na data em questão.

Ao contrário, pois há documentos da Faculdade de Ciências Físicas e Matemáticas da Universidade do Chile, nos quais consta que "não existe a classificação dos alunos por níveis ou anos acadêmicos" (fls. 22 e 37); e 2) a Corporação de Assistência Judiciária do Chile, em defesa da representada, enviou o ofício juntado às fls. 285/286 e traduzido às fls. 288/290, informando que o curso de Engenharia Civil na Universidade do Chile, que era frequentado por ela, tinha a duração de 6 (seis) anos.

Considerando que o curso foi iniciado em 1994, sua conclusão ocorreria, no mínimo, em dezembro de 2000, como afirma o Ministério Público Federal.

Em decorrência, o mês de janeiro de 1999 não pode prevalecer como termo final do pagamento de alimentos à representada, considerando que diante da leitura do acordo e da finalidade à qual a prestação de alimentos se destina, é inegável que o fato capaz de extinguir o dever alimentar é o término do curso superior pela representada, e, tendo este ocorrido em dezembro de 2000 (fls. 303 e 307), a prestação de alimentos é devida até esta data.

Também não parece sensato que fosse entabulado acordo entre o Ministério Público Federal e o réu, em que dispensada parte dos alimentos futuros, os quais lembro que são indisponíveis, irrenunciáveis e não passíveis de transação, a teor do art. 1707 do atual Código Civil e art. 404 do Código Civil de 1916, vigente à época do acordo em questão.

O réu, em hipótese alguma, poderia ter interrompido os pagamentos, pois necessários ao custeio dos estudos de sua filha.

Posto isto, *DOU PROVIMENTO* à apelação do Ministério Público Federal e anulo a sentença recorrida, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau para a imediata execução dos alimentos.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

- Sobre a competência da Justiça Federal para as ações de alimentos fundamentadas na Convenção de Nova Iorque sobre prestações de alimentos no estrangeiro, aprovada pelo Decreto nº 56.826/65, veja também o seguinte julgado: CC 2007.03.00.091106-2/SP, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, publicado na RTRF3R 88/436.

DIREITO PENAL

APELAÇÃO CRIMINAL
0013090-54.2003.4.03.6110
(2003.61.10.013090-4)

Apelantes: MÁRCIO ROGÉRIO LATORRE SOAVE E MARISA FRANÇA PAZ SOAVE
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Classe do Processo: ACR 33178
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2011

EMENTA

PENAL. ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA RECONHECIDA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. CAUSA DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE POR DIFICULDADES FINANCEIRAS NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 377-A, § 2º, DO CÓDIGO PENAL; DOSIMETRIA DA PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INOBSERVÂNCIA DE MESMO CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. MANTIDA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE. REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DO RÉU. REVERSÃO DAS PENAS PECUNIÁRIAS PARA A UNIÃO FEDERAL DE OFÍCIO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
1 - Prescrição retroativa reconhecida para os delitos praticados no período de 01/1994 a 12/1999. Artigo 110 do Código Penal.
2 - Materialidade e autoria comprovadas.
3 - Conduta que se subsume ao tipo penal definido no art. 168-A do Código Penal.
4 - No crime de apropriação indébita previdenciária não se exige o *animus rem sibi habendi*.
5 - Dificuldade financeira da empresa não demonstrada. É indispensável a produção de prova documental robusta para o reconhecimento do estado da inexigibilidade de conduta diversa, que só se configura em casos excepcionais, de inequívoca insolvência.
6 - Crime de apropriação indébita previdenciária - artigo 168-A do Código Penal. Impossibilidade de aplicação de benefício previsto para o crime de sonegação previdenciária - artigo 337-A, § 2º, do Código Penal.
7 - Mantida a sentença condenatória.
8 - Dosimetria da pena. Continuidade delitiva. Majoração da pena. Pena privativa de liberdade mantida em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses.
9 - Multa reduzida para 11 (onze) dias-multa em virtude da inobservância do mesmo critério legal para fixação da pena privativa de liberdade.
10 - Substituição da pena privativa de liberdade. Mantida a pena de prestação de serviços a comunidades ou a entidades públicas. Redução da prestação pecuniária do réu para 1 (um) salário mínimo. De ofício, reversão das penas pecuniárias para a União Federal.
11 - Valor do dia-multa e regime de cumprimento de pena inalterados.
12 - Apelação do réu a que se dá parcial 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 maioria, reconhecer, de ofício, a prescrição retroativa para os fatos praticados no período de 01/1994 a 12/1999, e, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação de Márcio Rogério Latorre Soave e Marisa Franca Paz Soave, para reduzir a pena de multa de ambos os réus para 11 (onze) dias-multa, reduzir a pena de prestação pecuniária tão somente do réu Márcio Rogério Latorre Soave para 1 (um) salário mínimo e, de ofício, reverter as penas pecuniárias para a União Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de março de 2011.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora):

Trata-se de Apelação Criminal interposta por *MÁRCIO ROGÉRIO LATORRE SOAVE* e *MARISA FRANÇA PAZ SOAVE* contra a r. sentença de fls. 421/439, proferida pela MMa. Juíza Federal da 3ª Vara Federal da Justiça Federal de Sorocaba, Dra. Sylvia Marlene de Castro Figueiredo, que os condenou à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, a ser cumprida em regime aberto.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade, para ambos os réus, e na prestação pecuniária de 2 (dois) salários mínimos ao mês, durante toda a condenação, para o réu e, pelo mesmo período, de 1 (um) salário mínimo para a ré.

Os réus, *Márcio Rogério Latorre Soave* e *Marisa França Paz Soave*, em suas razões recursais, (fls. 448/455), preliminarmente, alegam a prescrição para os fatos praticados há mais de quatro anos do recebimento da denúncia.

No mérito, alegam que não restou comprovada a autoria, pois no momento da exclusão do REFIS a administração da empresa não era mais exercida por eles. Sustentam que não agiram com dolo, o que justifica serem absolvidos. Pleiteiam, ainda, a aplicação do artigo 337-A, § 2º, do Código Penal.

As contrarrazões foram acostadas às fls. 461/468.

A Procuradoria Regional da República, por sua representante, Dra. Mônica Nicida Garcia, opinou pelo reconhecimento, de ofício, da prescrição retroativa da pretensão punitiva dos fatos praticados até dezembro de 1999 e, no mérito, pelo improvimento do recurso de apelação interposto pelos réus (fls. 470/474).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora):

Consta dos autos que o INSS, em fiscalização realizada na empresa “Promover

Publicidade e Propaganda Ltda.", concluiu que, não obstante tenha havido o desconto das contribuições previdenciárias dos salários de seus empregados, os valores relativos ao período de 01/1994 a 01/2001 não foram repassados à Previdência Social, ensejando a lavratura da Notificações Fiscais de Lançamentos de Débitos - NFLD nº 35.251.092-7, 35.312.471-0, 35.312.473-7, 35.312.475-3, 35.312.477-0, 35.312.478-8 e 35.312.479-6.

Com base no procedimento administrativo, Márcio Rogério Latorre Soave e Marisa França Paz Soave foram denunciados pela prática do crime tipificado no artigo 168-A do Código Penal, por terem, na qualidade de gerentes e responsáveis legais da empresa "Promover Publicidade e Propaganda Ltda.", deixado de recolherem aos cofres públicos da Seguridade Social, na época própria, as contribuições previdenciárias arrecadadas de seus empregados, nos períodos supra mencionados, mediante desconto efetuado em folha de pagamento, no valor total de R$ 147.416,35 (cento e quarenta e sete mil quatrocentos e dezesseis reais e trinta e cinco centavos).

Em que pese o MMº. Juiz *a quo* não tenha se pronunciado sobre o tema, conforme manifestou-se o Ministério Público Federal, a prescrição retroativa ocorreu para os fatos praticados entre 01/1994 a 12/1999, tendo em vista que o recebimento da denúncia ocorreu em 18/12/2003.

De fato, após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, a prescrição regula-se pela pena aplicada na sentença (artigo 110, § 1º, do CP), de acordo com os prazos determinados no artigo 109 do CP, não se computando o acréscimo decorrente da continuidade delitiva (Súmula 497 do STF). Como a pena-base aplicada aos réus foi de 2 (dois) anos, o prazo prescricional é de 4 anos. Logo, está prescrito todo o período que antecede 4 (quatro) anos da data do recebimento da denúncia.

Portanto, a condenação será analisada exclusivamente para os atos praticados no período de janeiro de 2000 a janeiro de 2001.

Passo ao exame do recurso de apelação.

As Notificações Fiscais de Lançamentos de Débitos lavradas com base nos documentos acostados aos autos comprovam a retenção das contribuições previdenciárias dos salários dos segurados não repassadas ao INSS e demonstram a materialidade do delito imputado aos réus.

A autoria do crime também é inconteste. Conforme a cópia do Contrato Social da Empresa juntado às fls. 163/176, verifica-se que os réus eram os sócios responsáveis pela administração da empresa.

No interrogatório judicial, o réu Márcio afirmou que era o responsável legal e tinha poderes de gerência na empresa (fls. 229/231). A ré Marisa, por sua vez, negou os poderes que lhe foram conferidos pelo contrato social. No entanto, a sua responsabilidade legal na empresa ficou confirmada pelo depoimento de Patrícia Aparecida dos Santos (fls. 328/329).

Esclareça-se, apenas, ao contrário do alegado pelos apelantes, que o momento de exclusão do REFIS (setembro de 2001 - folha 186) não é suficiente para afastar a autoria dos réus, mesmo que à época não estivessem à frente da Administração da empresa, tendo em vista que os fatos sob exame referem-se a período anterior (janeiro de 1994 a janeiro de 2001).

Assim, não resta dúvida de que a conduta dos réus subsume-se ao crime atualmente definido no artigo 168-A do Código Penal.

Da mesma forma, não merece acolhida o argumento de que os réus não agiram

com dolo específico, já que somente deixaram de repassar as contribuições em razão da empresa passar por período de dificuldades financeiras.

O E. Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão entendendo que o dolo do crime de apropriação indébita previdenciária é a vontade de não repassar ao INSS as contribuições recolhidas dentro do prazo e forma legais, não se exigindo o *animus rem sibi habendi*.

Desta forma, é prescindível a demonstração da finalidade de agir ou do dolo específico como elemento essencial do tipo inscrito no artigo 168-A do Código Penal.

Assim, para a configuração do crime basta que o agente tenha descontado dos salários dos trabalhadores os valores que estes estão obrigados a contribuir para a Previdência Social e deixado de repassá-los à Autarquia, na época própria.

Nesta acepção:

> "PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRESCINDIBILIDADE DO ESPECIAL FIM DE AGIR OU DOLO ESPECÍFICO (*ANIMUS REM SIBI HABENDI*). CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. REGISTRO EM LIVROS CONTÁBEIS E DECLARAÇÃO À PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS DESCONTOS NÃO RECOLHIDOS. IRRELEVÂNCIA. DIFICULDADES FINANCEIRAS. EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. ÔNUS DE PROVA DA DEFESA. INDÍCIOS. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.
> 1. O dolo do crime de apropriação indébita previdenciária é a consciência e a vontade de não repassar à Previdência, dentro do prazo e na forma da lei, as contribuições recolhidas, não se exigindo a demonstração de especial fim de agir ou o dolo específico de fraudar a Previdência Social como elemento essencial do tipo penal.
> 2. Ao contrário do que ocorre na apropriação indébita comum, não se exige o elemento volitivo consistente no *animus rem sibi habendi* para a configuração do tipo inscrito no art. 168-A do Código Penal.
> .....
> 4. Trata-se de crime omissivo próprio, em que o tipo objetivo é realizado pela simples conduta de deixar de recolher as contribuições previdenciárias aos cofres públicos no prazo legal, após a retenção do desconto. (grifos nossos)
> ....."
> (Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 888947 Processo: 200602074742 UF: PB Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 03/04/2007 Documento: STJ000744983 Fonte DJ DATA: 07/05/2007 PÁGINA: 364 Relator(a) ARNALDO ESTEVES LIMA.)

Improcedente, de igual forma, a alegação de inexigibilidade de conduta diversa em razão de dificuldades financeiras da empresa, uma vez que os apelantes não comprovaram de modo satisfatório tal afirmação.

Nos crimes de apropriação indébita previdenciária, o reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa em razão de crise financeira da empresa somente se configura em *casos excepcionais*, de inequívoca insolvência da empresa que atinge, não só as suas atividades e os interesses dos trabalhadores e dos credores, mas também a vida pessoal dos administradores.

Nos termos do artigo 194 da Constituição Federal, "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".

As contribuições previdenciárias recolhidas do empregador e do empregado destinam-se, basicamente, a manter ou a expandir o sistema brasileiro previdenciário e, em conseqüência, cobrir determinados riscos e necessidades sociais previstos no artigo 201, incisos I a V, da Constituição Federal.

A dificuldade financeira apta a afastar a culpabilidade deve ser contemporânea à omissão do recolhimento, precisa ser objetiva e amplamente demonstrada com documentos pelos quais se possa certificar que não decorreram elas de inabilidade, imprudência ou temeridade na direção dos negócios, e, principalmente, tem de resultar de um conjunto de circunstâncias imprevisíveis e invencíveis que tenham comprometido inclusive o patrimônio pessoal do sócio-gerente ou administrador.

Por essa razão, repita-se, somente em *casos extremos*, devidamente comprovados pela defesa nos autos, é possível reconhecer a exclusão da culpabilidade em razão da crise financeira da empresa.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

> "PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO DOS RÉUS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RÉU COM MAIS DE SETENTA ANOS DE IDADE NA DATA DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CAUSA EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INOCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> (...)
> 2. O crime previsto no artigo 168-A do Código Penal (apropriação indébita de contribuições previdenciárias) prescinde da demonstração do *animus rem sibi habendi*.
> 3. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo, deve ser mantida a condenação pela prática do crime capitulado no artigo 168-A do Código Penal, decretada em primeiro grau de jurisdição.
> 4. Para a configuração da excludente de inexigibilidade de conduta diversa é preciso que a impossibilidade de recolhimento das contribuições seja invencível, o que não se confunde com mera dificuldade financeira." (grifo nosso)
> (Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2ª Turma, Apelação Criminal nº 24152, Processo nº 2003.61.14.003485-9, DJF3 06/11/2008, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos)

No caso em apreço, verifico que não foram juntados aos autos documentos suficientes para demonstrar o estado de necessidade da empresa à época dos fatos criminosos, em conseqüência, não há como acolher a tese de inexigibilidade de conduta diversa.

Os réus afirmam que sempre primaram pelo regular andamento da empresa, buscando manter sua saúde financeira e as obrigações sociais e tributárias em dia, mas que com as atribulações financeiras que passava o país a empresa foi afetada, razão pela qual ocorreu a falta de cumprimento de suas obrigações. Porém, não trouxeram provas suficientes a justificar a ausência do recolhimento das contribuições previdenciárias.

Na qualidade de gerentes e responsáveis legais da empresa, a prova documental apresentava-se plenamente possível, por estar facilmente ao alcance dos réus a sua produção. Em razão disso, não é possível que meras declarações supram tal necessidade de prova, que, como visto, deve ser indiscutível a comprovar a efetiva dificuldade financeira da empresa.

Vejamos o seguinte julgado desta Corte:

> "PENAL - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - NÃO RECOLHIMENTO - AUTORIA MATERIALIDADE E DOLO - COMPROVAÇÃO - ESTADO DE NECESSIDADE NÃO CARACTERIZADO - IMPROVIMENTO DO RECURSO.
> (...)
> 3. As dificuldades financeiras acarretadoras de inexigibilidade de outra conduta devem ser de tal monta que ponham em risco a própria sobrevivência da empresa, cabendo ao acusado cabal demonstração de tal circunstância.
> (...)."
> (Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 1ª Turma, Apelação Criminal nº 11.316, Processo nº 98.03.085706-1, DJU 03/08/2004, p. 138, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini)

Por fim, não há razão para a aplicação do invocado § 2º do artigo 337-A do Código Penal, pois tal regra somente é aplicada para os crimes de sonegação de contribuição previdenciária. No caso em apreço, a conduta se enquadra no tipo penal de apropriação indébita previdenciária, previsto no artigo 168-A do Código Penal, razão pela qual não é possível estender aos réus benefício previsto unicamente para outra modalidade criminosa.

Assim, nenhum reparo merece a r. sentença, razão pela qual fica mantida a condenação de Márcio Rogério Latorre Soave e Marisa França Paz Soave como incursos no artigo 168-A do Código Penal.

Passo à análise da dosimetria da pena.

O MMº. Juiz *a quo* fixou a pena-base dos apelantes em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Em seguida, majorou-a em 1/6, o que totalizou 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em razão da continuidade delitiva, o que fica mantido à falta de recurso do Ministério Público.

No que tange à pena de multa, aumentada para 12 (doze) dias-multa, verifico que não foi observado o mesmo critério legal para fixação da pena privativa de liberdade, razão pela qual reduzo-a para 11 (onze) dias-multa.

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos. A pena de prestação de serviços a comunidades ou a entidades públicas fica mantida para ambos os réus. No entanto, diante da fixação da pena pecuniária em valores distintos para cada um deles, reduzo tão somente a pena do réu Márcio para 1 (um) salário mínimo, e reverto ambas as penas pecuniárias para a União Federal.

Fica também mantido o valor do dia-multa e o regime de cumprimento de pena fixados nos termos da r. sentença.

Por esses fundamentos, de ofício, reconheço a prescrição para os delitos praticados no período de 01/1994 a 12/1999 e *dou parcial provimento* à apelação, para reduzir a pena de multa de ambos os réus para 11 (onze) dias-multa e para reduzir tão somente

a pena de prestação pecuniária do réu Márcio Rogério Latorre Soave para 1 (um) salário mínimo e, de ofício, reverto ambas as penas pecuniárias para a União Federal.

É o voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO:

Trata-se de APELAÇÃO CRIMINAL interposta por MÁRCIO ROGÉRIO LATORRE SOAVE e MARISA FRANÇA PAZ SOAVE contra a sentença, publicada em 14/11/2007, onde foram condenados pelo crime do artigo 168-A, parágrafo 1º, I, do Código Penal a 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e 12 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, sendo as penas privativas de liberdade substituídas por duas restritivas de direitos (fls. 421/440).

A E. Primeira Turma, na sessão de julgamento de 15/3/2011, por maioria, reconheceu de ofício a prescrição para os delitos praticados no período de 1/1994 a 12/1999, nos termos do voto da Relatora, a Desembargadora Federal VESNA KOLMAR, acompanhada pelo voto do Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI. Fui voto vencido, por não reconhecer a prescrição. No mais, a E. Primeira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação para reduzir a pena de multa de ambos os réus para 11 dias-multa e para reduzir tão-somente a pena de prestação pecuniária do réu MÁRCIO ROGÉRIO LATORRE SOAVE para um salário mínimo e, ainda de ofício, reverteu ambas as penas pecuniárias para a União Federal, nos termos do voto da Relatora, que lavrará o acórdão (fls. 482).

Apresento agora, por escrito, o meu voto.

Respeitosamente, discordo da I. Relatora no tocante ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

A jurisprudência atual considera que o aperfeiçoamento da figura típica do crime do artigo 168-A, parágrafo 1º, I, do Código Penal depende da efetiva constituição do crédito tributário, o que ocorreu com o *lançamento definitivo* na forma do artigo 142 do Código Tributário Nacional. Confira-se:

> "APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA - CRIME - ESPÉCIE. A apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal. INQUÉRITO - SONEGAÇÃO FISCAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO. Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e - ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente - a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado."
> (STF - Inq 2537 AgR/GO, Tribunal Pleno, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, DJe 12/6/2008, PUBLIC 13/6/2008)

> "*HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A DO CPB). CRIME OMISSIVO MATERIAL. DÉBITO EM DISCUSSÃO NO INSS. APLICAÇÃO DO ART. 83 DA LEI 9.430/96. DECISÃO ADMINISTRATIVA

DEFINITIVA. CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE. AÇÃO PENAL INICIADA ANTES DO ENCERRAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA, NO ENTANTO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL.
1. O crime de apropriação indébita previdenciária é espécie de delito omissivo material, exigindo, portanto, para sua consumação, efetivo dano, já que o objeto jurídico tutelado é o patrimônio da previdência social, razão porque a constituição definitiva do crédito tributário é condição objetiva de punibilidade, tal como previsto no art. 83 da Lei 9.430/96, aplicável à espécie.
Precedentes do STF e do STJ.
2. ....
3. ....”
(STJ - HC 102.596/SP, Quinta Turma, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 9/3/2010, DJe 12/4/2010)

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PARA O INÍCIO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. RECENTE ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO PRETÓRIO EXCELSO.
Na linha de orientação recentemente adotada pelo Pretório Excelso, e seguida por esta Corte, também em relação ao delito de apropriação indébita previdenciária se exige a constituição definitiva do crédito tributário para que se dê inicio a persecução criminal (Precedentes do STF e do STJ) Recurso provido.”
(STJ - RHC 25.839/SP, Quinta Turma, Relator Ministro FELIX FISCHER, julgado em 5/5/2009, DJe 22/6/2009)

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE.
I - Esta Corte, em outras oportunidades, destacando a mudança de entendimento do Pretório Excelso em relação a existência de justa causa para a apuração do delito de apropriação indébita previdenciária, que só se verificaria após o esgotamento da via administrativa com a constituição definitiva do crédito tributário, passou a adotar o mesmo raciocínio em relação ao delito de sonegação de contribuição previdenciária previsto no art. 337-A do Código Penal.
II - ...”
(STJ - HC 132.803/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro FELIX FISCHER, julgado em 16/6/2009, DJe 31/8/2009)

“*HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. TRANCAMENTO. PRÉVIO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.
1. O exaurimento da esfera administrativa é condição para a deflagração da ação

penal e tal situação é verificada apenas quando há o lançamento definitivo do crédito.
2. ...
3. ...
4. Ordem concedida."
(STJ - HC 100.656/SP, Sexta Turma, Relator Ministro OG FERNANDES, julgado em 29/9/2009, DJe 19/10/2009)

Deve-se observar que as contribuições sociais correspondem à noção legal de tributo cujo *lançamento* - indispensável - ocorre *por homologação expressa ou tácita* - com o decurso de cinco anos de silêncio da Fazenda Pública - nos termos do artigo 150 do CTN. Decerto, em sede de contribuição social, o lançamento se dá *a posteriore*, quando o Fisco homologa a atividade de fato ou de direito do contribuinte, que é quem deve voluntariamente apurar o fato gerador e a base de calculo da exação, antecipando o seu pagamento.

Em outras palavras, a homologação expressa ou tácita da atividade do sujeito passivo caracteriza-se pela *retroatividade*, na medida em que se volta para o passado. Isto porque a partir da ocorrência do fato gerador, a Fazenda Pública dispõe de *cinco anos* para se debruçar sobre o passado do contribuinte e verificar se atividade de sua incumbência foi realizada na forma da lei de regência do tributo (parágrafo 4º do artigo 150 do CTN). Se o sujeito passivo nada recolheu ou se o fez a menor, caberá o *lançamento de ofício*, com a perfeita constituição do crédito tributário.

Portanto, na esteira do novel entendimento dos Tribunais Superiores, os crimes dos artigos 168-A, parágrafo 1º, I, e 337-A do Código Penal só se aperfeiçoam com a constituição definitiva do crédito tributário, que ocorre com a efetiva *homologação* da atividade exercida pelo obrigado ao recolhimento da contribuição social ou pelo decurso do *prazo de cinco anos* a partir do fato gerador da exação. Antes disso não há que se falar na constituição definitiva do crédito tributário e, conforme o entendimento das Cortes Superiores, não há que se falar na ocorrência dos crimes dos artigos 168-A, parágrafo 1º, I, e 337-A do Código Penal.

Segue daí que a *prescrição penal* também não deve ser contada a partir da ocorrência do fato gerador (a data em que a contribuição social deveria ter sido recolhida aos cofres públicos), mas da *homologação* expressa ou tácita da atividade do contribuinte, sendo que no caso de não recolhimento ou de sonegação, a Fazenda Pública possui cinco anos para fazer o lançamento de ofício (auto de infração).

Noutro dizer - se a visualização do fato criminoso depende do lançamento definitivo, antes disso não há que se cogitar da contagem da prescrição penal porque - conforme dizem atualmente as Cortes Superiores - os delitos dos 168-A, parágrafo 1º, I, e 337-A do Código Penal, dependem da constituição definitiva do crédito tributário.

Assim, não tem o menor sentido contar-se a prescrição criminal a partir do não recolhimento das contribuições, quando a jurisprudência que se consolidou afirma que só haverá crime depois que o Fisco constituir definitivamente o seu crédito, nisso envolvido o exaurimento da instância administrativa recursal pelo contribuinte.

Por todo o exposto, no caso dos autos, não reconheço a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, mas acompanho o voto da I. Relatora em todo o restante.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL 0014013-56.2006.4.03.6181 (2006.61.81.014013-8)

Parte Autora: JUSTIÇA PÚBLICA
Partes Rés: FERNANDO JOSÉ KAIRALLA E DALCIO JOSÉ NUNES
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HENRIQUE HERKENHOFF
Classe do Processo: IUJ 66
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/11/2010

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PROGRAMA DE PARCELAMENTO EXCEPCIONAL - PAEX. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 303/06. ARTIGOS 1º E 2º DA LEI Nº 8137/90, ARTIGOS 168-A E 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ARTIGO 9º, "CAPUT", DA LEI Nº 10.684/03. APLICABILIDADE. PROPOSTA DE EDIÇÃO DE SÚMULA APROVADA PELA E. PRIMEIRA SEÇÃO.

1. O Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX, instituído pela Medida Provisória nº 303/2006, é apto a sobrestar a persecução penal e o lapso prescricional.

2. O fato de a empresa ter migrado para novo programa de parcelamento, aliado à demonstração de que as parcelas estão sendo pontualmente quitadas, tem o condão de ensejar a suspensão da pretensão punitiva estatal, nos moldes do artigo 9º, "caput", da Lei nº 10.684/03, porquanto referido dispositivo não nomeou o regime de parcelamento que instituiu, mas estabeleceu, de forma genérica, restar suspensa a pretensão punitiva estatal referente aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos artigos 168-A e 337-A, ambos do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos citados crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

3. Incidente de Uniformização de Jurisprudência acolhido. Súmula aprovada nos seguintes termos: "Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX."

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria absoluta, aprovou a proposta de edição de Súmula, conforme a redação dada pelo Desembargador Federal Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de outubro de 2010.

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF (Relator):

Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência criminal suscitado nos

autos do Recurso em Sentido Estrito nº 2006.61.81.014013-8 em trâmite perante a Segunda Turma deste E.Tribunal e de minha relatoria.

O Recurso em Sentido Estrito foi interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão proferida pela Juíza Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo/SP, no bojo dos autos de Ação Penal, na qual Fernando José Kairalla e Dalcio José Nunes foram denunciados como incursos no artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 8.137/90, c. c. o artigo 29, do Código Penal.

O Juízo de 1º grau houve por bem rejeitar a denúncia, porquanto os réus teriam aderido ao programa de parcelamento PAEX, previsto na Medida Provisória nº 303/2006, que estenderia os benefícios do programa de parcelamento PAES, razão pela qual seria possível a aplicação, por analogia, do artigo 9º, da Lei nº 10.684/2003. Por estas razões, em que pese a rejeição da denúncia, foi determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional (fls. 1017/1021).

Em suas razões recursais sustenta o "parquet", em síntese, que o artigo 9º, da Lei nº 10.684/2003 possui especificidades, as quais não se aplicariam à MP nº 303/2006, e, portanto, incabível a analogia, até mesmo em razão da vedação consagrada no artigo 62, inciso I, alínea "b", da Constituição Federal de 1988. No mais, aduz que a previsão do referido artigo 9º traz referência específica ao parcelamento regulado pela própria Lei nº 10.684/2003, não criando uma hipótese geral e permanente de extinção da punibilidade ou suspensão da pretensão punitiva a todo e qualquer tipo de parcelamento.

Com contraminuta, subiram os autos a este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República opinou seja suscitado incidente de uniformização de jurisprudência, porquanto a 1ª e 2ª Turma desta Egrégia Corte possuem posicionamento divergente com relação ao tema em debate, e, no mérito, opina pelo provimento do recurso em sentido estrito (fls. 1064/1072).

A questão posta nos presentes autos refere-se à aplicabilidade do quanto disposto no artigo 9º, da Lei nº 10.684/2003, no caso de parcelamento de débito por meio do PAEX, previsto na Medida Provisória nº 303/2006, notadamente no que tange à possibilidade de suspensão da pretensão punitiva.

A decisão agravada rejeitou a denúncia, por entender ser aplicável o artigo 9º, da Lei nº 10.684/2003, ao parcelamento PAEX, suspendendo o processo em que se apurava a prática do delito tipificado no artigo 1º, inciso I e II, da Lei nº 8.137/90.

Com efeito, consoante ventilado pela D. Procuradoria Regional da República, há entendimentos divergentes entre as 1ª e 2ª Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte, como demonstram os precedentes acostados pelo "parquet", a seguir reproduzidos:

> "PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 2º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO. IPI E IRPJ. PARCELAMENTO. *EMPRESA QUE ADERIU AO PAES E MIGROU AO PAEX*. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA NO TOCANTE AO IPI. *SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL E DO CURSO DO LAPSO PRESCRICIONAL. POSSIBILIDADE. ART. 9º, DA LEI Nº 10.684/2003. APLICAÇÃO*. 1 - Muito embora esteja pendente de julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3002, ajuizada pelo Excelentíssimo Senhor Procurador Geral da República, *o Supremo Tribunal Federal tem aplicado o artigo 9º, da Lei nº 10.684/2003, inclusive retroativamente, por ser norma mais benéfica ao réu (artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e artigo 2º, parágrafo único, do*

Código Penal). 2 - O Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX instituído pela Medida Provisória nº 303/2006, é apto a sobrestar a persecução penal e o lapso prescricional no que diz respeito aos créditos tributários relativos ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, eis que também lhes são aplicáveis os mesmos dispositivos contidos na Lei nº 10.684/03. 3 - O fato de a empresa ter migrado para novo programa de parcelamento no tocante à dívida relativa ao IPI, aliado à demonstração de que as parcelas estão sendo pontualmente quitadas, tem o condão de ensejar a suspensão da pretensão punitiva estatal, nos moldes do artigo 9º, 'caput', da Lei nº 10.684/03, porquanto *referido dispositivo não nomeou o regime de parcelamento que instituiu, mas estabeleceu, de forma genérica, restar suspensa a pretensão punitiva estatal referente aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos artigos 168-A e 337 do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos citados crimes estiver incluída no regime de parcelamento. Precedente.* 4 - O feito permanecerá suspenso até o pagamento integral do débito, hipótese em que deverá ser reconhecida a extinção da punibilidade do réu. Por outro lado, se houver o descumprimento do parcelamento administrativo, a presente ação penal retomará o seu curso. 5 - Recurso desprovido." (grifos nossos)
(TRF-3ª Região, RSE/SP 2004.61.81.006976-9, 2ª Turma, Relator Des. Fed. Henrique Herkenhoff, publicado no DJU de 25/04/2008, pág. 669)

"PENAL - *HABEAS CORPUS* - SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, FRAUDE À FISCALIZAÇÃO E FALSIDADE IDEOLÓGICA - COMPETÊNCIA DO LUGAR DA EMPRESA SEDE -MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA QUE NÃO DESCRIMINALIZOU A CONDUTA - PAGAMENTO INTEGRAL DE UMA DAS NFLD'S - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RELAÇÃO A ESTA - APLICAÇÃO DA LEI Nº 10.684/03 - ADESÃO AO PAEX AINDA NÃO CONSOLIDADA - VERIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS COM POSSIBILIDADE DE PARCELAMENTO AINDA PENDENTE - *REGRAMENTO PRÓPRIO DO PROGRAMA QUE NÃO PREVÊ SUSPENSÃO DA AÇÃO OU EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - MEDIDA PROVISÓRIA QUE NÃO PODE VERSAR SOBRE MATÉRIA PENAL* - PEDIDO DE PARCELAMENTO AINDA NÃO ACEITO PELA AUTARQUIA - *SUSPENSÃO DA AÇÃO OU EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE* - IMPOSSIBILIDADE - CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO QUE NÃO SE DISCUTE NO *MANDAMUS* - CONCESSÃO DA ORDEM, EM PARTE - REVOGAÇÃO DA LIMINAR DEFERIDA - PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL À EXCEÇÃO DO CRIME IMPUTADO EM DECORRÊNCIA DA NFLD INTEGRALMENTE PAGA. 1. A conduta de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias não deixou de ser crime, à despeito das modificações legislativas regulamentadoras da matéria. 2. É competente o MM. Juízo do lugar da empresa sede onde se deu a fiscalização que gerou a representação fiscal para fins penais. 3. Comprovação de pagamento integral referente a uma das NFLD'S a qual imputou aos réus o crime, aplicando-se o disposto na Lei nº 10.684/03, com decreto de extinção da punibilidade do delito. 4. *O benefício do Paex tem regramento próprio diverso dos outros programas de recuperação fiscal anteriormente editados,* de forma que importa em confissão do tributo devido, de forma

irretratável e irrevogável, significando que o devedor abriu mão de seu direito de discutir se o tributo é devido ou qual o seu montante, inclusive com desistência das ações judiciais e administrativas. 5. Não é próprio da seara do *habeas corpus* discutir a aplicação do princípio da consunção, em relação ao crime de falsidade ideológica, sendo discutível a matéria, tanto na doutrina, como na jurisprudência. Necessidade de dilação probatória. 6. Concessão, em parte da ordem, tão-somente para decretar a extinção da punibilidade do crime em relação a NFLD integralmente paga. 7. No mais, revogação da liminar anteriormente concedida, determinado o prosseguimento da ação penal."
(TRF-3ª Região, HC 2004.03.00.053310-8, Primeira Turma, Relator Des. Fed. Luiz Stefanini, publicado no DJ de 29/09/2008)

E, ainda, de maneira a restar mais cristalina tal divergência, cumpre trazer à baila julgado referente aos Embargos de Declaração interpostos contra o acórdão proferido no *Habeas Corpus* acima transcrito:

"PENAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGADAS OMISSÕES E CONTRADIÇÕES DO ACÓRDÃO - OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, FRAUDE À FISCALIZAÇÃO E FALSIDADE IDEOLÓGICA - *PRETENSA SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL E DO CURSO DA PRESCRIÇÃO* - DEFERIMENTO DA LIMINAR EM FACE DO ALEGADO PARCELAMENTO DO DÉBITO - *OPÇÃO PELO PAEX -FATO NOVO E SUPERVENIENTE - PROGRAMA DE REGRAMENTO PRÓPRIO INSTITUÍDO PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 303/06 - VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE NORMATIVIDADE EM MATÉRIA PENAL* - PENDÊNCIA DE ANÁLISE DOS CRÉDITOS QUE PODERÃO FAZER PARTE DO PROGRAMA - CONFISSÃO DA DÍVIDA E CONSOLIDAÇÃO DO DÉBITO - TÉRMINO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COM DESISTÊNCIA DE DEFESA - DÍVIDA CERTA, EXIGÍVEL E CONFESSADA - CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA - QUESTÃO MERAMENTE FISCAL - MATERIALIDADE DELITIVA - DEMONSTRAÇÃO - CONSUMAÇÃO DO CRIME FISCAL E COMPETÊNCIA - FALSIDADE IDEOLÓGICA E POSSÍVEL APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO MESMO FORO PARA O QUAL ESTÁ A ATUAL SEDE DA EMPRESA - COLHEITA DE PROVAS E LOCAL DO RESULTADO - LOCAL DA REAÇÃO SOCIAL DA REPRESSÃO PENAL - CONSOLIDAÇÃO DO DÉBITO QUANDO DA NOVA SEDE INSTALADA NO MATO GROSSO DO SUL - REVOGAÇÃO DE LIMINAR QUE NÃO APRESENTOU ANTAGONISMO - EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDOS PARA ACLARAMENTOS - INALTERAÇÃO DO RESULTADO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. 1. - Não houve antagonismo entre o deferimento parcial de medida liminar e sua posterior revogação. Aquela tem natureza provisória, resultante de cognição sumária, podendo ser refletida em maior amplitude com o incremento da documentação e informações da autoridade impetrada trazidas aos autos. *2. - No caso em tela, após aquela decisão preambular, os impetrantes alegaram fato novo e superveniente consistente no exaurimento da via administrativa com a solução dos respectivos débitos tributários, opção pelo parcelamento excepcional (PAEX - Medida Provisória nº*

303/06) e desistência expressa por parte da empresa da defesa administrativa interposta, ótica pela qual se pautou, ao final, a análise da impetração. 3. - Quando da apreciação do pedido de medida liminar, verificou-se que os débitos seriam objeto de parcelamento especial previsto na Lei nº 10.684/2002, fato aparentemente verídico, o qual ensejaria a suspensão do feito e da prescrição, benesse legalmente prevista e aplicada em todos os casos similares submetidos ao julgamento deste relator, a exemplo do 'habeas corpus' *citado pelo embargante. 4. - A situação dos débitos tributários contraídos pelos Pacientes se modificou e migrou para outro instituto, por opção dos mesmos, passando a ser regida sob o manto de regramentos próprios do parcelamento excepcional que não prevê extinção de punibilidade ou suspensão da ação penal/prescrição, em virtude até de vedação constitucional, por veiculação através de Medida Provisória. 5. - Programa PAEX tem características peculiares, importa em confissão do tributo devido, de maneira irrevogável e irretratável, tendo por pressuposto a desistência de ações judiciais e administrativas, ou seja, o devedor* 'abre mão' *de seu direito de discutir o tributo ou qual o seu montante, operando-se a consolidação do débito apurado pela autarquia*. 6. - Não há falar-se em pendência de recurso administrativo, no qual se discute a exigibilidade do tributo, porque no caso dos autos o tributo é devido, exigível e confessado. 7. - Em face das NFLD's não pagas, a dívida não mais é objeto de discussão administrativa com a desistência da defesa e não teria havido aceitação do pedido de parcelamento por parte da autarquia, de modo que ainda paira o desenrolar de análise, pela credora, do implemento dos requisitos próprios estabelecidos pelo Programa e, se assim é, não pode se ter por suspensa, pelo menos por ora, a exigibilidade dos créditos, uma vez que tal adesão não se operou definitivamente e que, tampouco há decisão sobre ser ou não o débito passível do referido parcelamento. 8. - Não há falar-se em pendência de recurso administrativo, no qual se discute a exigibilidade do tributo, quando o tributo é reconhecido devido, exigível e confessado. *9. - A concessão das pleiteadas benesses de suspensão da ação e prescrição sem previsão legal configuraria medida contra legem, ainda que se lançasse mão de via oblíqua, a exemplo de aplicação analógica ao REFIS 1 e 2 ou PAES. É o que difere e particulariza aquele programa destes últimos que foram regularmente instituídos por lei*. 10. - A questão da fixação da competência territorial se rege por princípios de ordem funcional e social, sendo o foro de Ponta Porã, o da nova sede da empresa mais aproximado do conteúdo que materializa a infração e onde esta se consumou com o reconhecimento da exigibilidade do crédito e sua consolidação. À competência em relação à apuração de eventual crime de falsidade ideológica, os mesmos princípios se aplicam, em razão de tratar-se de delitos em concurso, ou ainda de conduta que, segundo alegam os impetrantes estaria submetida ao exame da aplicação do princípio da consunção, absorvida pelos demais, razão para que todos os supostos delitos sejam apurados na mesma Comarca. 11. - Embargos parcialmente providos para aclaramentos e inalteração do resultado do acórdão embargado." (grifos nossos)

(TRF-3ª Região, HC 2004.03.00.053310-8, Primeira Turma, Relator Des. Fed. Luiz Stefanini, publicado no DJ de 03/11/2008)

Assim, configurada divergência de interpretação entre as Turmas da Primeira Seção desta Corte a respeito da aplicabilidade do artigo 9º, da Lei nº 10.684/2003 quando do parcelamento por meio do PAEX, instituído pela Medida Provisória nº 303/2006, e diante da relevância da questão que causa dúvidas e embaraços na aplicação do direito pelos Magistrados, a C. Segunda Turma deste Tribunal, à unanimidade, suscitou o presente incidente de uniformização de jurisprudência, determinando-se a remessa dos autos à C. Primeira Seção dessa Corte Regional, como se depreende do seguinte aresto:

> "PENAL. PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 9º, DA LEI Nº 10.684/2003. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL E DO CURSO DO LAPSO PRESCRICIONAL. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO. PARCELAMENTO PAEX. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 303/2006. DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO ENTRE TURMAS INTEGRANTES DA MESMA SEÇÃO. QUESTÃO RELEVANTE: NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.
> 1. Orientação jurisprudencial divergente, entre as Primeira e Segunda Turmas componentes da mesma Seção desta Corte Regional, a propósito da aplicação do artigo 9º, da Lei nº 10.684/2003 na hipótese de parcelamento pelo PAEX, instituído pela Medida Provisória nº 303/2006.
> 2. Relevância da questão. Necessidade de submeter o julgamento da divergência ao prévio pronunciamento da E. 1ª Seção.
> 3. Instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência: art. 12, III do Regimento Interno do TRF da 3ª Região".

Parecer da Procuradoria Regional da República (fls. 1111/1115) em prol da uniformização do entendimento no sentido de que o disposto no artigo 9º da Lei nº 10.684/2003 é aplicável também no caso de o parcelamento comprovado ser aquele a que se refere a Medida Provisória nº 303/2006 (PAEX).

É o relatório.

Proceda-se na forma do artigo 103, § 2º, do Regimento Interno desta Corte.

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF (Relator):

Consoante mencionado alhures, a questão posta nos presentes autos refere-se à aplicabilidade do quanto disposto no artigo 9º, da Lei nº 10.684/2003, no caso de parcelamento de débito por meio do PAEX, previsto na Medida Provisória nº 303/2006, notadamente no que tange à possibilidade de suspensão da pretensão punitiva.

A decisão agravada rejeitou a denúncia, por entender ser aplicável o artigo 9º, da Lei nº10.684/2003, ao parcelamento PAEX, suspendendo o processo em que se apurava a prática do delito tipificado no artigo 1º, inciso I e II, da Lei nº 8.137/90.

Consoante ventilado pela D. Procuradoria Regional da República, há entendimentos divergentes entre as 1ª e 2ª Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte, como demonstram os precedentes acostados pelo "parquet", a seguir reproduzidos:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 2º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO. IPI E IRPJ. PARCELAMENTO. *EMPRESA QUE ADERIU AO PAES E MIGROU AO PAEX*. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA NO TOCANTE AO IPI. *SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL E DO CURSO DO LAPSO PRESCRICIONAL. POSSIBILIDADE. ART. 9º, DA LEI Nº 10.684/2003. APLICAÇÃO*. 1 - Muito embora esteja pendente de julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3002, ajuizada pelo Excelentíssimo Senhor Procurador Geral da República, *o Supremo Tribunal Federal tem aplicado o artigo 9º, da Lei nº 10.684/2003, inclusive retroativamente, por ser norma mais benéfica ao réu (artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal). 2 - O Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX instituído pela Medida Provisória nº 303/2006, é apto a sobrestar a persecução penal e o lapso prescricional* no que diz respeito aos créditos tributários relativos ao Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, eis que também lhes são aplicáveis os mesmos dispositivos contidos na Lei nº 10.684/03. 3 - O fato de a empresa ter migrado para novo programa de parcelamento no tocante à dívida relativa ao IPI, aliado à demonstração de que as parcelas estão sendo pontualmente quitadas, tem o condão de ensejar a suspensão da pretensão punitiva estatal, nos moldes do artigo 9º, 'caput', da Lei nº 10.684/03, porquanto *referido dispositivo não nomeou o regime de parcelamento que instituiu, mas estabeleceu, de forma genérica, restar suspensa a pretensão punitiva estatal referente aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos artigos 168-A e 337 do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos citados crimes estiver incluída no regime de parcelamento. Precedente*. 4 - O feito permanecerá suspenso até o pagamento integral do débito, hipótese em que deverá ser reconhecida a extinção da punibilidade do réu. Por outro lado, se houver o descumprimento do parcelamento administrativo, a presente ação penal retomará o seu curso. 5 - Recurso desprovido." (grifos nossos)
(TRF-3ª Região, RSE/SP 2004.61.81.006976-9, 2ª Turma, Relator Des. Fed. Henrique Herkenhoff, publicado no DJU de 25/04/2008, pág. 669).

"PENAL - *HABEAS CORPUS* - SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, FRAUDE À FISCALIZAÇÃO E FALSIDADE IDEOLÓGICA - COMPETÊNCIA DO LUGAR DA EMPRESA SEDE -MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA QUE NÃO DESCRIMINALIZOU A CONDUTA - PAGAMENTO INTEGRAL DE UMA DAS NFLD'S - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RELAÇÃO A ESTA - APLICAÇÃO DA LEI Nº 10.684/03 - ADESÃO AO PAEX AINDA NÃO CONSOLIDADA - VERIFICAÇÃO DOS CRÉDITOS COM POSSIBILIDADE DE PARCELAMENTO AINDA PENDENTE - *REGRAMENTO PRÓPRIO DO PROGRAMA QUE NÃO PREVÊ SUSPENSÃO DA AÇÃO OU EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - MEDIDA PROVISÓRIA QUE NÃO PODE VERSAR SOBRE MATÉRIA PENAL* - PEDIDO DE PARCELAMENTO AINDA NÃO ACEITO PELA AUTARQUIA - *SUSPENSÃO DA AÇÃO OU EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE* - IMPOSSIBILIDADE - CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO QUE NÃO SE DISCUTE NO MANDAMUS - CONCESSÃO DA ORDEM, EM PARTE - REVOGAÇÃO DA LIMINAR DEFERIDA - PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO

PENAL À EXCEÇÃO DO CRIME IMPUTADO EM DECORRÊNCIA DA NFLD INTEGRALMENTE PAGA. 1. A conduta de omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias não deixou de ser crime, à despeito das modificações legislativas regulamentadoras da matéria. 2. É competente o MM. Juízo do lugar da empresa sede onde se deu a fiscalização que gerou a representação fiscal para fins penais. 3. Comprovação de pagamento integral referente a uma das NFLD'S a qual imputou aos réus o crime, aplicando-se o disposto na Lei nº 10.684/03, com decreto de extinção da punibilidade do delito. 4. *O benefício do Paex tem regramento próprio diverso dos outros programas de recuperação fiscal anteriormente editados*, de forma que importa em confissão do tributo devido, de forma irretratável e irrevogável, significando que o devedor abriu mão de seu direito de discutir se o tributo é devido ou qual o seu montante, inclusive com desistência das ações judiciais e administrativas. 5. Não é próprio da seara do *habeas corpus* discutir a aplicação do princípio da consunção, em relação ao crime de falsidade ideológica, sendo discutível a matéria, tanto na doutrina, como na jurisprudência. Necessidade de dilação probatória. 6. Concessão, em parte da ordem, tão-somente para decretar a extinção da punibilidade do crime em relação a NFLD integralmente paga. 7. No mais, revogação da liminar anteriormente concedida, determinado o prosseguimento da ação penal."
(TRF-3ª Região, HC 2004.03.00.053310-8, Primeira Turma, Relator Des. Fed. Luiz Stefanini, publicado no DJ de 29/09/2008)

E, ainda, de maneira a restar mais cristalina tal divergência, cumpre trazer à baila julgado referente aos Embargos de Declaração interpostos contra o acórdão proferido no *Habeas Corpus* acima transcrito:

"PENAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGADAS OMISSÕES E CONTRADIÇÕES DO ACÓRDÃO - OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, FRAUDE À FISCALIZAÇÃO E FALSIDADE IDEOLÓGICA - *PRETENSA SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL E DO CURSO DA PRESCRIÇÃO* - DEFERIMENTO DA LIMINAR EM FACE DO ALEGADO PARCELAMENTO DO DÉBITO - *OPÇÃO PELO PAEX -FATO NOVO E SUPERVENIENTE - PROGRAMA DE REGRAMENTO PRÓPRIO INSTITUÍDO PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 303/06 - VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE NORMATIVIDADE EM MATÉRIA PENAL* - PENDÊNCIA DE ANÁLISE DOS CRÉDITOS QUE PODERÃO FAZER PARTE DO PROGRAMA - CONFISSÃO DA DÍVIDA E CONSOLIDAÇÃO DO DÉBITO - TÉRMINO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COM DESISTÊNCIA DE DEFESA - DÍVIDA CERTA, EXIGÍVEL E CONFESSADA - CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA - QUESTÃO MERAMENTE FISCAL - MATERIALIDADE DELITIVA - DEMONSTRAÇÃO - CONSUMAÇÃO DO CRIME FISCAL E COMPETÊNCIA - FALSIDADE IDEOLÓGICA E POSSÍVEL APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO MESMO FORO PARA O QUAL ESTÁ A ATUAL SEDE DA EMPRESA - COLHEITA DE PROVAS E LOCAL DO RESULTADO - LOCAL DA REAÇÃO SOCIAL DA REPRESSÃO PENAL - CONSOLIDAÇÃO DO

DÉBITO QUANDO DA NOVA SEDE INSTALADA NO MATO GROSSO DO SUL - REVOGAÇÃO DE LIMINAR QUE NÃO APRESENTOU ANTAGONISMO - EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDOS PARA ACLARAMENTOS - INALTERAÇÃO DO RESULTADO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. 1. - Não houve antagonismo entre o deferimento parcial de medida liminar e sua posterior revogação. Aquela tem natureza provisória, resultante de cognição sumária, podendo ser refletida em maior amplitude com o incremento da documentação e informações da autoridade impetrada trazidas aos autos. *2. - No caso em tela, após aquela decisão preambular, os impetrantes alegaram fato novo e superveniente consistente no exaurimento da via administrativa com a solução dos respectivos débitos tributários, opção pelo parcelamento excepcional (PAEX - Medida Provisória nº 303/06) e desistência expressa por parte da empresa da defesa administrativa interposta, ótica pela qual se pautou, ao final, a análise da impetração. 3. - Quando da apreciação do pedido de medida liminar, verificou-se que os débitos seriam objeto de parcelamento especial previsto na Lei nº 10.684/2002, fato aparentemente verídico, o qual ensejaria a suspensão do feito e da prescrição, benesse legalmente prevista e aplicada em todos os casos similares submetidos ao julgamento deste relator, a exemplo do* 'habeas corpus' *citado pelo embargante. 4. - A situação dos débitos tributários contraídos pelos Pacientes se modificou e migrou para outro instituto, por opção dos mesmos, passando a ser regida sob o manto de regramentos próprios do parcelamento excepcional que não prevê extinção de punibilidade ou suspensão da ação penal/prescrição, em virtude até de vedação constitucional, por veiculação através de Medida Provisória. 5. - Programa PAEX tem características peculiares, importa em confissão do tributo devido, de maneira irrevogável e irretratável, tendo por pressuposto a desistência de ações judiciais e administrativas, ou seja, o devedor* 'abre mão' *de seu direito de discutir o tributo ou qual o seu montante, operando-se a consolidação do débito apurado pela autarquia*. 6. - Não há falar-se em pendência de recurso administrativo, no qual se discute a exigibilidade do tributo, porque no caso dos autos o tributo é devido, exigível e confessado. 7. - Em face das NFLD's não pagas, a dívida não mais é objeto de discussão administrativa com a desistência da defesa e não teria havido aceitação do pedido de parcelamento por parte da autarquia, de modo que ainda paira o desenrolar de análise, pela credora, do implemento dos requisitos próprios estabelecidos pelo Programa e, se assim é, não pode se ter por suspensa, pelo menos por ora, a exigibilidade dos créditos, uma vez que tal adesão não se operou definitivamente e que, tampouco há decisão sobre ser ou não o débito passível do referido parcelamento. 8. - Não há falar-se em pendência de recurso administrativo, no qual se discute a exigibilidade do tributo, quando o tributo é reconhecido devido, exigível e confessado. 9. - *A concessão das pleiteadas benesses de suspensão da ação e prescrição sem previsão legal configuraria medida contra legem, ainda que se lançasse mão de via oblíqua, a exemplo de aplicação analógica ao REFIS 1 e 2 ou PAES. É o que difere e particulariza aquele programa destes últimos que foram regularmente instituídos por lei*. 10. - A questão da fixação da competência territorial se rege por princípios de ordem funcional e social, sendo o foro de Ponta Porã, o da nova sede da empresa mais aproximado do conteúdo que materializa a infração e onde esta se consumou

com o reconhecimento da exigibilidade do crédito e sua consolidação. À competência em relação à apuração de eventual crime de falsidade ideológica, os mesmos princípios se aplicam, em razão de tratar-se de delitos em concurso, ou ainda de conduta que, segundo alegam os impetrantes estaria submetida ao exame da aplicação do princípio da consunção, absorvida pelos demais, razão para que todos os supostos delitos sejam apurados na mesma Comarca. 11. - Embargos parcialmente providos para aclaramentos e inalteração do resultado do acórdão embargado." (grifos nossos)
(TRF-3ª Região, HC 2004.03.00.053310-8, Primeira Turma, Relator Des. Fed. Luiz Stefanini, publicado no DJ de 03/11/2008)

Assim, configurada divergência de interpretação entre as Turmas da Primeira Seção desta Corte a respeito da aplicabilidade do artigo 9º, da Lei nº 10.684/2003 quando do parcelamento por meio do PAEX, instituído pela Medida Provisória nº 303/2006, e diante da relevância da questão que causa dúvidas e embaraços na aplicação do direito pelos Magistrados, a C. Segunda Turma deste Tribunal, à unanimidade, suscitou o presente incidente de uniformização de jurisprudência, determinando-se a remessa dos autos à C. Primeira Seção dessa Corte Regional, como se depreende do seguinte aresto:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 9º, DA LEI Nº 10.684/2003. SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL E DO CURSO DO LAPSO PRESCRICIONAL. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO. PARCELAMENTO PAEX. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 303/2006. DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO ENTRE TURMAS INTEGRANTES DA MESMA SEÇÃO. QUESTÃO RELEVANTE: NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.
1. Orientação jurisprudencial divergente, entre as Primeira e Segunda Turmas componentes da mesma Seção desta Corte Regional, a propósito da aplicação do artigo 9º, da Lei nº 10.684/2003 na hipótese de parcelamento pelo PAEX, instituído pela Medida Provisória nº 303/2006.
2. Relevância da questão. Necessidade de submeter o julgamento da divergência ao prévio pronunciamento da E. 1ª Seção.
3. Instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência: art. 12, III do Regimento Interno do TRF da 3ª Região".

Entendo deva prevalecer o entendimento da C. Segunda Turma desta Corte no sentido de que o Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX instituído pela Medida Provisória nº 303/2006, é apto a sobrestar a persecução penal e o lapso prescricional.

O fato de a empresa ter migrado para novo programa de parcelamento, aliado à demonstração de que as parcelas estão sendo pontualmente quitadas, tem o condão de ensejar a suspensão da pretensão punitiva estatal, nos moldes do artigo 9º, "caput", da Lei nº 10.684/03, porquanto referido dispositivo não nomeou o regime de parcelamento que instituiu, mas estabeleceu, de forma genérica, restar suspensa a pretensão punitiva estatal referente aos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos artigos 168-A e 337 do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos citados crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

É como voto, propondo a edição de súmula pela Seção no seguinte teor:

"Os efeitos penais do artigo 9º da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX."

Desembargador Federal HENRIQUE HERKENHOFF - Relator

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE
0015304-83.2006.4.03.9999
(2006.03.99.015304-6)

Embargantes: RICADO FABIAN ALVES (réu preso) E OUTROS
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 688/689
Origem: JUÍZO DE DIREITO DE TERENOS - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: EIfNu 24343
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/06/2011

EMENTA

PENAL - EMBARGOS INFRINGENTES - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA - ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 - INCIDÊNCIA - CRIME OCASIONAL - REQUISITOS - ADMISSIBILIDADE - INGESTÃO DE CÁPSULAS DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - QUANTIDADE, NATUREZA, FORMA DE ACONDICIONAMENTO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME - PERCENTUAL DE DIMINUIÇÃO QUE NÃO PODE SER APLICADO NO PATAMAR MÁXIMO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL - CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS - IMPROVIMENTO DOS EMBARGOS.

1.- Na dosimetria da pena deve ser prestigiada a casuística. Se há elementos concretos nos autos que demonstrem com certeza vínculo determinado entre os membros de organização delitiva, seus nomes e respectivas funções predeterminadas voltadas reiteradamente à prática do crime, aí sim, poderá o acusado sofrer a sanção penal sem o reconhecimento do benefício legal. Porém, se assim não o for, passa a vigorar e se impor o princípio constitucional de presunção mais favorável ao réu.

2.- Verificação da ocasionalidade da prática delitiva perpetrada pelos réus, como critério de aplicabilidade da causa de diminuição prevista no art. 33, § da Lei nº 11.343/06.

3.- Aplicação da causa de diminuição que não pode ser em patamar máximo de porcentagem, em face da quantidade, natureza, acondicionamento da droga e circunstâncias do delito reconhecidamente desfavoráveis aos réus.

4.- As circunstâncias desfavoráveis impedem a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, considerando-se ainda os fins da pena.

5.- Prevalecimento do voto majoritário. Improvimento dos embargos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, em rejeitar a questão suscitada pelo Desembargador Federal Johonsom Di Salvo, no sentido de que se conhecesse parcialmente dos embargos no tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, tal qual estabelecida no voto vencido, nos termos do voto do Desembargador Luiz Stefanini, com quem votaram os Desembargadores Federais

Cotrim Guimarães, Cecilia Mello, Vesna Kolmar, Antonio Cedenho, a Juíza Federal Convocada Silvia Rocha e os Desembargadores Federais Nelton dos Santos e André Nekatschalow, vencidos os Desembargadores Federais Johonsom Di Salvo e José Lunardelli que a acolhiam.

Quanto ao mérito, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do relator Luiz Stefanini, com quem votaram os Desembargadores Federais Cotrim Guimarães, Vesna Kolmar, Antonio Cedenho, a Juíza Convocada Silvia Rocha, os Desembargadores Federais Johonsom Di Salvo, Nelton dos Santos e André Nekatschalow, vencidos os Desembargadores Federais Cecilia Mello e José Lunardelli, que davam parcial provimento aos embargos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 07 de abril de 2011.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Trata-se de Embargos Infringentes interpostos pela Defensoria Pública da União, representando os requerentes Graciela Guerreiro de Araújo, Jorge Martini e Ricardo Fabian Alves, em face do V. Acórdão constante de fls. 668/669 dos autos, da lavra da C. 5ª Turma desta E. Corte de relatoria da Eminente Juíza Convocada Eliana Marcelo que, em novo julgamento proferido em 28 de julho de 2008, por força de concessão de *habeas corpus* por parte do C. Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, fez incidir o percentual mínimo de 1/6 previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, rejeitada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Esclareço que o v. Acórdão embargado sobreveio em obediência ao comando do E. S. T. J., em feito de relatoria do Exmo. Relator Dr. Higino Cinacchi que proferiu voto para integrar o acórdão, determinando aquela Egrégia Corte Superior:

- A exclusão da condenação da majorante do art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, decorrente da associação eventual para a prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes;

- Fixar o regime aberto para cumprimento da pena de reclusão imposta aos condenados;

- Proceder-se ao exame dos requisitos necessários para a aplicação da causa de diminuição - prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fixando, se for o caso, o percentual de redução de 1/6 a 2/3), o qual deverá incidir sobre o *caput* do mesmo artigo, facultando-se aos apenados a opção entre o regramento antigo e o atual -, bem assim para a concessão do benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (conforme telegrama de fls. 609).

Em suas razões de fls. 682/693, pretende o embargante a prevalência do entendimento expendido no voto vencido de relatoria do E. Juiz Convocado Higino Cinacchi, mais favorável, no que diz respeito à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, aplicando-a em dois terços, bem como possibilitando aos condenados a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Alega a presença de todos os requisitos elencados no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a justificar a redução da pena pelo percentual máximo, presentes, igualmente, os pressupostos para substituição da pena privativa de liberdade e em face do *quantum* da pena imposta e da possibilidade e recomendação da medida.

Parecer do Ministério Público Federal, da lavra de sua ilustre representante, Dra. Jovenilha Gomes do Nascimento, opina pela rejeição dos embargos (fls. 704/706).

É o relatório.

Ao revisor, no termos regimentais.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Por via de Embargos Infringentes, intentam os Embargantes a apreciação da matéria atinente à causa de diminuição de pena para fixá-la no percentual máximo e sua substituição nos termos do voto vencido, na decisão que condenou os embargantes pela prática de tráfico internacional de entorpecentes.

Extraio dos autos que, no dia 12 de maio de 2004, no Posto Policial de Terenos/MS, os condenados foram surpreendidos e presos em flagrante, transportando substância entorpecente conhecida como cocaína no interior do ônibus da Viação Andorinha, linha Cuiabá - Campo Grande/MS.

Policiais Rodoviários Federais abordaram o coletivo e entrevistaram os acusados, ora requerentes, logrando descobrir que transportavam em seus estômagos/intestinos o seguinte:

Ricardo Fabian Alves: 60 cápsulas de cocaína (651,3 g);

Graciela Guerrero Araújo: 16 cápsulas de cocaína (175,5 g);

Jorge Martin Almada: 65 cápsulas de cocaína (707,7 g).

Segundo o apurado, os réus, previamente associados, adquiriram a droga no país vizinho Bolívia e pretendiam transportá-la até a cidade de Montevideo, no Uruguai, onde iriam comercializá-la.

Em relação às questões ora postas, tem-se dos autos:

O V. Acórdão da E. Relatora Eliana Marcelo assim trata da matéria no voto e na ementa:

> "1. Sendo os réus primários e de bons antecedentes, assim como ausente a prova de que se dediquem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa, fazem jus à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, porém na menor fração, tendo em vista a expressiva quantidade da droga e sua natureza.
>
> 2. Sob a ótica da Lei nº 6368/76 e da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito é inviável. De acordo com as regras da nova lei, a par da vedação expressa, a substituição não encontra amparo no requisito da duração da pena, fixada acima dos quatro anos exigidos pelo Art. 44 do CP.
>
> 3. *In casu,* os réus não foram fortemente influenciados por pressões externas, à prática delitiva, tendo realizado a conduta, em associação, pela obtenção imediata

de lucro e, ainda, expondo o mais valioso bem fundamental do homem, suas próprias vidas, ao risco de morte iminente, mediante o comportamento abominável de ingestão de diversas cápsulas contendo a droga, para dificultar a ação policial e garantir o sucesso da empreitada criminosa.
4. Integração do acórdão para incidir a causa de diminuição de pena do Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no menor percentual, facultando-se aos réus a opção das penas fixadas com base em ambos os regramentos, o antigo e o atual, afastada a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, para as condenações".

A respeito da matéria, cumpre consignar que a causa de diminuição prevista na Lei nº 11.343/06 é aplicável ao agente que transporta o entorpecente e é conhecido como "mula", uma vez que o parágrafo 4º do art. 33 está ligado à cabeça do artigo.

Sob esse aspecto, já se pronunciou o E. Des. Fed. André Nekatschalow, em voto julgado por essa 1ª Seção, assim se exprimindo:

"Mula. Causa de diminuição. Casuística.
A causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 é aplicável ao agente que tenha perpetrado qualquer dos delitos definidos no *caput* desse dispositivo legal. Sendo assim, é aplicável também ao transportador do entorpecente, vulgarmente chamado de 'mula'. Essa isolada circunstância não implica a inaplicabilidade da causa de diminuição, sob pena de negar-lhe vigência. É especioso o argumento segundo o qual, por ser 'mula', o agente necessariamente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa: esse argumento não considera as circunstâncias subjetivas concretas que ensejaram a participação do agente no delito, presumindo sua culpa em clara afronta à garantia constitucional da presunção de inocência (CR , art. 5º, LVIII). A exemplo de qualquer outro agente que pratique um dos crimes do art. 33 da Lei nº 11.343/06, também em relação à 'mula' cumpre analisar, à luz das circunstâncias concretas dos autos, a aplicabilidade do § 4º desse dispositivo legal e, em caso positivo, verificar qual a gradação mais adequada à espécie."

Compartilho do entendimento expendido pelo eminente Desembargador, eis que, ao prevalecer a tese de que a mula sempre integra organização criminosa, o que indistintamente serviria de lastro à não aplicação da causa de diminuição, haveria repetidamente inobservância da "mens leges" recôndita na norma, que traz as especificidades a serem ponderadas pelo Julgador quando da aplicação da pena.

Tenho que a dicção da lei abrange aqueles transportadores ocasionais, dissociados da organização criminosa que foram recrutados para a efetivação do trânsito da droga, mas sem vínculo habitual com os traficantes, incidindo, portanto, a causa de diminuição. É um delinqüente ocasional, com menor periculosidade e maior a readaptabilidade social, segundo Enrico Ferri (*in* "Os princípios de Direito Penal", tradução Paolo Capitaneo, ed. Bookseller, *in* resenha da primeira da obra, por Rodrigo Pires da Cunha Boldrini).

Cada caso desponta de uma maneira na cadeia delitiva do tráfico de drogas. Não se pode apoiar tese de entendimento único na análise das circunstâncias do delito de

tráfico internacional de entorpecentes. Se há elementos concretos nos autos que demonstrem com certeza vínculo determinado entre os membros de organização delitiva, seus nomes e respectivas funções predeterminadas voltadas reiteradamente à prática do crime, aí sim, poderá o acusado sofrer a sanção penal sem o reconhecimento do benefício legal. Porém, se assim não o for, passa a vigorar e se impor o princípio constitucional de presunção mais favorável ao réu.

Em ambos os casos, todavia, a decisão não deve passar ao largo da finalidade das penas, a prevenção e repressão do delito. A prevenção no sentido de dar ao infrator a oportunidade do arrependimento e de reinserção na sociedade, evitando a reincidência que tanto mal faz a ele próprio, ao sistema carcerário e à sociedade, possibilitando-lhe o abrandamento da pena e a repressão devida pelo abalo causado pelo crime e a proteção da ordem social.

Feitas essas considerações, o entendimento que mais se coaduna com o meu é o explicitado no voto do E. Juíza Eliana Marcelo que fez incidir a porcentagem de 1/6 (um sexto) na causa de diminuição, nos seguintes termos:

> "Em casos que tais, tenho firme o entendimento de que a expressiva quantidade de droga apreendida impede a redução da pena em seu patamar máximo.
> Com efeito, visa a referida causa de diminuição de pena à beneficiar àqueles que praticam a conduta de forma a produzir um menor perigo de afetação ao bem jurídico tutelado pela norma. A essa situação, a meu ver, não se amoldam os que traficam grande quantidade de droga, de natureza como é o caso da cocaína, mais nociva do que outras substâncias, como por exemplo o lança-perfume e medicamentos proibidos, porque demonstram maior grau de periculosidade e expõem a risco a saúde de um maior número de indivíduos. Não se olvide, outrossim, que o modo pelo qual a substância fora transportada - ingestão de inúmeras cápsulas - incita uma maior reprovabilidade da conduta, com a qual, inegavelmente, coaduna-se, em termos de proporcionalidade da apenação, a incidência da menor fração permitida pela lei, qual seja, 1/6, o que resulta, para ambos os réus, na pena definitiva de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e 486 dias-multa, considerando-se, na primeira fase, a fixação da pena-base no mínimo legal e, na terceira, o aumento de 1/6 da pena, pela internacionalidade do tráfico ilícito".

No presente caso, não se pode olvidar que a ingestão de cápsulas da droga é conduta que visa à facilitação do fluxo da substância entorpecente ao largo da fiscalização, a dificultar a sua detecção e, por consequência, a repressão ao crime, de efeitos notoriamente nefastos. Igualmente a quantidade da droga e a sua natureza, bem como as circunstâncias que envolveram a prática delitiva, com participação de outras pessoas e a forma do acondicionamento da substância entorpecente estão a afastar a possibilidade de aplicação da causa de diminuição em grau máximo.

Mantenho, pois, a redução em 1/6 (um sexto).

No que diz com a substituição da pena privativa de liberdade, não obstante possibilitada em razão de entendimento recente das Cortes Superiores e em face da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, também acompanho o voto da Eminente Juíza Eliana Marcelo que fundamentou a vedação em análise do caso concreto, em face da culpabilidade, motivo determinante, as circunstâncias e consequências do crime que

não favorecem a concessão da medida.

As razões acima explicitadas se amoldam aos fundamentos da não substituição, razão pela qual nego provimento aos Embargos Infringentes.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO: Cuida-se de embargos infringentes opostos por Ricardo Fabian Alves, Graciela Guerrero Araujo e Jorge Martin Almada objetivando a aplicação da causa de diminuição de pena relativa ao art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, para fixá-la no percentual máximo e a substituição por restritiva de direitos, nos termos do voto vencido, na decisão que condenou os embargantes pela prática de tráfico internacional de entorpecentes.

Consta, assim, que no dia 12 de maio de 2004, no Posto Policial de Terenos/MS, os condenados foram surpreendidos e presos em flagrante transportando substância entorpecente conhecida como cocaína no interior do ônibus da Viação Andorinha, linha Cuiabá-Campo Grande/MS.

Para tanto, policiais Rodoviários Federais abordaram o coletivo e entrevistaram os acusados, ora requerentes, logrando descobrir que transportavam em seus estômagos/intestinos determinada quantidade de entorpecente.

Ricardo Fabian Alves trazia consigo 60 (sessenta) cápsulas de cocaína (651,3 g), já Graciela Guerrero Araújo trazia 16 (dezeseis) cápsulas de cocaína (175,5 g) e, por fim, Jorge Martin Almada 65 (sessenta e cinco) cápsulas de cocaína (707,7 g).

Os embargantes, previamente associados, adquiriram a droga no país vizinho Bolívia e pretendiam transportá-la até a cidade de Montevideo, no Uruguai, onde iriam comercializá-la.

É a breve síntese dos fatos.

O eminente Relator, Desembargador Federal Luiz Stefanini, ponderou judiciosamente acerca dos pontos de insurgência da apelação, a quem peço vênia para mencionar os excertos de interesse, de molde a bem alinhavar o raciocínio por mim expendido ao final, *verbis*:

> "(...) O V. Acórdão da E. Relatora Eliana Marcelo assim trata da matéria no voto e na ementa:
> '1. Sendo os réus primários e de bons antecedentes, assim como ausente a prova de que se dediquem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa, fazem jus à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, porém na menor fração, tendo em vista a expressiva quantidade da droga e sua natureza.
> 2. Sob a ótica da Lei nº 6368/76 e da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito é inviável. De acordo com as regras da nova lei, a par da vedação expressa, a substituição não encontra amparo no requisito da duração da pena, fixada acima dos quatro anos exigidos pelo Art. 44 do CP.
> 3. *In casu*, os réus não foram fortemente influenciados por pressões externas, à

prática delitiva, tendo realizado a conduta, em associação, pela obtenção imediata de lucro e, ainda, expondo o mais valioso bem fundamental do homem, suas próprias vidas, ao risco de morte iminente, mediante o comportamento abominável de ingestão de diversas cápsulas contendo a droga, para dificultar a ação policial e garantir o sucesso da empreitada criminosa.
4. Integração do acórdão para incidir a causa de diminuição de pena do Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no menor percentual, facultando-se aos réus a opção das penas fixadas com base em ambos os regramentos, o antigo e o atual, afastada a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, para as condenações'.
A respeito da matéria, cumpre consignar que a causa de diminuição prevista na Lei nº 11.343/06 é aplicável ao agente que transporta o entorpecente e é conhecido como 'mula', uma vez que o parágrafo 4º do art. 33 está ligado à cabeça do artigo.
Sob esse aspecto, já se pronunciou o E. Des. Fed. André Nekatschalow, em voto julgado por essa 1ª Seção, assim se exprimindo:
'Mula. Causa de diminuição. Casuística.
A causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 é aplicável ao agente que tenha perpetrado qualquer dos delitos definidos no *caput* desse dispositivo legal. Sendo assim, é aplicável também ao transportador do entorpecente, vulgarmente chamado de "mula". Essa isolada circunstância não implica a inaplicabilidade da causa de diminuição, sob pena de negar-lhe vigência. É especioso o argumento segundo o qual, por ser "mula", o agente necessariamente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa: esse argumento não considera as circunstâncias subjetivas concretas que ensejaram a participação do agente no delito, presumindo sua culpa em clara afronta à garantia constitucional da presunção de inocência (CR , art. 5º, LVIII). A exemplo de qualquer outro agente que pratique um dos crimes do art. 33 da Lei nº 11.343/06, também em relação à "mula" cumpre analisar, à luz das circunstâncias concretas dos autos, a aplicabilidade do § 4º desse dispositivo legal e, em caso positivo, verificar qual a gradação mais adequada à espécie. (...)'."

E conclui:

"(...) Compartilho do entendimento expendido pelo eminente Desembargador, eis que, ao prevalecer a tese de que a mula sempre integra organização criminosa, o que indistintamente serviria de lastro à não aplicação da causa de diminuição, haveria repetidamente inobservância da 'mens leges' recôndita na norma, que traz as especificidades a serem ponderadas pelo Julgador quando da aplicação da pena. Tenho que a dicção da lei abrange aqueles transportadores ocasionais, dissociados da organização criminosa que foram recrutados para a efetivação do trânsito da droga, mas sem vínculo habitual com os traficantes, incidindo, portanto, a causa de diminuição. É um delinqüente ocasional, com menor periculosidade e maior a readaptabilidade social, segundo Enrico Ferri (*in* 'Os princípios de Direito Penal', tradução Paolo Capitaneo, ed. Bookseller, *in resenha da primeira da obra*, por Rodrigo Pires da Cunha Boldrini).

Cada caso desponta de uma maneira na cadeia delitiva do tráfico de drogas. Não se pode apoiar tese de entendimento único na análise das circunstâncias do delito de tráfico internacional de entorpecentes. Se há elementos concretos nos autos que demonstrem com certeza vínculo determinado entre os membros de organização delitiva, seus nomes e respectivas funções predeterminadas voltadas reiteradamente à prática do crime, aí sim, poderá o acusado sofrer a sanção penal sem o reconhecimento do benefício legal. Porém, se assim não o for, passa a vigorar e se impor o princípio constitucional de presunção mais favorável ao réu.
Em ambos os casos, todavia, a decisão não deve passar ao largo da finalidade das penas, a prevenção e repressão do delito. A prevenção no sentido de dar ao infrator a oportunidade do arrependimento e de reinserção na sociedade, evitando a reincidência que tanto mal faz a ele próprio, ao sistema carcerário e à sociedade, possibilitando-lhe o abrandamento da pena e a repressão devida pelo abalo causado pelo crime e a proteção da ordem social.
Feitas essas considerações, o entendimento que mais se coaduna com o meu é o explicitado no voto do E. Juíza Eliana Marcelo que fez incidir a porcentagem de 1/6 (um sexto) na causa de diminuição, nos seguintes termos:
'Em casos que tais, tenho firme o entendimento de que a expressiva quantidade de droga apreendida impede a redução da pena em seu patamar máximo.
Com efeito, visa a referida causa de diminuição de pena à beneficiar àqueles que praticam a conduta de forma a produzir um menor perigo de afetação ao bem jurídico tutelado pela norma. A essa situação, a meu ver, não se amoldam os que traficam grande quantidade de droga, de natureza como é o caso da cocaína, mais nociva do que outras substâncias, como por exemplo o lança-perfume e medicamentos proibidos, porque demonstram maior grau de periculosidade e expõem a risco a saúde de um maior número de indivíduos. Não se olvide, outrossim, que o modo pelo qual a substância fora transportada - ingestão de inúmeras cápsulas - incita uma maior reprovabilidade da conduta, com a qual, inegavelmente, coaduna-se, em termos de proporcionalidade da apenação, a incidência da menor fração permitida pela lei, qual seja, 1/6, o que resulta, para ambos os réus, na pena definitiva de 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e 486 dias-multa, considerando-se, na primeira fase, a fixação da pena-base no mínimo legal e, na terceira, o aumento de 1/6 da pena, pela internacionalidade do tráfico ilícito'."

Em remate, houve por bem expor os seguintes fundamentos. Confira-se:

" (...) No presente caso, não se pode olvidar que a ingestão de cápsulas da droga é conduta que visa à facilitação do fluxo da substância entorpecente ao largo da fiscalização, a dificultar a sua detecção e, por consequência, a repressão ao crime, de efeitos notoriamente nefastos. Igualmente a quantidade da droga e a sua natureza, bem como as circunstâncias que envolveram a prática delitiva, com participação de outras pessoas e a forma do acondicionamento da substância entorpecente estão a afastar a possibilidade de aplicação da causa de diminuição em grau máximo.
Mantenho, pois, a redução em 1/6 (um sexto).
No que diz com a substituição da pena privativa de liberdade, não obstante

possibilitada em razão de entendimento recente das Cortes Superiores e em face da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, também acompanho o voto da Eminente Juíza Eliana Marcelo que fundamentou a vedação em análise do caso concreto, em face da culpabilidade, motivo determinante, as circunstâncias e consequências do crime que não favorecem a concessão da medida." (...)

Passo a manifestar-me quanto a minha divergência relativa à aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Vislumbro que o enredo dos fatos diz que todos os embargantes encontravam-se no interior de um ônibus, oportunidade que o réu Ricardo, que então transportava a totalidade da droga, a repassou para Jorge e Graciela dentro do ônibus e ali realizaram a divisão, ao argumento de que o primeiro não mais suportaria transportá-la sozinho.

Pois bem.

Consta, ainda, que Graciela e Jorge eram casados e viajavam a passeio, eram comerciantes e artesãos, tanto que a bagagem que carregavam comprova essa condição, porquanto foram comprar a mercadoria para revendê-la posteriormente e, paralelamente, optam por transportar a cocaína.

Em adição, existem provas suficientes nos autos que ambos são dependentes químicos, e encontrava-se alcoolizados, tanto que todos os laudos demonstram essa condição e, em razão disso, são submetidos a tratamento, ao passo que desde a sentença é reconhecida uma participação diferenciada em relação ao réu Ricardo, mesmo porque as quantidades de droga ingerida são diversas.

No que diz respeito à Graciela, comprovadamente dependente química, a quantidade é de um pouco mais de 175,5 gramas. Ricardo trazia consigo 651,3 g e Jorge 707,7 g.

Portanto, a meu ver há significativa diferença entre todas as condutas e sob essa desigualdade hão de ser tratadas quando da avaliação nas respectivas dosimetrias das penas.

Segundo consta dos autos, Ricardo foi pressionado à execução desse tráfico porque teria contratado empréstimo no mercado paralelo e, no intuito de saldar a dívida, submeteu-se ao transporte da droga.

Feitas essas considerações peculiares em relação a cada um dos réus, dou parcial provimento aos embargos em relação à Graciela Guerrero Araujo para acolher o voto vencido mantendo a redução da pena, na forma do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar de 2/3. Fundamento a redução na quantia transportada que não se revela, apesar da gravidade do delito, de expressividade gritante (175,5 g). Ressalvo também que ela exercia atividade lícita, era comprovadamente artesã, conforme indica todo material apreendido em seu poder.

Ponderação semelhante teço em relação a Jorge, marido de Graciela, que também é comprovadamente dependente químico. E, em que pese a quantidade transportada seja razoavelmente exagerada para consumo próprio, a sentença bem fundamenta essa circunstância, assim como a versão é toda harmoniosa às demais provas dos autos.

Posto isso, dou parcial provimento ao recurso do precitado embargante para aplicar-lhe a redução em 1/3, também a teor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Por fim, no que toca a Ricardo, denota-se participação mais significativa em todo o curso do transporte ilícito da droga, razão pela qual mantenho o *quantum* fixado pelo voto vencedor, vale dizer, 1/6, e a pena privativa de liberdade final em 04 (quatro) anos

10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa.

Resumidamente, em relação à Graciela, mantenho sua pena tal como no voto vencido, ou seja, 1 (um) ano, 11 (onze) meses, 10 (dez) dias de reclusão e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, cada um no mínimo legal. Em relação ao Jorge, aplicando o patamar de 1/3, resulta a pena em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa.

Ressalvo, todavia, que acompanho o eminente Relator pelos fundamentos trazidos pelo e. desembargador Nelton dos Santos, na parte em que sustenta a irrelevância de qualquer discussão ou debate acerca de eventual viabilidade da substituição da pena privativa de liberdade, na hipótese da manutenção da pena constante do v. acórdão embargado.

Logo, a questão da substituição pressupõe a redução da pena, o que somente ocorrerá se o voto do eminente relator sagrar-se vencido. Portanto, não há discutir-se acerca da substituição, antes que o julgamento final destes Embargos Infringentes não atinja o requisito objetivo do patamar inferior ao patamar inferior ao limite de 04 (quatro) anos de reclusão, razão pela qual tenho essa questão como prejudicada.

Em conseqüência, e considerando que meu posicionamento restou vencido no âmbito desta Colenda 1ª Seção, deixo de apreciar a matéria relativa à substituição das penas, conforme exposto.

Ante o exposto, NEGO provimento ao recurso de Ricardo Fabian Alves, mantendo sua pena privativa de liberdade em 04 (quatro) anos 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 486 (quatrocentos e oitenta e seis) dias-multa; DOU parcial provimento aos recursos de Graciela Guerrero Araújo e Jorge Martin Almada, para reduzir-lhes a pena privativa de liberdade, respectivamente, para 1 (um) ano, 11 (onze) meses, 10 (dez) dias de reclusão e 194 dias-multa, cada um no mínimo legal. Em relação à Jorge, aplicando o patamar de 1/3, resulta a pena em 3 anos e 4 meses de reclusão, 334 dias-multa, nos termos expendidos.

É o voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO

APELAÇÃO CRIMINAL
0000779-57.2010.4.03.6119
(2010.61.19.000779-0)

Apelante: SOUAD HOUSNI (réu preso)
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ACR 43045
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/06/2011

EMENTA

PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE COCAÍNA. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. NECESSIDADE FINANCEIRA. ESTADO DE NECESSIDADE. PENA-BASE. CONFISSÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.
1. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo do crime de tráfico ilícito de drogas, é imperiosa a manutenção da solução condenatória exarada em primeiro grau de jurisdição.
2. Tratando-se de tráfico de quase 1,9 kg de cocaína, a pena-base não pode ser fixada no mínimo legal, sob pena de violação ao artigo 42 da Lei nº 11.343/2006.
3. A confissão irrestrita e não retratada enseja atenuação da pena, abrandamento que, todavia, não pode romper a barreira mínima prevista no tipo (Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça).
4. O fato de o artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 incluir a conduta de "exportar" não inviabiliza a aplicação da causa de aumento prevista no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006. Inexistência de *bis in idem*, máxime quando se sabe que o tipo incrimina inclusive a conduta de "guardar consigo".
5. Faz jus à diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 o réu primário, sem maus antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa.
6. Conquanto não integre, em caráter estável e permanente, a organização criminosa patrocinadora do tráfico, aquele que se dispõe a transportar a droga na condição de "mula" tem plena consciência de estar a serviço de um grupo dessa natureza. Colocando-se, pois, em situação muito próxima da que lhe subtrairia direito ao benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, o agente deve ter a pena reduzida na fração de um sexto.
7. Recurso provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, decidiu dar parcial provimento à apelação ao fim de reduzir as penas para 5 (cinco anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa. Quanto ao mais, fica mantida a r. sentença de primeiro grau de jurisdição, nos termos do voto do

Senhor Desembargador Federal Relator acompanhado pelo voto da Senhora Desembargadora Federal Cecilia Mello, vencido, em parte, o Senhor Desembargador Federal Cotrim Guimarães que aplicava em 1/6 (um sexto), a causa de aumento pela transnacionalidade, fixando as penas em 4 (quatro) anos, 10 (dez) dias de reclusão e 410 (quatrocentos e dez) dias-multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de maio de 2011.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelação interposta por *Souad Housni*, em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 4ª Vara de Guarulhos, SP, que a condenou como incursa nas disposições do art. 33, *caput*, c. c. o art. 40, inc. I, da Lei nº 11.343/2006, a 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 7 (sete) dias de reclusão, a serem cumpridos inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 533 (quinhentos e trinta e três) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Consta da denúncia que, no dia 7 de fevereiro de 2010, o Agente de Polícia Federal Rodrigo Gabriel realizava fiscalização de rotina no setor de Embarque Internacional do Terminal II do Aeroporto de Guarulhos, SP, oportunidade em que "foi acionado por operadores do raio-x, em razão de uma mala ter sido detectada como suspeita no aparelho" (f. 46).

Narra, também, a exordial acusatória que o nome constante na etiqueta que acompanhava a referida bagagem permitiu identificar a denunciada como sendo sua proprietária.

Extrai-se, outrossim, da petição ministerial que "a bagagem foi revistada, sendo encontradas, ocultas no forro da mala, 04 (quatro) pastas plásticas, contendo substância em pó esbranquiçada" (f. 46), a qual foi submetida a teste preliminar sendo constatado que se tratava de 1.895 g (mil oitocentos e noventa e cinco gramas) de cocaína.

Em suas razões recursais, a defesa pleiteia, liminarmente, a concessão de liberdade provisória à ré, com base no art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/2007, sob o argumento de ser inconstitucional o disposto no art. 44 da Lei nº 11.343/2006.

Quanto ao mérito, a defesa pugna pela reforma da sentença, com base nas seguintes alegações:

a) a apelante praticou a conduta delituosa movida por extrema dificuldade financeira, ou seja, em razão de estado de necessidade exculpante, de sorte que a inexigibilidade de conduta diversa deve afastar sua culpabilidade, devendo ser, portanto, absolvida da imputação de ter cometido o crime de tráfico;

b) para a eventualidade de não ser acolhida tese esposada no item anterior, deve ser aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 24, § 2º, do Código Penal;

c) "caso Vossa Excelência não reconheça a situação do réu como suficiente para configurar Estado de Necessidade, que se reconheça como atenuante genérica, prevista no art. 65 do Código Penal" (f. 249);

d) as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são inteiramente favoráveis à ré, devendo a pena-base ser fixada no mínimo legal, notadamente porque se trata

de cocaína a substância apreendida em poder da apelante, sendo que existem "outras drogas que podem causar efeitos infinitamente mais lesivos ao usuário" e pelo fato de não ser possível considerar 1.895 g (mil oitocentos e noventa e cinco gramas) como "grande quantidade" (f. 250);

e) a pena deve ser reduzida em, pelo menos, 6 (seis) meses pela aplicação da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal, porquanto "a confissão da ré foi ampla e irrestrita", tendo apresentado, inclusive "todas informações que tinha ciência sobre seus aliciadores, que ainda não foram suficientes para viabilizar a sua localização e prisão, mas que devem ser sopesadas quando da análise da confissão da acusada" (f. 251);

f) a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 deve ser aplicada em seu patamar máximo, pois estão presentes todos os requisitos para a concessão do benefício;

g) deve ser afastada da reprimenda a causa de aumento prevista no inciso I do art. 40 da Lei nº 11.343/2006, porquanto a conduta "exportar" já está prevista no tipo do art. 33 daquele diploma legal, de sorte que a incidência da majorante configuraria *bis in idem*;

h) para a eventualidade de se entender cabível a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inc. I, da Lei nº 11.343/2006, ela deve ser fixada no patamar mínimo;

i) não obstante a vedação legal expressa, a apelante preenche os requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de sorte que "é salutar suscitarmos a declaração da inconstitucionalidade via incidental do trecho legal do parágrafo 4º, do artigo 33 da lei nº 11.343/06, pois afronta diretamente o princípio da individualização das penas, nos termos da construção jurisprudencial consolidada no Supremo Tribunal Federal" (f. 255, verso).

O *Parquet* federal apresentou contrarrazões, nas quais pugna pelo desprovimento do recurso interposto pelo réu.

Nesta instância, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da e. Procuradora Regional da República Janice Agostinho Barreto Ascari, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): A materialidade não é sequer discutida pela apelante, mas não é demais anotar que ela se acha plenamente comprovada por meio do auto de apreensão de f. 9, pelo laudo preliminar de constatação de f. 8 e pelo laudo pericial definitivo de f. 67-70, peças das quais resulta que se trata de *cocaína*, na ordem de *1.895 g* (mil oitocentos e noventa e cinco gramas), a substância em questão.

A autoria também é certa e recai sobre a pessoa da apelante, presa em flagrante transportando a aludida droga em sua bagagem.

O dolo também restou bem delineado nos autos, inclusive pela confissão da apelante, que admitiu ter consciência de estar transportando droga.

As alegadas necessidades financeiras em nada socorrem a apelante, uma vez que, ainda que houvesse prova segura de tal situação, esta não configuraria, sequer em tese, o estado de necessidade ou qualquer causa de diminuição ou mesmo de atenuação da pena.

Deveras, é evidente a desproporção entre o alegado sofrimento e a gravidade da conduta perpetrada, equiparada a hedionda. Seria, pois, um verdadeiro absurdo justificar, ainda que em parte, a prática de tráfico ilícito de drogas a conta de necessidades financeiras, mesmo porque a maior parte da população mundial enfrenta quadro de dificuldade.

Nessas condições, é imperiosa a manutenção da solução condenatória exarada em primeira instância.

Com relação às sanções, diga-se, de início, que, cuidando-se de quase 1,9 kg de cocaína, a pena-base de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, fixada na sentença, não denota qualquer exagero. Longe disso, há clara desatenção à preponderância ditada pelo artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, seja pela expressiva nocividade da droga em questão, seja pela significativa quantidade, capaz de alcançar um sem-número de usuários.

Na segunda fase do cálculo, a confissão da ré, especialmente em relação ao elemento subjetivo, confere-lhe direito à atenuação prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal.

In casu, o MM. Juiz sentenciante abrandou a pena em 3 (três) meses de reclusão, *quantum* que pode ser majorado para 4 (quatro) meses, porquanto irrestrita e não retratada a confissão.

Não é possível, contudo, atenuar-se a pena em 6 (seis) meses, como pretende a apelante, haja vista o disposto pela Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que impede o abrandamento para patamar aquém do mínimo legal.

Na terceira fase do cálculo, merece confirmação a sentença na parte em que reconheceu a incidência da causa de aumento prevista no inciso I do artigo 40 da Lei nº 11.343/2006.

Com efeito, a apelante foi presa em flagrante na iminência de embarcar em voo rumo ao exterior, situação que autoriza a majoração da pena a conta da transnacionalidade do tráfico.

Não procede, no particular, a alegação de que a referida causa de aumento representaria *bis in idem* com a conduta de "exportar", também prevista no tipo.

Ora, o crime de tráfico ilícito de drogas é classificado como de ação múltipla ou de conteúdo variado, consumando-se inclusive mediante a simples conduta de trazer consigo. Isso revela, sem sombra de dúvidas, que não há sobreposição de normas gravosas.

Também deve ser confirmada a fixação da fração de aumento em 1/4 (um quarto), considerado o largo trajeto percorrido pela ré, que atravessou o Oceano Atlântico em busca da droga, realizando viagem de longas horas, tempo durante o qual permaneceu firme no intento de realizar o tráfico. Tal fato evidencia o maior envolvimento da apelante com o ilícito, justificando-se, portanto, a fração estabelecida pelo magistrado *a quo*.

No que tange, porém, à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, saliente-se que a atuação da apelante como agente transportador não lhe subtrai direito ao benefício. Ela é primária, não ostenta maus antecedentes, nada indica que integre, em caráter estável e permanente, a organização criminosa e

tampouco se pode afirmar que se dedique, com habitualidade, a atividades criminosas.

Cumpre observar, todavia, que, apesar de não integrar, estável e permanentemente, a organização criminosa, a apelante não ignorava que estava a serviço de um grupo dessa natureza. A multiplicidade de pessoas envolvidas, a divisão de tarefas, a complexidade da operação e a dimensão do tráfico tornam inescondível tal circunstância.

Assim, tem-se que a apelante coloca-se em situação muito próxima à de quem não faria jus à redução, de modo que a respectiva fração deve ser fixada no mínimo legal (um sexto).

Em síntese, a pena fica assim recalculada:

a) pena-base: 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão;

b) atenuação pela confissão espontânea: 4 (quatro) meses de reclusão;

c) primeiro resultado parcial: 5 (cinco) anos de reclusão;

d) aumento de pena pela transnacionalidade do tráfico: 1/4 (um quarto), equivalente a 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão;

e) segundo resultado parcial: 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão;

f) diminuição de pena (Lei nº 11.343/2006, artigo 33, § 4º): 1/6 (um sexto), equivalente a 1 (um) ano e 15 (quinze) dias de reclusão;

g) pena definitiva: 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

O regime fechado é o adequado para o início do cumprimento da pena, *ex vi* do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990.

O *quantum* fixado não permite substituição por penas restritivas de direitos, tampouco admite suspensão condicional de cumprimento. Resta, pois, prejudicada a análise da cogitada inconstitucionalidade.

A pena de multa deve ser reduzida proporcionalmente, quedando-se em *520 (quinhentos e vinte) dias-multa*, na base de valor fixada na r. sentença.

Tratando-se de pessoa sem vínculos pessoais, profissionais ou patrimoniais com nosso país, a apelante deve permanecer custodiada independentemente do trânsito em julgado, porquanto evidente o risco à aplicação da lei penal.

Ante o exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO* à apelação ao fim de reduzir as penas para 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa. Quanto ao mais, fica mantida a r. sentença de primeiro grau de jurisdição.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

AÇÃO RESCISÓRIA
0040121-51.2000.4.03.0000
(2000.03.00.040121-1)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Ré: BENEDITA PEDRO DE PAULA
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AR 1173
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2011

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 55, § 3º, DA LEI Nº 8.213/91.
I - A rescisão fundada em erro de fato (art. 485, IX, do CPC) é cabível nos casos em que o julgador - desatento para os elementos de prova existentes nos autos - , forme uma convicção equívoca sobre os fatos ocorridos, supondo, incorretamente, existente ou inexistente um determinado fato contra a prova dos autos.
II - Para o acolhimento do pedido, foi considerada a existência de documentos contemporâneos ao período trabalhado, cujo tempo a autora pretendia ver declarado. O exame do início de prova material apresentado, no entanto, revela ser o mesmo extemporâneo ao lapso temporal indicado como trabalhado. Admitido, portanto, um fato inexistente que culminou na procedência do pedido.
III - O julgado rescindendo padeceu do vício que lhe foi atribuído, devendo ser acolhido o pedido rescindente com fundamento no art. 485, inc. IX, do CPC.
IV - A existência de erro de fato é motivo claro e suficiente para conduzir à rescisão do julgado, mostrando-se desnecessária a análise dos demais fundamentos apresentados pelo autor na petição inicial, conforme precedente desta E. Terceira Seção.
V - A ora ré propôs a ação subjacente, em 13/09/1994, para concessão de aposentadoria por tempo de serviço, mediante o reconhecimento de atividade rural - de 01/1960 a 31/12/1965 e de 01/1966 a 30/04/1976 - e de doméstica, no período de 01/05/1976 a 12/08/1994.
VI - Para comprovar o labor rural, carreou aos autos, como início de prova material, declaração de tempo, datada de 08/09/1994, que foi assinada por três testemunhas. Referido documento equivale à prova testemunhal. Predecentes jurisprudenciais do C. STJ e desta Corte.
VII - Assim, ausente documento comprobatório das alegações da segurada, inviável o reconhecimento do período rural, nos termos da Súmula 149 do C. Superior Tribunal de Justiça.
VIII - Para a concessão do benefício almejado, sobeja, portanto, somente o período não impugnado pelo Instituto na vertente rescisória, qual seja, de 01/05/1976 a 12/08/1994, insuficiente para a procedência do pedido, conforme previsto no art. 52 da Lei nº 8.213/91.

IX - Procedente o pedido rescindente fundado no art. 485, inc. IX, do CPC e prejudicado o pedido subsidiário de rescisão com fulcro no inc. V do mesmo dispositivo processual. Em sede de juízo rescisório, improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

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, em sede de juízo rescindente, julgar procedente o pedido para desconstituir o V. Acórdão proferido pela E. Primeira Turma desta Corte nos autos da Apelação Cível nº 95.03.086498-4 e julgar prejudicado o pedido de rescisão com fundamento no inc. V do mesmo dispositivo legal e, em sede de juízo rescisório, julgar improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de serviço, deixando de condenar a ré ao pagamento das verbas de sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita nos autos da demanda originária, nos termos do relatório e voto do Sr. Desembargador Federal Relator que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de abril de 2011.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de ação rescisória proposta pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, em 01/08/00, em face de Benedita Pedro de Paula, com fundamento no art. 485, incs. V e IX, do CPC, visando rescindir o V. Acórdão proferido pela E. Primeira Turma desta Corte que, nos autos do processo nº 95.03.086498-4, negou provimento à apelação interposta pela autarquia, mantendo a R. sentença que julgara procedente o pedido para condenar o ora autor ao pagamento de aposentadoria por tempo de serviço à ré.

O V. Aresto rescindendo - transitado em julgado em 30/09/99 (fls. 52) - encontra-se reproduzido a fls. 50, *in verbis*:

"PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. PROVA. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA DOCUMENTAL COMPLEMENTADA PELA PROVA TESTEMUNHAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A conjugação de início de prova material com a prova testemunhal, compôs conjunto probatório bastante à formação da convicção deste julgador quanto ao tempo de serviço pleiteado.

2. O artigo 3º da CLT, cuida da definição da relação empregatícia entre o empregado e o empregador, não interferindo na ação declaratória de contagem de tempo de serviço.

3. Inócua a alegação do Instituto no tocante à verba honorária advocatícia, posto que a r. sentença não admitiu a incidência das prestações vincendas.

4. Apelo desprovido."

Afirma o autor que o "acórdão que confirmou *in totum* a sentença considerou haver nos autos início razoável de prova material, afirmando inclusive que tais provas

seriam contemporâneas de todo o período de tempo que queria provar a autora" (fls. 6), sendo que, no entanto, "a única prova existente nos autos é a testemunhal" (fls. 6). Aduz que a ora ré apresentou, nos autos originários, "declaração não contemporânea aos fatos, em que os declarantes afirmam que a autora laborou como trabalhadora rural nos períodos de janeiro de 1960 a 31 de dezembro de 1965 - 01 de janeiro de 1966 a 30 de abril de 1976" (fls. 6), o que "nada mais consiste do que prova testemunhal reduzida a termo, e que, consoante artigo 368 § único do CPC não prova o fato declarado mas somente a própria declaração" (fls. 7). Sustenta que outros "documentos que foram juntados pela ora ré, (carnês de contribuição) se referem ao trabalho exercido por esta como doméstica" (fls. 7), existindo "unicamente a prova testemunhal, o que é vedado pelo artigo 55 § 3º da Lei nº 8213/91" (fls. 7). Entende, assim, existir erro de fato, pois o "acórdão considerou haver início de prova material do período rural alegado pela agora ré, sem que houvesse tal início de prova material nos autos, sendo certo que tal erro influiu no julgamento" (fls. 7), e que "a decisão rescindenda violou por conseqüência o artigo 55 § 3º da lei 8213/91 que impede a comprovação de tempo de serviço baseada em prova exclusivamente testemunhal" (fls. 8).

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 12/52.

A fls. 54, o então Desembargador Federal Relator Aricê Amaral indeferiu o pedido de antecipação de tutela.

Regularmente citada (fls. 59 vº), a ré apresentou contestação (fls. 61/65). Aduziu que para "a caracterização do erro de fato, como suporte para a propositura da ação rescisória, faz-se necessário que o Juiz não se pronuncie sobre o fato por desatenção ou omissão, jamais aquele sobre o qual ele se pronunciou, ainda que com acerto ou desacerto" (fls. 62). Sustentou que o "alegado erro de fato, portanto, não existiu, pois o MM. Juiz prolator da r. decisão de primeira instância, bem como o v. acórdão que a confirmou, de forma taxativa abordaram o tema da alegada falta de prova material e decidiram pela procedência da ação, portanto, a matéria já foi decidida, e, por isso, não comporta revisão da prova" (fls. 62), entendendo "inegável, tratar-se de pedido de revisão de provas que não fundamenta a ação rescisória" (fls. 63).

Sobre a contestação, manifestou-se o autor a fls. 68/70.

Determinado às partes que se pronunciassem sobre o interesse na produção de provas (fls. 72), apenas o autor apresentou petição (fls. 73), aduzindo "que não há mais provas a produzir" (fls. 73). A ré deixou transcorrer *in albis* o prazo que lhe foi assinalado (fls. 74).

O Ministério Público Federal, em parecer elaborado pelo I. Procurador Regional da República, Dr. Ademar Viana Filho, opinou pela improcedência do pedido (fls. 75/78).

É o breve relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Primeiramente, dispenso o autor do depósito prévio da multa prevista no art. 488, inc. II, do CPC, nos termos da Súmula nº 175, do C. Superior Tribunal de Justiça.

I - Do Juízo *Rescindens*

Alega o autor a existência de erro de fato - por entender que o V. Acórdão rescindendo incidiu em equívoco ao declarar, para fins de atividade rural, que existiu início de prova material contemporânea ao período indicado pela ora ré -, razão pela qual pleiteia a rescisão do julgado nos termos do art. 485, IX, do CPC, que dispõe:

> "Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
> .....
> IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.
> § 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.
> § 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato."

Depreende-se da norma em evidência que a rescisão fundada em erro de fato (art. 485, IX, do CPC) é cabível nos casos em que o julgador - desatento para os elementos de prova existentes nos autos -, forme uma convicção equívoca sobre os fatos ocorridos, supondo, incorretamente, existente ou inexistente um determinado fato contra a prova dos autos.

É o caso dos autos, na medida em que consta do V. Acórdão rescindendo (fls. 45/50):

> "Alega o Instituto-réu, que não há nos autos início de prova material do exercício da atividade laboral a corroborar as afirmações da autora.
> *Com efeito, os documentos anexados a fls. 15/28 perfazem a existência de inegáveis provas materiais, sendo inclusive, contemporâneos ao período que se pretende ver declarado, constituindo início razoável de prova material, atendendo o disposto no artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e artigo 179 do Decreto nº 611/92.*
> A meu ver, portanto, os depoimentos testemunhais prestados por contemporâneos da apelada (fls. 42/43), roboram de forma lógica e firme as assertivas da inicial, *e, associados às provas documentais, compuseram conjunto probatório bastante à formação da convicção quanto ao tempo de serviço pleiteado*." (fls. 48, grifos meus)

Observa-se do excerto acima que, para o acolhimento do pedido formulado na demanda subjacente, foi considerada a existência de documentos "contemporâneos ao período que se pretende ver declarado".

Contudo, apura-se que o início de prova material apresentado para comprovar o exercício de atividade rural - relativo aos períodos de 01/1960 a 31/12/1965 e de 01/1966 a 30/04/1976 - data de 08/09/1994, ou seja, é extemporâneo ao lapso temporal indicado como trabalhado.

Assim, o julgador, equivocadamente, admitiu um fato inexistente, o qual culminou no acolhimento do pedido inicial, razão pela qual possível a rescisão do V. Acórdão.

Importante salientar, ainda, não incidir a exceção prevista no § 2º supratranscrito, no sentido de que "É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato".

Isso porque o dispositivo não deve ser interpretado literalmente, o que inviabilizaria a desconstituição de julgados nos quais se considerassem fatos inexistentes.

A respeito do tema, permito-me transcrever o seguinte ensinamento doutrinário:

> "Assim como acontece com o texto do inciso IX acima, também esta deixa o intérprete perplexo, porque se não houve pronunciamento judicial sobre o fato, como é possível que tenha havido erro por admissão de fato inexistente? Mais uma vez é necessário interpretar logicamente o dispositivo e repudiar a interpretação literal. Na verdade, o que a regra significa é que para a caracterização do erro de fato, para fins de rescisória, é indispensável que o fato (existente desconsiderado) não tenha sido resultado de uma escolha ou uma opção do juiz diante de uma controvérsia, mas sim de uma desatenção. Se o magistrado decidiu controvérsia para afirmar ou negar fato, já não haverá o fundamento em questão (o erro de fato) para justificar o pedido rescisório. Não fosse assim, qualquer erro poderia autorizar o prejudicado a buscar a rescisão da sentença, o que provocaria a instabilidade da garantia da coisa julgada (Vicente Grego Filho)".
> (*Código de Processo Civil Interpretado e Anotado*. MACHADO, Antonio Cláudio da Costa, São Paulo, Ed. Manole, 2008, 2ª ed., p. 890/891)

In casu, como houve, inequivocamente, o reconhecimento de um fato inexistente por um lapso do Sr. prolator do V. Acórdão rescindendo, cabível a desconstituição deste com fundamento no art. 485, IX, do diploma processual civil.

A existência de erro de fato é motivo claro e suficiente para conduzir à rescisão do julgado, mostrando-se desnecessária a análise dos demais fundamentos apresentados pelo autor na petição inicial. Nesse sentido já decidiu essa E. Terceira Seção, conforme precedente abaixo transcrito, *in verbis*:

> "AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA PRELIMINAR. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. PEDIDO RESCISÓRIO FUNDAMENTADO NOS INCISOS IV (VIOLAÇÃO A COISA JULGADA) E SUBSIDIARIAMENTE VI (PROVA FALSA) DO ARTIGO 485 DO CPC. AJUIZAMENTO DE AÇÕES IDÊNTICAS. AFRONTA À COISA JULGADA. RESCISÃO DO JULGADO NOS TERMOS DO ART. 485 IV DO CPC. EXTINÇÃO DA DEMANDA ORIGINÁRIA NOS TERMOS DO ART. 267 V DO CPC. PREJUDICADO O PLEITO DESCONSTITUTIVO ABALIZADO NO ART. 485 VI DO CPC.
> I - A Autarquia Previdenciária é dispensada do depósito prévio previsto no art. 488, II, do Código de Processo Civil (*ex vi legis*, Súmula nº 175, do E. Superior Tribunal de Justiça) e, nos termos do artigo 24, da Lei nº 10.522/02, exonerada de autenticar as cópias reprográficas de quaisquer documentos que apresentem em juízo.
> II - Ajuizamento de duas ações idênticas, objetivando a concessão de aposentadoria por idade de trabalhador rural.
> III - Ao considerar ser indispensável a existência de início de prova material para a valoração da prova testemunhal, o v. acórdão examinou o mérito do pedido deduzido judicialmente na primeira demanda e, como efeito, conferiu ao julgado uma decisão definitiva, formando assim, coisa julgada material.
> IV - A Súmula 149 do E. STJ, ao defender que a 'a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário', não impôs condição da ação e sequer pressuposto processual. Isso porque, a jurisprudência, emanada de Tribunais Superiores, como fonte formal do direito que é, não detém poder vinculante sobre os juízes inferiores,

ao contrário, atua como um indicativo, um referencial apto a auxiliá-los no momento de sentenciar.

V - Tendo sido negado o benefício de aposentadoria por idade rural, nos autos de nº 341/93, o ajuizamento de uma segunda ação, autos de nº 691/97, com idêntico pedido e causa de pedir, caracteriza a intenção da ré, em obter um novo julgamento da ação anterior, utilizando-se deste segundo feito, como substitutivo da ação rescisória, não proposta em tempo hábil para rescindir o julgamento anteriormente mal instruído.

VI - Caracterizada ofensa a coisa julgada, não pode prosperar a pretensão formulada pela demandante no feito subjacente, impondo-se sua extinção, sem exame do mérito, com fulcro no artigo 267, V, do Código de Processo Civil.

VII - Cada um dos possíveis fundamentos da rescisória, enumerados no art. 485, é suficiente por si só para fundamentar o pedido desconstitutivo, de tal sorte que, encontrando-se o pedido rescisório embasado em mais de um inciso, haverá cumulação de ações, diversas e autônomas entre si, conexas pelas partes e pelo *petitum*. *Admitido um dos fundamentos para rescisão, prejudicados estão os demais.*

VIII - Acolhido o pedido rescisório com fundamento no art. 485, IV, do CPC, prejudicado está o pleito sob o prisma do inciso VI do mesmo dispositivo legal.

IX - Isenta de honorária, por ser beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita - artigo 5º inciso LXXIV da Constituição Federal (Precedentes: REsp 27821-SP, REsp 17065-SP, REsp 35777-SP, REsp 75688-SP, RE 313348-RS).

X - Matéria preliminar rejeitada. Procedência da ação rescisória. Ação originária extinta, sem exame do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC."

(AR 2001.03.00.005499-0/SP, Terceira Seção, Rel. Des. Federal Walter do Amaral; Rel. p/ o Acórdão, Des. Federal Marianina Galante, j. em 25/06/09, por maioria, DJe de 29/09/09, grifos meus)

II - Do Juízo *Rescissorium*

A ora ré propôs a ação subjacente, em 13/09/1994, para concessão de aposentadoria por tempo de serviço, mediante o reconhecimento de atividade rural - de 01/1960 a 31/12/1965 e de 01/1966 a 30/04/1976 - e de doméstica, no período de 01/05/1976 a 12/08/1994.

Para comprovar o labor rural, carreou aos autos, como início de prova material, declaração de tempo, datada de 08/09/1994, que foi assinada por três testemunhas.

A jurisprudência é assente no sentido de que referido documento equivale-se à prova testemunhal:

"AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. DECLARAÇÃO DE EX-EMPREGADOR NÃO CONTEMPORÂNEA AOS FATOS. PROVA MATERIAL. INEXISTÊNCIA.

1. *É pacífico nesta Corte que a declaração de ex-empregador não contemporânea aos fatos alegados equivale à prova testemunhal,* não sendo suficiente para a demonstração do labor agrícola.

2. Agravo improvido."

(STJ, AgRg nos EDcl no REsp nº 611.287/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª Turma, j. 25/6/04, v. u., DJ 02/10/2006, p. 325, grifos meus)

"PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DEFEITOS DO ART. 535, CPC. CONFIGURAÇÃO. ACOLHIMENTO.
- O voto condutor reconheceu a especialidade do serviço desempenhado pelo litigante, na empresa GE do Brasil S/A, mas absteve-se de considerar, na somatória do tempo de serviço, os lapsos laborados nas empresas Casas Eduardo S/A Calçados e Chapéus; Cia. União dos Refinadores - Açúcar e Café; Prensas Schuler S/A e Transportadora Transpex Ltda.
- *Declaração, proveniente de ex-empregador, não contemporânea à prestação do trabalho, equivale à mera prova testemunhal*, fato que inibe seja considerada à comprovação da atividade desempenhada na empresa Pirelli Pneus S/A.
- Feita a soma, o tempo de serviço reconhecido alçará 29 anos 10 meses e 17 dias, insuficiente, ainda, à percepção do benefício postulado. - Embargos de declaração acolhidos."
(TRF - 3ª Região, AC nº 2000.03.99.051031-0, Rel. Des. Fed. Anna Maria Pimentel, 10ª Turma, j. 13/05/08, v. u., DJe 06/08/08, grifos meus)

Assim, ausente documento comprobatório das alegações da segurada, inviável o reconhecimento do período rural, nos termos da Súmula 149 do C. Superior Tribunal de Justiça, que preceitua:

"Súmula 149. A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção de benefício previdenciário"

Para a concessão do benefício almejado, sobeja, portanto, somente o período não impugnado pelo Instituto na vertente rescisória, qual seja, de 01/05/1976 a 12/08/1994, insuficiente para a procedência do pedido, conforme previsto no art. 52 da Lei nº 8.213/91.

Ante o exposto, em sede de juízo rescindente, com fulcro no inc. IX, do art. 485, do CPC, julgo procedente o pedido para desconstituir o V. Acórdão proferido pela E. Primeira Turma desta Corte nos autos da Apelação Cível nº 95.03.086498-4 e julgo prejudicado o pedido de rescisão com fundamento no inc. V do mesmo dispositivo legal e, em sede de juízo rescisório, julgo improcedente o pedido de concessão de aposentadoria por tempo de serviço. Deixo de condenar a ré ao pagamento das verbas de sucumbência por ter sido beneficiária da assistência judiciária gratuita nos autos da demanda originária, de acordo com o entendimento desta E. Terceira Seção. Oficie-se ao MM. Juiz *a quo*, comunicando-se o inteiro teor deste.

É o meu voto

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

- Sobre ação rescisória fundada em erro de fato, em virtude de ter sido admitido fato inexistente para averbação de tempo de serviço, veja também a decisão proferida na AR 2006.03.00.049169-0, Relatora Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, publicada na RTRF3R 86/31.

AÇÃO RESCISÓRIA
0095659-07.2006.4.03.0000
(2006.03.00.095659-4)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Ré: MARIA DE LOURDES ANDRÉ PEREIRA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE CAARAPÓ - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Revisor e Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO
Classe do Processo: AR 4994
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/05/2011

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ATIVIDADE RURAL. SERVIDOR PÚBLICO. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO COM A RESSALVA DO INSS DE CONSIGNAR A AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS.
I - É dever do INSS expedir a respectiva certidão de tempo de serviço, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondente, uma vez que o direito à expedição de certidão é assegurado a todos, na forma do artigo 5º, XXXIV, "b", da Constituição da República, mesmo porque, *in casu*, a certidão do tempo de serviço rural destina-se à defesa de direito e esclarecimento de situação de interesse pessoal relacionado à contagem recíproca.
II - Falta ao INSS legitimidade para opor-se à expedição de certidão de contagem recíproca, sob a alegação de que não foi efetuado o pagamento da indenização das contribuições correspondentes ao período reconhecido, tendo em vista que em se tratando de servidor público quem tem essa legitimidade é a pessoa jurídica de direito público instituidora do beneficio já que a contagem recíproca é constitucionalmente assegurada, independentemente de compensação financeira entre os regimes de previdência social.
III - Nada impede que seja mencionada na certidão a ser expedida pelo INSS a falta de pagamento da indenização referente às contribuições correspondentes ao tempo de atividade rural reconhecido na esfera judicial ou administrativa, uma vez que a certidão deve refletir fielmente os registros existentes no órgão que a emitiu.
IV - Pedido formulado em ação rescisória que se julga procedente. Pedido formulado em ação subjacente que se julga 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 maioria, em sede de juízo rescindente, julgar procedente pedido e, em sede de juízo rescisório, por maioria, julgar parcialmente procedente o pleito da demanda subjacente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de abril de 2011.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator para o acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Cuida-se de ação rescisória proposta pelo INSS, em 26/09/06, em face de Maria de Lourdes André Pereira, com fulcro no art. 485, inc. V, do CPC, visando desconstituir a R. sentença proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Caarapó/MS, nos autos do processo nº 031.03.001465-5, que julgou "procedente o pedido inicial formulado pela autora, reconhecendo que a mesma trabalhou no período de agosto de 1966 a maio de 1981, como rurícola, para o fim contagem recíproca de tempo de serviço, previsto no art. 94 da Lei 8.213/91, declarando extinto o processo, neste grau de jurisdição, com julgamento do mérito, com fulcro no art. 269, inciso I do Código de Processo Civil ..." (fls. 55). Referido *decisum* transitou em julgado em 19/10/04 (fls. 57).

Assevera o Instituto, em síntese, que foram violados os "§ 2º do art. 202 da Constituição Federal, o *caput* do art. 94 da Lei 8.213/91, a MP 1.523, posteriores reedições, e a Lei 9.528/97, o inciso IV do art. 96 da Lei 8.213/91, além de afrontar decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.664, onde se decidiu que conforme a Constituição é válida a disposição contida no inciso IV do art. 96 da Lei 8.213/91, restando violados, ainda os §§ 1º e 2º do art. 55 da Lei 8.213/91". (fls. 04)

Aduz "que apesar de ser facultativa, a indenização tornar-se-á obrigatória se o empregado rural pretender obter a certidão para fins de contagem recíproca" (fls. 17) e que "*não há notícia de que a Ré (autora na ação de conhecimento) tenha feito a indenização das contribuições previdenciárias, nos termos do inciso IV do art. 96 da Lei 8.213/91*" (fls. 25)

Alega, ainda, que "à época do ajuizamento da ação, a Ré encontrava-se filiada a outro regime de previdência (funcionária pública). Estando filiado a regime próprio de previdência, verifica-se que a ação originária tratava-se de contagem de tempo de contribuição para fins de contagem recíproca, o que implicava na prévia indenização como requisito para a emissão da certidão", de modo que "não havia a possibilidade de expedição de CTS, ainda que se considerasse comprovado o exercício da atividade rural, diante da AUSÊNCIA DE INDENIZAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES, nos termos do inciso IV do art. 96 da Lei 8.213/91" (fls. 25/26)

Pleiteia a rescisão da R. Sentença e "d) que seja novamente conhecida a causa, nos termos do artigo 488, inciso I, do CPC, para que seja julgado improcedente o pedido de averbação de tempo de serviço sem a devida indenização prevista no artigo 96, IV da Lei nº 8.213/91, ou quando não (art. 289); e) que seja novamente conhecida a causa, nos termos do artigo 488, inciso I, do CPC, para que seja julgado procedente o pedido de averbação de tempo de serviço, porém, condicionando a aludida averbação a prévia e necessária indenização prevista no artigo 96, IV da Lei nº 8.213/91" (fls. 30)

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 32/57.

A fls. 59/60, foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela.

A ré apresentou contestação, na qual afirma que o pleito encontra amparo no art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91 e que "para fazer jus à aposentadoria por tempo de serviço no atual regime, a requerida deve apenas fazer prova de ter cumprido a carência constante do *caput* do artigo 52 da Lei nº 8.213/91" (fls. 119) e que se encontra "vinculada ao regime privado desde 01/06/81 (doc. 1 anexo), ou seja, há mais de 25 anos, *restando plenamente demonstrado a carência necessária constante do mencionado dispositivo*

legal." (fls. 120) Pretende a revogação da tutela antecipada (fls. 111/123).

Sem interesse das partes na produção de provas (fls. 133 e 135/136), manifestou-se o Instituto Previdenciário, em razões finais, a fls. 143/155 e a ré, a fls. 157/168.

O Ministério Público Federal, em parecer elaborado pela I. Procuradora Regional da República, Dra. Adriana de Farias Pereira, opinou pela procedência do pedido, com a "expedição da certidão de tempo de serviço a ora ré, com a anotação da exigibilidade de recolhimento de indenização em data posterior" (fls. 177).

É o breve relatório.

À revisão.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo INSS para, com fundamento no art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil, desconstituir sentença na qual foi declarado tempo de serviço, para fins de contagem recíproca, sem o pagamento de indenização.

Para melhor elucidar a questão, trago à colação excertos da inicial da demanda originária - na qual a ora ré qualificou-se como funcionária pública estadual -, intentada em 10/09/03, *in verbis*:

> "(...) O § 9º do Art. 201 da Constituição Federal declara que 'é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana', para efeitos de aposentadoria.
> .....
> A legislação extravagante disciplina que haverá uma espécie de compensação entre os diversos regimes.
> .....
> b) seja reconhecido todo o período trabalhado pela autora na atividade rural no regime de economia familiar, sendo determinado a averbação junto à requerida *de agosto de 1966 até maio de 1981*, com fulcro no art. 94 da Lei 8.213/91".

O pedido foi julgado procedente pelo Juízo *a quo*:

> "(...) O art. 94 da Lei 8.213/91 prevê a possibilidade de contagem recíproca de tempo de serviço, dispondo o seguinte:
> .....
> Apesar do inciso IV do art. 96 da Lei 8.213/91 estabelecer que o tempo de serviço anterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social só será contado mediante indenização da contribuição correspondente ao período respectivo, este não pode ser aplicado, pois exigir que se faça recolhimento das contribuições para que seja computado o tempo de atividade rural, viola o direito adquirido do segurado que desenvolveu atividade rural anteriormente à vigência da Lei 8.213/91, conforme já decidiu o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:
> .....
> Assim, para que se reconheça o tempo de serviço, é necessário apenas provar que

exerceu atividade rurícola no respectivo período, independente da comprovação da contribuição exigida no art. 96, IV, da Lei 8.213/91.

.....

Ante o exposto, *julgo procedente o pedido inicial* formulado pela autora, reconhecendo que a mesma trabalhou no período de agosto de 1966 a maio de 1981, como rurícola, para o fim contagem recíproca de tempo de serviço, previsto no art. 94 da Lei 8.213/91, declarando extinto o processo, neste grau de jurisdição, com julgamento do mérito, com fulcro no art. 269, inciso I do Código de Processo Civil".

Passo, então, ao juízo rescindendo.

I - Do Juízo *Rescindens*

Na ação subjacente, o pedido foi julgado procedente e determinada a averbação de tempo de serviço rural, para fins de contagem recíproca, independentemente do pagamento de indenização.

Importante frisar que o tempo de trabalho rural declarado naquela *actio* não foi impugnado nesta demanda rescisória, limitando-se o Instituto a questionar a possibilidade de averbação do período - sem as contribuições previdenciárias - tendo em vista que a segurada encontrava-se vinculada a regime próprio.

Assim, a questão gira em torno da possibilidade ou não de se expedir certidão do tempo de serviço rural, para efeito de contagem recíproca, sem o pagamento da indenização relativa aos valores correspondentes ao período que se pretende computar.

Nesse aspecto, saliente-se que no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS *Cidadão* - cuja juntada do extrato ora determino -, consta vínculo empregatício da parte autora com o Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, de 1º/06/81 a 12/98 - sob regime estatutário.

Dispõe o art. 201, § 9º, da Constituição Federal, *in verbis*:

"Art. 201. (...)

§ 9º. Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei."

A Lei nº 8.213/91, em seu art. 94, *caput*, estabelece que "para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social ou no serviço público é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na atividade privada, rural e urbana, e do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente".

Impende, ainda, transcrever o art. 96, inc. IV, da Lei de Benefícios, *in verbis*:

"Art. 96. (...)

IV. O tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social *só será contado mediante indenização da contribuição*

correspondente ao período respectivo, com acréscimo de juros moratórios de um por cento ao mês e multa de dez por cento" (grifos meus)

Da simples leitura dos dispositivos legais depreende-se que a soma de tempo trabalhado sob regimes previdenciários distintos visando à obtenção de benefícios em algum deles somente será admitida quando houver a compensação financeira entre os regimes envolvidos.

Cumpre ressaltar que o C. Supremo Tribunal Federal, apreciando o Recurso Extraordinário nº 148.510/SP, firmou o entendimento de que a *contagem recíproca* "é restrita ao tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada. A referência às espécies rural e urbana informa a abrangência nesta última." (RE nº 148.510/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma), ou seja, a distinção de regimes se dá entre o *público e o privado*, sendo este último, o Regime Geral da Previdência Social, composto pelas atividades urbana e rural.

Dessa forma, conclui-se que, para fins de aposentadoria no serviço público valendo-se da contagem recíproca, o cômputo do tempo de serviço exercido no Regime Geral da Previdência Social (quer na atividade urbana, quer na atividade rural), somente pode ser efetivado mediante a comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas nas épocas próprias ou a indenização dos valores correspondentes.

Nem se argumente que essa indenização não seria exigível quanto ao trabalho rural prestado no período anterior à Lei nº 8.213/91, pois não se aplica à contagem recíproca a disposição contida no art. 55, § 2º, desse mesmo diploma legal, o qual estabeleceu que "o tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento", vez que essa dispensa de contribuição restringe-se à concessão de benefícios no próprio Regime Geral da Previdência Social.

Nesse sentido, merecem destaque os seguintes acórdãos:

"AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. RELEVÂNCIA PARA O JULGAMENTO DA QUESTÃO. PREVIDENCIÁRIO. CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO EM ATIVIDADE PRIVADA URBANA PARA FINS DE APOSENTADORIA NO SERVIÇO PÚBLICO MEDIANTE CONTAGEM RECÍPROCA. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. NECESSIDADE. PEDIDO IMPROCEDENTE.

1. O erro de fato desprovido de eficácia modificativa do acórdão rescindendo é determinante da improcedência do pedido.

2. A contagem do tempo de serviço prestado na atividade privada, seja ela urbana, seja rural, somente pode ser aproveitada para fins de aposentadoria no serviço público, quando houver prova de contribuição no regime previdenciário anterior, à luz do que dispõe o artigo 96, inciso IV, da Lei nº 8.213/91.

3. Pedido improcedente."

(STJ, Ação Rescisória nº 3.233/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 23/4/08, votação unânime, DJ 6/8/08, grifos meus).

"RECURSO ORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. SERVIDOR PÚBLICO. CÔMPUTO DO

TRABALHO EXERCIDO NA ATIVIDADE RURAL EM PERÍODO ANTERIOR À LEI Nº 8.213/91. IMPRESCINDIBILIDADE DO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

1. O art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, não se aplica à demanda em tela, que versa sobre a contagem recíproca, hipótese na qual é assegurada a soma do tempo de serviço na administração pública e na atividade privada, rural ou urbana, não podendo ser dispensada a prova do recolhimento das contribuições previdenciárias.

2. A jurisprudência da Terceira Seção deste Superior Tribunal, em reiterados julgados, pacificou o entendimento de que é inadmissível o cômputo do tempo de serviço prestado na atividade privada, urbana ou rural, antes da edição da Lei nº 8.213/91, para a aposentadoria no regime estatutário, sem o recolhimento das contribuições referentes ao período pleiteado.

3. Recurso ordinário improvido."

(STJ, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.599/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 29/11/07, votação unânime, DJ 17/12/07, grifos meus).

Assim, não tendo sido comprovado o recolhimento das contribuições previdenciárias, a expedição de certidão para fins de contagem recíproca somente poderia ocorrer após o pagamento da indenização correspondente ao período de atividade rural.

Apura-se que na *actio* originária foi julgado procedente o pedido inicial, para fins de contagem recíproca, sem o recolhimento dos valores devidos, razão pela qual houve, efetivamente, violação aos arts. 201, § 9º, da Constituição Federal, 94, *caput*, e 96, inc. IV, da Lei nº 8.213/91, de modo a ensejar a rescisão da R. sentença com fundamento no art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil.

II - Do Juízo *Rescissorium*

Como exposto na fundamentação desenvolvida em sede de juízo rescindente, inviável se mostra a averbação da atividade rurícola exercida pela ré, no período de agosto de 1966 a maio de 1981 para efeito de contagem recíproca, sem o pagamento da respectiva indenização.

Ante o exposto, em sede de juízo rescindente, com fulcro no art. 485, inc. V, do CPC, julgo procedente o pedido para rescindir parcialmente a R. sentença impugnada proferida nos autos do processo nº 031.03.001465-5 e, em sede de juízo rescisório, julgo parcialmente procedente o pedido de expedição de certidão para fins de contagem recíproca, após a indenização dos valores correspondentes. Deixo de condenar a ré ao pagamento das verbas de sucumbência por ter sido beneficiária da assistência judiciária gratuita nos autos da demanda originária, de acordo com o entendimento desta E. Terceira Seção. Oficie-se ao MM. Juiz *a quo*, comunicando-se o inteiro teor deste.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL: Trata-se de ação

rescisória ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face de Maria de Lourdes André Pereira, com fundamento no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil, em que a parte autora visa desconstituir a r. sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Caaparó, que julgou procedente e pedido de expedição da certidão de tempo de serviço, reconhecendo a atividade rural no período compreendido entre agosto/66 e maio/81, para fins de contagem recíproca, independentemente do recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes ao período.

O eminente relator, apreciando os pedidos formulados, houve por bem julgar procedente a ação rescisória, com fundamento no inciso V do artigo 485 do CPC para rescindir parcialmente a r. sentença rescindenda e, proferindo novo julgamento, julgar parcialmente procedente o pedido de expedição da certidão para fins de contagem recíproca, após a indenização dos valores correspondentes.

Ouso divergir do eminente relator tendo em vista que, no pertinente a questão relativa à exigência ou não de comprovação de contribuições ou de indenização para fins de contagem recíproca, perfilho o entendimento de que o art. 55, § 2º da Lei nº 8.213/91 dispensa o trabalhador rural do recolhimento de contribuições referentes ao tempo de serviço prestado antes de 1991, inclusive, para fins de contagem recíproca.

Inicialmente, faz-se mister uma breve análise da evolução da legislação que regulamenta a situação em tela.

A Lei nº 8.213/91 isentou o trabalhador rural de indenizar a previdência social para ter reconhecido o tempo de serviço realizado anteriormente a sua vigência, conforme disposição expressa em seu artigo 55, § 2º, ressalvando apenas a produção de efeitos para cumprimento do período de carência.

A edição das Medidas Provisórias 1523, de 13/11/1996 e 1596-14, de 10/11/1997, alterou a redação do artigo citado, criando um óbice ao reconhecimento da atividade laborativa rural, sem as devidas contribuições previdenciárias, vetando expressamente a averbação do tempo de serviço rural e a sua contagem recíproca. Verifica-se que a *ratio legis* de tais MP's era restringir a averbação do tempo laborado pelo rurícola, apenas e tão somente, para fins de concessão de benefícios de valor mínimo.

Entretanto, as mencionadas Medidas Provisórias não foram convertidas em lei e nem convalidadas pela Lei nº 9.528/97, de modo que se restabeleceu a redação original do art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, o qual, em sua especialidade, dispensa o trabalhador rural do recolhimento de contribuições para ter computado o tempo de serviço que exerceu anteriormente à edição da Lei 8.213/91, denotando o desvelo do legislador em preservar os direitos conquistados pelo trabalhador rural.

De outro flanco, com o advento da Lei nº 9.528/97, alterou-se a norma do inciso IV do art. 96 da Lei nº 8.213/91, passando-se a exigir juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês e multa de 10% (dez por cento) sobre a indenização das contribuições relativas ao tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à previdência social.

No texto da Lei nova, tal alteração encerra a redação do mencionado art. 96, não repetindo a regra do inciso V, de forma que se passou a presumir a revogação tácita do referido dispositivo.

No entanto, essa situação não tem o condão de desnaturar o direito dos segurados de computar o tempo já laborado em atividade rurícola, uma vez que a supressão do

inciso referido não afeta a regra do art. 55, § 2º da Lei nº 8.213/91, especial para o trabalhador rural, que autoriza a contagem do tempo de serviço independentemente do recolhimento das contribuições anteriores ao período em que passou a ser exigível.

Destarte, tendo em vista que a legislação anterior não exigia nenhuma contribuição ao rurícola, a obrigação de comprovar o recolhimento ou de promover a respectiva indenização impingiria àquele que exerceu atividade rural tamanhos obstáculos que praticamente inviabilizariam o direito à contagem recíproca do tempo de serviço assegurada pela Constituição da República.

Ressalte-se que o legislador constitucional, ao garantir a contagem recíproca, possibilitando a obtenção de sua aposentadoria na atividade urbana, privada ou pública, mediante a junção do tempo de serviço rural, atende aos princípios da uniformidade e da equivalência entre os benefícios e serviços às populações do campo e das cidades, em consonância com o art. 194, parágrafo único da Constituição Federal.

Conquanto a aposentadoria constitua mera expectativa de direito que somente se aperfeiçoa com o cumprimento dos requisitos, o tempo de serviço prestado, por outro lado, deve ser contado dia a dia, para todos os efeitos legais.

Deste modo, tomando-se em conta que, com a edição da Lei 8.213/91, foram regulados fatos já ocorridos, seus efeitos sobre eles incidiram e os tornaram jurídicos, consolidando-se o direito adquirido dos segurados.

Cuidando-se de relação institucional, a lei pode alterar ou mesmo ampliar os requisitos para a aposentadoria, mas não desconsiderar o tempo de serviço efetivamente prestado, que já se incorporou ao patrimônio jurídico do segurado, independentemente de indenização, por força do preceituado no art. 55, § 2º, e art. 96, em sua redação original, ambos da Lei Previdenciária.

Por essas razões, é de se reconhecer o direito do trabalhador rural de ver computado o tempo de serviço prestado em período anterior à Lei nº 8.213/91, independentemente do recolhimento de contribuições a ele correspondentes.

Sendo assim, fica resguardado o direito de se utilizar o referido período a ser averbado, exceto para efeito de carência, independentemente de indenização à Previdência, e mesmo nos casos de contagem recíproca.

Dessa forma, entendendo que não houve violação a expressa disposição de lei, *julgo improcedente a presente ação rescisória* e arbitro os honorários advocatícios em R$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais), em favor da parte ré.

É como voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO: Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo INSS, com fundamento no art. 485, inc. V, do CPC (violação à literal disposição de lei), objetivando desconstituir decisão prolatada pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Caarapó/MS, nos autos do processo nº 031.03.001465-5, que julgou “procedente o pedido inicial formulado pela autora, reconhecendo que a mesma trabalhou no período de agosto de 1966 a maio de 1981, como rurícola, para o fim contagem recíproca de tempo de serviço, previsto no art. 94 da Lei 8.213/91, declarando extinto o processo, neste grau de jurisdição, com julgamento do mérito, com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil ...”.

Sustenta, em síntese, o autor que o texto constitucional assegurou apenas a contagem recíproca apenas do tempo de contribuição e não do tempo de serviço; que não se pode expedir certidão de tempo de serviço para fins de contagem recíproca envolvendo período de atividade prestada em período anterior a novembro de 1991; que a indenização das contribuições relativas ao período que se pretende ver certificado é requisito para sua realização; que somente cabe a expedição de CTC relativamente ao período de filiação obrigatória para o empregado rural, desde que haja a indenização nos termos do inciso IV do art. 96 da Lei nº 8.213/91; que houve afronta ao art. 202, § 2º, da Constituição da República, ao *caput* do art. 94 e o inciso IV do art. 96, ambos da Lei nº 8.213/91.

Pelo respeitável voto de fls. 189/192, o ilustre Desembargador Federal relator, em sede de juízo rescindente, julgou procedente o pedido para rescindir parcialmente a R. sentença impugnada proferida nos autos do processo nº 031.03.001465-5 e, em sede de juízo rescisório, julgou parcialmente procedente o pedido de expedição de certidão para fins de contagem recíproca, após a indenização dos valores correspondentes.

Contudo, com a devida vênia, ouso divergir do Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal relator com relação à exigência de indenização dos valores correspondentes ao período de atividade rural que se quer ver reconhecido, para efeito de expedição de certidão para fins de contagem recíproca.

Com efeito, comprovado o exercício de atividade rural anterior a outubro de 1991, é dever do INSS expedir a respectiva certidão de tempo de serviço, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondente, uma vez que o direito à expedição de certidão é assegurado a todos, na forma do artigo 5º, XXXIV, "b", da Constituição da República, mesmo porque, *in casu*, a certidão do tempo de serviço rural destina-se à defesa de direito e esclarecimento de situação de interesse pessoal relacionado à contagem recíproca. Confira-se entendimento do E. Supremo Tribunal Federal:

> "Certidão: independe de inteligência e da extensão emprestadas ao art. 5º, XXXIV, da Constituição, o direito incontestável de quem presta declarações em procedimento judicial ou administrativo a obter certidão do teor delas" (RE 221.590 RJ, Min. Sepúlveda Pertence).

Além disso, falta ao INSS legitimidade para opor-se à expedição de certidão de contagem recíproca, sob a alegação de que não foi efetuado o pagamento da indenização das contribuições correspondentes ao período reconhecido, tendo em vista que em se tratando de servidor público quem tem essa legitimidade é a pessoa jurídica de direito público instituidora do beneficio já que a contagem recíproca é constitucionalmente assegurada, independentemente de compensação financeira entre os regimes de previdência social, como a seguir se verifica.

O parágrafo 9º do artigo 201 da Constituição da República acrescentado pela EC nº 20, de 15.12.1998, prescreve:

> "Art. 201...
> § 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei".

A inteligência desse dispositivo constitucional revela a existência de duas regras distintas e independentes, uma auto-aplicável e de eficácia plena, consubstanciada na primeira parte do citado § 9º (Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública ...); já a segunda parte do § 9º aponta para uma regra de eficácia contida ao dispor "hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei". Absolutamente claras essas duas regras. Confira-se a respeito delas o posicionamento do Min. Sepúlveda Pertence, no RE 162.620/SP:

> "À minha leitura, o artigo 202, § 2º, da CF, contém duas regras diversas, a primeira das quais, independente da segunda. Com efeito, não diz o dispositivo que a lei assegurará a contagem recíproca para a aposentadoria, mediante compensação financeira entre os sistemas previdenciários, segundo os critérios que a mesma lei estabeleceu. O que se contém, na primeira parte do parágrafo questionado, é uma norma constitucional completa, com força perceptiva bastante a assegurar, desde logo, a contagem recíproca. Outra coisa é a previsão, na segunda parte do mesmo texto constitucional, da compensação financeira entre os diferentes sistemas previdenciários, essa, sim, pendente do estabelecimento de critérios legais". (RTJ 152/650).

Vale citar decisão do E. Supremo Tribunal Federal em caso semelhante:

> "O servidor público tem direito à emissão pelo INSS de certidão de tempo de serviço prestado como celetista sob condições de insalubridade, periculosidade e penosidade, com os acréscimos previstos na legislação previdenciária. A autarquia não tem legitimidade para opor resistência à emissão da certidão com fundamento na alegada impossibilidade de sua utilização para a aposentadoria estatutária; requerida esta, apenas a entidade à qual incumba deferi-la é que poderia se opor à sua concessão" (RE 433.305 PB, Min. Sepúlveda Pertence).

Verifica-se, pois que a legitimidade para exigir a prova da indenização das contribuições é do regime instituidor do benefício, isto é, do regime próprio do servidor (RPPS), por isso mesmo, reconhecido o tempo de serviço rural, descabe ao regime de origem (INSS) recusar-se a cumprir seu dever de averbar e expedir a certidão desse tempo de serviço.

No entanto, nada impede que seja mencionada na certidão a ser expedida pelo INSS a falta de pagamento da indenização referente às contribuições correspondentes ao tempo de atividade rural reconhecido na esfera judicial ou administrativa, uma vez que a certidão deve refletir fielmente os registros existentes no órgão que a emitiu.

Na esteira do entendimento acima esposado, já se pronunciou esta Seção, como se pode ver do seguinte aresto:

> "PREVIDENCIÁRIO. ACÃO RESCISÓRIA. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL. CONTAGEM RECÍPROCA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO COM RESSALVA. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. DEMANDA RESCISÓRIA PROCEDENTE. AÇÃO ORIGINÁRIA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

I - A Terceira Seção desta Corte tem decidido que o art. 96, V, da Lei 8.213/91 foi revogado pela MP 1.527/96 e, portanto, para fins de contagem recíproca, há a necessidade de comprovação do recolhimento das contribuições.
II - Entendimento do referido Colegiado firmado no sentido de que, restando incontroverso o exercício da atividade rural, o interessado tem o direito de ver declarado como comprovado o referido tempo de serviço e obter a expedição da respectiva certidão, e de que, a autarquia, de seu turno, tem a faculdade de fazer consignar, na mesma certidão, ausência de recolhimento de contribuições ou indenização para fins de contagem recíproca, providência suficiente para resguardar os seus interesses e demonstrar a efetiva situação do segurado perante o regime previdenciário em que se deu o reconhecimento do tempo de serviço.
III - No caso, considerando que o julgado acoimado de ilegal teve por comprovado o exercício da atividade rural no período de 06 de setembro de 1949 a 30 de julho de 1965, deve a autarquia expedir a certidão de tempo de serviço, ressalvando-lhe a faculdade de nela fazer consignar a ausência de recolhimento de contribuições ou indenização para fins de contagem recíproca.
IV - Ação rescisória julgada procedente. Ação originária."
(TRF - 3ª Região; AR - 1410 - 2001.03.00.004935-0; 3ª Seção; Relatora p/ acórdão Desembargadora Federal Marisa Santos; j. 23.10.2008; DJF3 03.12.2008; pág. 1343)

Diante do exposto, em sede de juízo rescisório, *julgo parcialmente procedente o pedido formulado na ação subjacente*, para determinar que o INSS expeça certidão de tempo de serviço, sem condicioná-la à prévia indenização, apenas ressalvando a possibilidade de a autarquia previdenciária fazer consignar em seu conteúdo eventual ausência de recolhimento de contribuições. Deixo de condenar a ré ao pagamento das verbas de sucumbência por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Independentemente do trânsito em julgado, expeça-se *e.mail* ao INSS, instruído com os devidos documentos da ré *MARIA DE LOURDES ANDRÉ PEREIRA*, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja expedida certidão de tempo de serviço de período rural compreendido entre agosto de 1966 a maio de 1981, sem necessidade de indenização dos valores correspondentes, ressalvando-se apenas a possibilidade de fazer consignar em seu conteúdo eventual ausência de recolhimento de contribuições, tendo em vista o *caput* do artigo 461 do CPC.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator para o acórdão

- Sobre a possibilidade de expedição de certidão de tempo de serviço para fins de contagem recíproca, com a ressalva do INSS consignar a ausência de recolhimento das contribuições devidas, veja também os seguintes julgados: AR 2002.03.00.029784-2, Relatora Desembargadora Federal Eva Regina, publicada na RTRF3R 90/4 e AC 2003.61.05.007246-0, Relator Desembargador Federal Jediael Galvão, publicada na RTRF3R 91/432.

APELAÇÃO CÍVEL
0044110-94.2007.4.03.9999
(2007.03.99.044110-0)

Apelante: JULIO CESAR FERREIRA BEZERRA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE NEVES PAULISTA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS
Classe do Processo: AC 1244185
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2011

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - MENOR TUTELADO - EQUIPARAÇÃO A FILHO - MAIORIDADE - INVALIDEZ NA DATA DO ÓBITO DO SEGURADO - COMPROVAÇÃO - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - COMPROVAÇÃO - NECESSIDADE - TERMO INICIAL - JUROS MORATÓRIOS - CORREÇÃO MONETÁRIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TUTELA CONCEDIDA.
I - Aplica-se ao caso a Lei nº 8.213/91, vigente à época do óbito do segurado, ocorrido em 10-12-2004.
II - Ao tutelado se aplicam as disposições que amparam o filho inválido de qualquer idade, que, em razão de sua incapacidade, não perde a condição de dependente.
III - Se o menor tutelado sempre esteve equiparado a filho, ou seja, como um igual a filho, é forçoso reconhecer que, se inválido na data do óbito do segurado, não perde a condição de dependente mesmo após alcançar a maioridade, desde que comprovada a dependência econômica. Trata-se de interpretação que considera a intenção do legislador que, se quisesse, poderia ter expressamente excluído do rol de dependentes o tutelado que, ao atingir a maioridade, estivesse inválido.
IV - O segurado faleceu com 90 (noventa) anos de idade e até o fim de seus dias cuidou do neto inválido. Não há como desconsiderar esses fatos. Ao pedir e obter a tutela do neto, o segurado assumiu, desde então, os encargos de sua manutenção e dele não se afastou até que faleceu.
V - A interpretação do art. 16 da Lei 8.213/91 deve obedecer ao taxativo rol de dependentes que estabelece, sem descuidar, contudo, da realidade do caso concreto.
VI - O segurado tinha sob sua dependência, como se filho fosse, o neto, que, ao atingir a maioridade, já estava inválido.
VII - Comprovado que o neto dependia economicamente do segurado falecido.
VIII - Termo inicial do benefício fixado na data do óbito (10-12-2004), por ter sido o benefício tempestivamente requerido na via administrativa.
IX - Correção monetária das parcelas vencidas na forma das Súmulas nº 08, deste Tribunal, e 148, do STJ, bem como da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente.
X - Quanto aos juros moratórios, esta Turma já firmou posicionamento de que devem ser fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, por força dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até a vigência do novo CC (11.01.2003), quando tal percentual é elevado para 1% ao mês, nos termos dos arts. 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (29.06.2009), refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, em

consonância com o seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos a partir de então e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos.

XI - Honorários advocatícios fixados em 10% das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, excluídas as vincendas, nos termos da Súmula 111 do STJ.

XII - Presentes as condições para a concessão da tutela antecipada, na forma do disposto no art. 461, § 3º, do CPC.

XIII - Apelação provida. Tutela concedida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de abril de 2011.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): JULIO CESAR FERREIRA BEZERRA move ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, para obter pensão por morte de seu avô JOÃO ELIAS FERREIRA, falecido em 10-12-2004, que estava em gozo de aposentadoria por tempo de contribuição desde 18-08-1970.

Narra a inicial que o autor, nascido em 08-10-1958, desde os 10 (dez) anos de idade passou a residir com seus avós maternos, João Elias Bezerra e Francisca Dias Menezes, em razão da separação de seus pais, sendo que o avô foi nomeado seu tutor. Em 1.977, aos 18 (dezoito) anos de idade, sofreu acidente do qual resultou lesão medular, tornando-se tetraplégico. Após o acidente, seu estado de saúde foi se agravando, de modo que, em 1.995, sofreu amputação da perna esquerda. Atualmente movimenta apenas os braços. Continuou sob os cuidados de seus avós mesmo após o acidente, sendo que, em 1.998, sua avó materna faleceu, passando, então, a depender exclusivamente do avô para sua sobrevivência, uma vez que sua invalidez total sempre o impediu de trabalhar.

O autor sustenta que, em 10-12-2004, com o falecimento do avô, que dele sempre cuidou e zelou, reside sozinho e depende da ajuda de uma secretária e de amigos para sobreviver. Pleiteou judicialmente a concessão de benefício assistencial, que recebe desde 1.985. Entretanto, o valor que recebe mensalmente não é suficiente para sua sobrevivência, pois precisa de alguém que o auxilie diariamente, faz uso de fraldas e colostomia, pois não pode se locomover, ressentindo-se da falta do auxílio do avô. Requereu o benefício ao INSS, que o indeferiu por falta de comprovação da dependência econômica. Tem ciência de que não pode acumular o benefício assistencial com a pensão por morte, caso deferida, mas esta certamente lhe será mais vantajosa, até porque receberá gratificação natalina.

A inicial requer a condenação do INSS ao pagamento da pensão por morte no

importe de 100% do valor do benefício recebido pelo segurado, desde a data do óbito, com acréscimos de correção monetária, juros moratórios e honorários de 15% do valor da condenação.

Benefícios da assistência judiciária gratuita concedidos às fls. 21.

O Juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, condenando o autor nos consectários da sucumbência, e fixando os honorários advocatícios em 12% do valor da causa, com observância do disposto no art. 12 da Lei 1060/50.

Sentença proferida em 25-01-2007.

Apelação do autor às fls. 60/62. Repisa os argumentos da petição inicial e sustenta que comprovou que era totalmente dependente de seu falecido avô. Requer o provimento do recurso, com a conseqüente procedência do pedido.

Com as contrarrazões de fls. 64/68, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Em matéria de pensão por morte, o princípio segundo o qual *tempus regit actum* impõe a aplicação da legislação vigente na data do óbito do segurado.

Considerando que o falecimento ocorreu em 10-12-2004, aplica-se a Lei 8.213/1991.

O evento *morte* está comprovado com a certidão de óbito do segurado, juntada às fls. 16.

A qualidade de segurado do instituidor da pensão também está comprovada, uma vez que, na data do óbito, estava em gozo de cobertura previdenciária de aposentadoria por tempo de contribuição.

Necessário comprovar se, na data do óbito, o autor tinha a qualidade de dependente.

Na dicção do art. 16 da Lei 8.213/91, o neto não está arrolado como dependente do segurado.

Entretanto, o referido art. 16, I, que enumera os dependentes da 1ª classe, no § 2º reconhece essa qualidade ao menor tutelado, equiparando-o a filho, mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica:

> "Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
> I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;
> § 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento."

Para comprovar a condição de dependente do segurado falecido, o autor trouxe aos autos os seguintes documentos:

- cédula de identidade, CPF e Título Eleitoral (fls. 08);

- certidão de nascimento (fls. 09);

- certidão de casamento de seus pais, Orlando Alves Bezerra e Guaraciaba Ferreira, onde averbados o desquite (1.965) e o divórcio (fls. 10/11);

- certidão expedida pelo Cartório do 2º Ofício Judicial da Comarca de Mirassol, dando conta de tutela do menor ora autor, concedida ao segurado falecido, em 20-09-1.969 (fls. 12);

- atestado de dependência econômica, "para fins de I. N. P. S.", de 1.975, da Delegacia de Polícia de Neves Paulista, SP, em que João Elias Ferreira declarou ter sob sua dependência econômica o menor Júlio Cesar Ferreira Bezerra, então com 19 (dezenove) anos de idade (fls. 13);

- certidão de casamento do segurado falecido com Francisca Dias Menezes (fls. 14);

- certidão de óbito de Francisca Dias Menezes (fls. 15);

- certidão de óbito do segurado (fls. 16);

- extrato do sistema CONBAS, dando conta da existência do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, concedida ao *de cujus* em 18-8-1970 e cessada em 10-12-2004 (fls. 18);

- comunicação de decisão do INSS, noticiando o indeferimento da pensão por morte requerida pelo autor, por falta de comprovação da dependência econômica em relação ao segurado instituidor (fls. 19);

- atestado fornecido por médico da Coordenadoria Municipal de Saúde de Neves Paulista, em 05-7-2006, informando que o autor se encontrava em tratamento clínico naquele serviço, com diagnóstico de tetraplegia (lesão medular de 4/5º cervical), no ano de 1.977 (fls. 20).

Da análise da letra fria da lei poder-se-ia tirar, com facilidade, que o autor não tem direito ao benefício pleiteado porque o neto não está arrolado entre os dependentes, como quer o INSS.

A prova documental juntada aos autos comprova que o autor, desde tenra idade, esteve sob a tutela de seu avô e viveu sob sua guarda e dependência até a data do óbito.

A tutela do autor foi concedida ao *de cujus* em 1.969, pouco depois da separação de seus pais. Nessa época, o autor tinha 10 (dez) anos de idade.

Ao tempo em que concedida a tutela, estava em vigor a Lei nº 3.807/60 (LOPS), cujo art. 11, I, § 2º, *c*, dispunha:

> "Art. 11. Consideram-se dependentes dos segurados, para os efeitos desta Lei:
> I - a esposa, o marido inválido, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas;
> § 2º Equiparam-se aos filhos, nas condições estabelecidas no item I, e mediante declaração escrita do segurado:
> c) o menor que se ache sob sua tutela e não possua bens suficientes para o próprio sustento e educação."

O preceito foi repetido pelo art. 13 da CLPS de 1.976 (Decreto 77.077/76) e pelo art. 10 da CLPS de 1.984 (Decreto 89.312/84), e, novamente, repetido pela Lei 8.213/91, comprovando que, historicamente, a legislação previdenciária dá ao menor sob tutela do segurado o *status* de filho, desde que comprove que dele dependia economicamente.

Sendo assim, ao tutelado se aplicam as disposições que amparam o filho inválido de qualquer idade, que, em razão de sua incapacidade, não perde a condição de dependente.

O verbo *equiparar* foi utilizado pelo legislador todas as vezes que pretendeu dar ao tutelado a condição de filho para fins previdenciários.

Para o *Dicionário Houaiss*, *equiparar* significa "1. cotejar (pessoas, objetos, ideias etc), considerando-os idênticos, ou possuidores do mesmo valor ou significado; igualar(-se) a...; 2. conceder igualdade ou paridade a...; 3. conceder a (pessoas, entidades etc) regalias que já estão ao alcance de outra(s) pessoa(s) ou entidade(s); ..."

Para Maria Helena Diniz (*Dicionário Jurídico*): "1. conferir o mesmo valor; 2. igualar, comparando;".

E para De Plácido e Silva (*Vocabulário Jurídico*): "Equiparação: derivado de *equiparar*, é sempre tido no sentido de *igualação*, isto é, o ato pelo qual se põem em posição de *igualdade* duas coisas ou dois fatos que se aparentam desiguais. Em semelhante contingência, a *equiparação* procura imprimir em coisas diferentes efeitos jurídicos perfeitamente idênticos, como se fossem coisas realmente da mesma espécie ou natureza. *Pelo princípio jurídico, o que é equiparado regula-se pela mesma regra jurídica e produz os mesmos efeitos, como se, em verdade, se tratasse do ato jurídico ou do fato a que se igualou (equiparou)*. Nesta circunstância, a *equiparação* não traz o mesmo sentido de *equivalência*: coisas equivalentes não se dizem nem se mostram equiparadas. Estas se *igualam*; as *equivalentes* se substituem, mas nem sempre têm consigo a natureza da igualação." (destaquei).

Se o menor tutelado sempre esteve, então, equiparado, ou seja, como um igual a filho, é forçoso reconhecer que, se inválido na data do óbito do segurado, não perde a condição de dependente mesmo após alcançar a maioridade, desde que comprovada a dependência econômica. Trata-se de interpretação que considera a intenção do legislador que, se quisesse, poderia ter expressamente excluído do rol de dependentes o tutelado que, ao atingir a maioridade, estivesse inválido. Poderia, mas não o fez.

Interpretação diversa feriria de morte os basilares princípios do Estado Democrático de Direito, para o qual a dignidade da pessoa humana é fundamento e a redução das desigualdades é objetivo.

Porém, há outro fundamento para reconhecer ao autor a condição de dependente de seu falecido avô.

A proteção social de que se encarrega a Previdência Social, embora fundada nas contribuições pagas também pelo segurado, não prescinde da interpretação das normas constitucionais.

O art. 201, V, da Constituição, garante pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

A Constituição elegeu o cônjuge ou companheiro como dependentes do segurado, isto é, o cônjuge ou companheiro são dependentes por definição constitucional. Entretanto, garantiu a proteção previdenciária também aos *dependentes*, deixando para a legislação ordinária a definição do respectivo rol.

Surge, então, a questão: é taxativo o rol de dependentes do art. 16 da Lei n. 8.213/91?

Situações como a destes autos tinham solução na forma do revogado inciso IV do art. 16, que incluía no rol de dependentes a pessoa designada. Revogado o dispositivo

legal, o rol ficou restrito aos incisos I a III do art. 16, nos quais não se inclui o neto.

A questão não é nova nos Tribunais. O STJ, em precedente de Relatoria da Ministra Laurita Vaz, reconheceu a condição de dependente do neto falecido ao avô que o criara e que, de fato, cumpriu o papel de pai:

> "PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. AVÔ. ÓBITO DO NETO. SITUAÇÃO ESPECIALÍSSIMA DOS AUTOS. NETO QUE FORA CRIADO COMO SE FILHO FOSSE EM DECORRÊNCIA DA MORTE DE SEUS PAIS. POSSIBILIDADE. 1. A teor do art. 16 da Lei nº 8.213/91, o avô não é elencado no rol dos dependentes do segurado, razão pela qual, a princípio não faria jus à pensão gerada pelo óbito do neto em cuja companhia vivia. 2. Presença, nos autos, de hipótese singular, em que a criação do segurado pelo avô, desde o nascimento, acrescida da morte precoce de seus pais, demonstram que o segurado tinha para com o Autor, na verdade, uma relação filial, embora sangüínea e legalmente fosse neto. 3. Impossibilidade de exigência da adequação legal da relação que existia à real situação fática, uma vez que é vedada a adoção do neto pelo avô, a teor do disposto no art. 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Direito à pensão por morte reconhecido. 5. Recurso especial conhecido e provido. (RESP 200300726834, 5ª Turma, DJ 09/12/2003, p. 00327)."

A interpretação da lei não pode se afastar da realidade que se estampa no caso concreto.

CARLOS MAXIMILIANO ensinou (*in Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, Rio de janeiro, 10ª Edição, 1988, p. 59):

> "Insensivelmente se foi tornando, nos países cultos, sobretudo nos últimos anos, cada vez mais livre e independente a Aplicação do Direito. Nem podia ser de outro modo. Sem uma certa amplitude de autoridade em face das normas estritas, a magistratura ficaria 'impotente contras as resistências brutais da realidade das coisas'. Por isso, todas as escolas lhe reconhecem o direito de abrandar a rigidez das fórmulas legais, esforço este em que influi e transparece o coeficiente pessoal. ... Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às *espécies* ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social. ...". (destaques do autor).

> Sobre a *equidade*, ensinou (ob. cit., p. 175):

> "Não se recorre à Equidade senão para atenuar o rigor de um texto e o interpretar de modo compatível com o progresso e a solidariedade humana; jamais será a mesma invocada para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva *clara e prevista*. Esta ressalva, aliás, tem hoje menos importância do que lhe caberia outrora: primeiro, porque se esvanece o prestígio do brocardo - *in claris cessat interpretatio* -; segundo, porque, se em outros tempos se atendia ao *resultado*

> possível de uma exegese e se evitava a que conduziria a um absurdo, excessiva dureza ou evidente injustiça, hoje, com a vitória da doutrina da socialização do Direito, mais do que nunca o hermeneuta despreza o *fiat justitia, pereat mundus* - e se orienta pelas *conseqüências* prováveis da decisão a que friamente chegou. Entretanto, ainda no presente, a Equidade que se invoca deve ser acomodada ao sistema do Direito pátrio e regulada segunda a natureza, gravidade e importância do negócio de que se trata, as circunstâncias das pessoas e dos lugares, o estado da civilização do país, o gênio e a índole dos seus habitantes". (destaques do autor).

Em obra mais moderna, FREDIE DIDIER JR. ensina (*in Curso de Direito Processual Civil*, Editora JusPodivm, Bahia, 10ª Edição, 2010, vol. 1, p. 87):

> "Diz-se que a decisão judicial é um ato jurídico que contém uma norma jurídica individualizada, ou simplesmente norma individual, definida pelo Poder judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas (leis, por exemplo) em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível pela coisa julgada material. Para a formulação dessa norma jurídica individualizada, contudo, não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais. Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais".

A prova oral, colhida sob o crivo do contraditório, não deixa dúvidas: o avô deu ao neto amparo material e moral desde o acidente que o deixou tetraplégico. O avô desempenhou na vida do neto o papel de pai, que não cessou com a maioridade.

O segurado faleceu com 90 (noventa) anos de idade e até o fim de seus dias cuidou do neto inválido.

Não há como desconsiderar esses fatos. Ao pedir e obter a tutela do neto, o segurado assumiu, desde então, os encargos de sua manutenção e dele não se afastou até que faleceu.

A interpretação do art. 16, a nosso ver, deve obedecer ao taxativo rol de dependentes que estabelece, sem descuidar, contudo, da realidade do caso concreto.

E, no caso concreto, o segurado tinha sob sua dependência, como se filho fosse, o neto, que, ao atingir a maioridade, já estava inválido.

As alegações do INSS não são suficientes para afastar a conclusão de que o autor vivia sob a dependência do avô falecido.

O documento de fls. 49, juntado pelo INSS, indica que o autor recebe pensão alimentícia de seu pai, que é descontada mensalmente da renda mensal da aposentadoria por tempo de contribuição que recebe. O valor atual é de R$ 279,68 (duzentos e setenta e nove reais e sessenta e oito centavos), conforme consulta ao sistema CNIS, ora anexada.

O INSS sustenta, ainda, que o autor recebe benefício assistencial desde 1.981, cujo valor, somado ao da pensão alimentícia, totalizava, na data da contestação (janeiro de 2.007), R$ 563,20 (quinhentos e sessenta e três reais e vinte centavos), quantia superior ao valor da renda mensal da aposentadoria do avô falecido, que era de R$ 306,34 (trezentos e seis reais e trinta e quatro centavos), o que, a seu ver, comprova que era o avô que dependia do neto. Além do mais, não há possibilidade de acumulação do benefício que já recebe com a pretendida pensão por morte.

As alegações não se sustentam. O que se conclui de todo o conjunto probatório é que avô e neto dividiam suas dificuldades, o que é comum entre pais e filhos, avós e netos.

Concedida a pensão por morte, imediatamente cessará o pagamento do benefício assistencial, conforme sustentado pelo autor na inicial.

Reconhecida a condição de dependente do autor em relação ao segurado falecido, é de ser concedida a pensão por morte.

O termo inicial do benefício é fixado na data do óbito, tendo em vista o tempestivo requerimento administrativo.

A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas nº 08, deste Tribunal, e 148, do STJ, bem como da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente.

Quanto aos juros moratórios, esta Turma já firmou posicionamento de que devem ser fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, por força dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até a vigência do novo CC (11.01.2003), quando tal percentual é elevado para 1% ao mês, nos termos dos arts. 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (29.06.2009), refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, em consonância com o seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos a partir de então e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos.

Os honorários advocatícios são fixados em 10% das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, excluídas as vincendas, nos termos da Súmula 111 do STJ.

A consulta ao Sistema Único de Benefícios - DATAPREV (documento anexo), confirmou ter sido deferido ao autor amparo previdenciário por invalidez, como trabalhador rural (NB 11/0964361060), desde 01/06/1981, devendo ocorrer a compensação dos valores desembolsados pela autarquia a esse título com aqueles a serem apurados em virtude da presente condenação, na conformidade do que dispõe o art. 462 do CPC, bem como a sua cessação a partir da implantação aqui deferida.

O fundado receio de dano irreparável, em face do caráter alimentar do benefício previdenciário, constitui o relevante fundamento e o justificado receio de ineficácia do provimento final, configurando as condições para a concessão da tutela antecipada, na forma do disposto no art. 461, § 3º, do CPC.

Diante do exposto, *dou provimento apelação do autor* para conceder a pensão por morte a partir da data do óbito do segurado (10/12/2004), determinando que a correção monetária das parcelas vencidas incida na forma das Súmulas nºs 08 deste Tribunal,

e 148, do STJ, bem como da Lei nº 6.899/81 e da legislação superveniente e os que juros moratórios incidam em 0,5% ao mês, contados da citação, por força dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até a vigência do novo CC (11.01.2003), quando tal percentual é elevado para 1% ao mês, nos termos dos arts. 406 do novo CC e 161, § 1º, do CTN, devendo, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (29.06.2009), refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, em consonância com o seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Em relação às parcelas vencidas antes da citação, os juros são devidos a partir de então e, para as vencidas depois da citação, a partir dos respectivos vencimentos. Fixo os honorários advocatícios em 10% das parcelas vencidas até a sentença.

Antecipo a tutela jurisdicional para que o INSS proceda à imediata implantação do benefício, ocasião em que ocorrerá a cessação do amparo previdenciário recebido desde 01/06/1981, procedendo-se à compensação das parcelas recebidas a esse título. Oficie-se a autoridade administrativa a cumprir a ordem judicial no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária, a ser oportunamente fixada em caso de descumprimento.

Segurado: JULIO CESAR FERREIRA BEZERRA
CPF: 065.125.638-08
DIB: 10/12/2004 (data do óbito)
RMI: a ser calculada pelo INSS
É o voto.
Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

- Sobre a equiparação de menor tutelado a filho, veja também o artigo doutrinário “Temas Polêmicos em Matéria Tributária”, de autoria da Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, publicado na RTRF3R 74/37.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL
0002187-69.2008.4.03.6114
(2008.61.14.002187-5)

Agravante: CRISTIANO DE ALMEIDA SANTOS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 264/265
Apelante: CRISTIANO DE ALMEIDA SANTOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SILVIO GEMAQUE
Classe do Processo: AC 1471903
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/05/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC). INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA. EPILEPSIA (GRANDE MAL). CRISES CONVULSIVAS NÃO CONTROLADAS. NECESSIDADE DE TERAPIA ADEQUADA. PERIGO DE EXERCER ATIVIDADE HABITUAL COMO PRENSISTA. RESTABELECIMENTO AUXÍLIO-DOENÇA.
1. O agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.
2. Comprovado por pericial judicial que o segurado padece de epilepsia tipo "grande mal", é de rigor a manutenção do auxílio-doença, cujo benefício deverá fruir até a efetiva reabilitação do agravado ou, caso negativo, ser convertido em aposentadoria por invalidez.
3. Agravo legal parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de maio de 2011.
Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE (Relator): Trata-se de agravo legal interposto pela parte autora em face da decisão monocrática (fls. 264/265) que, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, negou provimento à sua apelação.

Sustenta o agravante, em síntese, que a manutenção do auxílio-doença é medida que se impõe uma vez que sua incapacidade é total e temporária e, enquanto não houver

controle das crises convulsivas, não possui condições de trabalhar. Requer a reforma da decisão para que a autarquia seja compelida a restabelecer o benefício de auxílio-doença desde a sua indevida cessação (abril/2010) ou, alternativamente, a conversão do julgamento em diligência a fim de que a atual perícia constate a sua incapacidade laborativa.

Constatada a sua tempestividade, apresento o feito em Mesa para julgamento, a teor do que preceitua o artigo 80, I, do RI/TRF, 3ª Região.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE (Relator): A Nona Turma deste Tribunal Regional Federal da Terceira Região tem reiteradamente decidido que não merece ser reformada a "*Decisão que não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal*." (Processo nº 2007.03.99.033729-0, Relator Desembargador Federal NELSON BERNARDES, j. 20/07/2009).

Vale dizer, em sede de agravo legal, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

Nesse sentido, também:

> "PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO. RFFSA. EXCLUSÃO DA UNIÃO FEDERAL DA LIDE. JULGAMENTO NOS TERMOS DO ART. 557, § 1º-A, DO CPC. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.
> I - Decisão proferida com fundamento na faculdade dada ao relator pelo art. 557, § 1º-A, do CPC, não havendo necessidade de dar-se à parte a oportunidade de apresentação de contrarrazões, providência que iria de encontro com a intenção do legislador de dar celeridade ao processo.
> II - Em sede de agravo legal, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão que deu provimento ao agravo de instrumento, que objetivava a reforma daquela proferida em primeira instância que determinou a exclusão da União Federal, como sucessora da RFFSA.
> III - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele decidida.
> IV - Agravo legal a que se nega provimento."
> (Processo AI 200903000380673 AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 389309 Relator(a) JUÍZA MARISA SANTOS Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador NONA TURMA Fonte DJF3 CJ1 DATA: 13/05/2010 PÁGINA: 449 Data da Decisão 03/05/2010 Data da Publicação 13/05/2010).

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

"Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez, sobreveio sentença de improcedência do pedido, condenando-se a parte autora ao pagamento das verbas de sucumbência, observada sua condição de beneficiária da assistência judiciária.
Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, pugnando pela integral reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido, sustentando o cumprimento dos requisitos legais para a concessão do benefício postulado.
Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.
É o relatório.
DECIDO.
A matéria trazida a análise comporta julgamento monocrático, conforme o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, pois as questões discutidas neste feito encontram-se pacificadas pela jurisprudência, sendo possível antever sua conclusão, se submetidas à apreciação do Colegiado, com base em julgamentos proferidos em casos análogos.
Os requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez, de acordo com o artigo 42, *caput* e § 2º, da Lei nº 8.213/91, são os seguintes: 1) qualidade de segurado; 2) cumprimento da carência, quando for o caso; 3) incapacidade insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência; 4) não serem a doença ou a lesão existentes antes da filiação à Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas.
Quanto à qualidade de segurado e ao cumprimento da carência, estão presentes tais requisitos, uma vez que o autor encontrava-se em gozo de auxílio-doença desde 21/06/2006, conforme se verifica dos documentos juntados às fls. 66/74, 78 e 87. Dessa forma, foram tais requisitos reconhecidos pela própria Entidade-Ré, por ocasião do deferimento administrativo do benefício de auxílio-doença. Da mesma maneira, encontrando-se a parte percebendo o benefício previdenciário, não há falar em perda da qualidade de segurado, nos termos do artigo 15, inciso I, da Lei nº 8.213/91.
Por outro lado, para a solução da lide, é de substancial importância a prova técnica produzida. Neste passo, a incapacidade para o exercício de trabalho que garanta a subsistência foi atestada pelo laudo pericial juntado aos autos (fls. 168/177). Dessa forma, atestando os médicos peritos que a parte autora encontra-se total e temporariamente incapacitada para o labor, tal situação não lhe confere o direito ao recebimento do benefício de aposentadoria por invalidez, mas sim do auxílio-doença, nos termos do artigo 59 da Lei nº 8.213/91.
Assim, ante a ausência de comprovação, por parte da autora, da incapacidade total e permanente para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e sendo requisito essencial à concessão da aposentadoria por invalidez, nos termos do artigo 42 da Lei nº 8.213/91, tal benefício não deve ser concedido.
Sobre o tema, trago à colação o seguinte julgado:
'PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - INCAPACIDADE PARCIAL - ARTIGO 42 DA LEI 8.213/91.
O segurado considerado parcialmente incapacitado para determinadas tarefas, podendo, porém, exercer atividades outras que lhe garantam a subsistência, não tem direito ao benefício da aposentadoria por invalidez. Para deferimento do benefício,

a incapacidade há que ser total e permanente, insuscetível de reabilitação. Recurso conhecido e provido.' (REsp nº 231093-SP, Relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 18/11/99, DJ 21/02/2000, p. 165).

Por outro lado, é desnecessária a análise sobre a possibilidade de concessão à parte autora do benefício de auxílio-doença nestes autos, por falta de interesse processual, considerando que ela encontrava-se em gozo do benefício por ocasião do ajuizamento da demanda até 15/04/2010 (fl. 257).

Cabe ressaltar que o pagamento do auxílio-doença poderá ser cessado no momento em que for constatada a recuperação do segurado, conforme preceitua o artigo 62 da Lei nº 8.213/91.

Tendo sido o segurado submetido a nova perícia na esfera administrativa, em 16/04/2010 (fl. 258), quase dois anos após a realização do laudo pericial produzido em juízo, não há falar em ilegalidade na cessação do pagamento do referido benefício, que tem nítido caráter temporário. Enfim, constatada a recuperação da capacidade laborativa, é de rigor a imediata cessação do benefício.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA, nos termos da fundamentação".

Contra a r. decisão monocrática a parte autora interpôs o presente agravo legal pugnando pela reconsideração da mesma. Tal recurso previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

No presente caso, a parte autora pleiteou o restabelecimento de auxílio-doença ou a concessão de aposentadoria por invalidez.

Verifico na r. decisão agravada que o benefício de aposentadoria por invalidez foi negado porque o laudo pericial (fls. 168/173) concluiu que a incapacidade era total e temporária e, quanto ao auxílio-doença, entendeu desnecessária a análise de sua concessão, uma vez que o requerente gozou do benefício por ocasião do ajuizamento da demanda até 15/04/2010.

Conforme dito pelo perito judicial (fls. 168/173) o autor apresenta epilepsia, que lhe causa crises convulsivas, e hipertensão arterial. Quando na vigência de crises fica impossibilitado de executar qualquer atividade profissional até que as manifestações sejam controladas. Afirma, ainda, que deve ser revisto o tratamento terapêutico anticonvulsionante, uma vez que o que faz uso encontra-se muito aquém das possibilidades farmacológicas atuais, observação válida também para sua hipertensão arterial.

De acordo com a documentação fornecida aos autos, a parte autora, em maio de 2006, sofreu crise convulsiva, acompanhada de perda de consciência, que lhe ocasionou a concessão de auxílio-doença. Desta data em diante submete-se a tratamento medicamentoso, todavia, sem resultados satisfatórios.

Extrai-se tais conclusões dos diversos atestados, receituários e exames médicos acostados às fls. 30/63, 76/77, 88, 163, 174/177, 212, 260/263 e 280/281, os quais relatam a evolução clínica do autor, sem melhoras, e com crises episódicas convulsivas desde a data de maio/2006 até os dias atuais. A título exemplificativo, os relatórios médicos assinados pelo Dr. Cláudio Alves de Lima Nascimento, médico do trabalho, emitidos em 31/08/2006 (fl. 38), 11/10/2006 (fl. 41), 24/01/2007 (fl. 42), 23/05/2007 (fl. 47) e 22/06/2007

(fl. 49), esboçam um quadro clínico instável e delicado, além de ressaltar a periculosidade da moléstia se associada a sua atividade habitual (prensista).

De acordo com o retrorreferido médico, o autor apresenta síndrome convulsiva de tipo grande mal com antecedentes de neurocisticercose, tem quadro vertiginoso de tipo labiríntico com perda de equilíbrio e zumbido, está em uso de medicação gardenal 100 mg/dia e labirin, com difícil controle do quadro vertiginoso, agravado por falha de memória, tem crises convulsivas de tipo grande mal, com perda de consciência, trabalha como prensista e preparador de estamparia com máquinas pesadas de tipo hidráulica e pneumática perigosas para sua condição clínica atual (fl. 49).

Acresce relevar que a documentação médica constante dos autos foi emitida por diversos profissionais, dentre os quais, constam clínicos-gerais, neurocirurgião, neurologista, médico do trabalho e psicóloga, todos uníssonos em afirmar a existência de epilepsia com crises convulsivas, a falta de controle das crises mesmo com o uso de medicamentos ("paciente está no terceiro esquema de anticonvulsivante e persiste com crises convulsivas. Obs. paciente com epilepsia de difícil controle, sem condições de sair de casa sozinho" - fl. 163; "paciente mantém 3 a 4 crises/mês. Aumentamos a dose medicação" - fl. 177) e a sua inadequação para o exercício da atividade habitual enquanto não houver controle das moléstias ("Trabalha operando máquina (prensa e estampo) em metalúrgica sendo que o exercício de tal função é completamente desaconselhado enquanto persistir o quadro, devido ao risco de graves acidentes" - fl. 44; "o mesmo não apresenta condições, no momento, de exercer a função de op. multifuncional 'c', cargo que ocupava antes de seu afastamento" - fl. 260).

A r. decisão agravada agiu corretamente ao negar a aposentadoria por invalidez, uma vez que o laudo pericial produzido em conjunto com as documentações fornecidas demonstram a existência de moléstia total e temporária (somente quando em crise). Todavia, no que se refere à concessão do auxílio-doença, embora louvável o entendimento do douto Relator, é de se considerar a situação posta nos autos.

Conforme constou na r. decisão agravada, o autor gozou do benefício de auxílio-doença desde a propositura da ação até 15/04/2010 (fl. 257), situação que, a princípio, ensejaria a falta de interesse processual. Ocorre que há demonstração nos autos (fls. 64/75, 78, 87, 116/128, 143/144, 162, 189, 203/204, 209/211, 215/220 e 249/259) de que o pagamento do auxílio-doença ocorreu em meio a inúmeras decisões da autarquia de cancelamento do benefício por alta médica, seguido de pedidos de reconsideração e/ou prorrogação que restaram acolhidos.

A conduta da autarquia demonstrada nestes autos de negar o benefício e, posteriormente, com a interposição de pedidos de prorrogação e reconsideração, reconhecer a incapacidade do autor e lhe conceder auxílio-doença com efeitos retroativos torna duvidosa a alta concedida em 15/04/2010. Conforme se verifica às fls. 276/279 a parte autora busca restabelecer o pagamento do auxílio com novos pedidos de reconsideração, tendo em vista atestados recentes relatando a ocorrência de crises epilépticas (fls. 280/281).

A situação de invalidez do autor depende das crises convulsivas que sofre, as quais são episódicas e passíveis de controle desde que seja submetido à terapêutica anticonvulsionante pertinente. O conjunto probatório fornecido bem como as observações feitas pelo perito judicial indicam que o tratamento médico feito pelo autor, desde maio/2006, não apresenta resultados satisfatórios quanto ao controle das convulsões.

Assim, considerando a idade do autor (38 anos, atualmente), a conclusão da perícia médica de possibilidade de controle das crises, os avisos médicos de que a moléstia é incompatível com sua atividade habitual, sob risco de graves acidentes, e a conduta do INSS de negar o benefício e posteriormente conceder com efeitos retroativos, reconhecendo a existência de incapacidade, permitem concluir pela necessidade de restabelecimento do auxílio-doença.

É dever do INSS conceder o benefício de auxílio- doença ao autor e reintegrá-lo em processo de reabilitação profissional, nos termos do referido artigo 62 da Lei nº 8.213/91.

Enquanto tal reabilitação não ocorra, é devido o benefício de auxílio-doença. Note-se que esse é o entendimento pacífico deste Egrégio Tribunal: "*Comprovada, através de perícia medica, a incapacidade total e temporária para o trabalho, é de rigor a manutenção da concessão do auxílio-doença, cujo benefício deverá fruir até a efetiva reabilitação da apelada ou, caso negativo, ser convertido em aposentadoria por invalidez, consoante determina o artigo 62 da lei n. 8213/91*" (AC nº 300029878/SP, Relator Desembargador Federal THEOTONIO COSTA, j. 02/08/1994, DJ 20/07/1995, p. 45173).

Pertinente, ainda, as observações feitas no julgado:

> "PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM BASE NAS ALÍNEAS *A* E *C* DO ART. 105, III DA CF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA EM DECORRÊNCIA DO NÃO COMPARECIMENTO DO SEGURADO À PERÍCIA MÉDICA DESIGNADA. NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.
> (...) 3. O segurado em gozo de auxílio-doença deverá se submeter periodicamente à inspeção de saúde, que poderá apresentar as seguintes conclusões: (a) continuação das condições geradoras do auxílio-doença, permanecendo o tratamento e o pagamento do benefício; (b) insuscetibilidade de recuperação para qualquer atividade, com a concessão de aposentadoria por invalidez; e (c) habilitação para o desempenho da mesma atividade, ou de outra, sem redução da capacidade laborativa, cessando o pagamento do auxílio-doença.
> 4. O auxílio-doença somente poderá ser cancelado automaticamente pelo INSS nessas situações legalmente determinadas. (...)"
> (STJ. RESP - RECURSO ESPECIAL - 1034611. Relator(a) NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Órgão julgador QUINTA TURMA. Fonte DJE DATA: 26/05/2008. Data da Decisão 03/04/2008. Data da Publicação 26/05/2008)

Assim considerando, reformo a r. decisão recorrida para determinar o restabelecimento do auxílio-doença a partir de 16/04/2010.

Diante do exposto, *DOU PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL*.

Independentemente do trânsito em julgado, determino seja expedido ofício ao INSS, instruído com os documentos de *CRISTIANO DE ALMEIDA SANTOS*, a fim de que se adotem as providências cabíveis à imediata implantação do benefício de auxílio-doença, com data de início - *DIB em 16/04/2010*, e renda mensal inicial - *RMI a ser calculada pelo INSS*, com observância, inclusive, das disposições do art. 461, §§ 4º e

5º, do Código de Processo Civil. O aludido ofício poderá ser substituído por *e-mail*, na forma a ser disciplinada por esta Corte.

É o voto.

Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL 0002724-16.2009.4.03.9999 (2009.03.99.002724-8)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 92/94
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: CELIA APARECIDA GAISDORF PINTO
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PITANGUEIRAS - SP
Classe do Processo: AC 1392509
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/05/2011

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. PENSÃO POR MORTE. VÍNCULOS RURAIS ANOTADOS EM CTPS. POSSIBILIDADE DE CÔMPUTO PARA APURAÇÃO DA CARÊNCIA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. MATÉRIA NÃO VENTILADA. ERRO MATERIAL. INSCRIÇÃO SEM RECOLHIMENTO.

1 - O artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator.

2 - Segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do Relator não deve ser alterada quando fundamentada e nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

3 - Decisão reconsiderada para excluir do cômputo da carência o período trabalhado pelo falecido como contribuinte individual, tendo em vista a falta do recolhimento das contribuições previdenciárias apuradas no CNIS.

4 - Agravo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de maio de 2011.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Trata-se de agravo interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face da r. decisão monocrática de fls. 92/94, que deu parcial provimento a sua apelação, para estabelecer os critérios de cálculo dos honorários advocatícios.

Sustenta o agravante que não restou demonstrado o direito adquirido do falecido à aposentadoria por invalidez, porquanto não cumprida a carência exigida. Aduz, ademais,

que, embora o falecido tenha realizado sua inscrição como contribuinte individual, não efetuou o recolhimento das respectivas contribuições. Assevera que o tempo de exercício de atividade rural anterior à Lei nº 8.213/91, ainda que anotado em CTPS, não pode ser computado para efeito de carência. Pretende, por fim, a alteração do termo inicial do benefício.

É o relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento.

A decisão hostilizada foi proferida nos seguintes termos:

> "Em consulta ao CNIS/DATAPREV verificou-se que o falecido era titular de amparo social devido a pessoa portadora de deficiência (NB nº 078.851.052-5), concedido entre 25/10/1989 e 11/07/1999. Contudo, tal fato não ilide o direito da Autora à pensão requerida, - não obstante referido benefício seja personalíssimo e intransferível -, uma vez que, do conjunto probatório, extrai-se que o extinto fazia jus a aposentadoria por invalidez.
> A aposentadoria por invalidez será devida cumprida: a qualidade de segurado; a carência de doze contribuições mensais, quando exigida; a incapacidade para o trabalho de forma permanente e insuscetível de recuperação ou de reabilitação para outra atividade que garanta a subsistência; bem como a demonstração de que o segurado não era portador da alegada doença ao filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social.
> Conforme se verifica da Carteira de Trabalho e Previdência Social, o falecido laborou nos seguintes locais e períodos:
> Elcio Pitta, de 02/01/1975 a 28/02/1975;
> Cia. Agrícola Sertãozinho, de 30/07/1975 a 16/12/1975;
> Cia. Agrícola Sertãozinho, de 02/01/1976 a 15/08/1981;
> Cia. Agrícola Sertãozinho, de 01/09/1981 a 14/10/1981;
> Usina Santa Casa S/A, de 06/05/1982 a 28/07/1982;
> Húmus Agrícola S/A, de 23/04/1984 a 28/02/1987;
> Construtora Melia Ltda., de 01/07/1988 a 01/09/1988.
> Ademais, em consulta as microfichas apurou-se a inscrição nº 1115674123 em nome do falecido, com recolhimentos referentes às competências de 05/1981 a 12/1984.
> Verteu 138 (cento e trinta e oito) contribuições mensais, ao longo de 11 (onze) anos, 01 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de trabalho, restando inconteste o cumprimento do período de carência.
> Inconteste, também, a incapacidade do falecido, reconhecida, em 25/10/1989, pela própria Autarquia Federal, ao lhe conceder amparo social em decorrência de sua deficiência.
> Nota-se que último vínculo findou-se em 01/09/1988. Em 25/10/1989 a autarquia reconheceu a incapacidade laborativa do autor, que perdurou até a data do óbito,

de tal sorte que cumprido o requisito da qualidade de segurado, tendo em vista que o período de graça, no caso, era de 24 meses, posto que recolheu mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais.
Com efeito, tendo, o falecido antes do óbito, implementado os requisitos necessários à concessão da aposentadoria por invalidez, aplicável, na espécie, o disposto no artigo 102, § 2º da Lei nº 8.213/91."

Preliminarmente, destaco que a partir da edição da Lei nº 4.214/1963 o trabalhador rural passou a integrar um regime previdenciário, na categoria de segurado obrigatório, "in verbis":

"Art. 2º - Trabalhador rural para os efeitos desta lei é toda pessoa física que presta serviços a empregador rural, em propriedade rural ou prédio rústico, mediante salário pago em dinheiro ou *in natura*, ou parte *in natura* e parte em dinheiro."

"Art. 160 - São obrigatoriamente segurados os trabalhadores rurais, os colonos ou parceiros, bem como os pequenos proprietários rurais, empreiteiros, tarefeiros e as pessoas físicas que explorem as atividades previstas no art. 3º desta lei, estes com menos de cinco empregados a seu serviço."

Desde então, as contribuições previdenciárias do empregado rural ganharam caráter impositivo, constituindo obrigação do empregador, nos termos do artigo 79, I, do referido diploma legal, de modo a possibilitar o seu cômputo para todos os efeitos.
Nesse sentido, é a jurisprudência que segue transcrita:

"PREVIDENCIÁRIO. EMPREGADO RURAL. ATIVIDADE DE FILIAÇÃO OBRIGATÓRIA. LEI Nº 4.214/1963. CONTRIBUIÇÃO. OBRIGAÇÃO. EMPREGADOR. EXPEDIÇÃO. CERTIDÃO. CONTAGEM RECÍPROCA. POSSIBILIDADE. ART. 94 DA LEI Nº 8.213/1991.
1. A partir da Lei nº 4.214 , de 02 de março de 1963 (Estatuto do Trabalhador Rural), os empregados rurais passaram a ser considerados segurados obrigatórios da previdência social.
2. Nos casos em que o labor agrícola começou antes da edição da lei supra, há a retroação dos efeitos da filiação à data do início da atividade, por força do art. 79 do Decreto nº 53.154, de 10 de dezembro de 1963.
2. Desde o advento do referido Estatuto, as contribuições previdenciárias, no caso dos empregados rurais, ganharam caráter impositivo e não facultativo, constituindo obrigação do empregador.
Em casos de não-recolhimento na época própria, não pode ser o trabalhador penalizado, uma vez que a autarquia possui meios próprios para receber seus créditos. Precedente da Egrégia Quinta Turma.
3. Hipótese em que o Autor laborou como empregado rural, no período compreendido entre 1º de janeiro de 1962 e 19 de fevereiro de 1976, com registro em sua carteira profissional, contribuindo para a previdência rural.
4. Ocorrência de situação completamente distinta daquela referente aos trabalhadores rurais em regime de economia familiar, que vieram a ser enquadrados como

segurados especiais tão-somente com a edição da Lei nº 8.213/91, ocasião em que passaram a contribuir para o sistema previdenciário.
5. Reconhecido o tempo de contribuição, há direito à expedição de certidão para fins de contagem recíproca.
6. Recurso especial não conhecido."
(STJ, RESP nº 554068/SP, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, v. u., j. 14/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 378)

"AÇÃO RESCISÓRIA. CPC, ARTIGO 485, INCISO V. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. TRABALHADOR RURAL. CUMPRIMENTO DE CARÊNCIA. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES A CARGO DO EMPREGADOR. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INEXISTÊNCIA.
- Preenchimento dos requisitos legais, necessários à apresentação da petição inicial em juízo, decorrendo, da narração dos fatos, o pedido de rescisão do julgado.
- Desnecessidade de prequestionamento do ponto controvertido. Ação rescisória não é recurso, inexistindo tal óbice para seu ajuizamento.
- Proposta a demanda dentro do biênio previsto no artigo 495 do Código de Processo Civil, a demora na citação por motivos alheios à vontade do autor, inerentes ao mecanismo da Justiça, impede o reconhecimento da decadência. Inteligência da Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça.
- Matéria preliminar rejeitada.
- Tratando-se de trabalhador rural que, anteriormente à vigência da Lei nº 8.213/91, desenvolveu atividades no campo na qualidade de empregado, com registros em carteira de trabalho correspondentes aos períodos laborados, não se permite falar em descumprimento da carência necessária à concessão de aposentadoria por tempo de serviço.
- Recolhimento das contribuições previdenciárias cujo ônus recai sobre o empregador, a teor do disposto na Lei nº 4.213/63, posteriormente corroborada pela Lei Complementar nº 11/71. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, da 3ª Seção desta Corte e dos demais Tribunais Regionais Federais. Ação rescisória que se julga improcedente."
(TRF/3ª Região, Terceira Seção, AR - 1252, processo nº 2000.03.00.051484-4, Rel. Therezinha Cazerta, v. u., DJU de 08/02/2008, pg. 1872)

Com relação ao termo inicial do benefício, a sentença não está sujeita à remessa oficial e o Instituto Nacional do Seguro Social não apresentou irresignação quanto a esse aspecto, de sorte que a matéria não foi devolvida à apreciação deste Tribunal.

Verifica-se, pois, no que se refere a essas questões específicas, que a decisão ora agravada está suficientemente fundamentada e atende ao princípio do livre convencimento do Juiz, não padecendo de vício formal que justifique sua reforma.

Ademais, segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do relator não deve ser alterada quando fundamentada e nela não se avistar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte. Menciono julgados pertinentes ao tema: AgRgMS nº 2000.03.00.000520-2, Primeira Seção, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, DJU 19/6/01, RTRF 49/112; AgRgEDAC nº 2000.61.04.004029-0, Nona

Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, DJU 29/7/4, p. 279.

Com efeito, o artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser 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).

Por outro lado, no tocante ao período trabalhado pelo falecido como contribuinte individual, razão assiste ao agravante.

Realmente, a decisão, ao incluir, mencionado período, no cômputo da carência, incorreu em erro material, tendo em vista a falta de recolhimento das contribuições previdenciárias apuradas no CNIS.

Por conseguinte, reconsidero a decisão, para suprimir o último parágrafo de fl. 93, bem como o primeiro, o segundo e o terceiro parágrafo de fl. 93-v., substituindo-os pela seguinte redação:

> "Registro que em matéria previdenciária vigora o princípio do *tempus regit acum*, o que induz a verificação dos requisitos da aposentadoria por invalidez nos termos da legislação pretérita a 1991.
> Como corolário, o falecido preenche o requisito da carência, na medida em que a soma dos períodos relacionados ultrapassa as 12 contribuições mensais exigidas. Considera-se satisfeita a carência quando o segurado demonstra, em qualquer momento de sua vida laboral, o recolhimento de 12 contribuições mensais.
> É o que se depreende do artigo 98, parágrafo único, do Decreto nº 89.312/84: 'o direito à aposentadoria ou pensão para cuja concessão foram preenchidos todos os requistos não prescreve, mesmo após a perda da qualidade de segurado'.
> A respeito, invoco o julgado desta Egrégia Corte:
> 'PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO CPC. PENSÃO POR MORTE. ART. 47 DO DECRETO Nº 89.312/84.CARÊNCIA CORRESPONDENTE A 12 MESES. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. DESNECESSIDADE DE NOVA CONTAGEM.
> I - O compulsar dos autos revela que na certidão de óbito o falecido fora qualificado como pedreiro, todavia tal dado não tem o condão de infirmar as anotações em CTPS, pois, conforme assinalado na r. decisão agravada, estas gozam de presunção legal de veracidade *juris tantum*, razão pela qual caberia ao instituto previdenciário comprovar as falsidades de suas informações, o que não ocorreu no caso vertente.
> II - Na dicção do art. 47 do Decreto nº 89.312/84, a concessão do benefício de pensão por morte ficava condicionada ao recolhimento de 12 (doze) contribuições mensais pertinentes à atividade remunerada exercida pelo de cujus, não havendo qualquer menção à necessidade de se proceder ao recolhimento de mais contribuições no caso de perda da qualidade de segurado. Na verdade, a interpretação adotada pelo ora agravante implicaria séria restrição ao direito dos dependentes na consecução da pensão e, em se tratando de situação limitadora de direito, tal hipótese deveria estar prevista expressamente no diploma normativo

regente da matéria, o que não ocorre no caso em tela. A rigor, as 12 (doze) contribuições mensais eram exigidas do falecido em face de toda sua vida laboral, e não por vínculo empregatício.

III - Considerando que entre a data do termo final de seu último vínculo empregatício (30.04.1989) e a data de seu falecimento (19.12.1989) transcorreram menos de 12 meses, a teor do art. 7º, *caput*, do Decreto nº 89.312/84, impõe-se reconhecer a manutenção da qualidade de segurado do de cujus no momento do óbito e, por conseqüência, o direito das autoras ao benefício de pensão por morte.

IV - Agravo do INSS desprovido (art. 557, § 1º, do CPC).'

(TRF/3ª Região, Décima Turma, APELREE - 1420060, processo nº 2007.61.05.015460-2, rel. SERGIO NASCIMENTO, DJF3 CJ1 DATA: 07/07/2010, p. 3952)

Inconteste, também, a incapacidade do falecido reconhecida em 25/10/1989 pela autarquia previdenciária, ao lhe conceder amparo social em decorrência de sua deficiência.

Nota-se que o último vínculo empregatício findou-se em 1º/9/1988. Em 25/10/1989, a autarquia reconheceu a incapacidade laborativa do falecido, que perdurou até a data do óbito. Cumprida, está, a qualidade de segurado, nos termos do artigo 7º, *caput*, c. c. artigo 139, I, *b*, ambos do Decreto nº 89.312/84."

No mais, permanece a decisão tal como lançada.

Diante do exposto, *dou parcial provimento* ao agravo para reconsiderar a r. decisão, como o acima explicitado.

É o voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

DIREITO
PROCESSUAL CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL (QUESTÃO DE ORDEM)
0004261-75.1993.4.03.6000
(2002.03.99.027288-1)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: CHICO'S CAR AUTOMÓVEL LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA SILVIA ROCHA
Classe do Processo: AC 813245
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/05/2011

EMENTA

QUESTÃO DE ORDEM. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PERDIMENTO DE VEÍCULO. COMPETÊNCIA DAS SEÇÕES E TURMAS. FIXAÇÃO EM RAZÃO DA MATÉRIA E NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA LITIGIOSA. MATÉRIA DE NATUREZA NÃO PENAL. MATÉRIA AFETA À COMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO.

1. A ação visa à declaração de insubsistência de processo administrativo pelo qual se determinou a aplicação da pena de perdimento de veículo apreendido em operação de transporte de mercadorias estrangeiras sem documentação fiscal, com a respectiva determinação de restituição.

2. A teor do art. 10 do Regimento Interno desta Corte, a competência das Seções e respectivas Turmas é fixada em razão da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa (especialização), sendo, pois, de ordem absoluta e improrrogável.

3. À E. Segunda Seção cabe, dentre outros, processar e julgar os feitos referentes a nulidade e anulabilidade de atos administrativos e tributos em geral, excetuada a matéria da Primeira e Terceira Seções (art. 10, § 2º, III, VI), sendo certo que a lide em questão não tem natureza penal.

4. A pena de perdimento de bens que se busca anular é estritamente de natureza administrativo-fiscal, aplicada com fundamento na norma de natureza tributária, pela autoridade administrativa, e ao proprietário de veículo utilizado por terceiros.

5. Constata-se que na esfera penal, houve pedido de restituição do veículo apreendido, por parte de Chico's Car Automóvel Ltda., o qual foi deferido pela Juíza Federal Suzana de Camargo Gomes, com a ressalva de efeitos restritos à esfera penal (fls. 62/64).

6. No tocante ao julgamento do mencionado pedido de restituição, cumpre frisar que o Juízo apreciou o mérito da questão do cabimento da pena de perdimento do bem, afastando-a ante a demonstração de legitimidade da propriedade do terceiro requerente e ausência de interesse para a instrução penal.

7. Com essas considerações, não se vislumbra a competência da Primeira Seção para o processamento e julgamento dos recursos interpostos na presente ação e respectiva cautelar, uma vez que a hipótese dos autos trata de matéria diversa das previstas no § 1º do art. 10 do Regimento Interno desta Corte.

8. Surgindo conflito de competência entre os Relatores ou as Turmas integrantes de Seções diversas, cumpre ao Órgão Especial resolver a questão (art. 11, II, parágrafo único, *i*).

ACÓRDÃO

A Turma, por unanimidade, acolheu questão de ordem suscitada pela Relatora para o fim de suscitar conflito negativo de competência a ser processado e julgado pelo C. Órgão Especial desta Corte, com fulcro no artigo 11, inciso II, parágrafo único, alínea "i", trasladando-se cópia do voto para os autos da Ação Cautelar nº 98.03.087220-6.

São Paulo, 03 de maio de 2011.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

QUESTÃO DE ORDEM

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA (Relatora):

Trata-se de recurso de apelação da União, interposto contra sentença proferida pelo Juiz Federal da 1ª Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul, nos autos da ação ordinária promovida por CHICO'S CAR AUTOMÓVEIS LTDA. visando à declaração de insubsistência de processo administrativo pelo qual se determinou a aplicação da pena de perdimento de veículo apreendido em operação de transporte de mercadorias estrangeiras sem documentação fiscal, com a respectiva determinação de restituição.

A r. sentença julgou procedente o pedido, decretando a nulidade do ato de perdimento dos veículos ao fundamento de que os mesmos ingressaram no patrimônio do proprietário pelas portas da legalidade e por violação ao princípio da vedação do confisco, esclarecendo que o Estado não pode tributar com efeito de confisco e pela mesma razão não pode punir o contribuinte com efeito de confisco.

Apelou a União, objetivando a reforma do julgado.

Remetidos, os autos, a esta E. Corte, foram distribuídos em 21/08/2002 à Eminente Desembargadora Federal Alda Basto, da E. Quarta Turma, a qual, entendendo não se tratar de matéria de competência da Segunda Seção, determinou a redistribuição dos autos a uma das Turmas da Primeira Seção.

Os autos foram redistribuídos no dia 10/03/2004 ao MM. Juiz Federal Convocado Ferreira da Rocha (à época integrante da 1ª Turma).

Consigno, ainda, a sucessão ao relator originário, pelo MM. Juiz Federal Márcio Mesquita, tendo em vista sua convocação para compor a E. 1ª Turma deste Tribunal.

Posteriormente, houve consulta de prevenção acerca dos autos da Ação Cautelar nº 98.03.087220-6 (processo apenso) em 04 de outubro de 2008, sendo que na oportunidade, o MM. Juiz Federal Márcio Mesquita, considerando a anterior distribuição da presente ação principal, reconheceu a prevenção.

Oportuno que se esclareça que referida Ação Cautelar, inicialmente foi distribuída a em. Desembargadora Federal Anna Maria Pimentel, em 30 de outubro de 1998, então integrante da E. Terceira Turma deste Tribunal, a qual, tendo em vista a posse no cargo de Corregedora-Geral, encaminhou os autos ao sucessor regimental, o em. Desembargador Federal Nery Junior, integrante da E. Terceira Turma deste Tribunal, o qual determinou a consulta de prevenção acima mencionada.

É o relatório.

Em que pesem o entendimento da Eminente Desembargadora Federal Alda Basto, sempre com a devida vênia, e o reconhecimento da prevenção para a distribuição da ação

cautelar, certo é que a matéria de que trata os autos não está afeta à competência da Primeira Seção.

A teor do art. 10 do Regimento Interno desta Corte, a competência das Seções e respectivas Turmas é fixada em razão da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa (especialização), sendo, pois, de ordem absoluta e improrrogável.

À E. Segunda Seção cabe, dentre outros, processar e julgar os feitos referentes a nulidade e anulabilidade de atos administrativos e tributos em geral, excetuada a matéria da Primeira e Terceira Seções (art. 10, § 2º, III, VI), sendo certo que a lide em questão não tem natureza penal.

Destarte, a pena de perdimento de bens que se busca anular é estritamente de natureza administrativo-fiscal, aplicada com fundamento na norma de natureza tributária, pela autoridade administrativa, e ao proprietário de veículo utilizado por terceiros.

Constato, ainda, que na esfera penal, houve pedido de restituição do veículo apreendido, por parte de Chico's Car Automóvel Ltda., o qual foi deferido pela Juíza Federal Suzana de Camargo Gomes, *com a ressalva de efeitos restritos à esfera penal* (fls. 62/64).

No tocante ao julgamento do mencionado Pedido de Restituição, cumpre-me frisar que o Juízo apreciou o mérito da questão do cabimento da pena de perdimento do bem, afastando-a ante a demonstração de legitimidade da propriedade do terceiro requerente e ausência de interesse para a instrução penal.

Com essas considerações, não vislumbro a competência da Primeira Seção para o processamento e julgamento dos recursos interpostos na presente ação e respectiva cautelar, uma vez que a hipótese dos autos trata de matéria diversa das previstas no § 1º do art. 10 do Regimentos Interno desta Corte.

Surgindo conflito de competência entre os Relatores ou as Turmas integrantes de Seções diversas, cumpre ao Órgão Especial resolver a questão (art. 11, II, parágrafo único, *i*).

Ante o exposto, apresento esta *questão de ordem* para o fim de *suscitar conflito negativo de competência* a ser processado e julgado pelo C. Órgão Especial desta Corte Regional, nos termos do artigo 11, inciso II, parágrafo único, alínea "i", trasladando-se cópia do voto para os autos da ação cautelar nº 98.03.087220-6, em apenso.

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0020047-19.1994.4.03.6100
(96.03.008724-6)

Apelante: CONSTRUTORA E INCORPORADORA OPPIDO LTDA.
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO WILSON ZAUHY
Classe do Processo: AC 301097
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/06/2011

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. NOTA DE CRÉDITO COMERCIAL. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO CELEBRADO NOS AUTOS. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ABATIMENTO DAS PARCELAS PAGAS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. PERCENTUAL A SER DEFINIDO PELO CREDOR. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 51, INCISOS IV E X E §§, CDC.

1. É lícito ao credor prosseguir na execução do título extrajudicial se a parte não cumpre o acordo celebrado nos autos, deduzidos, obviamente, os valores eventualmente pagos em função da avença. Assim, não há razão para a extinção da execução pelo simples fato de ter o devedor pago alguma das parcelas desse acordo.

2. A disposição contratual que atribui única e exclusivamente ao credor a definição do percentual da comissão de permanência a ser utilizado para composição do saldo devedor, no caso de inadimplemento da dívida, viola o artigo 51, incisos IV e X e §§, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1980 (Código de Defesa do Consumidor), já que torna imprevisível a dívida e impinge ao devedor o ônus da incerteza quanto ao montante efetivamente devido.

3. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 25 de maio de 2011.
Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY (Relator): Trata-se de apelação interposta por CONSTRUTORA E INCORPORADORA OPPIDO LTDA. contra sentença que julgou improcedentes os embargos opostos à execução promovida pela Caixa Econômica Federal.

A apelante pugna pela reforma da sentença, alegando que não houve comunicação da exeqüente acerca de pagamento da primeira parcela do acordo celebrado após o

ajuizamento da ação e, ainda, que esse valor não foi abatido da dívida. Questiona, ainda, a incidência da comissão de permanência.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É O RELATÓRIO.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

VOTO

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

É lícito ao credor prosseguir na execução do título extrajudicial se a parte não cumpre o acordo celebrado nos autos, deduzindo os valores eventualmente pagos em função da avença. Assim, não há razão para a extinção da execução pelo simples fato de ter o devedor pago alguma das parcelas desse acordo.

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

> "*Súmula nº 294*: 'Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato'."

> "*Súmula nº 296*: 'Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado'."

> "*Súmula nº 30*: 'A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis'."

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

> "Pela interpretação literal da Resolução nº 1.129/86, do BACEN, poder-se-ia inferir, como deseja crer o agravante, que os bancos estariam autorizados a cobrar de seus devedores, além dos juros de mora, a comissão de permanência. Porém, o correto desate da questão passa necessariamente pela análise da natureza jurídica dos institutos e não pela interpretação literal de um ato administrativo, que não pode se sobrepor à lei ou a princípios gerais do direito.
> Com efeito, *a comissão de permanência tem a finalidade de remunerar o capital e atualizar o seu valor, no inadimplemento*, motivo pelo qual é pacífica a orientação de que não se pode cumular com os juros remuneratórios e com a correção monetária, sob pena de se ter a cobrança de mais de uma parcela para se atingir o mesmo objetivo.
> Por outro lado, a comissão de permanência, na forma como pactuada nos contratos em geral, *constitui encargo substitutivo para a inadimplência*, daí se presumir que ao credor é mais favorável *e que em relação ao devedor representa uma*

penalidade a mais contra a impontualidade, majorando ainda mais a dívida.
Ora, previstos já em lei os encargos específicos, com naturezas distintas e transparentes, para o período de inadimplência, tais a multa e os juros moratórios, não há razão plausível para admitir a comissão de permanência cumulativamente com aqueles, encargo de difícil compreensão para o consumidor, que não foi criado por lei, mas previsto em resolução do Banco Central do Brasil (Resolução nº 1.129/86).
Sob esta ótica, então, a comissão de permanência, efetivamente, não tem mais razão de ser. Porém, caso seja pactuada, não pode ser cumulada com os encargos transparentes, criados por lei e com finalidades específicas, sob pena de incorrer em *bis in idem*, já que aquela, além de possuir um caráter punitivo, aumenta a remuneração da instituição financeira, seja como juros remuneratórios seja como juros simplesmente moratórios. O fato é que a comissão de permanência foi adotada para atualizar, apenar e garantir o credor em período em que a legislação não cuidava com precisão dos encargos contratuais."
(Excerto do voto no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 712.801 - RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, *in* DJ 04.05.2005 p. 154)

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

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

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

> § 4º. É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes."

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

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

Tal previsão, bem se vê, é flagrantemente incompatível com as regras citadas, devendo ser reconhecida a invalidade da cláusula contratual que estabelece a aplicação desse encargo, *ex vi* do artigo 51, incisos IV e X e §§, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1980 (Código de Defesa do Consumidor).

Cumpre ressaltar que o contrato prevê outra forma de remunerar o capital emprestado durante o período de inadimplência, os juros de mora, *encargo transparente, criado por lei e com finalidade específica* nos dizeres do Ministro Menezes Direito, de maneira que a solução mais ajustada é a que exclui a aplicação da comissão de permanência da relação entabulada entre as partes.

Assim, dou parcial provimento ao apelo do embargante para reformar parcialmente a sentença, determinando que sejam refeitos os cálculos para que, no período de inadimplência, sejam aplicados os encargos de mora previstos no contrato (juros) em substituição à comissão de permanência, além dos juros remuneratórios acordados.

É COMO VOTO.

Juiz Federal Convocado WILSON ZAUHY - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0001724-36.1999.4.03.6117
(1999.61.17.001724-0)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelados: SERGIO TABBAL CHAMATI E OUTROS
Sucedidos: VIOLETA TABBAL (falecida) E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Relator Originário: DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA
Relatora designada para o Acórdão: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY
Classe do Processo: AC 895076
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/04/2011

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA (ART. 741, II, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC). ARESTO QUE DETERMINOU A INCORPORAÇÃO DOS ÍNDICES DE INFLAÇÃO EXPURGADOS, CONTRARIANDO ENTENDIMENTO DO STF. DEVIDOS OS ABONOS ANUAIS INTEGRAIS DE 1988 E 1989, BEM COMO A DIFERENÇA DO SALÁRIO MÍNIMO DE JUNHO DE 1989. TÍTULO JUDICIAL PARCIALMENTE INEXIGÍVEL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PARTE AUTORA ISENTA DAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO EM FACE DA RETRATAÇÃO DO JUÍZO *A QUO*. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA.
- Agravo retido prejudicado, dada a retratação do Juízo *a quo*.
- Excluída, de ofício, a condenação ao pagamento de honorários periciais ao Sr. Luiz César Gobatto, por estar o aludido profissional impedido de realizar perícias contábeis, nos termos de informação do Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo.
- O artigo 741, inciso II, parágrafo único, *in fine*, do Código de Processo Civil, na redação da Lei nº 11.232/05, viabilizou a reapreciação de título judicial, isto é, decisão transitada em julgado, quando fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou cuja aplicação ou interpretação sejam incompatíveis com texto constitucional, que assume contornos de inexigibilidade, mediante flexibilização da coisa julgada.
- Não são aplicáveis os percentuais de inflação expurgados no reajuste dos benefícios previdenciários, nos termos do que estabelece jurisprudência tranqüila, ante a não-caracterização de direito adquirido e em atendimento ao artigo 58 do ADCT. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.
- Exigível o título executivo judicial quanto ao pagamento das diferenças decorrentes dos abonos anuais de 1988 e 1989, nos termos da redação original do art. 201, § 6º da CF/88, e do salário mínimo de junho de 1989.
- Necessário o desconto dos pagamentos realizados em sede administrativa.
- Correção monetária nos termos do Provimento COGE nº 64/05, que impôs obediência aos critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal (aprovado por força da Res. nº 242/01, do CJF, atualmente Res. nº 561/07).

- Quanto aos juros de mora, o artigo 1.062 do Código Civil de 1.916 mandava aplicá-los à base de 0,5% (meio por cento) ao mês, desde que não convencionado de modo diverso. Nos débitos da União e respectivas autarquias, bem como nos previdenciários, incidiam na forma do estatuto civil (art. 1º da Lei nº 4.414/64). O artigo 406 do novo Código Civil (Lei nº 10.406/02, em vigor a partir de 11.01.03), alterou tal sistemática e preceituou que devem ser fixados conforme a taxa que estiver em vigor, relativamente à mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. O art. 161, § 1º, do CTN reza que, se lei não dispuser de modo diverso, o crédito tributário não pago no vencimento é acrescido de juros calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês. Assim, a taxa de juros moratórios dos débitos previdenciários é regulada pelo Código Civil a partir de sua entrada em vigor, que, de seu turno, se reporta à taxa incidente nos débitos tributários, e é, atualmente, de 1% (um por cento) ao mês, calculada de forma decrescente.
- Sucumbência recíproca. Parte autora isenta, dado que beneficiária da justiça gratuita (Precedentes da 3ª Seção).
- Apelação do INSS parcialmente provida. Sentença condenatória reformada parcialmente. Flexibilização da coisa julgada. Agravo retido e recurso adesivo prejudicados.

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, determinou, de ofício, a exclusão da condenação ao pagamento de honorários periciais ao Sr. Luiz César Gobatto e deu parcial provimento à apelação da Autarquia, por extensão diversa, para reformar em parte o julgado, ante o seu inequívoco descompasso com o texto constitucional, com fundamento no artigo 741, II e § único do Código de Processo Civil, e declarar a parcial inexigibilidade do título judicial no tocante à incorporação dos índices de inflação expurgados no cálculo da renda mensal inicial e nos reajustamentos dos benefícios, restando exigível o pagamento das diferenças dos abonos anuais de 1988 e 1989, bem como do salário mínimo de junho de 1989, corrigidas monetariamente, nos termos do Provimento 64/05 da COGE - 3ª Região e acrescidas de juros de mora, descontando-se todos os valores pagos na esfera administrativa. Prosseguindo, por maioria, julgou prejudicados o agravo retido e o recurso adesivo, na conformidade da ata do julgamento, relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de março de 2011.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora designada para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Trata-se de embargos à execução opostos pelo INSS insurgindo-se contra os cálculos apresentados pelos exequentes, no valor de R$ 1.790.670,74 (um milhão, setecentos e noventa mil, seiscentos e setenta reais e setenta e quatro centavos), atualizado até março/97. A autarquia apresentou a conta que considerou correta no valor de R$ 39.148,15 (trinta e nove

mil, cento e quarenta e oito reais e quinze centavos).

A fls. 102/110, foi interposto agravo retido pelos credores contra a decisão que determinou a remessa dos autos à Contadoria Judicial para conferência das contas apresentadas.

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedentes os embargos, determinando o prosseguimento da execução pelo valor de R$ 590.154,68 (quinhentos e noventa mil, cento e cinquenta e quatro reais e sessenta e oito centavos), consoante o cálculo apresentado a fls. 285/343 pela Contadoria Judicial. Outrossim, determinou a remessa de cópias das folhas mencionadas na fundamentação, bem como da própria sentença para o Ministério Público Federal, "para a verificação de eventual irregularidade na conduta do perito extrajudicial, em seu laudo de fls. 243/245" e para o Conselho Regional de Contabilidade "para as providências administrativas cabíveis" (fls. 357).

O INSS interpôs apelação a fls. 361/367, sendo que os embargados recorreram adesivamente a fls. 371/389.

Com contrarrazões dos exequentes (fls. 377/389) e da autarquia (403/406), subiram os autos a esta E. Corte.

Dispensada a revisão regimental.

É o breve relatório.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA (Relator): Em primeiro lugar, ressalto que, para o julgamento dos recursos interpostos nos presentes embargos à execução, torna-se imperiosa a análise de todo o ocorrido, quer no processo de conhecimento, quer na presente ação.

DO PROCESSO DE CONHECIMENTO, ajuizado em 27/3/91:

O compulsar dos autos revela que o processo de conhecimento foi ajuizado por 13 (treze) autores, objetivando a condenação do INSS a "proceder o cálculo das parcelas dos benefícios, referentes ao mês de *junho de 1989*, com a utilização do salário mínimo de *Ncz$ 120,00* e não os Ncz$ 81,40, bem assim calcular *os abonos anuais* (13ºs salários/gratificação natalina) de todo o período não atingido do benefício não atingido (*sic*) pela prescrição qüinqüenal (CLPS, Artigo 98), fazendo o mesmo nos anos subseqüentes, pelos proventos integrais do mês de dezembro de cada ano, ou pela média corrigida dos proventos percebidos em cada ano, além de promover *o recálculo da renda inicial e de manutenção dos benefícios, incorporando, para todos os fins e efeitos, os percentuais da inflação de junho/87 e janeiro/89; os IPCs de março e abril/90 e o IGP (21,1%) de fevereiro de 1991*, nos indicadores citados, pagando as diferenças decorrentes da condenação devidamente acrescidas de juros moratórios e atualização monetária desde o vencimento de cada parcelas, até efetiva liquidação *(Súmula 71-TFR), incluindo os percentuais inflacionários* já citados e respondendo, ainda, pelos encargos da sucumbência e demais cominações do estilo." (fls. 8, grifos meus).

Relaciono, a seguir, os nomes dos autores, bem como os respectivos benefícios cuja revisão pleiteiam e as datas de início dos mesmos (DIB):

Nome do autor	*Benefício*	*DIB*
Violeta Tabbal	Pensão por morte	23/1/88
Hermínio Aroni	Aposentadoria por tempo de serviço	1º/9/76
Nivaldo Mantovanelli	Aposentadoria por tempo de serviço	21/9/76
Antonio R. Fernandes	Aposentadoria por tempo de serviço	4/12/77
José Geraldo M. Troiano	Aposentadoria especial	1º/6/79
Dolores Fanchin dos Santos	Pensão por morte - Acidente do Trabalho	9/5/84
Rolando Mazza	Aposentadoria por tempo de serviço	1º/8/79
Angelo Pena	Aposentadoria por tempo de serviço	4/3/81
Fuad Sarkis	Aposentadoria por tempo de serviço	1º/11/77
José Amélio di Giacomo	Aposentadoria por tempo de serviço	1º/11/76
Fabrício Crisci	Aposentadoria por tempo de serviço	1º/1/80
Alcides Cezar Nigro	Aposentadoria por tempo de serviço	2/6/78
Edna Amélia G. Calef	Pensão por morte - Acidente do trabalho	4/12/83

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente a ação, "para o fim de condenar o réu a empreender os cálculos e o recálculo mencionados na parte final da petição inicial, na exata forma ali requerida, sendo os juros moratórios de um por cento (1%) ao mês". Os honorários advocatícios foram fixados em 15% sobre o valor das parcelas vencidas (fls. 80).

A Segunda Turma desta E. Corte, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso do INSS "para que, em relação às prestações devidas posteriormente ao ajuizamento da ação, aplique-se a Lei nº 6.899/81 e para fixar os juros de mora em 6% ao ano, a partir da citação." (fls. 107). A ementa do julgado encontra-se assim transcrita:

> "PREVIDENCIÁRIO, REVISÃO DE PROVENTOS. APLICABILIDADE DO ART. 201, §§ 5º E 6º DA CF/88. LEI Nº 7.789/89. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. CUSTAS PROCESSUAIS.
> I - A partir da promulgação da Carta Magna em 05.10.88, aplicam-se os §§ 5º e 6º do artigo 201, por se tratarem de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Entendimento do Plenário deste Tribunal (Data do julgamento - 24.9.92).
> II - A Lei nº 7.789/89 é expressa ao estipular que o novo salário-mínimo vigorará a partir de 01/06/89.
> III - Inadmissível o pagamento das prestações em atraso sem a devida atualização, tendo em vista os elevados índices inflacionários que corroem o poder aquisitivo da moeda.
> IV - As parcelas anteriores ao ajuizamento da ação atualizam-se de acordo com o Enunciado nº 71 da Súmula do extinto TFR, às posteriores aplica-se o disposto na Lei nº 6.899/81.
> V - Os juros de mora são devidos a partir da citação à base de 6% ao ano.
> VI - A autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas processuais ressalvado do reembolso das despesas antecipadas.
> VII - Recurso parcialmente provido."

Contra o *decisum* foi interposto Recurso Especial pelo INSS, insurgindo-se apenas com relação ao valor de *NCz$ 120,00 para junho/89*, sendo que o C. Superior Tribunal de Justiça *deu-lhe provimento* (fls. 135).

O V. Acórdão transitou em julgado em *23/2/95* (fls. 137).

A fls. 155/181 e 194/195, foi juntado o ofício da Sra. Chefe do Posto Especial do Seguro Social, encaminhando os cálculos dos benefícios pagos aos autores desde a data de início dos benefícios até 15/12/95.

A fls. 200, foi deferida a habilitação dos sucessores da autora Violeta Tabbal.

Os exequentes apresentaram a memória discriminada de cálculos, apurando o crédito no valor de R$ 1.790.670,74 (um milhão, setecentos e noventa mil, seiscentos e setenta reais e setenta e quatro centavos), atualizado até março/97 (fls. 219/387). Afirmaram que:

> "O Autor *Angelo Pena*, através do processo 458/90 - 2ª Vara, pediu a Revisão de critérios de cálculo da renda mensal inicial e seus reajustes, bem como a aplicação do primeiro reajuste integral, observando quanto aos demais o salário mínimo atualizado, na forma da Súmula 260-TFR. Os valores apurados naquele feito como valores revisados foram observados nestes autos como valores pagos pelo INSS, de forma a não provocar uma cobrança dúplice. Assim, a memória do referido autor, contempla as diferenças dos 13ºs salários, bem como a inclusão dos percentuais expurgados na manutenção do seu benefício, conforme expressamente consignado na R. Decisão transitada em julgado.
> Em relação às memórias dos Autores *Violeta Tabbal, Hermínio Aroni, Nivaldo Montovanelli e Antonio L. Fernandes*, atendendo interesses técnicos previdenciários dos referidos autores, os mesmos por ora, deixam de executar parte do Julgado, ou seja, o item no tocante à incorporação dos expurgos inflacionários em seus benefícios, contendo apenas nas inclusas planilhas parte do julgado, ou seja, as diferenças resultantes dos 13ºs salários pelos proventos integrais do mês de dezembro de cada ano." (fls. 220).

No tocante aos demais autores, aduziram que estão sendo executadas as diferenças referentes aos abonos anuais (pelo provento integral de dezembro de cada ano), bem como aos índices inflacionários na manutenção dos benefícios, observando-se, ainda, a prescrição quinquenal, os juros de 0,5% ao mês, a correção monetária pela Súmula nº 71, do TFR até o ajuizamento da ação e, após, pela Lei nº 6.899/81, bem como honorários advocatícios à razão de 15% sobre as parcelas vencidas.

O INSS, devidamente citado, opôs embargos à execução.

DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO OPOSTOS PELO INSS

Alegou o embargante, em síntese:

a) a ausência, de forma pormenorizada, do demonstrativo do débito;

b) a inexistência de dúvidas sobre as rendas mensais iniciais fixadas pelo INSS, tendo em vista que a ação não objetivou o recálculo das mesmas;

c) que foram indevidamente incluídas as diferenças dos abonos de 1986 e 1987;

d) a indevida incidência dos índices expurgados na renda mensal dos benefícios, especialmente no período de abril/89 a dezembro/91, tendo em vista que os mesmos já foram reajustados pela variação do salário mínimo, nos termos do art. 58, do ADCT e

e) a não utilização dos índices *legais* na correção monetária das diferenças devidas.

Por fim, requereu o prosseguimento da execução pelo valor de R$ 39.148,15 (trinta e nove mil, cento e quarenta e oito reais e quinze centavos), atualizado até abril/97.

A fls. 101, foi determinada a remessa dos autos à Contadoria Judicial para conferência dos cálculos, motivo pelo qual os embargados apresentaram agravo retido a fls. 102/105.

Foram apresentadas a informação e os cálculos elaborados pela Sra. Contadora Judicial (fls. 113/118).

O Assistente Técnico dos embargados apresentou a conta (fls. 124/220), apurando a quantia de R$ 1.909.915,91 (um milhão, novecentos e nove mil, novecentos e quinze reais e noventa e um centavos), atualizada até março/97.

O Juízo *a quo*, diante da divergência instalada quanto aos valores do débito, considerou necessária a produção da prova pericial, motivo pelo qual nomeou o perito Sr. Luiz Cezar Gobatto, fixando os honorários periciais em R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), a serem pagos pelo sucumbente ao final.

A fls. 243/245, o Sr. Perito reputou como corretos os cálculos apresentados pelo Assistente Técnico dos embargados, limitando-se a afirmar que os "cálculos demonstrados pelo Assistente Técnico, às fs. 124/220, foram conferidos por este Perito, e estão em consonância com a r. Sentença e v. Acórdão".

O INSS manifestou a sua discordância em relação à nomeação do Sr. Luiz Cezar Gobatto como perito "em face da insuficiência técnica dos trabalhos desse profissional já mencionada por mais de um Juiz designado para auxiliar na Jurisdição de Jaú" (fls. 251/258).

O Sr. Perito, a fls. 273/274, ratificou o laudo pericial anteriormente apresentado.

Foi determinada a remessa dos autos à *Contadoria Judicial*, que apresentou os cálculos a *fls. 285/343*, apurando o crédito de R$ 590.154,68 (quinhentos e noventa mil, cento e cinquenta e quatro reais e sessenta e oito centavos) em favor dos embargados. Afirmou que a diferença entre as contas ocorreu pelas seguintes razões:

> "*Comum a todos os autores*:
> - A utilização dos proventos integrais do mês de dezembro de cada ano para compor os abonos salariais de 1.986 e 1.987, esbarram no item I da Ementa do V. Acórdão-TRF (fls. 108).
> *Para os autores que tiveram os expurgos inflacionários incorporados*:
> - na aplicação do índice referente a jun/87 não houve o desconto do gatilho salarial, com isso os autores conseguem um reajuste de 51,27% (cinquenta e um inteiros e vinte e sete centésimos por cento);
> - a partir de set/91 os autores, dentro das respectivas espécies de benefício, ultrapassaram, em muito, os tetos máximos de aposentadoria; e
> - a correção monetária utilizada a partir de mar/91 contém índices do IPC não estabelecidos na decisão.
> *Com relação ao autor Angelo Pena*:
> - utilizou-se de renda mensal inicial superior à constante no documento de fls. 18;
> - os índices de reajustes aplicados em mai/81, mai/83 e nov/83, são superiores aos oficiais;
> - os índices de reajustes usados em jun/out/nov/89 e jan/mar/jun/90, não são aplicáveis nesse período, quando prevalecia a variação do salário mínimo; e
> - os valores considerados como pagos pelo réu estão em desacordo com aqueles que constam das relações de fls. 166/167.

(...)

O réu cumpriu apenas parte do julgado, deixando de efetuar a incorporação dos índices expurgados, razão maior da diferença." (fls. 285/286)

O MM. Juiz Federal Rodrigo Zacharias julgou parcialmente procedentes os embargos, determinando o prosseguimento da execução pelo valor apresentado pela Contadoria Judicial, a fls. 285/343. Tendo em vista a sucumbência recíproca, determinou a compensação dos honorários advocatícios. Outrossim, determinou a remessa de cópias das folhas mencionadas na fundamentação e da sentença para o Ministério Público Federal para a verificação de eventual irregularidade na conduta do perito, em seu laudo de fls. 243/245, bem como para o Conselho Regional de Contabilidade, para as providências administrativas cabíveis. Fundamentou o *decisum* afirmando ser "pertinente dizer que estranha o fato de o perito subscritor do laudo de fls. 243/245, nomeado enquanto o feito tramitava na Justiça Estadual, sendo auxiliar do Juízo, haver ratificado *in totum*, sem qualquer indicação de razões, os cálculos do assistente técnico, que é auxiliar da parte. Os cálculos do assistente ultrapassaram em mais de um milhão o valor correto, e o perito concordou com eles. Desta feita, cópias de fls. 124/220, 243/245, 251/257, 273/274 e 285/343, destes autos, deverão ser enviadas ao Ministério Público Federal e ao CRC, para as providências de direito." (fls. 356/357).

Inconformado, apelou o INSS insurgindo-se contra a inclusão dos índices expurgados no reajuste da renda mensal dos benefícios e pleiteando o prosseguimento da execução pelo valor de R$ 39.148,15. Sucessivamente, requereu a condenação exclusiva dos embargados ao pagamento dos ônus da sucumbência (fls. 361/367).

Os exequentes recorreram adesivamente (fls. 371/389) alegando:

a) ser devida a inclusão das diferenças referentes aos abonos de 1986 e 1987;

b) ser incorreta a limitação do valor do benefício ao teto máximo, sob o fundamento de que tal procedimento ofenderia o direito adquirido à incidência dos índices expurgados na manutenção dos benefícios;

c) ter direito à inclusão do índice de junho/87 (26,06%);

d) incorreção quanto ao autor Ângelo Pena, tendo em vista que "através do processo nº 458/90 da 2ª Vara, onde o autor teve revista a sua renda mensal inicial, os valores que lá foram apurados como valores revisados, foram observados nestes autos como valores recebidos pelo INSS, de forma a não provocar uma cobrança dúplice, conforme consta na petição do julgado de fls. 222, feito principal" (fls. 374) e

e) a inexistência de sucumbência recíproca, devendo a embargante ser condenada ao pagamento dos honorários advocatícios à razão de 10 a 20% sobre o valor da execução.

A fls. 397, foi juntado o ofício do Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo informando que o profissional Sr. Luiz Cezar Gobatto "está *impedido* de realizar perícias contábeis, por ser *Técnico em Contabilidade*", tendo sido aberto expediente administrativo para apurar as irregularidades apontadas.

A fls. 470, foi deferida a habilitação dos sucessores de Nivaldo Mantovanelli e Rolando Mazza.

Passo à análise das matérias constantes dos recursos interpostos pelo embargante e pelos embargados.

Inicialmente, não conheço do agravo retido, eis que não reiterado nas razões ou resposta ao recurso (art. 523, § 1º, do CPC).

Com relação às diferenças referentes aos *abonos de 1986 e 1987*, não merece reforma o cálculo elaborado pela Contadoria Judicial (fls. 285/343) - acolhido pelo Juízo *a quo* -, tendo em vista que o acórdão proferido no processo de conhecimento, pela Segunda Turma desta Corte foi expresso ao dispor que somente "com a entrada em vigor da Carta Magna *em 05 de outubro de 1988*, aplicavam-se os §§ 5º e 6º, do artigo 201, por se tratarem de normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata." (fls. 105, do processo subjacente). Outrossim, no item I, da Ementa do *decisum* acima mencionado constou: "I - *A partir* da promulgação da Carta Magna, em 05.10.88, aplicam-se os §§ 5º e 6º do artigo 201, por se tratarem de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Entendimento do Plenário deste Tribunal (Data do julgamento - 24.9.92)." Dessa forma, não há como possa ser deferido o pagamento das diferenças dos abonos anuais de 1986 e 1987, no período anterior ao advento da Constituição Federal de 1988.

Outrossim, quanto ao índice de *junho/87 (26,06%)*, cumpre ressaltar que os segurados receberam o reajuste de 20%, representativo do "gatilho salarial" (previsto no Decreto-Lei nº 2.284/86, regulamentado pelo Decreto-Lei nº 2.302/86). O INSS aplicou, em março/88, o índice de 88,90%, integralizando os IPC's do período de março/87 a fevereiro/88 - indexador previsto no Decreto-Lei nº 2.302/86 para a correção dos benefícios em manutenção -, afastando, dessa forma, qualquer defasagem no reajustamento das aposentadorias ou pensões.

No tocante à *limitação do valor do benefício ao teto máximo*, verifico que em nenhum momento, no processo de conhecimento, foi determinado o afastamento do referido teto, motivo pelo qual as limitações impostas na legislação previdenciária devem ser observadas, não havendo que se falar em ofensa a direito adquirido.

No que tange ao embargado *Angelo Pena*, foi utilizado o valor da renda mensal inicial constante da carta de concessão do benefício, juntado pelo próprio autor a fls. 18, do processo de conhecimento. Com efeito, não foi juntado aos autos nenhum documento referente ao "processo nº 458/90 da 2ª Vara", que comprovasse o alegado deferimento da revisão da renda mensal inicial. Como bem asseverou o MM. Juiz *a quo*: "não há, nos autos, comprovação da majoração da renda inicial do autor Ângelo Pena em outra ação. Como *quod non est in actis non est in mundus*, não há que se colher a alegação." (fls. 356).

Quanto à incidência dos *índices expurgados no reajuste dos benefícios*, cumpre transcrever, inicialmente, o disposto no art. 467 do Código de Processo Civil:

> "Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

No processo de conhecimento, ultrapassada foi a última fase, qual seja, a recursal, perdendo, via de consequência, a faculdade de as partes impugnarem a sentença proferida. Em outras palavras, operou-se a preclusão e com o trânsito em julgado formou-se a *res judicata*.

Ensina Nelson Nery Junior em seu Código de Processo Civil Comentado, RT, 3ª ed., 1997, p. 677:

> "Depois de ultrapassada a fase recursal, quer porque não se recorreu, quer porque

o recurso não foi conhecido por intempestividade, quer porque foram esgotados todos os meios recursais, a sentença transita em julgado. Isto se dá a partir do momento em que a sentença não é mais impugnável".

Considerando-se que o trânsito em julgado da sentença proferida no processo de conhecimento deu-se em *23/2/95* (fls. 137, da ação subjacente), entendo não mais ser possível a discussão acerca do título executivo.

Outrossim, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil não se aplica às execuções de decisões transitadas em julgado antes da entrada em vigor do referido dispositivo, introduzido pela MP nº 2.180-35/01. A esse respeito, transcrevo o julgamento proferido no *Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.189.619/PE*, de Relatoria do E. Ministro Castro Meira, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. *RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008*. FGTS. EXPURGOS. SENTENÇA SUPOSTAMENTE INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXEGESE. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS. EXCLUSÃO DOS VALORES REFERENTES A CONTAS DE NÃO-OPTANTES. ARESTO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.

1. O art. 741, parágrafo único, do CPC, atribuiu aos embargos à execução eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Por tratar-se de norma que excepcional o princípio da imutabilidade da coisa julgada, deve ser interpretada restritivamente, abarcando, tão somente, as sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideradas as que: (a) aplicaram norma declarada inconstitucional; (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional; ou (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional.

2. Em qualquer desses três casos, é necessário que a inconstitucionalidade tenha sido declarada em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso e independentemente de resolução do Senado, mediante: (a) declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto; ou (b) interpretação conforme a Constituição.

3. Por conseqüência, não estão abrangidas pelo art. 741, parágrafo único, do CPC as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação firmada no STF, tais como as que: (a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional, ainda que em controle concentrado; (b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; (c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; e (d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado.

4. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à vigência do dispositivo.

5. (...)

6. (...)
7. Recurso especial conhecido em parte e não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008."
(STJ, REsp nº 1.189.619-PE, Rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, j. em 25/8/10, v. u, DJe de 2/9/10, grifos meus)

Tendo o trânsito em julgado da decisão exequenda ocorrido antes da edição da MP nº 2.180-35/01, mostra-se incabível a incidência do art. 741, parágrafo único, do CPC, à hipótese dos autos.

Dessa forma, não merece reforma o cálculo elaborado pela Contadoria Judicial (fls. 285/343), na parte em que aplicou os índices expurgados expressamente concedidos no *decisum* transitado em julgado (IPC's de janeiro/89, março/90, abril/90 e fevereiro/91).

No entanto, com relação ao período específico de *abril/89 a dezembro/91*, cumpre consignar que os benefícios de prestação continuada eram reajustados com base em número de salários mínimos, que tinham na data da *concessão* do benefício, conforme previsto no art. 58 do ADCT. *In casu*, o título executivo judicial não afastou a incidência desta norma, motivo pelo qual - à exceção dos meses em que devem ser aplicados os IPC's concedidos no *decisum* transitado em julgado -, deve ser considerada a renda mensal no valor equivalente ao número de salários mínimos que os benefícios possuíam na data da concessão, nos termos do art. 58 do ADCT.

Com relação aos honorários advocatícios, os mesmos deverão ser *proporcional* e *reciprocamente* distribuídos, nos termos do art. 21, *caput*, do CPC, tendo em vista que ambas as partes foram simultaneamente vencedores e vencidos.

Finalmente, determino, de ofício, a exclusão da condenação ao pagamento de honorários periciais ao Sr. Luiz César Gobatto, tendo em vista que, conforme o ofício de fls. 397, do Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo, o referido perito "está impedido de realizar perícias contábeis, por ser Técnico em Contabilidade".

Ante o exposto, de ofício, determino a exclusão da condenação ao pagamento de honorários periciais ao Sr. Luiz César Gobatto, não conheço do agravo retido, dou parcial provimento à apelação do INSS para determinar a elaboração de nova conta, a fim de que no período de abril/89 a fevereiro/91 - à exceção dos meses em que devem incidir os IPC's de março/90, abril/90 e fevereiro/91 -, seja considerada a renda mensal no valor equivalente ao número de salários mínimos que os benefícios possuíam na data da concessão, nos termos do art. 58 do ADCT, mantendo, no mais, o cálculo da Contadoria Judicial (fls. 285/343) e nego provimento ao recurso adesivo dos embargados.

É o meu voto.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Relator

VOTO CONDUTOR

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VERA LUCIA JUCOVSKY:

Cuida-se de recursos interpostos contra a contra a r. sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução promovidos pela autarquia, em sede de ação de revisão de benefícios previdenciários (fls. 354-357).

A autarquia interpôs recurso de apelação, no qual sustenta a reforma da r. sentença, com fundamento no art. 741, II e § único do CPC, referentemente à aplicação dos

índices de inflação expurgados, restando, enfim, acolhidos os seus cálculos anexados aos autos (fls. 361-367); a parte embargada recorreu adesivamente, pugnando pelo prosseguimento da execução com base em seus cálculos (fls. 371-376).

Agravo retido interposto pela parte embargada (fls. 102/110).

O Des. Fed. Newton De Lucca votou no seguinte sentido:

> "(...) DE OFÍCIO, DETERMINO A EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS AO SR. LUIZ CÉSAR GOBATTO, NÃO CONHEÇO DO AGRAVO RETIDO, DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS para determinar a elaboração de nova conta, a fim de que no período de abril/89 a fevereiro/91 - à exceção dos meses em que devem incidir os IPC's de março/90, abril/90 e fevereiro/91 -, seja considerada a renda mensal no valor equivalente ao número de salários mínimos que os benefícios possuíam na data da concessão, nos termos do art. 58 do ADCT, mantendo, no mais, o cálculo da Contadoria Judicial (fls. 285/343) E NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DOS EMBARGADOS. (...)"

Acompanho o Desembargador Federal Relator quanto à exclusão da honorária pericial.

Peço vênia para discordar de Sua Excelência, por entender que o agravo retido deve ser dado por prejudicado; de outro vórtice, tenho que o julgado proferido na ação de conhecimento merece parcial reforma, dado o seu inequívoco descompasso com o texto constitucional, com fundamento no art. 741, II e parágrafo único do Código de Processo Civil, restando parcialmente provida a apelação do INSS e prejudicado o recurso adesivo das partes embargadas.

1 - DO AGRAVO RETIDO

De início, verifica-se que a parte embargada interpôs o recurso de agravo retido contra a r. decisão que determinara a conferência dos cálculos pela Contadoria Judicial (fls. 101). Sustentaram, os então agravantes, que a conferência dos cálculos deveria ficar a cargo de Perito Judicial.

Nota-se, contudo, que o Juízo *a quo*, pela r. decisão de fls. 231, nomeou um *expert*, atendendo ao pleito dos agravantes, motivo pelo qual, ante a retratação, o agravo retido resta prejudicado, nos termos do artigo 529 do Código de Processo Civil.

2 - DIGRESSÕES

A ação de cognição foi proposta objetivando a condenação do INSS, *in verbis* (fls. 02-09 do apenso) a:

> "(...) a proceder o cálculo das parcelas dos benefícios, referentes ao mês de junho de 1989, com a utilização do salário mínimo de NCz$ 120,00 e não os NCz$ 81,40, bem assim calcular os abonos anuais (13ºs salários/gratificação natalina) de todo o período não atingido do benefício não atingido pela prescrição qüinqüenal (CLPS, Artigo 98), fazendo o mesmo nos anos subseqüentes, pelos proventos integrais do mês de dezembro de cada ano, ou pela média corrigida dos proventos percebidos em cada ano, além de promover o recálculo da renda inicial

e de manutenção dos benefícios, incorporando, para todos os fins e efeitos, os percentuais da inflação de junho/87 e janeiro/89; os IPCs de março e abril/90 e IGP (21,1%) de fevereiro de 1991, nos indicadores citados, pagando as diferenças decorrentes da condenação devidamente acrescidas de juros moratórios e atualização monetária desde o vencimento de cada parcela, até efetiva liquidação (Súmula 71-TFR), incluindo os percentuais inflacionários já citados e respondendo , ainda, pelos encargos da sucumbência e demais cominações de estilo (...)"

A sentença julgou procedente o pedido, nos seguintes termos (fls. 77-80 do apenso):

"(...) Ante o exposto e, pelo mais que dos autos consta, julgo procedente esta ação de conhecimento condenatória movida pelos autores mencionados no início desta decisão contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, para o fim de condenar o réu a empreender os cálculos e o recálculo mencionados na parte final da petição inicial, da exata forma ali requerida, sendo os juros moratórios de um por cento ao ano (1%) ao mês (...)".

A autarquia federal interpôs apelação (fls. 82-90 do apenso), levada a julgamento pela Segunda Turma deste Egrégio Tribunal. Transcrevo a ementa do v. acórdão, *in verbis*:

"PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DE PROVENTOS. APLICABILIDADE DO ART. 201, §§ 5º E 6º, DA CF/88. LEI Nº 7.789/89. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. CUSTAS PROCESSUAIS.
I - A partir da promulgação da Carta Magna em 05.10.88, aplicam-se os §§ 5º e 6º do artigo 201, por se tratarem de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Entendimento do Plenário deste Tribunal (Data do julgamento - 24.9.92).
II - A Lei nº 7.789/89 é expressa ao estipular que o novo salário mínimo vigorará a partir de 01.06.89.
III - Inadmissível o pagamento das prestações em atraso sem a devida atualização, tendo em vista os elevados índices inflacionários que corroem o poder aquisitivo da moeda.
IV - As parcelas anteriores ao ajuizamento da ação atualizam-se de acordo com o Enunciado nº 71 da Súmula do extinto TFR, às posteriores aplica-se o disposto na Lei nº 6.899/81.
V - Os juros de mora são devidos a partir da citação à base de 6% ao ano.
VI - A Autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas processuais ressalvado do reembolso das despesas antecipadas.
VII - Recurso parcialmente provido." (fls. 103-108 do apenso).

Interposto e admitido o recurso especial pelo INSS (fls. 110-112 e 122-123 do apenso), foi parcialmente provido, vazada a ementa do v. acórdão, nos termos seguintes:

"RESP - PREVIDENCIÁRIO - BENEFÍCIO - CORREÇÃO - SALÁRIO MÍNIMO - Os benefícios visam a compensar ou substituir salário, que, por sua vez, evidencia caráter alimentar. A atualização do respectivo valor deve ajustar o valor formal ao valor material da prestação. Busca concretizar o equilíbrio das relações

jurídicas. O salário mínimo, coordenado com os preços de mercadoria de consumo, melhor atende a hipótese. Ajusta-se, ademais, ao art. 58, ADCT." (fls. 130-135).

O v. acórdão transitou em julgado em 23.02.95 (fls. 132 do apenso).

A parte autora apresentou memória de cálculo (fls. 219-387 do apenso); a autarquia, citada (fls. 390 v. do apenso), opôs embargos à execução (fls. 02-09).

O Juízo *a quo* determinou que a Contadoria Judicial procedesse à conferência dos valores devidos (fls. 32).

A Perícia Contábil ratificou os cálculos apresentados pelo assistente técnico da parte embargada (fls. 243-245), os quais resultaram num total de R$ 1.909.915,91 (um milhão, novecentos e nove mil reais, novencentos e quinze reais e noventa e um centavos) (fls. 124-220), até março de 1997.

A Contadoria Judicial apurou um total de R$ 590.154,68 (quinhentos e noventa mil reais, cento e cincoenta e quatro reais e sessenta e oito centavos) (fls. 285-343), valor que restou acolhido pelo r. *decisum* recorrido (fls. 354-357).

3 - DA APLICAÇÃO DOS ÍNDICES DE INFLAÇÃO EXPURGADOS

O direito aos percentuais não oficiais de inflação constantes do título judicial não chegou a se consolidar ao patrimônio dos segurados, tendo em vista que os diplomas constantes do Decreto-Lei nº 2.335/87 e Lei nº 7.730/89, ao serem editados, interromperam a caracterização de eventual aquisição de direito.

Destarte, a legislação que instituiu esses índices acabou revogada antes de que se aperfeiçoasse qualquer hipótese de incorporação ao patrimônio do segurado.

Ressalte-se, ainda, a falta de previsão legal para a utilização dos referidos índices no reajuste de proventos.

Nesse rumo, tem-se que o Decreto-Lei nº 2.335/87 foi promulgado em 12 de junho de 1987. Sucede que o termo final do que seria o período mínimo para a aquisição do direito ao percentual de 26,06% coincidiu com o último dia do mês de junho de 1987. Logo, não se perfez o período aquisitivo ao reajuste, tendo a nova legislação (Decreto-Lei nº 2.335/87), nas palavras do Sr. Ministro Marco Aurélio, apanhado "o direito a tais diferenças ainda em formação" (STF, AI 290087/AM, DJU 14.02.01, p. 24).

O IPC de janeiro de 1989 não é devido, pois os benefícios previdenciários estavam sujeitos à sistemática prevista no Decreto-Lei nº 2.335/87, cujo artigo 3º estabelecia a aplicação da URP - por sua vez calculada através da média da variação mensal do IPC - do trimestre anterior ao subseqüente.

Nesse passo, o índice de janeiro/89 integrou o trimestre compreendido de dezembro/88 a fevereiro/89, ocasião em que o Decreto-Lei nº 2.335/87 já havia sido revogado pela Lei nº 7.730/89, não compreendendo, dessa forma, o IPC daquele mês, mas do trimestre anterior (setembro/88 a novembro/88).

Relativamente ao pagamento da variação dos IPC's de março e abril de 1990, igualmente não se há falar em direito adquirido.

Cumpre ressaltar que a variação do salário mínimo, a qual determinava a correção dos salários de benefício neste período, estava vinculada à variação do IPC.

Com a edição da Medida Provisória nº 154, de 15.03.90, convertida na Lei nº 8.030, de 12.04.90, referida correção foi revogada, ou seja, a correção do salário mínimo não seria mais determinada pela variação do IPC.

Assim, a parte autora não possui direito adquirido às determinadas aplicações, pois a revogação de mencionada lei se deu no curso do mês de março, quando o lapso temporal que daria direito ao reajuste em seus termos, ainda, não se implementara.

O mesmo raciocínio é aplicável ao percentual do IGP de fevereiro de 1991, pois o reajustes previdenciários achavam-se vinculados à equivalência salarial preconizada pelo artigo 58 do ADCT.

Nessa esteira, os seguintes julgados:

> "ACÓRDÃO DE TRIBUNAL REGIONAL QUE EXCLUIU DA CONDENAÇÃO O REAJUSTE NO PERCENTUAL DE 84,32%, REFERENTE IPC DE MARÇO DE 1990.
> Apresenta-se sem utilidade o processamento de recurso extraordinário quando o acórdão recorrido se harmoniza com a orientação plenária do STF no sentido da inexistência de direito adquirido ao reajuste pretendido (MS 21.216-1/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti). Agravo regimental desprovido."
> (STF, 1ª Turma, AI 258212, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 16-06-00 p.00035).

> "PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. REVISIONAL. REAJUSTES. IPC DE JUNHO 87 (26,06%), IPC DE JANEIRO 89 (70,28%), IPC DE ABRIL 90 (44,86%) E IGP DE FEVEREIRO 91 (21,1%).
> 1. Descabe direito adquirido à reposição do IPC de junho 87 (26,06%). Precedentes.
> 2. Na vigência do DL nº 2.351/87 até 03.89, os reajustes dos benefícios estavam atrelados ao salário mínimo de referência. Precedentes.
> 3. No período de 04.89 a 12.91 os benefícios estavam sob o pálio do reajuste pela equivalência do art. 58, do ADCT/88.
> 4. Recurso conhecido e provido."
> (STJ, 5ª Turma, REsp 249.540/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 09.10.2000).

> "Despacho. Vistos. Em face dos termos do agravo regimental de fls. 127-130, reconsidero a decisão de fls. 125. Passo, desde logo, ao reexame das razões do recurso extraordinário. 2. Cuida-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, *a* e *b*, da Constituição Federal, em face de acórdão da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, estando o aresto assim ementado (fls. 83-84): 'BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO ANTERIOR A 1988. REVISÃO DE ACORDO COM O ARTIGO 201, § 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ISENÇÃO DE CUSTAS. PAGAMENTO POR PRECATÓRIO. I) Aos reajustes de benefícios previdenciários vigentes anteriormente à edição da Carta Política de 1988, aplica-se, até 30/04/89, a SÚMULA Nº 260 do antigo TFR; após essa data, aplicam-se os critérios estabelecidos no art. 58, do ADCT, até 07/12/91, data da implantação dos Planos de Custeio e Benefícios da Previdência Social - Leis nºs 8.212 e 8.213/91, o que ocorreu pela edição dos Decretos nºs 356 e 357 de 07/12/91; após tal data, regulam o assunto os termos do § 2º, do art. 201, da Carta Constitucional, ou seja, a revisão deve ser efetuada de modo a que seja preservado, em caráter permanente, o valor real do benefício, pois o legislador ordinário não poderá editar lei que contrarie esse dispositivo, nem estabelecer

critérios que o ofendam. II) *In casu*, tendo sido a ação proposta em 03.04.95, prescritas estão as parcelas anteriores a 03.04.90. Portanto, não há valores a serem pagos com base na Súmula nº 260, do ex-TFR, devendo a correção do benefício ser efetuada, após a perda da eficácia do artigo 58, do ADCT/88, de acordo com o disposto no artigo 201, § 2º, da Carta Magna. III) Impossibilidade de os valores em atraso serem pagos por guia, em considerando a decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, quando do julgamento da ADIN nº 1252/DF. IV) Quanto à condenação em custas, a Autarquia-apelante está isenta delas, mas, se vencida, deverá reembolsá-las ao Autor, se ele não for beneficiário da Justiça Gratuita - esta, porém, é a hipótese. V) Recurso do INSS a que se dá parcial provimento para determinar que o INSS, de acordo com a fundamentação supra e na forma do § 2º do art. 41, da Lei nº 8.213/91, reponha o valor aquisitivo do benefício do Autor, reajustando-o de acordo com o índice do salário mínimo se este for menor ou igual àquele que mediu a inflação, ou o índice oficial da inflação, se o do salário superá-lo. Verba honorária que se reduz a 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, afastando-se, de ofício, a condenação em custas processuais. Determina-se que os valores em atraso sejam pagos por Precatório Judicial na forma do decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Na correção dos atrasados serão aplicados os mesmos índices que atualizaram os Precatórios Judiciais.' 3. No apelo extremo, sustenta o recorrente a violação aos arts. 7º, IV; 97, e 201, § 2º, da Constituição Federal, e art. 58, do ADCT. 4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 199.994-2/SP, Relator para o acórdão o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, em sessão plenária de 23 de outubro de 1997, por maioria de votos, firmou jurisprudência no sentido de não se aplicar o disposto no art. 58, do ADCT da Carta Política de 1988, aos benefícios de prestação continuada, concedidos após a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, os quais deverão ser revistos, com base no art. 201, § 2º, da Lei Maior, de acordo com a legislação previdenciária editada, na conformidade do art. 59, do ADCT (Lei nº 8.213, de 1991, arts. 41 e 144). Na espécie, cuida-se de benefício anterior a 5.10.1988, em que a atualização, nos termos do art. 58 do ADCT, há de fazer-se de abril de 1989 até a implantação do Plano de Custeio e Benefícios, a teor dos arts. 58 e 59, parágrafo único do ADCT. Os limites da atualização, expressos no acórdão recorrido, não atendem ao que prevê o art. 58, do ADCT. 5. Com relação aos demais dispositivos tidos por violados, não houve, efetivamente, o necessário prequestionamento. 6. Isto posto, com base no § 1º-A, do art. 557 da Lei nº 5.869, na redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, conheço, em parte, do recurso, e, nessa parte, dou-lhe provimento, para assentar que a atualização há de fazer-se de abril de 1989 até a implantação do Plano de Custeio de Benefícios (Lei nº 8.213/91). 7. Deixo de condenar o autor no pagamento dos ônus da sucumbência, em face de ter o acórdão recorrido afirmado ser ele beneficiário da assistência judiciária gratuita. Publique-se. Brasília, 11 de outubro de 2001." Ministro Néri da Silveira Relator (STF, RE 285725/RJ, DJU DJ 01/03/2002, p. 101).

Portanto, o aspecto do título executivo judicial alusivo à incorporação dos índices de inflação expurgados é, nos termos do entendimento pacificado do Excelso Pretório, incompatível com o texto constitucional, pelo quê cabível a flexibilização da coisa julgada nesse tópico.

4 - DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

A princípio, o artigo 5º da Constituição Federal, inserto no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), estatui, *in litteris*:

> "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:
> (...).
> XXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
> (...)."

No mesmo rumo, o artigo 6º, § 3º, do Decreto-Lei nº 4.657/42 (a LICC):

> "Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
> .....
> § 3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso."

ALEXANDRE DE MORAES pontua, sobre *Direitos e Garantias Fundamentais*, que:

> "O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados ou convenções internacionais.
> A previsão desses direitos coloca-se em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementariedade: (...)." (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*, 2. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 163).

Dos ensinamentos supra extrai-se que o instituto da coisa julgada, *in essentia*, apresenta como atributo determinante a imutabilidade do pronunciamento da parte dispositiva da decisão judicial de mérito, qualidade que, por sua vez, consubstancia segurança jurídica, primado do Estado de Direito Democrático (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal), e direito e garantia individual ou coletiva fundamental (artigo 5º, *caput*, e inciso XXXVI, da Carta Magna).

Entretanto, o mesmo jurista adverte sobre a viabilidade de se flexibilizar tais direitos e garantias, *verbis*:

"Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.

Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavié afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecerem a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito. Dessa forma, a regra, no estado de Direito, é o pleno respeito às inviolabilidades constitucionais, permitindo-se, porém, excepcionalmente, a violação desses direitos e garantias.

Em algumas poucas hipóteses, o próprio texto constitucional prevê expressamente as exceções às inviolabilidades (por exemplo: art. 5º, XI e XII); em outras, existe a autorização genérica e, repitamos, excepcional, para que o legislador ou mesmo o Poder Judiciário, mediante o caso concreto, afaste a inviolabilidade. Ressaltemos, porém, que a simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdades individuais. É mister, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam adequadas e justificadas pelo interesse público e atendam ao critério da razoabilidade. Em outros termos, tendo em vista a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cabe analisar não só a legitimidade dos objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a necessidade de sua utilização, bem como a razoabilidade, isto é, a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos". (MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 169-170). (grifos nossos).

Evidencia-se dos textos em voga supedâneo de cunho genérico à introdução da possibilidade de se distender a rigidez que cerca a coisa julgada.

Nesse sentido, considerações de extrema importância encontram-se no texto de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, intitulado "Relativizar a Coisa Julgada Material", do qual vale a pena mencionar os seguintes excertos:

"A coisa julgada material, a formal e as preclusões em geral incluem-se entre os institutos com que o sistema processual busca a estabilidade das decisões e, através

dela, a segurança nas relações jurídicas. (...) O objetivo do presente estudo é demonstrar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciárias, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à Justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV).” [DINAMARCO, Cândido Rangel. *Revista de Processo nº 109*, ano 28 (janeiro/março 2003), p. 13].

Outrossim, sobre a coisa julgada material no processo civil de resultados, prossegue aludido doutrinador:

“Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcandora e realça, é o da justiça das decisões. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas.

Com preocupações dessa ordem é que, em seguidas manifestações como magistrado e como conferencista, o Min. José Delgado defende uma ‘conceituação da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica’, fórmula essa que em si é uma proposta de visão equilibrada do instituto, inerente ao binômio justiça-segurança. Do mesmo modo, também Humberto Theodoro Júnior postula esse equilíbrio, em parecer onde enfrenta o tema do erro material arredio à autoridade do julgado. E conhece-se também a posição assumida pelo procurador de justiça Hugo Nigro Mazzilli ao defender ‘a necessidade de mitigar a coisa julgada’”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 13).

Continuando, preleciona referido autor, no que tange à análise de propostas de vários juristas acerca da espécie:

“Para ilustrar a assertiva de que se levou longe demais a noção de coisa julgada, Pontes de Miranda discorre sobre as hipóteses em que a sentença é nula de pleno direito, arrolando três impossibilidades que conduzem a isso: impossibilidade cognoscitiva, lógica ou jurídica. (...) *Para esses casos, alvitra uma variedade de remédios processuais diferentes entre si e concorrentes, à escolha do interessado e segundo as conveniências de cada caso como (a) nova demanda em juízo sobre o mesmo objeto, com pedido de solução conforme com a ordem jurídica, sem os óbices da coisa julgada, (b) resistência à execução, inclusive mas não exclusivamente por meio de embargos a ela e (c) alegação incidenter tantum em algum outro processo.*

Nessa mesma linha, Humberto Theodoro Júnior, invocando o moderno ideário do processo justo, os fundamentos morais da ordem jurídica e sobremaneira o princípio da moralidade que a Constituição Federal consagra de modo expresso, postula uma visão larga das hipóteses de discussão do mérito mediante os embargos do executado. O caso que examinava em parecer era de uma dupla condenação da Fazenda a pagar indenizações pelo mesmo imóvel. (...) Em suas conclusões, o

conhecido Mestre mineiro propôs o enquadramento do caso na categoria do erro material, para sustentar afinal que, conseqüentemente, 'não haverá a *res iudicata* a seu respeito'". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 15).

Ainda, o precitado professor, recapitulou pontos que imputa de especial interesse para compreensão da sistemática atual da ciência para com o exame do assunto em pauta, a saber:

"i - o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material;
ii - a moralidade administrativa como valor constitucionalmente proclamado e cuja efetivação é óbice a essa autoridade em relação a julgados absurdamente lesivos ao Estado;
iii - o imperativo constitucional do justo valor das indenizações em desapropriação imobiliária, o qual tanto é transgredido quando o ente público é chamado a pagar mais, como quando ele é autorizado a pagar menos que o correto;
iv - o zelo pela cidadania e direitos do homem, também residente na Constituição Federal, como impedimento à perenização de decisões inaceitáveis em detrimento dos particulares;
v - a fraude e o erro grosseiro como fatores que, contaminando o resultado do processo, autorizam a revisão da coisa julgada;
vi - a garantia constitucional do meio-ambiente ecologicamente equilibrado, que não deve ficar desconsiderada mesmo na presença de sentença passada em julgado;
vii - a garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa, que repele a perenização de julgados aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da eqüidade;
viii - o caráter excepcional da disposição a flexibilizar a autoridade da coisa julgada, sem o qual o sistema processual perderia utilidade e confiabilidade, mercê da insegurança que isso geraria." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 20).

Acerca do tema em comento, qual seja, a relativização da coisa julgada, dispõe, também, JOSÉ AUGUSTO DELGADO:

"Não se pode deixar sem uma meditação mais aprofundada, em face das teorias existentes para justificar a força da coisa julgada, algumas observações que têm sido feitas, na atualidade, pela doutrina, no sentido de limitar os seus efeitos em razão de alguns acontecimentos sentenciais rasgarem os princípios da moralidade e da legalidade, enfrentarem disposições constitucionais e violarem regras básicas que comandam a natureza das coisas.
(...)
g) a injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado;
h) os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual.

(...)
O avanço das relações econômicas, a intensa litigiosidade do cidadão com o Estado e com o seu semelhante, o crescimento da corrupção, a instabilidade das instituições e a necessidade de se fazer cumprir o império de um Estado de Direito centrado no cumprimento da Constituição que o rege e das leis com ela compatível; a necessidade de um atuar ético por todas as instituições políticas, jurídicas, financeiras e sociais, tudo isso submetido ao controle do Poder Judiciário, quando convocado para solucionar conflitos daí decorrentes, são fatores que têm feito surgir uma grande preocupação, na atualidade, com o fenômeno produzido por sentenças injustas, por decisões que violam o círculo da moralidade e os limites da legalidade, que afrontam princípios da Carta Magna e que teimam em desconhecer o estado natural das coisas e das relações entre os homens.
(...)
Podem ser consideradas como sentenças injustas, ofensivas aos princípios da legalidade e da moralidade e atentatórias à Constituição, por exemplo, as seguintes:
(...)
dd) a que ofenda, nas relações jurídicas de direito administrativo, o princípio da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade;
(...)
Esses e outros são exemplos de sentenças que nunca terão força de coisa julgada e que poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente, que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça." (DELGADO, José Augusto. *Coisa Julgada Tributária. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais*, São Paulo: MP Editora, 2005, p. 247-256).

De outro lado, ao meditar sobre a questão da coisa julgada material na "garantia constitucional", na disciplina legal e no sistema, CANDIDO RANGEL DINAMARCO sublinhou:

"(...) De modo expresso, dois remédios apenas predispõe a lei para a infringência a sentenças de mérito cobertas pela autoridade da coisa julgada, a saber, (a) a ação rescisória e, em uma única hipótese (b) os embargos à execução (...).
(...)
Alguma abertura, fora desse casos e desses modos processuais para a revisão de sentenças passadas em julgado, existe ainda na disposição contida no art. 463, inc. I, do Código de Processo Civil, autorizador de nova decisão depois de publicada a sentença, em caso de inexatidões materiais ou erros de cálculo." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 21).

Em seguida, apresentou método indutivo para o trato da flexibilização proposta, inclusive, à luz da própria coisa julgada, dos efeitos da sentença e das impossibilidades jurídicas, versando que:

"(...) O que há em comum em todos esses casos é a premissa consistente na prevalência do substancial sobre o processual, ou seja, o culto ao valor do justo em

detrimento das regras processuais sobre a coisa julgada.
(...).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 22).

Prosseguiu, ao argumento de que:

“(...) incidindo a auctoritas rei judicatae *sobre os efeitos substanciais da sentença, é óbvia a constatação de que, onde esses efeitos inexistam, inexistirá também a coisa julgada material. É o que se dá nas sentenças terminativas, que, pondo fim ao processo sem julgar-lhe o mérito (...), nada dispõem sobre as relações substanciais eventualmente existentes entre os litigantes na vida comum - e tal é a razão por que, segundo entendimento comum e absolutamente pacífico, tais sentenças podem ficar cobertas da coisa julgada formal, mas da material, jamais. Agora, pensando na problemática central do presente estudo, digo que é isso que se dá também com certas sentenças de mérito que, pretendendo ditar um preceito juridicamente impossível, não têm força para impor-se sobre as normas ou princípios que o repudiam. Só aparentemente elas produzem os efeitos substanciais programados, mas na realidade não os produzem porque eles são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional.*
(...) Ora, como a coisa julgada não é em si mesma um efeito e não tem dimensão própria, mas a dimensão dos efeitos substanciais da sentença sobre a qual incida (...), é natural que ela não se imponha quando os efeitos programados na sentença não tiverem condições de impor-se (...), da inexistência desses efeitos juridicamente impossíveis decorre logicamente a inexistência da coisa julgada material sobre a sentença que pretenda impô-los.
(...)
Uma sentença contendo o enunciado de efeitos juridicamente impossíveis é, em verdade, uma sentença desprovida de efeitos substanciais, porque os efeitos impossíveis não se produzem nunca e, conseqüentemente, não existem na realidade do direito e na experiência da vida dos litigantes (...).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 23-24).

A partir deste ponto, o autor enveredou por esclarecer a viabilidade de se flexibilizar a coisa julgada, abordando questões tais como a impossibilidade jurídica e a convivência entre princípios e garantias, tese de suma importância para o deslinde do caso *sub examen*:

“*Tornemos agora ao item inicial deste estudo, onde se salienta a necessidade de estabelecer uma convivência equilibrada entre os princípios e garantias constitucionais , a partir da idéia de que todos eles existem para servir o homem e oferecer-lhe felicidade, sem que nenhum seja absoluto ou constitua um valor em si mesmo (...). Não há uma garantia sequer, nem mesmo a da coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das demais ou dos valores que elas representam* (...).
(...)
Nessa perspectiva metodológica e levando em conta as impossibilidades jurídico constitucionais acima consideradas, conclui-se que é inconstitucional a leitura

clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo. A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia (...).

(...)

A premissa conceitual e sistemática é esta: a impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais programados pela sentença impede a formação da coisa julgada material porque essa é uma autoridade incidente sobre efeitos e não pode incidir quando não houver efeito algum que se possa produzir. Passemos agora à busca dos critérios para determinar, com utilidade para a tomada de posição em relação ao caso, quais são essas forças capazes de impedir que a sentença produza os efeitos programados (...).

(...)

Essa comutatividade, sem a qual não há justiça, é reforçada, na ordem constitucional brasileira, pela solene afirmação da moralidade administrativa como valor a ser objeto de muita atenção pelo Estado, por seus governantes, por seus cidadãos e por juízes (Const., art. 5º, inc. LXXIII).

(...)

Resulta que o conceito de moralidade administrativa coincide com a idéia de zelo pelo patrimônio moral e material do Estado e dos demais entes públicos; não só os próprios administradores são os institucionais guardiões desse valor, como também os demais órgãos estatais e também o povo. A Constituição Federal manifesta essa intenção, em um primeiro plano, ao dar aos integrantes do povo, que são os cidadãos, legitimidade para buscar da Justiça a observância dos padrões exigíveis de moralidade administrativa (art. 5º, inc. LXXIII) e, correspondentemente, ao outorgar aos juízes o poder de fazer o controle da moralidade e da improbidade (...).

Nesse quadro, não é justa uma indenização que vá extraordinariamente além do valor de mercado do bem, porque, ao contrariar a regra da moralidade administrativa, ela estará em choque com os próprios objetivos do Estado, traçados na Constituição. Justiça é, na lição sempre respeitada de Norberto Bobbio, a correspondência da norma 'com os valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico'.

Na linha dos conceitos e do método propostos nos tópicos precedentes, concluise portanto (a) que são constitucionalmente impossíveis as determinações do valor indenizatório muito além ou absurdamente aquém do devido; b) que as decisões judiciárias contendo determinações assim absurdas não são capazes de impor os efeitos programados, porque colidiram com aquelas superiores regras constitucionais; c) que, não havendo efeitos substanciais suscetíveis de serem impostos, não incide a coisa julgada material sobre ditas sentenças, porque essa autoridade incide sobre efeitos substanciais e não tem como incidir quando os efeitos forem repudiados por razões superiores - ou seja, quando esses efeitos inexistirem no caso concreto (...).

Os precedentes jurisprudenciais brasileiros colhidos na pesquisa feita apontam exclusivamente casos em que se questionavam indenizações a serem pagas pelo

Estado, notando-se até uma preocupação unilateral pela integridade dos cofres públicos, mas o tema proposto é muito mais amplo, porque a fragilização da coisa julgada como reação a injustiças, absurdos, fraudes ou transgressões a valores que não comportam transgressão, é suscetível de ocorrer em qualquer área das relações humanas que são trazidas à apreciação do Poder Judiciário. Onde quer que se tenha uma decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e portanto não incidirá a autoridade da coisa julgada material - porque, como sempre, não se concebe imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídico-constitucional.
(...)
Não me impressiona o argumento de que, sem a rigorosa estabilidade da coisa julgada, a vida dos direitos seria incerta e insegura, a dano da tranqüilidade social. Toda flexibilização de regras jurídico-positivas traz consigo esse risco, como já venho reconhecendo há mais de uma década; mas a ordem processual dispõe de meios para a correção de eventuais desvios ou exageros, inclusive mediante a técnica dos recursos, da ação rescisória, da reclamação aos tribunais superiores etc (...).
Para dar efetividade à equilibrada flexibilização da coisa julgada em casos extremos, insisto também na afirmação do dever, que a ordem político-jurídica outorga ao juiz, de postar-se como autêntico canal de comunicação entre os valores da sociedade em que vive e os casos que julga. Não é lícito entrincheirar-se comodamente detrás da barreira da coisa julgada e, em nome desta, sistematicamente assegurar a eternização de injustiças, de absurdos, de fraudes ou de inconstitucionalidades (...).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 24-28).

Outrossim, sobre flexibilizar a coisa julgada, novamente, JOSÉ AUGUSTO DELGADO:

“A homenagem que presto às lições acima de Humberto Theodoro, acolhendo-as em toda a sua plenitude, deve-se ao fato de que não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.
(...)
Apresento, de forma esquematizada, uma síntese dos meus pensamentos sobre a matéria. Dividi-os em dois campos.
No primeiro, tenho assentado o entendimento de que:
(...)
f) a carga imperativa da coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves e produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipulem obrigações para o Estado, para o cidadão ou para pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo direito;

(…)
j) a coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças, de apropriações indébitas de valores contra o particular ou contra o Estado, de provocação de desigualdades nas relações do contribuinte com o fisco, nas dos servidores com o órgão que os acolhe, porque a Constituição Federal não permite que a tanto ela alcance;
(…)
l) a sentença trânsita em julgado pode ser revista, além do prazo para rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático por conter apologia da quebra da imoralidade, da ilegalidade, do respeito à Constituição Federal e às regras da natureza;
(…)
No segundo campo, a minha compreensão está vinculada às proposições que enumero:
(…)
f) deve sempre o intérprete, ao se deparar com conflito entre os princípios da coisa julgada e outros postos na constituição, averiguar se a solução pela aplicação do superprincípio da proporcionalidade e da razoabilidade, fazendo prevalecê-los no caso concreto, conduz a uma solução justa e ética, e nunca àquela que acabaria por consagrar uma iniqüidade, uma imoralidade;
g) o art. 125, III, CPC, impõe ao juiz o deve de prevenir e reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça, mesmo que, para tanto, tenha de não aplicar os efeitos da coisa julgada;
(...).” (DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 259-265).

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO advertiu, ainda, quanto à insensatez de se fragilizar o instituto da coisa julgada, esmaecendo-o, de maneira generalizada, em prol do Estado, medida que o aproximaria do totalitarismo, prática que reconhece e repudia, em tópico intitulado “minhas preocupações”, dizendo não ser esse, absolutamente, seu intuito com a presente explanação:

> “A linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei judicatae* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição - com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e sua infringência se tornasse regra geral.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 30).

5 - ARTIGO 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O CASO CONCRETO

Sob tal raciocínio, o artigo 741 do Código de Processo Civil, na redação da Lei

nº 11.232, de 22-12-2005, DOU 23-12-2005, previu a viabilidade de se reapreciar o título judicial constituído, desde que fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal (parágrafo único):

> "Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:
> I - falta ou nulidade da citação, se o processo ocorreu à revelia;
> II - inexigibilidade do título;
> III - ilegitimidade das partes;
> IV - cumulação indevida de execuções;
> V - excesso de execução;
> VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença;
> VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.
> Parágrafo único. *Para efeito do disposto no inciso II do* caput *deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal*." (g. n.).

De outro lado, à vista do referido inciso II do artigo 741, parágrafo único, *in fine*, do *codex* processual, o título judicial, quando inconciliável com disposição da Constituição, assume contornos de inexigibilidade.

Acerca do cabimento do dispositivo legal à espécie, TEORI ALBINO ZAVASCKI refere que:

> "Realmente, o preceito normativo comentado não tem a força e nem o desiderato de solucionar, por inteiro, todos os possíveis conflitos entre os princípios da supremacia da Constituição e da coisa julgada. É que a sentença pode operar ofensa à Constituição em variadas situações, que vão além das que resultam do controle da constitucionalidade das normas. *A sentença é inconstitucional não apenas (a) quando aplica norma inconstitucional (ou com um sentido ou a uma situação tidos por inconstitucionais), mas também quando, por exemplo, (b) deixa de aplicar norma declarada constitucional, ou (c) aplica dispositivo da Constituição considerado não auto-aplicável, ou (d) deixa de aplicar dispositivo da Constituição auto-aplicável, e assim por diante. Em suma, a inconstitucionalidade da sentença ocorre em qualquer caso de ofensa a supremacia da Constituição, e o controle dessa supremacia, pelo Supremo, é exercido em toda a amplitude da jurisdição constitucional, da qual a fiscalização da constitucionalidade das leis é parte importante, mas é apenas parte.*
> A solução oferecida pelo parágrafo único do art. 741 do CPC, repita-se, não é aplicável a todos os possíveis casos de sentença inconstitucional. Trata-se de

solução para situações especiais, e, conseqüentemente, não afasta a necessidade de, eventualmente, trilhar outros caminhos (ordinários ou especiais) quando houver sentença com vícios de inconstitucionalidade não especificado naquele dispositivo. Não se esgota, portanto, o debate, hoje corrente sob o rótulo da 'relativização da coisa julgada', com posições ardorosas em sentidos diferentes, uns admitindo a 'relativização' e outros negando-a peremptoriamente. Admitindo-se, em casos graves em que isso seja inevitável, a necessidade de fazer prevalecer, sobre a coisa julgada, o princípio constitucional ofendido pela sentença, não se descarta a adoção, para tanto, do procedimento do art. 741, parágrafo único do CPC, mesmo que a hipótese extrapole dos limites nele estabelecidos. É que, para essas situações excepcionais, não há procedimento previsto em lei, devendo ser adotado - por imposição do princípio da instrumentalidade - o que melhor atende ao fim almejado, de defender a Constituição. Porém, não é essa a utilização a que, ordinariamente, se destina o referido mecanismo.

A força rescisória dos embargos à execução restringe-se, conforme expressa o texto normativo, a 'título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal'. São apenas três, portanto, os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização do novo mecanismo: (a) a aplicação de lei inconstitucional; ou (b) a aplicação de lei a situação considerada inconstitucional; ou, ainda, (c) a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tido por inconstitucional.

Há um elemento comum às três hipóteses: o da inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença. O que as diferencia é, apenas, a técnica utilizada para o reconhecimento dessa inconstitucionalidade. No primeiro caso (aplicação de lei inconstitucional) supõe-se a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto. No segundo (aplicação da lei em situação tida por inconstitucional), supõe-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. *E no terceiro (aplicação de lei com um sentido inconstitucional), supõe-se a técnica da interpretação conforme a Constituição*.

(...)

O que se busca evidenciar, em suma, é que as três hipóteses figuradas no art. 741, parágrafo único do CPC, supõem a aplicação de norma inconstitucional: ou na sua integralidade, ou para a situação em que foi aplicada, ou com sentido adotado em sua aplicação." (ZAVASCKI, Teori Albino. *Embargos à Execução com Eficácia Rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC*, Revista de Processo nº 125, ano 30, julho/2005, IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 82-85.) (grifos nossos).

ALEXANDRE SORMANI perfilha o mesmo entendimento:

"(...) Resta, agora, a análise material do aludido dispositivo. Dele pode-se extrair as seguintes características:

a) trata-se de hipótese de inexigibilidade do título executivo judicial e não de invalidade;

b) deve-se basear em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, ou;

c) *deve-se basear em aplicação ou interpretação incompatíveis com a Constituição de lei ou de ato normativo*.

Quanto à primeira característica (a), verifica-se que houve o receio de se aventurar na tese da possibilidade de se considerar a coisa julgada inconstitucional. Ao invés de se colocar como hipótese de ação rescisória, ou, adotando a mesma técnica legislativa, como explicação de uma das hipóteses de cabimento da ação rescisória, preferiu-se manter íntegro o título executivo judicial. Outra justificativa, refere-se ao fato de que a ação rescisória tem prazo decadencial para a sua interposição (art. 495 CPC), o que não se verificaria no uso dos embargos do devedor se a execução fosse feita muito tempo após o trânsito em julgado da sentença exeqüenda.

O fato é que, qualquer que tenha sido a justificativa, o parágrafo único do art. 741 do CPC não estabelece a nulidade do título executivo judicial, mesmo que baseado em coisa julgada inconstitucional, preferindo-se apenas dizer que o título, no caso, é inexigível.

O legislador não é senhor da interpretação do texto legislado. Assim, ao considerar que o título executivo judicial baseado em coisa julgada inconstitucional é inexigível, admitiu a sua validade, pois do contrário o consideraria inválido. Ademais, referindo-se à inexigibilidade, o legislador equiparou a coisa julga inconstitucional a outras hipóteses de inexigibilidade do título, tal como ocorre com a hipótese do art. 572 do CPC: (...)

Invertendo-se os termos do referido dispositivo, no caso de coisa julgada inconstitucional, o título seria exigível até que a lei ou o ato normativo em que se baseou fosse considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou que a interpretação ou a aplicação, da lei ou do ato normativo, nela usada fosse tida por constitucionalmente incompatível (esse fato, isto é, a decisão de inconstitucionalidade, seria uma condição resolutiva à exigência da sentença). Em outras palavras, se, na época em que a sentença foi proferida, a lei ou ato normativo nela considerado já fosse reconhecido como inconstitucional, estar-se-ia diante de invalidade da sentença e não diante de sua inexigibilidade.

Portanto, a previsão do parágrafo único do artigo 741 do CPC não abrange hipótese em que a decisão exeqüenda se fundamenta em lei que, na época da prolação da decisão, fosse considerada inválida pelo Supremo Tribunal Federal ou cuja interpretação dada fosse considerada incompatível com pela Corte.

Imagine-se, por exemplo, uma decisão de âmbito previdenciário em que, na época de sua prolação, não havia ainda o posicionamento de que o artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aplicava-se apenas aos benefícios concedidos antes da Constituição Federal. Nesta decisão hipotética, o julgador determinou a aplicação do referido artigo 58 para benefício concedido após a vigência da Constituição. Quando a decisão foi executada, o entendimento jurisprudencial firmou-se no sentido da inconstitucionalidade desta interpretação, pois o citado artigo 58 somente aplicar-se-ia aos benefícios anteriores à Constituição. Caberia, aqui, invocar o parágrafo único do artigo 741 do CPC?

A resposta é afirmativa, pois na época da prolação da decisão a interpretação era tida como válida, somente deixando de sê-la posteriormente.

Na situação invertida, ou seja, em que na época da prolação da decisão determinou-se

a aplicação do artigo 58 do ADCT para benefício concedido depois da Constituição e a Suprema Corte já o havia interpretado apenas como aplicável para os benefícios anteriores, não haveria motivo de considerar a decisão inexigível, pois a decisão deveria ser considerada inválida.
(...)
A questão de fundo exige, como visto, análise cuidadosa, pois a aplicação do referido parágrafo único não atinge todas as hipóteses de coisa julgada inconstitucional, matéria já vista em artigo anterior; mas apenas aquelas hipóteses que decorram de título executivo judicial válido quando de sua produção e, posteriormente, tido como inexeqüível por ter se baseado essencialmente em lei ou ato normativo declarado inválido, com força vinculante, pelo Supremo Tribunal Federal ou então de aplicação ou de interpretação tidas por incompatíveis, com efeito vinculante, na visão da mesma Corte.
(...).” (SORMANI, Alexandre. “http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/ arquivos/julgada”, quarta-feira, 29-11-2006, 18:40h.) (grifo nosso)

De todas razões adrede explicitadas, quer as teorizações doutrinárias transcritas, a normatização fixada como de regência da matéria ou, ainda, as considerações alinhavadas neste voto, em tópico específico, verifica-se que: (a) é fato que se cuida de coisa julgada, consoante o acórdão proferido pelo Col. STJ (mediante o qual se formou o título judicial), (fls. 130-135 do apenso); b) também o é que se há de admitir a possibilidade de atenuação da rigidez do instituto em epígrafe, a bem de se alcançar o real sentido da norma, via harmonização do texto constitucional, e que c) o remédio para tal aspiração, no específico caso dos autos, encontra-se no artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Confira-se, a respeito do tema, trechos de voto proferido no processo 1.337/93, julgado em 15-12-2005, da 28ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, de Relatoria do Desembargador César Lacerda, *verbis*:

“Relativização da coisa julgada - Embargos à execução - Procedência parcial - Alegação de excesso de execução e ofensa à coisa julgada material - Julgamento dos embargos alicerçado em cálculo do contador judicial, que toma por base os índices da tabela prática do Tribunal de Justiça, o qual está correto e em nada discrepa do comando que emana da sentença em execução. Valor elevadíssimo, todavia, alcançado com a conversão da moeda ao novo padrão monetário, que caracteriza indenização por dano moral aberrante da realidade dos fatos, dissociada dos padrões da sociedade brasileira, desbordante dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, causadora de verdadeiro desequilíbrio na balança da justiça - Situação extraordinária que autoriza a relativização ou flexibilização da coisa julgada - Adequação ao justo valor - Caráter personalíssimo da multa aplicada ao litisconsorte, em razão de manejo de embargos de declaração protelatórios, pela qual não responde a apelante - Recurso parcialmente provido.
- A respeitável sentença de fls. 210/212, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente os embargos opostos por ..... à execução que lhe move ....., para que a execução prossiga pelo valor apurado pela contadoria judicial (fls. 182/183), que deverá ser atualizado, carregando à embargante as custas

processuais e os honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor do débito atualizado (...).

O recurso comporta parcial provimento em duas de suas vertentes, quais sejam, a relativização da coisa julgada, ante a absoluta excepcionalidade do caso concreto, e a exclusão da multa aplicada ao co-réu, ante o seu caráter personalíssimo, a inviabilizar sua extensão à litisconsorte ora apelante (...).

Embora se reconheça que o cálculo do contador judicial não desrespeitou nenhum dos parâmetros da sentença, porque outra coisa não fez senão converter a moeda fixada ao padrão monetário atual, atualizando-o desde o ajuizamento da ação, como determinado no julgado, o estratosférico valor alcançado comporta alguma reflexão, conduzindo à aplicação da tese da relativização ou flexibilização da coisa julgada, que em casos excepcionalíssimos vem sendo admitida pela doutrina e jurisprudência, como mecanismo para corrigir situações jurídicas injustas e indesejáveis (...).

De permeio, com o retorno dos autos à Vara de origem, iniciou-se a execução do julgado, agora definitivo, por terem sido esgotadas todas as instâncias possíveis, inclusive a rescisória.

Sucede, porém, que todos os recursos interpostos, bem assim a ação rescisória, foram superados por aspectos meramente formais, sem que em qualquer deles tivesse sido examinado o mérito ou mais particularmente o inconformismo dos vencidos quanto ao valor da indenização por dano moral, fixado pelo Juízo monocrático em patamar que agora se verifica extremamente exagerado, descompassado das finalidades reparatória e inibitória da indenização e verdadeiramente aberrante da realidade econômica nacional.

Como bem salientado em v. acórdão de que foi relator o eminente Desembargador Waldemar Nogueira Filho, 'sempre há chance de afastar o erro judiciário e isso já era praxe no direito medieval, com a *querela nullitatis*, apropriada para consertar *errores in procedendo* e *errores in iudicando*. Algo deverá ser construído para impedir o abuso que, oculto até o momento da execução, surge informando uma ocorrência inexplicável para o objeto da lide'.

Não é preciso muito discurso para se concluir que o valor da indenização arbitrado pela sentença exeqüenda é aberrante da realidade dos fatos, dissociado dos padrões da sociedade brasileira e concretiza uma situação de grave injustiça, caracterizando uma situação extraordinária, como aquelas verificadas nos precedentes citados no estudo acima apontado [de Cândido Rangel Dinamarco], suficiente para autorizar a flexibilização da coisa julgada (...).

A liquidação, como linha de princípio, deve se ater aos limites materiais da sentença, devendo os cálculos ser elaborados pela forma determinada no julgado.

Se, porém, a sentença prevaleceu sem que os tribunais tivessem examinado o mérito dos recursos interpostos, contaminada pelos vícios acima apontados, consubstanciando os seus efeitos verdadeiro desequilíbrio na balança da justiça, então é o caso de se relativizar a coisa julgada, desconsiderando-a sem receio de quebra do sistema, e com a confiança de que isso é feito antes para harmonizá-lo (...).

Assim, no confronto da segurança jurídica (representada pela garantia da coisa julgada) com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tem-se que

no caso concreto só é possível afastar o enriquecimento sem causa e alcançar o equilíbrio do sistema mediante a flexibilização da coisa julgada, medida que se adota para o fim de fixar a indenização pelo dano moral em patamar condizente com o justo valor e a realidade jurídica em comento (...).
Diante do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para afastar o reconhecimento da solidariedade da apelante em relação à multa de 1% aplicada ao litisconsorte, como acima mencionado, e para, afastando a barreira da coisa julgada, desconsiderar o valor da indenização por dano moral fixado pela sentença, reduzindo-o ao patamar de (...), a ser corrigido a partir desta data, prosseguindo a execução na forma de direito." (TJ-SP, 28ª Câmara - Seção de Direito Privado, Apelação com revisão 0 882.506-0/6, proc. 1337/93, Comarca de São Bernardo do Campo/3ª Vara Cível, v. u., j. 15-12-2005).

Ainda, julgados do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS E CUSTAS PROCESSUAIS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. NORMA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS JULGADOS CONFRONTADOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TÍTULO EXEQÜENDO. APLICAÇÃO CUMULATIVA DA TAXA SELIC E UFIR. IMPOSSIBILIDADE. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.
1. Tratam os autos de embargos à execução, apresentados pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face de Agência Marítima Orion Ltda., decorrente da cobrança de honorários advocatícios e custas (valor de R$ 2.319.153,10) oriundos de sentença que declarou o direito à compensação de indébitos referentes à contribuição previdenciária e incidente sobre a folha de salários. Na exordial alegou o INSS que a compensação foi realizada com a inclusão indevida de outras contribuições incidentes sobre a folha de salários, não determinadas pelo julgado exeqüendo, com o conseqüente aumento da verba honorária reclamada, bem como da aplicação cumulativa da Taxa SELIC e UFIR. Por fim, apresentou, como devido o valor de R$ 1.022.892,10. A sentença (fls. 1541/1544) julgou procedente o pleito, e após a apreciação dos embargos de declaração opostos pelo INSS e pela exeqüente, o juízo de primeiro grau decidiu que fossem elaborados os cálculos apenas com os valores pagos a título de *pro labore*, além de reconhecer que o cálculo da verba honorária deve ser atualizado pela UFIR, e depois exclusivamente pela Taxa SELIC, de forma não-capitalizada. Apelação interposta pela empresa, sustentando que: o *decisum* exeqüendo determinou a incidência cumulada da Taxa SELIC, de modo que o seu afastamento afronta a coisa julgada; b) os valores fixados a título de verba honorária são excessivos e devem ser compensados. O Tribunal *a quo*, por unanimidade, (fls. 1627/1637) deu parcial provimento ao apelo, para: 'a) determinar a correção monetária dos valores em compensação, cujo direito foi adquirido no processo de conhecimento e que fez coisa julgada, pela UFIR, de 01-01-1992 em diante, de forma indeterminada e, a partir de 01-01-96, a aplicação da taxa SELIC, acumulada mensalmente, como juros de mora, cumulativamente com a UFIR até sua extinção, sem substituição pelo IPCA-E porque extrapola os

limites da coisa julgada, prosseguindo a atualização somente pela SELIC a partir de 01-01-2001, em obediência à sentença transitada em julgado; b) Sobre os valores assim apurados, calcular os honorários advocatícios, fixados em 12% pela sentença de conhecimento, cujo valor é o objeto da presente execução, esclarecendo que o valor incontroverso já foi levantado por alvará; c) indeferir o pedido de fixação de honorários advocatícios na execução; d) ratificar a sentença prolatada nos embargos à execução, na parte que condenou a embargada em honorários advocatícios no percentual de 10% sobre a diferença apurada entre o valor que se pretendia executar e o efetivamente devido e condenar o INSS em honorários advocatícios de 10% sobre a diferença entre o valor incontroverso e o novo valor da execução pela aplicação cumulada da UFIR com a Taxa SELIC a partir de 01-01-96; e) determinar o encontro de contas pela compensação do resíduo dos honorários advocatícios devidos pelo INSS no processo de conhecimento e objeto de execução e nos embargos à execução com aqueles devidos pela embargada, em razão da sucumbência recíproca; f) determinar a autuação dos embargos à execução e seu apensamento aos autos da execução.' (fl. 1637). No recurso especial interposto pelo INSS, além de divergência jurisprudencial, aponta negativa de vigência dos artigos 462, 463, I, 468 do CPC, 5º, XXXVI, da CF e 167, parágrafo único, do CTN. Em suas razões, afirma que o aresto combatido deve ser reformado ao argumento de que: a) é ilegal a aplicação da Taxa SELIC de forma cumulada com outro índice de correção monetária, na espécie, a UFIR, mesmo porque à época da prolação da sentença exeqüenda não vigorava a Lei nº 9.250/95; b) com a determinação da incidência da Taxa SELIC, os juros de mora foram calculados de forma capitalizada, o que contraria a jurisprudência do STF consolidada no enunciado sumular nº 121: 'É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.' A fim de demonstrar o dissenso pretoriano, colaciona ementa do REsp 7476/SP, DJ de 29/04/1991. Contra-razões às fls. 1675/1680, sustentando: a) à exceção do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, os demais dispositivos legais não foram analisados no acórdão combatido, sem que houvesse a oposição pelo recorrente de embargos declaratórios para o fim de prequestionamento; b) o preceito constitucional apontado como violado não pode ser objeto de exame por parte desta Corte; c) foi admitida, nos termos da sentença que passou em julgado, a cumulação de correção monetária com a Taxa SELIC, sendo imperativa a obediência ao título exeqüendo; d) a divergência jurisprudencial não foi adequadamente demonstrada. Parecer do Ministério Público Federal (fls. 1709/1716) opinando, em preliminar, pelo parcial conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu provimento.

2. Se o acórdão recorrido não enfrenta a matéria dos artigos 462, 463, I, 468 do CPC, 167, parágrafo único, do CTN, tem-se como não-suprido o requisito do prequestionamento, incidindo o óbice da Súmula 282 do STF.

3. É defeso o exame da apontada violação do art. 5º, XXXVI, da CF, de 1988, uma vez que a própria Carta Política limita a competência do recurso especial à interpretação da norma infralegal.

4. Não se conhece de recurso especial, pela alínea 'c' do permissivo constitucional, quando a alegada divergência jurisprudencial não é convenientemente demonstrada, nos moldes exigidos pelo art. 541, parágrafo único, do CPC, c/c o art. 255

e seus §§ do RISTJ. Enquanto o aresto combatido reconheceu que o critério de correção monetária foi apresentado em obediência ao título executivo transitado em julgado, o acórdão paradigmático decidiu pela possibilidade de mitigar os efeitos da coisa julgada, quando ocorre erro de cálculo, ou seja, não há similitude fática entre arestos capazes de abrir a via divergente.
5. O título exeqüendo que originou a execução dos honorários e custas processuais transitou em julgado em data posterior à vigência da Lei nº 9.250/95, o fato de ter determinado a aplicação da UFIR 'de janeiro de 1992 em diante' (fl. 289), sem fixar seu término, não leva a permitir a incidência da UFIR e da Taxa SELIC de forma cumulada.
6. Vacilante a orientação jurisprudencial desta Corte sobre a aplicação do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, à época da prolação do julgado exeqüendo, sendo que, hodiernamente, é pacífica no sentido da aplicação da Taxa SELIC, a partir de 1º/01/96, que é composta de juros e correção monetária, com nenhum outro índice de atualização.
7. Não se pode consagrar, sob o amparo do absolutismo da coisa julgada, uma flagrante violação do ordenamento jurídico que seria conceber a aplicação da correção monetária da UFIR e da Taxa SELIC de forma cumulada.
8. *No âmbito doutrinário, assentei: 'a carga imperativa da coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves e produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipule obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo direito.'* In *'Coisa Julgada Inconstitucional', Editora América Jurídica, 4ª Edição, fls. 60/61.*
9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido." (STJ - Primeira Turma, REsp. 770979, Rel. Min. José Delgado, v. u., DJU 05-10-2006, p. 257) (grifo nosso)

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - REVISÃO DE BENEFÍCIO - REAJUSTAMENTOS - APLICAÇÃO DOS CHAMADOS 'ÍNDICES EXPURGADOS' - SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO - FASE EXECUTÓRIA - DECISÃO CUJA INTERPRETAÇÃO É INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA ISONOMIA.
1. A aplicação dos chamados 'índices expurgados' no reajustamento dos benefícios previdenciários tem sido reiteradamente afastada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça.
2. Decisão judicial que, embora acobertada sob o manto da coisa julgada material, venha a determinar a aplicação de tais índices no reajustamento de benefícios previdenciários viola, não só o princípio da moralidade - na medida em que os salários-de-contribuição dos trabalhadores da ativa não foram por eles reajustados -, mas, também, o da isonomia, posto que os demais segurados usufrutuários de benefícios não foram contemplados com tais índices de reajuste e, portanto, se efetuaram contribuições da mesma maneira, deveriam receber o mesmo tratamento.
3. *O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que as decisões judiciais, mesmo que transitadas em julgado, não podem fechar seus olhos à aplicação dos demais princípios constitucionais, devendo, o magistrado, ao proferir a sua decisão,*

ter em mente todos, e não somente um princípio. É a chamada relativização da coisa julgada.

4. *Esta turma tem firmado o mesmo entendimento. Inteligência do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil, na redação dada pelo artigo 10 da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.*

5. Tratando-se de parcelas vencidas antes da citação, os juros moratórios incidem de forma englobada sobre todas elas, a partir daquele ato judicial.

6. Sucumbentes ambas as partes, os honorários advocatícios se dão por compensados, nos termos do artigo 21 do Código de Processo Civil.

7. Recurso parcialmente provido." (TRF - 3ª Região, Nona Turma, AC 324059, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v. u., DJU 11-11-2005, p. 748) (grifo nosso)

À vista do referido inciso II do artigo 741, parágrafo único, *in fine*, do *codex* processual, o título judicial, quando inconciliável com disposição da Constituição, assume contornos de inexigibilidade, ainda que parcialmente.

Nesse sentido: TRF3, Agravo Legal nº 2003.03.99.015842-0, 3ª Seção, Rel. Juíza Federal Conv. Marisa Cucio, m. v., julgado em 11.11.2010; Ação Rescisória nº 2000.03.00.057488-9, 3ª Seção, Rel. Des. Fed. Newton De Lucca (Rel. aco. Des. Fed. Marisa Santos), m. v., julgada em 09.12.2010.

De outro lado, o parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela MP nº 2.180-35/2001, que contemplou a possibilidade de desconstituição da coisa julgada nos autos do processo de embargos à execução, é norma processual e, por isso, tem aplicação imediata aos feitos que se encontram em tramitação, como no caso em voga (art. 1211 do CPC).

Cabível a relativização da coisa julgada, dada a desconformidade do título executivo judicial à Constituição Federal, se e quando referidos pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal, no que diz com o tópico atinente à incorporação de índices de inflação.

6 - DO CÁLCULO DO ABONO ANUAL NOS TERMOS DO § 6º DO ART. 201, CF/88 E SALÁRIO MÍNIMO DE JUNHO DE 1989

A diferença do abono anual deve ser apurada nos exercícios de 1988 e 1989, por força do parágrafo 6ª do artigo 201 da CF/88. Destarte, exigível o título executivo judicial quanto à aludida parcela, restando devida, também, diferença do benefício calculada em junho de 1989 pelo salário mínimo de NCz$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos).

7 - CONCLUSÃO

A determinação do julgado proferido na ação de conhecimento, para reajuste da renda inicial e de manutenção dos benefícios com a incorporação dos índices de inflação expurgados, repugna à orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, donde resta caracterizada a interpretação em inequívoco descompasso com o texto constitucional. Indevido, destarte, o aludido pedido revisional perpetrado pela parte embargada. Procedência, tão-só, dos pleitos remanescentes de pagamento da diferença dos abonos anuais e do salário mínimo de junho/89, descontados os valores pagos em sede administrativa.

8 - DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA

Com respeito à correção monetária das parcelas devidas em atraso, entendo aplicável

o Provimento 64 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, de 28.04.05, que impôs obediência aos critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal (aprovado por força da Resolução 242, de 03.07.01, do Conselho da Justiça Federal, atualmente Resolução 561, de 02.07.07), disciplinador dos procedimentos para elaboração e conferência de cálculos, no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região (registre-se que na atualização de valores relativos a benefícios previdenciários ambas Resoluções estabeleceram idênticos fatores de indexação, ficando, a exceção, por conta do período a contar de janeiro/2004 em diante, para o qual se afigura aplicável o INPC, segundo a última norma mencionada).

Feitas tais considerações, a correção monetária far-se-á observados os termos do aludido Provimento 64 da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região, incluídos os índices expurgados pacificados no STJ, conforme percentagens nos meses apontados no Capítulo V, item 1, afastada, porém, a SELIC, porquanto citada taxa acumula juros e índices de atualização monetária, estes já abrangidos pelo Provimento em testilha. A partir de janeiro/2004 em diante, deverá ser aplicado o INPC.

Quanto aos juros de mora, o art. 1.061 do Código Civil anterior, de 1916, estabelecia que a taxa dos juros moratórios, quando não convencionados, era de 6% (seis por cento) ao ano ou 0,5% (meio por cento) ao mês. Os juros legais devidos “ex lege”, ou quando as partes os convencionavam sem taxa convencionada, também observavam a taxa adrede indicada (art. 1.062 do CC).

Aos débitos da União e respectivas autarquias, e, assim, aos previdenciários, à míngua de determinação legal expressa e contrária, aplicava-se o estatuto civil (art. 1º da Lei nº 4.414, de 24.09.64), portanto, os juros moratórios eram de seis por cento ao ano.

Entretanto, o art. 406 do novo Código Civil, a Lei nº 10.406, de 10.01.2002, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003, alterou a sistemática sobre o assunto e passou a preceituar que, na hipótese de não haver convenção sobre os juros moratórios, ou se o forem sem taxa estabelecida, ou quando oriundos de comando legal, devem os mesmos ser fixados conforme a taxa que estiver em vigor relativamente à mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

O art. 161 do Código Tributário Nacional reza que o crédito tributário não pago no vencimento é acrescido de juros moratórios, e o seu parágrafo primeiro explicita que, se a lei não estabelecer diversamente, os juros de mora devem ser calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês, ou seja, 12% (doze por cento) ao ano.

Assim, a taxa de juros moratórios dos débitos previdenciários é regulada pelo Código Civil a partir de sua entrada em vigor, que, de seu turno, se reporta à taxa incidente nos débitos tributários, e é, atualmente, de 1% (um por cento) ao mês, calculada de forma englobada até a citação e, após, de forma decrescente.

O critério aqui estabelecido deriva de expressa disposição legal, pelo quê não se há falar em *reformatio in pejus*.

9 - SUCUMBÊNCIA

Havendo sucumbência recíproca, cada parte deverá arcar com o pagamento da verba honorária de seus respectivos patronos, em R$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais), atualizados monetariamente, além do rateamento, em igual proporção, dos demais ônus legais, nos termos do artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil. Parte autora isenta, dado que beneficiária da justiça gratuita (Precedentes da 3ª Seção).

10 - DISPOSITIVO

ANTE O EXPOSTO, VOTO NO SENTIDO DE EXCLUIR DA CONDENAÇÃO, DE OFÍCIO, O PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS AO SR. LUIZ CÉSAR GOBATTO E DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA AUTARQUIA, PARA REFORMAR EM PARTE O JULGADO, ANTE O SEU INEQUÍVOCO DESCOMPASSO COM O TEXTO CONSTITUCIONAL, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 741, II E PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E DECLARAR A PARCIAL INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL, NO TOCANTE À INCORPORAÇÃO DOS ÍNDICES DE INFLAÇÃO EXPURGADOS NO CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL E NOS REAJUSTAMENTOS DOS BENEFÍCIOS. RESTA EXIGÍVEL O PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS DOS ABONOS ANUAIS DE 1988 E 1989, BEM COMO DO SALÁRIO MÍNIMO DE JUNHO DE 1989, CORRIGIDAS MONETARIAMENTE, NOS TERMOS DO PROVIMENTO 64/05 DA COGE - 3ª REGIÃO E ACRESCIDAS DE JUROS DE MORA, DESCONTANDO-SE TODOS OS VALORES PAGOS NA ESFERA ADMINISTRATIVA. PREJUDICADOS O AGRAVO RETIDO E O RECURSO ADESIVO DAS PARTES EMBARGADAS.

É como voto.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY

- Sobre a flexibilização da coisa julgada (art. 741, II, parágrafo único, do CPC), veja também o seguinte julgado: AC 2002.61.83.000299-4-SP, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky, publicada na RTRF3R 83/248.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (AMS) 0020591-31.1999.4.03.6100 (1999.61.00.020591-3)

Embargante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS.
Interessada: RHODIA BRASIL LTDA.
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO RICARDO CHINA
Classe do Processo: AMS 221463
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/05/2011
Redisponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/05/2011

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES À LUZ DOS PRECEDENTES FIXADOS NO STJ EM SEDE DE RECURSOS REPRESENTATIVOS DA CONTROVÉRSIA. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE EMPRESTA AO ART. 535 DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1 - O Art. 535 do CPC, tal como o restante das normas processuais em vigor, pugna por interpretação voltada à satisfazer os anseios perseguidos pela Constituição Federal, notadamente o postulado da celeridade, sem se descurar, por óbvio, dos demais princípios relativos ao processo, notadamente o contraditório e ampla defesa.

2 - Nessa toada, impõe-se, excepcionalmente, ampliar a matéria cognoscível em sede de embargos de declaração, sobretudo em relação às questões pacificadas através dos recursos representativos da controvérsia e submetidos à repercussão geral, a afim de que, desnecessariamente, os autos não retornem a esta E. Turma para reapreciar matéria cuja disceptação já se encontra dirimida nos Tribunais de Superposição.

3 - Sob o enfoque da economia processual e da efetividade do processo, o STJ já teve oportunidade de afastar a interpretação formal e estanque do art. 535 para enquadrá-lo em uma ordem jurídico-processual dotada de mecanismos voltados à celeridade da prestação jurisdicional Precedente: REsp 970190/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 15/08/2008.

4 - É de se considerar inconstitucional o artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, sendo certo que o recolhimento do PIS deveria ser feito considerando o conceito de base de cálculo - faturamento - de que trata o 2º, “caput”, da Lei Complementar nº 70/91.

5 - Embargos de declaração acolhidos, conferindo-lhes efeitos excepcionalmente infringentes. Agravo regimental prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, dando-lhes efeitos excepcionalmente infringentes para ajustar o v. acórdão aos precedentes do STF submetidos à repercussão geral, para negar, em face disso, provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, bem como julgar

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

São Paulo, 28 de abril de 2011.

Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA (Relator): Cuida-se de embargos de declaração opostos por RHODIA BRASIL LTDA. contra acórdão proferido pela Sexta Turma deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região que, por unanimidade, deu provimento ao recurso da União Federal e à remessa oficial, para reformar a sentença de primeiro grau.

Alega a embargante, em síntese, que o v. acórdão padece de contradição e omissão no que diz respeito ao inconstitucional aumento da base de cálculo do PIS, perpetrado pelo artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98.

Em vista das alegações supra, postula a parte o acolhimento dos embargos declaratórios, a fim de que sejam supridas a contradição e a omissão apontadas, inclusive para efeitos de prequestionamento da matéria.

O recurso é tempestivo.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA (Relator): Os embargos de declaração têm cabimento nas estritas hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil (obscuridade, contradição ou omissão) e, por construção pretoriana, no caso de erro material na decisão judicial impugnada.

Conquanto os embargos de declaração não sejam a via formalmente adequada para a reapreciação destas matérias, os princípios informadores do moderno processo civil, dentre eles o da celeridade na prestação jurisdicional, ao qual se conferiu status equivalente ao de garantia fundamental de primeira geração a partir da EC 45/04, convergem para uma nova roupagem no que tange à interpretação do processo civil, privilegiando-se a força normativa da Constituição tal como cunhada Konrad Hesse.

Somando-se a esses dados, merece destaque a Constituição da forma como projetada por Kelsen (norma hipotética fundamental), conferindo-lhe fundamento de validade para os demais atos normativos.

Nessa perspectiva eminentemente constitucional, impõe-se uma visão voltada à entrega da prestação jurisdicional revestida de efetividade, sem se descurar, por óbvio, dos demais princípios relativos ao processo, notadamente o contraditório e ampla defesa.

Partindo desse norte interpretativo, ou seja, dos princípios maiores do sistema em direção aos específicos, alcançando a norma com vistas a atender tais axiomas, necessário, excepcionalmente, ampliar a matéria cognoscível em sede de embargos de declaração, sobretudo em relação às questões pacificadas através dos recursos representativos da controvérsia e submetidos à repercussão geral, a afim de que, desnecessariamente, os autos não retornem a esta E. Turma para reapreciar matéria cuja disceptação já se encontra

dirimida nos Tribunais de Superposição aos quais é dada a precípua função de interpretar o direito e trilhar o caminho percorrido pela prestação jurisdicional nas vias ordinárias.

Sob o enfoque da economia processual e da efetividade do processo, fim último buscado pela nova onda processual (3ª), o STJ já teve oportunidade de afastar a interpretação formal e estanque do art. 535 para enquadrá-lo em uma ordem jurídico-processual dotada de mecanismos voltados à celeridade da prestação jurisdicional, consoante julgado a seguir transcrito:

> "PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO FUNDAMENTADO NA MODIFICAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO RELATOR QUANTO À MATÉRIA QUE FORA JULGADA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC, JÁ QUE EFEITOS INFRINGENTES SOMENTE PODEM SER CONFERIDOS A UM JULGADO COMO CONSEQÜÊNCIA DA CONSTATAÇÃO DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NOS EMBARGOS. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.
> - Ao exarar o acórdão, o Tribunal esgota sua função jurisdicional, podendo modificá-lo apenas para corrigir erro material ou para sanar omissão, contradição ou obscuridade, mediante a interposição de embargos de declaração.
> - A modificação de posicionamento do relator quanto ao mérito do julgamento não é, em princípio, passível de correção pela via dos embargos de declaração, ainda que a eles se conceda efeito infringente. Se tal modificação, porém, prestase a conformar o julgado à pacífica jurisprudência do STJ quanto à matéria, não se justifica sua anulação por ofensa ao art. 535 do CPC.
> - Seria excessivo rigor processual restabelecer um acórdão incorreto, meramente para privilegiar a aplicação pura do art. 535 do CPC. Tal medida obrigaria a parte, que atualmente sagrou-se vitoriosa no processo, a interpor um novo recurso especial, movimentando toda a máquina judiciária, para atingir exatamente o mesmo resultado prático que já obteve. Isso implicaria um desperdício de tempo e de recursos públicos incompatível com a atual tendência em prol de um processo efetivo.
> Recurso especial não conhecido."
> (REsp 970190/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 15/08/2008).

Necessário, para tanto, aplicar a jurisprudência do E. STF, evitando-se, com isso, a reapreciação da matéria no âmbito desta E. Corte acarretando dispêndio de tempo e recursos em direção ao mesmo resultado obtido nesta via processual, embora de maneira excepcional.

A Lei Complementar nº 07/70, dispõe que o programa de integração social teria como uma das fontes de financiamento recursos próprios das empresas, calculados com base em seus faturamentos.

Neste sentido, a Lei nº 9.718, de 27/11/98, reportando-se a base de cálculo do PIS e da COFINS, trouxe, em seus artigos 2º, 3º e § 1º, a seguinte definição:

> "Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento,

observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.
Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.
§ 1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas."

Apreciando a compatibilidade do dispositivo acima com a Constituição da República, o STF considerou inconstitucional a noção de faturamento (art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98), ao fundamento que a Emenda Constitucional nº 20/98 não teve o condão de convalidar os ditames legais acima mencionados, porquanto surgiu em desarmonia com o Texto Constitucional que à época vigorava.

A decisão do Plenário do STF ocorreu no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084.

Desse modo, curvo-me ao entendimento da Suprema Corte para o fim de considerar inconstitucional o artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, sendo certo que o recolhimento do PIS deveria ser feito considerando o conceito de base de cálculo - faturamento - de que trata o artigo 3º, da Lei nº 9.715/98.

Eis o teor do julgamento que ora se adota como paradigma:

"CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada."
(RE 346084, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2005, DJ 01-09-2006 PP-00019 EMENT VOL-02245-06 PP-01170).

Assim, é de se considerar inconstitucional o artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, sendo certo que o recolhimento do PIS deveria ser feito considerando o conceito de base de cálculo - faturamento - de que trata o 2º, "caput", da Lei Complementar nº 70/91.

Pelo exposto, ante os fundamentos ora expendidos, acolho os embargos de

declaração, dando-lhes efeitos excepcionalmente infringentes para ajustar o v. acórdão aos precedentes do STF submetidos à repercussão geral, para negar, em face disso, provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, bem como julgar prejudicado a agravo regimental de fls. 421/452, por ausência de interesse recursal.

Juiz Federal Convocado RICARDO CHINA - Relator

- Sobre o sistema jurídico brasileiro não contemplar a figura da constitucionalidade superveniente, veja também o seguinte julgado: AMS 2004.61.00.020374-4, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, publicada na RTRF3R 94/386.

APELAÇÃO CÍVEL
0000432-79.2000.4.03.6117
(2000.61.17.000432-7)

Apelantes: IVANILDO FERREIRA DO NASCIMENTO E UNIÃO FEDERAL
Apelados: OS MESMOS E MUNICÍPIO DE TORRINHA - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA ELIANA MARCELO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP
Classe do Processo: AC 1163362
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/06/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DESERÇÃO. CUSTAS DE PORTE DE REMESSA E RETORNO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. NÃO-VINCULAÇÃO DO JUDICIÁRIO AOS TERMOS DE DECISÃO DO TCU. AUSÊNCIA DE PROVAS QUE ESPECIFIQUEM A REALIZAÇÃO DE ATO ÍMPROBO.

Infringência ao artigo 511 do C. P. C., recolhimento das custas de porte e remessa do recurso em guia DARF e em Banco não autorizado pelo ordenamento, sem especificações do processo a que se referia. Irregularidade não suprida após reiteradas determinações neste grau de jurisdição. Apelação julgada deserta.

Asseverou a União, ao fazer menção à decisão que fixou a competência da Justiça Federal de 1º Grau para processar e julgar o feito, que a Lei nº 10.628/02, a qual alterou a redação do artigo 84, do Código de Processo Penal, determinando como competente para julgar as ações de improbidade o tribunal designado para julgar criminalmente o agente público, que a norma não está eivada de inconstitucionalidade, por não ter trazido inovações ao consignado na Constituição Federal. No entanto, referido argumento restou prejudicado, tendo em consideração que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito do tema, na ADI nº 2797, julgando inconstitucional a lei.

O ato de prestar contas como dever a ser cumprido pela Administração Pública traduz verdadeira concretização do princípio da publicidade dos atos administrativos, consagrado na Constituição Federal em seu artigo 37, *caput*. Os atos emanados do Poder Público devem ser amplamente divulgados, de forma transparente, a fim de que se viabilize a fiscalização de sua execução, não só pelos órgãos de controle, mas também pelo povo, titular do poder.

Noutro giro, insta mencionar que, apesar de a r. sentença de 1º Grau ter utilizado como um de seus fundamentos o resultado do julgamento da Tomada de Contas Especial pelo TCU, o qual aprovou as contas do Convênio, dando por quitada a dívida do município, o Judiciário não está adstrito aos julgamentos do órgão de controle externo da Administração.

No entanto, dos parcos documentos que instruíram a ação, dentre eles as informações prestadas pelo Ministério do Orçamento e Gestão, vislumbra-se que houve “impropriedades formais” na execução do objeto do Convênio em questão, entretanto, carecem de documentos que fundamentem referida conclusão.

Deflagrada a Tomada de Contas Especial para averiguar a regularidade da aplicação da verba repassada à municipalidade, a qual, ressalto, nem minimamente foi

acostada aos autos para que se pudesse cotejar o modo pelo qual o ex-prefeito teria, em tese, transgredido as cláusulas do Convênio, praticando atos ímprobos, tendo-se apenas notícia do desfecho da decisão, esta julgou aprovadas as contas do Convênio, com ressalvas, sem que tivesse sido apurada a ocorrência de dano ao Erário.

O mero descumprimento de cláusulas do Convênio não gera em desfavor do agente público a presunção de que tivesse provocado dano ao Erário, ou que tivesse enriquecido ilicitamente, ou, ainda, que tivesse infringido os princípios norteadores da Administração Pública.

De acordo com a Lei nº 8.429/92, para que reste caracterizada a improbidade seja por ação ou omissão do administrador, deve-se atentar contra os princípios que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições e bens jurídicos, assim como, ficar claro o propósito do ato que tem por fim objetivo proibido ou contrário à lei, na espécie, "deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo", o que não ocorreu.

Precedentes.

Apelação do réu julgada deserta e da União Federal não provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 02 de junho de 2011.

Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO (Relatora): Trata-se de dupla apelação e remessa oficial, em ação de improbidade administrativa, inicialmente ajuizada na Justiça Estadual, objetivando o ressarcimento da importância de R$ 92.105,23 (noventa e dois mil cento e cinco reais e vinte e três centavos), atualizada à época do ajuizamento da ação, em virtude do descumprimento da cláusula que previa a exigência de prestação de contas, relativa ao Convênio nº 089/94, celebrado entre o Município de Torrinha/SP, representado pelo então prefeito, ora demandado, e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Narra a inicial que o réu, à época prefeito da citada municipalidade, celebrou Convênio com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, visando à construção de rodovias vicinais. Aduz, entretanto, que o prefeito não providenciou a prestação de contas relativas ao repasse de verba do Convênio no lapso acordado e na forma legal, passando a ser óbice para que o Município recebesse verba federal para a implementação de políticas públicas. Requereu, dessa forma, seja o montante ressarcido aos cofres públicos, a suspensão dos direitos políticos do réu, pelo período de 03 (três) a 05 (cinco) anos, bem como declarada a proibição de o requerido contratar com o Poder Público.

Os autos foram remetidos à Justiça Federal, em virtude da existência de interesse

da União no feito, tendo, posteriormente, a União sido incluída no polo ativo da demanda.

Devidamente citado, contestou o réu. Alega, preliminarmente, a litigância de má-fé pessoal do prefeito do Município de Torrinha, à época da distribuição da ação, sustentando que tão somente ajuizou a presente com fins eleitoreiros, para prejudicar o réu no pleito que se aproximava. Alegou que realizou a prestação de contas durante seu mandato eletivo, mas que, tendo em vista que foram constatadas irregularidades quando já não mais ocupava o cargo de prefeito, já não mais poderia saná-las. Realizou o pedido de indenização por danos materiais e morais, causado pela presente demanda, tendo em vista que totalmente desprovida de fundamento.

Ainda em sua defesa, alegou o réu a ilegitimidade ativa *ad causam* do Município, por carecer àquele de interesse no feito, tendo em vista ser este exclusivamente da União. No mérito, ressalta que, conquanto haja irregularidades nas contas prestadas pelo réu, como a perda do prazo, não se justificaria a devolução do valor global do Convênio firmado, pois todas elas foram sanadas. Afirmou, por fim, que foi instaurada Tomada de Contas Especial para se apurar o caso e teve suas contas julgadas regulares.

Apresentou o réu reconvenção. Assevera ser do Município e da própria União a responsabilidade pelas contas prestadas, por não mais ser prefeito daquela municipalidade, restando impossibilitado o acesso aos documentos arquivados na prefeitura. Pleiteia, dessa forma, seja determinada a obrigação de fazer ao Município, para que preste novamente as contas à União e seja declarado nulo o procedimento fiscalizatório instaurado pelo TCU.

A União impugnou a contestação ofertada. Alega que, para que o réu formule pedido na contestação, como o de indenização por danos morais e materiais, por não ser caso de ação dúplice, deveria fazê-lo pelos meios próprios. Aduz, no mérito, que a ausência de prestação de contas gera irregularidade no Convênio, salvo no caso de justificativa por caso fortuito ou forma maior, o que não é o caso dos autos, cabendo, de fato, a restituição da quantia devida.

Apresentou, ainda, a União, contestação à reconvenção manejada. O mesmo foi apresentado pelo Município de Torrinha/SP, o qual alegou ser a responsabilidade do agente público, no caso, de prefeito, a qual não cessa com o término do mandato, o qual permanece responsável por todos os atos praticados em desconformidade com a lei. Ressaltou que o demandado foi intimado pela União a regularizar as contas do Convênio, entretanto, permaneceu inerte, pugnando pela devolução aos cofres públicos da verba repassada ao Município à época, mas cuja prestação de contas não foi apresentada.

Fixou o Juízo *a quo* a competência da Justiça Federal de 1º Grau para processar e julgar o feito, nos termos do despacho de fls. 222/223.

A r. sentença julgou improcedentes o pedido inicial e a reconvenção ofertada.

Apelou o réu, alegando o descabimento da compensação de honorários declarada na sentença, pois, apesar de ter havido sucumbência recíproca, esta não foi proporcional.

Apelou também a União, pleiteando a reforma do *decisum*, alegando ser constitucional a lei nº 10.628/02, por não ter trazido inovações à competência fixada na Constituição Federal. Aduz que, apesar de o TCU ter julgado regulares as contas relativas ao Convênio firmado, o judiciário não está vinculado às decisões do tribunal administrativo. Ressalta que era cláusula expressa do Convênio a obrigação de prestação de contas, possuindo o réu ciência de que aquela deveria ser apresentada no prazo estipulado, sob pena de devolução do valor.

Com as contrarrazões subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal se manifestou, pugnando pelo reconhecimento da deserção do recurso do réu, diante da falta de recolhimento das custas do porte de remessa e de retorno e pelo não provimento ao recurso da União Federal, com fundamento em farta doutrina e jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO (Relatora): Senhores Desembargadores, a presente ação discute o direito ao ressarcimento da importância de R$ 92.105,23 (noventa e dois mil cento e cinco reais e vinte e três centavos), atualizada à época do ajuizamento da ação, em virtude do descumprimento da cláusula que previa a exigência de prestação de contas relativa ao Convênio nº 089/94, celebrado entre o Município de Torrinha/SP, representando pelo então prefeito, ora demandado, e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

No que tange ao reconhecimento de deserção ao recurso interposto pelo réu, acolho a bem lançada cota Ministerial.

Verifica-se, a fls. 369 dos autos, ter sido feito o recolhimento das custas de porte e remessa do recurso em guia DARF em Banco não autorizado pelo ordenamento.

Não obstante as reiteradas determinações nesta Instância para que comprovasse o correto recolhimento das custas, na forma do artigo 511 do Código de Processo Civil, o recorrente limitou-se a se reportar à guia referida.

A legislação é clara no sentido de que devem as custas, relativas ao porte de remessa e de retorno, quando exigidas pelo ordenamento, ser comprovadas pelo apelante, sob pena de deserção do recurso, e em caso de insuficiência no seu recolhimento deve-se suprir a falta, no prazo de cinco dias, sob a mesma penalidade.

In casu, não se trata de rigor ou formalismo indevidos. Não vislumbro motivos para se mitigar a aplicação do dispositivo processual, considerando os diversos normativos relativos ao tema.

Pacífica, de outro lado, é a interpretação dada pelos Tribunais Pátrios quanto às conseqüências da ausência ou insuficiência das custas devidas por ocasião da interposição dos recursos. Nesse sentido trago à colação o aresto do Superior Tribunal de Justiça:

> "EDcl nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 908.252 - BA (2011/0049664-1) (f) RELATOR: MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA EMBARGANTE: HERBERT RODENBURG E COMPANHIA LTDA. ADVOGADOS: FERNANDO TORREÃO DE CARVALHO E OUTRO(S) SOLON AUGUSTO KELMAN DE LIMA EMBARGADO: BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A - BNB ADVOGADOS: ANA CAROLINA MARTINS DE ARAÚJO BETHA BRITO NOVA E OUTRO(S) DECISÃO Embargos de declaração opostos por Herbert Rodenburg & Cia Ltda. à decisão de fls. 488-492, na qual indeferi liminarmente os presentes embargos de divergência assim: 'Embargos de divergência opostos por Herbert Rodenburg & Cia Ltda. ao acórdão de fls. 428-438, da Terceira Turma, da relatoria

do em. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, assim ementado na parte que interessa ao julgamento do presente recurso: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREPARO DO RECURSO ESPECIAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA ÀS RESOLUÇÕES DO STJ. PREPARO NÃO COMPROVADO. JUSTO IMPEDIMENTO. ART. 519 DO CPC. INOCORRÊNCIA. JUÍZO DEFINITIVO DE ADMISSIBILIDADE EM RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DO STJ. ART. 511, § 2º. DO CPC. RECOLHIMENTO INSUFICIENTE DE DESPESAS RECURSAIS. INOCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE INTIMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - À escorreita comprovação do preparo, deve o recorrente observar as instruções contidas nas resoluções editadas por esta Corte, utilizando-se da guia de recolhimento adequada e procedendo à anotação do código de receita previsto, sob pena de deserção (EREsp 820.539/ES, Rel. Min. CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, DJe 23/08/2010) II - Exigência da corte local de recolhimento das despesas recursais em guia própria, sob pena de inadmissão, não caracteriza o justo impedimento (art. 519 do Código de Processo Civil) apto a relevar a deserção, ante a possibilidade de manejo de agravo de instrumento em recurso especial. [...] V - Agravo regimental a que se nega provimento." A Terceira Turma rejeitou, ainda, os embargos de declaração (fls. 447-452). Esclarece a embargante que a questão "objeto da divergência a ser ventilada nos presentes embargos está assentada num único ponto: ainda que incorreta, exigência feita pelo Tribunal de origem para efeito do pagamento do porte de remessa e retorno constitui justo impedimento à caracterização da deserção do recurso" (fl. 457). Para comprovar a divergência, a embargante traz os seguinte precedentes: "PROCESSUAL CIVIL. PORTE DE RETORNO E REMESSA DA APELAÇÃO. RECOLHIMENTO EM GUIA DARF, AO INVÉS DE DEPÓSITO EM CONTA CORRENTE ESPECÍFICA. ERRO MATERIAL. INAPLICABILIDADE. DESERÇÃO AFASTADA. PRECEDENTES. 1. A recorrida efetivou o pagamento do valor relativo ao porte de remessa e retorno do recurso de apelação em guia DARF dentro do prazo determinado e no valor correto, sendo que deveria tê-lo feito por meio de depósito em conta corrente específica. Realização do depósito. Inocorrência de prejuízo ocasionado ao Judiciário, que teve as despesas devidamente recolhidas. 2. Em tal situação, de natureza excepcionalíssima, a pena de deserção deve ser relevada, especialmente porque restou realizado o depósito de porte de remessa e retorno. Evidente a ocorrência de erro material, devendo-se, portanto, ser escanteado o excesso de rigor formal. 3. A jurisprudência desta Corte Superior entende que o fato de haver erro quanto ao código de receita não pode ser levado em consideração para fins de deserção do recurso, caso o valor tenha sido efetuado no prazo legal e no valor exigido, aplicável ao caso vertente. 4. Recurso não provido" (REsp nº 572.312/SC, publicado em 8.3.2004, Primeira Turma, da relatoria do em. Ministro José Delgado). "RECURSO ESPECIAL. DESERÇÃO. INEXISTÊNCIA. TRIBUTÁRIO. EMPRESAS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. EQUIPARAÇÃO A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INCIDÊNCIA DE ALÍQUOTA ZERO DE CPMF. ART. 8º, INCISO III, DA LEI Nº 9.311/96. TEMA PACIFICADO NO JULGAMENTO DO RESP 826.075/SP. 1. O pagamento do porte de remessa realizado através de DARF, ao invés de GRU, não deve levar à deserção do recurso se os dados constantes do documento por meio do qual foi

realizado o recolhimento apresentam-se corretos e a mudança do documento a ser utilizado se deu apenas três dias antes da interposição do recurso. É de se afastar o extremo rigor formal. 2. É cabível a aplicação da alíquota zero da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira, CPMF, na forma do disposto no art. 8º, inciso III, da Lei nº 9.331/96 para as empresas de arrendamento mercantil. 3. Tema pacificado pela Primeira Seção no julgamento do REsp 826.075/SP, Relator para acórdão Min. Humberto Martins, DJ 11.06.2007. 3. Recurso da União não conhecido e recurso do particular provido" (REsp nº 850.612/SP, publicado em 18.9.2007, Segunda Turma, da relatoria do em. Ministro Castro Meira). Decido. Os embargos não merecem ser processados. Inicialmente, a questão relativa ao fato de o Tribunal de origem exigir o recolhimento do preparo em guia (DAJ) diversa da indicada por ato normativo do Superior Tribunal de Justiça não foi discutida nos acórdãos paradigmas. Por outro lado, no caso presente, além de recolhimento em guia diversa da exigida nesta Corte, o código da receita igualmente não confere com a exigida nesta Corte (cf. fl. 411). Os paradigmas, entretanto, referem-se, apenas, à hipótese de não recolhimento em guia correta, sem cuidar do código respectivo, circunstância que, também, afasta a indispensável semelhança fática entre os arestos confrontados. Ademais, a jurisprudência é firme no sentido de exigir, também, o recolhimento do preparo na guia correta, exigida neste Tribunal Superior. Sobre o tema, da Corte Especial: "AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL. PREPARO. 'TRANSFERÊNCIA DE CONTA CORRENTE PARA CONTA CORRENTE'. NÃO UTILIZAÇÃO DA GRU. FALTA DE INDICAÇÃO DO NÚMERO DO PROCESSO. DESERÇÃO. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. DECISÃO MANTIDA. 1. É ônus do recorrente, para o pagamento das custas judiciais dos recursos interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça, o correto preenchimento da Guia de Recolhimento da União - GRU, com a indicação do número do processo a que se refere, além dos respectivos códigos identificadores, sob pena de deserção, em consonância com o art. 41-B da Lei nº 8.038/90, c. c. o art. 9º da Lei nº 11.636/2007, regulamentado pela Resolução nº 01/2008 desta Corte. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido" *(AgRg no EREsp nº 928.672/SP, publicado em 11.11.2010, da relatoria da em. Ministra Laurita Vaz)*. "*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PORTE DE REMESSA E RETORNO DOS AUTOS. EXIGÊNCIAS CONTIDAS NAS RESOLUÇÕES DO STJ APLICÁVEIS À ESPÉCIE. DESERÇÃO VERIFICADA. AUSENTE O NÚMERO DO PROCESSO A QUE SE REFERE O RECOLHIMENTO. PREPARO EFETIVADO EM 20.6.2005. INDICAÇÃO ERRÔNEA DO CÓDIGO DA RECEITA. INCIDÊNCIA DA RESOLUÇÃO Nº 12/2005*. 1. A partir da edição da Resolução nº 20/2004, além do recolhimento dos valores relativos ao porte de remessa e retorno em rede bancária, mediante preenchimento da Guia de Recolhimento da União (GRU) ou de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), com a anotação do respectivo código de receita e a juntada do comprovante nos autos, passou a ser necessária a indicação do número do processo respectivo. 2. Constata-se que, *in casu*, não foi anotado o número do processo a que se refere o documento de arrecadação de receitas federais, juntado à fl. 227 dos autos, bem como houve anotação errônea do código de receita. 3. Tendo sido efetuado o preparo

em 20.6.2005, incide o disposto na Resolução nº 12/2005, não merecendo reparo a decisão agravada. 4. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp nº 924.942/SP, publicado em 18.3.2010, da relatoria do em. Ministro Mauro Campbell Marques). "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PORTE DE REMESSA E RETORNO. DESERÇÃO. RESOLUÇÃO 12/2005. INDICAÇÃO ERRÔNEA DO CÓDIGO DA RECEITA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE DARF. GRU. NECESSIDADE. EMBARGOS NÃO PROVIDOS. 1. O apelo especial foi interposto sob a vigência da Resolução STJ nº 12/2005. No entanto, o recorrente indicou erroneamente o código de receita e utilizou DARF ao invés de GRU. O embargante alega que o aresto recorrido destoa de julgados da Primeira Turma do STJ, os quais consignaram não caracterizar deserção, quando, apesar de haver erro no preenchimento do porte de remessa e retorno, o recorrente demonstra ter efetuado o pagamento no prazo legal e no valor exigido. 2. O cumprimento pelo recorrente das instruções contidas nas Resoluções do STJ sobre a comprovação do preparo recursal emana expressamente do art. 41-B da Lei nº 8.038/90, alterado pelo art. 3º-A da Lei nº 9.756/98. 3. A partir da Resolução nº 12/2005, não basta o pagamento da importância devida na origem, sendo imprescindível o correto preenchimento das respectivas guias, bem como o recolhimento no estabelecimento bancário, sob pena de deserção. Precedente da Corte Especial. 4. O adequado preenchimento da guia de recolhimento também é importante para propiciar a correta destinação do valor depositado, possibilitando-se que a renda, oriunda do preparo do recurso, seja revertida para o Superior Tribunal de Justiça, haja vista a grande diversidade de receitas que são auferidas pelo Tesouro Nacional. 5. Embargos de divergência não providos" (EREsp nº 820.539/ES, publicado em 23.8.2010, da relatoria do em. Ministro Castro Meira). "AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PREPARO. RECOLHIMENTO EM DESACORDO COM A RESOLUÇÃO Nº 20/2005 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESERÇÃO. 1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 924.942/SP, representativo de controvérsia, firmou entendimento de que, 'A partir da edição da Resolução nº 20/2004, além do recolhimento dos valores relativos ao porte de remessa e retorno em rede bancária, mediante preenchimento da Guia de Recolhimento da União (GRU) ou de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), com a anotação do respectivo código de receita e a juntada do comprovante nos autos, passou a ser necessária a indicação do número do processo respectivo'. 2. 'Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.' (Súmula do STJ, Enunciado nº 168). 3. Agravo regimental improvido" (AgRg nos EREsp nº 1.110.411/MT, publicado em 6.12.2010, da relatoria do em. Ministro Hamilton Carvalhido). Ante o exposto, indefiro liminarmente os presentes embargos de divergência. Publique-se.' Alega a ora embargada, a título de omissões, que: a) o primeiro acórdão paradigma 'consigna [...], em timbre peremptório, que, em situações excepcionalíssimas (como o é a hipótese de incorreta exigência pelo Tribunal *a quo*), deve-se mitigar o rigor do artigo 511 do CPC e, assim, relevar o fato de o preparo ter sido recolhido em guia diversa, afastando-se eventual irregularidade a conspirar contra a admissão do Especial' (fl.

498); b) o primeiro paradigma '(assim como o segundo paradigma) se debruçou sobre a questão pertinente a eventual erro do código de receita, declarando, com não menos veemência, que tal peculiaridade não a tem o condão para conspirar contra a admissibilidade do Recurso Nobre' (fl. 498); c) 'como a orientação e exigência emanadas da Corte de origem constituíram-se em praxe adotada, ao longo substancial lapso de tempo, com efeito, um cipoal de recursos especiais foram interpostos com o recolhimento das custas de porte de remessa e retorno através de guia diversa daquela tida como correta' (fl. 499). Com isso, vários são os acórdãos da Terceira Turma, semelhantes ao julgado ora embargado, já tendo sido admitidos para processamento os 'Embargos de Divergência de nº 649.235/BA e 648.472/BA' (fl. 499). Decido. A ora embargante, sem dúvida, busca apenas reformar a decisão ora embargada mediante os fundamentos trazidos na peça recursal. Ocorre que os declaratórios não constituem via adequada para o simples reexame do julgado, ausente efetivo defeito material que deva ser sanado. Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração. Publique-se. Brasília, 13 de abril de 2011. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA Relator (Ministro CESAR ASFOR ROCHA, 12/05/2011)"

Na esteira dos entendimentos esposados e com fundamento no artigo 511 do Código de Processo Civil, julgo deserto o recurso interposto pelo réu, remanescendo íntegra a sentença que decidiu pela aplicação de sucumbência recíproca para o caso, porquanto o apelante-réu sucumbiu na demanda, no tocante à reconvenção por ele oposta.

Melhor sorte não socorre à apelação interposta pela União.

Asseverou a União, ao fazer menção à decisão que fixou a competência da Justiça Federal de 1º Grau para processar e julgar o feito, que a Lei nº 10.628/02 não está eivada de inconstitucionalidade, ao alterar a redação do artigo 84, do Código de Processo Penal, determinando como competente para julgar as ações de improbidade o mesmo tribunal designado para julgar criminalmente o agente público, por não ter trazido inovações ao consignado na Constituição Federal. No entanto, referido argumento restou prejudicado, tendo em consideração que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito do tema, na ADI nº 2797, julgando inconstitucional a lei.

Apenas a título ilustrativo, trago à colação a ementa do referido julgado:

"EMENTA: 'I. [...] II. [...] III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei nº 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da

Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C. Pr. Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C. Pr. Penal. 2. A competência originária dos tribunais

para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.'" (ADI 2797, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250).

De outro norte, certo é que, nos termos do que firmado no Convênio nº 089/094, caberia ao Conveniado a prestação de contas parciais e finais no que tange às verbas repassadas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Assim restou expressamente consignado no documento:

"CLÁUSULA SEGUNDA - DO VALOR, DA CLASSIFICAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E DO EMPENHO

[...]

Parágrafo Segundo:

A liberação das parcelas subseqüentes ao primeiro desembolso, fica condicionada à prestação de contas através da apresentação do Relatório de Execução Físico-Financeira - Anexo III.

[...]

CLÁUSULA QUARTA - DAS OBRIGAÇÕES

[...]

II - AO(À) CONVENIADO(A) compete:

[...]

h - encaminhar ao CONVENENTE as prestações de contas parciais dos recursos recebidos, na forma do parágrafo único da cláusula quinta, e a prestação de contas final no prazo máximo de 30 (trinta) dias do término da vigência deste instrumento;

[...]

CLÁUSULA SEXTA - DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

O(A) CONVENIADO(A) encaminhará ao CONVENENTE a prestação de contas final, cuja apresentação deverá ocorrer no prazo máximo de 30 (trinta) dias, a contar do término da vigência do presente Convênio.

[...]

Parágrafo segundo:

Inadimplência:

A inadimplência ou irregularidade no processo de prestação de contas inabilita o(a) CONVENIADO(A) a participar de novos convênios, acordos ou ajustes com a Administração Federal, por prazo não inferior a 2 (dois) anos."

Desse modo, não há como o réu alegar que não possuía conhecimento acerca de suas obrigações perante o órgão Convenente, tampouco que não soubesse das conseqüências

do descumprimento do prazo e moldes da prestação de contas.

O ato de prestar contas como dever a ser cumprido pela Administração Pública traduz verdadeira concretização do princípio da publicidade dos atos administrativos, consagrado na Constituição Federal em seu artigo 37, *caput*. Os atos emanados do Poder Público devem ser amplamente divulgados, de forma transparente, a fim de que se viabilize a fiscalização de sua execução, não só pelos órgãos de controle, mas também pelo povo, titular do poder.

Noutro giro, insta mencionar que, apesar de a r. sentença de 1º Grau ter utilizado como um de seus fundamentos o resultado do julgamento da Tomada de Contas Especial pelo TCU, o qual aprovou as contas do Convênio, dando por quitada a dívida do município, o Judiciário não está adstrito aos julgamentos do órgão de controle externo da Administração.

Referido entendimento, já sedimentado em toda a jurisprudência, e repisado na sentença impugnada, assim como na apelação da União, busca seu fundamento no princípio da Separação dos Poderes, por ser o TCU órgão auxiliar do Legislativo, resguardando sua independência e harmonia com o Judiciário, bem como no princípio da unidade da jurisdição, assegurando ao Judiciário o monopólio da Jurisdição, certificando-se como único órgão a proferir decisões com caráter de definitividade.

> "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. RECEBIMENTO DA INICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APROVAÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ART. 21, INC. II, DA LEI Nº 8.429/92. NÃO VINCULAÇÃO FRENTE AO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO VIA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO (ARTS. 267, INCS. I e VI e 295, INC. I E PAR. ÚNICO, INCS. I e III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). INOVAÇÃO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. *O Controle exercido pelo Tribunal de Contas, não é jurisdicional, por isso que não há qualquer vinculação da decisão proferida pelo órgão de controle e a possibilidade de ser o ato impugnado em sede de ação de improbidade administrativa, sujeita ao controle do Poder Judiciário*, consoante expressa previsão do art. 21, inc. II, da Lei nº 8.429/92. Precedentes: REsp 285305/DF, Primeira Turma, julgado em 20/11/2007, DJ 13/12/2007 p. 323; REsp 880662/MG, Segunda Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 01/03/2007 p. 255; REsp 1038762/RJ, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009. 2. Deveras, a atividade do Tribunal de Contas da União denominada de Controle Externo, que auxilia o Congresso Nacional na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, é revestida de caráter opinativo, razão pela qual não vincula a atuação do sujeito ativo da ação civil de improbidade administrativa. 3. A doutrina sob esse enfoque preconiza que: Assim, *as decisões dos Tribunais de Contas não vinculam a atuação do sujeito ativo da ação civil de improbidade administrativa, posto que são meramente opinativas e limitadas aos aspectos de fiscalização contábil, orçamentária e fiscal*. Devem, por isso, ser objeto de análise crítica do Ministério Público e dos demais co-legitimados ativos visando identificar, entre as irregularidades apontadas pelo

Tribunal de Contas, se alguma delas realmente configura ato de improbidade administrativa. (Marino Pazzaglini Filho *in Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, pp. 78/79 e 220/221). 4. Os autos versam agravo de instrumento em face da decisão que recebeu a petição inicial da ação de improbidade administrativa nº 2005.81.00.017764-1 ajuizada pelo Ministério Público Federal, em razão de estarem presentes os indícios suficientes de comprovação de atos de improbidade consistentes na redução em 0,5% do valor da tarifa de estudo de operação de financiamento que fora apresentada ao Banco Nordeste do Brasil pela empresa STN-SISTEMA DE TRANSMISSÃO NORDESTE S/A, beneficiada por alterações na programação do FNE e causando um prejuízo ao BNB da ordem de R$ 1.499.900,00 (um milhão, quatrocentos e noventa e nove mil e novecentos reais). 5. *In casu*, O Tribunal local ao analisar a questão concernente a aprovação de contas pelo Tribunal de Controle assentou que: No que tange ao posicionamento do TCU, se por um lado milita em favor dos ora agravantes, a decisão deste Órgão Administrativo que concluiu que a operação de financiamento ao Sistema de Transmissão do Nordeste - STN foi regular e não resultou qualquer prejuízo ao erário, por outro lado, a teor do que dispõe o inciso II, art. 21 da Lei nº 8.429/92, a aplicação das sanções previstas nesta lei independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas. As questões que importem em saber se a redução tarifária que, segundo o TCU, não foi concedida exclusivamente à STN, causou ou não prejuízo ao BNB deverá ser desenvolvida no curso da Ação, razão pela qual, qualquer exclusão do pólo passivo da Ação de Improbidade, de plano, apresentar-se prematura. Acrescente-se que atuação do TCU, na qualidade de Corte Administrativa não vincula a atuação do Poder Judiciário, nos exatos termos art. 5º, inciso XXXV, CF.88, segundo o qual, nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. (fls. 1559). 6. A natureza do Tribunal de Contas de órgão de controle auxiliar do Poder Legislativo, decorre que sua *atividade é meramente fiscalizadora e suas decisões têm caráter técnico-administrativo, não encerrando atividade judicante*, o que resulta na impossibilidade de suas decisões produzirem coisa julgada e, por consequência *não vincula a atuação do Poder Judiciário*, sendo passíveis de revisão por este Poder, máxime em face do Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, à luz do art. 5º, inc. XXXV, da CF/88. 7. A doutrina sobre o tema, assenta: No que diz respeito ao inciso II, referente ao Tribunal de Contas, a norma é de fácil compreensão. Se forem analisadas as competências do Tribunal de Contas, previstas no artigo 71 da Constituição, vai-se verificar que o julgamento das contas das autoridades públicas não esgota todas as atribuições daquele colegiado, estando previsto nos incisos I e II; a apreciação das contas obedece a critérios políticos e não significa a aprovação de cada ato isoladamente considerado; as contas podem ser aprovadas, independentemente de um ou outro ato ou contrato ser considerado ilegal. Além disso, como o Tribunal de Contas não faz parte do Poder Judiciário, as suas decisões não têm forma de coisa julgada, sendo sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, com fundamento no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição.(Maria Sylvia Zanella Di Pietro *in* Direito Administrativo, 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2002, pp. 687/688) 8. O Tribunal *a quo*

no caso *sub judice*, mediante cotejo das razões recursais e do contexto fático engendrado nos autos, vislumbrando a ocorrência de elementos de convicção hábeis ao prosseguimento ação de improbidade administrativa e a necessidade de uma análise mais acurada dos fatos que ensejaram à ação de improbidade administrativa entendeu pela manutenção da decisão que recebeu a inicial. 9. Consectariamente, a conclusão do Tribunal acerca da existência dos elementos essenciais à viabilidade da ação de improbidade administrativa, em sede agravo de instrumento, decorre justamente da valoração da 'relevância gravosa' dos atos praticados contra a Administração Pública, mormente porque os §§ 7º e 8º da mencionada legislação permitem o exame do próprio mérito da ação na fase preliminar, isto é, existência ou não de ato de improbidade administrativa, bem como fato impeditivo do exercício de um direito, como soem ser a decadência e a prescrição. 10. Os embargos declaratórios não são cabíveis para a modificação do julgado que não se apresenta omisso, contraditório ou obscuro. O Tribunal de origem decidiu, de maneira fundamentada, as questões relevantes ao deslinde da controvérsia, apresentados na apelação, inexistindo ponto omisso sobre o qual se devesse pronunciar em sede de embargos declaratórios. A questão acerca da aplicação dos artigos 47, 267, incs. I e VI e 295, inc. I e par. único, incs. I e III, ambos do Código de Processo Civil apenas foi suscitada nos embargos de declaração opostos na origem - reiterada no presente recurso especial -, não foi abordada na petição de agravo de instrumento, constituindo, portanto, inovação nas razões recursais. 11. Inocorre violação ao artigo 535, II do CPC, quando a matéria não analisada pelo aresto recorrido não foi objeto de recurso de apelação. 12. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido." (RESP 200800359416, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, 03/12/2009)

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDICAÇÃO DE PRÁTICA DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS. APROVAÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. JULGAMENTO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. EXCLUSÃO DE APRECIAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DO PEDIDO. 1. Recurso especial interposto contra v. Acórdão que apreciou agravo de instrumento advindo de Ação Civil Pública intentada em face de enriquecimento ilícito de ocupantes de cargos públicos pertencentes ao TRT de Alagoas, no exercício de seus misteres. 2. Alegação dos recorrentes de falta de causa de pedir e impossibilidade jurídica do pedido, aduzindo que o Tribunal de Contas da União aprovou as contas referentes aos períodos que ocupavam as funções dos cargos administrativos apontados na inicial, bem como que são partes passivas ilegítimas para responderem por atos praticados pela Comissão de Licitação, da qual eram membros, além de que a decisão do Tribunal de Contas, na espécie, *embora faça coisa julgada administrativa, não tem o condão de vincular as decisões de cunho judicial*. 3. Os recorrentes estão sendo chamados para responderem pelas ações ilícitas previstas nos arts. 10, I, II, III, V, VIII, IX, XI e XIII, e 11, I, II e IV, da Lei de Improbidade Administrativa. 4. O fato de o Tribunal de Contas da União ter aprovado as contas dos recorrentes *não inibe a atuação do Poder Judiciário*, visto que não se trata de rejulgamento pela Justiça Comum, porque o

Tribunal de Contas é Órgão Administrativo e não judicante, e sua denominação de Tribunal e a expressão julgar, ambas são equívocas. *É o TCU um conselho de contas sem julgá-las, sentenciando a respeito delas*. Apura a veracidade delas para dar quitação ao interessado, entendo-as como prestadas, a promover a condenação criminal e civil dele, em verificando o alcance. *Não há julgamento*, cuja competência é do Poder Judiciário. 5. 'A decisão que aprecia as contas dos administradores de valores públicos faz coisa julgada administrativa no sentido de exaurir as instâncias administrativas, não sendo mais suscetível de revisão naquele âmbito. Não fica, no entanto, excluída de apreciação pelo Poder Judiciário, porquanto nenhuma lesão de direito pode dele ser subtraída. 6. O art. 5º, inciso XXXV da CF/88, dispõe que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. 7. A apreciação pelo Poder Judiciário de questões que foram objeto de pronunciamento pelo TCU coaduna-se com a *garantia constitucional do devido processo legal*, porquanto a via judicial é a única capaz de assegurar ao cidadão todas as garantias necessárias a um pronunciamento imparcial. 8. Ao Ministério Público a CF/1988 cometeu, no art. 127, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Prevê a Lei Maior como função institucional do *Parquet* a utilização de ação civil pública para a proteção do patrimônio público. A Lei nº 8.249/92 atribui-lhe a função de processar o responsável por ato de improbidade administrativa para que lhe sejam aplicadas as sanções civis ali previstas. Diante de ato caracterizado como de improbidade administrativa, inadmissível que o Ministério Público não tome providências, assistindo inerte à aplicação indevida do dinheiro público. A provocação do Judiciário para apuração de irregularidades constatadas é não apenas um poder, mas um dever do *Parquet* no exercício de suas funções institucionais. 9. A pretensão exposta pelo Ministério Público, na petição inicial, abrange apontamento de fatos que não foram objeto de apreciação pelo Tribunal de Contas. Há necessidade, no amplo campo do devido processo legal, que se apurem os fatos denunciados. O pedido, portanto, não é impossível; há justa causa, em tela, para fazê-lo e os recorrentes são partes legítimas. 10. Recurso especial não provido." (RESP 200101935620, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, 19/12/2002)

No entanto, não obstante as alegações expendidas pela União, de inexistência da vinculação do Poder Judiciário às decisões administrativas emanadas do TCU, não vislumbro presente, da análise probatória dos autos, a comprovação de que o réu tivesse incorrido em algum ato de improbidade administrativa, menos ainda, que tivesse agido de forma dolosa.

O mero descumprimento de cláusulas do Convênio não gera em desfavor do agente público a presunção de que tivesse provocado dano ao Erário, ou que tivesse enriquecido ilicitamente, ou, ainda, que tivesse infringido os princípios norteadores da Administração Pública.

De acordo com a Lei nº 8.429/92, para que reste caracterizada a improbidade seja por ação ou omissão do administrador, deve-se atentar contra os princípios que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições e bens jurídicos, assim como, ficar claro o propósito do ato que tem por fim objetivo proibido ou contrário à lei, na espécie, "deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo", o que não ocorreu.

Dos parcos documentos que instruíram a ação, dentre eles as informações prestadas pelo Ministério do Orçamento e Gestão, vislumbra-se que houve "impropriedades formais" na execução do objeto do Convênio em questão, entretanto, carecem de documentos que fundamentem referida conclusão.

Ademais, deflagrada Tomada de Contas Especial para averiguar a regularidade da aplicação da verba repassada à municipalidade, a qual, ressalto, nem minimamente foi acostada aos autos para que se pudesse cotejar o modo pelo qual o ex-prefeito teria, em tese, transgredido as cláusulas do Convênio, praticando atos ímprobos, tendo-se apenas notícia do desfecho da decisão, o Tribunal de Contas julgou aprovadas as contas do Convênio, com ressalvas, sem que tivesse sido apurada a ocorrência de dano ao Erário, conforme informado no curso da ação à fl. 266.

Nesse passo, não vislumbrando, de mesma sorte, ofensa aos princípios da Administração Pública ou enriquecimento ilícito por parte do réu, a apelação da União merece ser improvida.

Ante o exposto, julgo deserto o recurso do réu e nego provimento à apelação da União Federal.

É como voto.

Juíza Federal Convocada ELIANA MARCELO - Relatora

CAUTELAR INOMINADA
0065504-31.2000.4.03.0000
(2000.03.00.065504-0)

Requerente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Requerido: JOSÉ CARLOS LOUREIRO DA SILVA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LEIDE POLO
Classe do Processo: CauInom 2225
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/05/2011

EMENTA

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA QUE OBJETIVA A SUSTAÇÃO DA EXECUÇÃO DO V. ACÓRDÃO RESCINDENDO - IMPROCEDÊNCIA.
- O processo cautelar tem por função, via de regra, resguardar o resultado prático do provimento jurisdicional a ser emitido no processo de conhecimento, garantindo, assim, a efetividade da justiça.
- Pretende o autor a sustação da execução do v. acórdão rescindendo. No entanto, é manifesta a improcedência da medida cautelar, porquanto julgada na mesma sessão, a Ação Rescisória nº 2000.03.00.065505-1, que manteve a r. decisão rescindenda ao entendimento de que não restou caracterizado a violação literal de lei no v. acórdão rescindendo.
- O requerente alega a presença do *periculum in mora* no caso de cumprimento da decisão rescindenda, o que acarretará dano irreparável. Todavia, há informação nos autos, Ofício nº 21.036.05.1/059/2000, da Unidade Avançada de Atendimento do INSS em Santa Fé do Sul, de fl. 60, datada de 04 de abril de 2000, de que a Certidão de Tempo de Serviço em favor do requerido, objeto de impugnação na ação rescisória, foi expedida conforme determinação judicial. E o INSS ajuizou a cautelar somente em 1º de dezembro de 2000.
- Medida cautelar improcedente.

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, julgar improcedente a medida cautelar, nos termos do voto da Desembargadora Federal Relatora, no que foi acompanhada pelos Desembargadores Federais NELSON BERNARDES, LUCIA URSAIA, DALDICE SANTANA, pela Juíza Federal Convocada CLÁUDIA ARRUGA, pelos Desembargadores Federais DIVA MALERBI e SÉRGIO NASCIMENTO. Vencidos, a Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY, os Juízes Federais Convocados CARLOS FRANCISCO, MÁRCIA HOFFMANN e a Desembargadora Federal MARISA SANTOS, que julgavam procedente a medida cautelar e condenavam o requerido ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa, corrigido monetariamente, e custas *ex vi legis*.

São Paulo, 14 de abril de 2011.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de medida cautelar inominada em ação rescisória ajuizada pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em que pleiteia a suspensão da execução da decisão rescindenda.

O requerente alega a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a ensejar a imediata suspensão do julgado rescindendo, que viola expressa disposição de lei.

Sustenta que o perigo da demora reside no fato de que, em sendo cumprida a r. decisão guerreada, que determinou a expedição certidão de tempo de serviço sem indenização (inc. IV, art. 96, Lei nº 8.213/91), haverá lesão grave e de difícil reparação. Afirma quanto ao *fumus boni iuris*, que a r. sentença e o v. acórdão proferidos contrariam expressa disposição de lei e da Constituição Federal, dessa forma, há grande probabilidade de pronunciamento judicial a seu favor.

A inicial foi instruída com a documentação de fls. 12/68.

Indeferido o pedido de suspensão liminar da condenação no processo originário e determinado o apensamento destes autos aos da Ação Rescisória nº 2000.03.00.065505-1.

Citado, o requerido deixou de transcorrer “in albis” o prazo para ofertar contestação (fl. 90).

O ilustre Procurador Regional da República, no parecer de fls. 95/101, opina pela improcedência da medida cautelar inominada.

Os autos foram redistribuídos a esta Relatoria, em 22 de agosto de 2003.

À mesa para julgamento.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

VOTO

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

O processo cautelar tem por função, via de regra, resguardar o resultado prático do provimento jurisdicional a ser emitido no processo de conhecimento, garantindo, assim, a efetividade da justiça.

Pretende o autor a sustação da execução do v. acórdão rescindendo. No entanto, é manifesta a improcedência desta medida cautelar, porquanto julgada nesta sessão, a Ação Rescisória nº 2000.03.00.065505-1, que manteve a r. decisão rescindenda ao entendimento de que não restou caracterizado a violação literal de lei no v. acórdão rescindendo.

Impende destacar, independentemente do entendimento acima perfilhado, de que o requerente alega a presença do *periculum in mora* no caso de cumprimento da decisão rescindenda, o que acarretará dano irreparável. Todavia, há informação nos autos, Ofício nº 21.036.05.1/059/2000, da Unidade Avançada de Atendimento do INSS em Santa Fé do Sul, de fl. 60, datada de 04 de abril de 2000, de que a Certidão de Tempo de Serviço em favor do requerido, objeto de impugnação na ação rescisória, foi expedida conforme determinação judicial. E o INSS ajuizou a cautelar somente em 1º de dezembro de 2000.

Ante o exposto, julgo improcedente a medida cautelar.

É o voto.

Desembargadora Federal LEIDE POLO - Relatora

AGRAVO REGIMENTAL NA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL 0001048-37.2002.4.03.6100 (2002.61.00.001048-9)

Agravante: UNIÃO FEDERAL
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 343/347
Argüente: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Argüídos: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) E METALÚRGICA SANTA EDVIGES LTDA.
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE
Classe do Processo: ARGINC 14
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/04/2011

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE A TURMA REFAZER O JULGAMENTO QUE FOI ANULADO PELO STF. ARTIGO 481, § 1º, CPC. NÃO CABIMENTO QUANDO O PLENO DO STF HOUVER SE MANIFESTADO SOBRE A MATÉRIA.

- A leitura da decisão do STF que proveu os recursos extraordinários do Ministério Público Federal e da União Federal deixa claro que, antes de mais nada, foi anulado o acórdão da turma. Essa circunstância denota inequivocamente a necessidade de refazimento do julgamento, dessa vez com observância do artigo 97 da Constituição Federal, caso o órgão fracionário ainda entenda cabível o afastamento do artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001, na forma do primeiro julgamento. Nem poderia ser de outro modo, à vista do que dispõem o Código de Processo Civil e o Regimento Interno acerca da forma pela qual deve ser suscitada e apreciada a arguição de inconstitucionalidade.

- O Ministério Público Federal, cujo recurso extraordinário foi provido juntamente com o do ora agravante, concordou expressamente com a necessidade de o feito ser levado novamente a julgamento pela turma, em razão da obrigatoriedade de que haja manifestação de seus quatro integrantes (artigo 166, RI) e de que sua maioria absoluta a acolha (art. 481, CPC, c. c. art. 174, *caput*, RI), pois, do contrário, prevalecerá a constitucionalidade do dispositivo questionado.

- O *quorum* qualificado não foi suprido pela colheita do voto dos três participantes, porquanto o julgamento *não foi unânime* e, portanto, não houve reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pela maioria absoluta da 2ª Turma.

- O parágrafo único do artigo 481 do CPC veda a submissão da arguição de inconstitucionalidade ao Plenário ou ao Órgão Especial quando já houver manifestação destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. No caso dos autos, o Supremo Tribunal Federal, por seu Pleno, ao apreciar medida cautelar na ADI 2556, deferiu-a em parte para suspender, com efeitos *ex tunc* e até o julgamento final, a expressão “produzindo efeitos” e os incisos I e II do artigo 14 da Lei Complementar nº 110/01. Não bastasse, do ponto de vista do Regimento Interno tampouco há interesse de suscitá-la, pois, *ex vi* do parágrafo único do artigo 176, não teria poder de vincular as turmas e sessões, à vista do mencionado entendimento do STF.

- Equivocado o argumento do agravante de que a 2ª Turma, ao apreciar os embargos de declaração que foram opostos, nos quais foi suscitada a necessidade de obediência ao artigo 97 da Carta Magna, já decidiu que era perfeitamente possível que declarasse diretamente a inconstitucionalidade do dispositivo legal. O julgamento foi anulado, precisamente porque desrespeitou a Súmula Vinculante nº 10. Obviamente, o colegiado não pode simplesmente reiterar o entendimento anterior, sob pena de afrontar o decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Se ainda estiver convencido acerca da inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001, o único caminho possível será a remessa ao Órgão Especial, nos moldes anteriormente explicitados.
- Agravo regimental desprovido.

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

São Paulo, 13 de abril de 2011.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): A UNIÃO FEDERAL interpõe agravo regimental contra a decisão de fls. 343/347 por meio da qual neguei seguimento à arguição de inconstitucionalidade, *verbis*:

> "Arguição de inconstitucionalidade em mandado de segurança proposto com objetivo de eximir a impetrante das contribuições ao FGTS instituídas pelos artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 110/01.
> A ordem foi concedida em parte em primeira instância (fls. 111/126), a fim de afastar a exigibilidade das aludidas contribuições no ano de 2001 e a partir de 2004. Ambas as partes apelaram. A 2ª Turma proveu em parte o recurso da União e a remessa oficial (fls. 214/223), de modo a manter a sentença somente no que toca à inexigibilidade da contribuição do artigo 2º da Lei Complementar 110/01 no exercício financeiro de 2001. Opostos embargos declaratórios pela União Federal, foram acolhidos para sanar omissão acerca do artigo 97 da Carta Magna, porém sem modificação do resultado. Ministério Público Federal e União interpuseram recursos especiais e extraordinários. À exceção do especial do MPF, os demais foram todos admitidos. O Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao especial, porém o Supremo Tribunal Federal proveu os extraordinários, *verbis*, 'para declarar insubsistente o acórdão proferido, determinando seja a matéria submetida ao Órgão Especial do Tribunal Regional Federal' (fl. 335). O Relator, em consequência, determinou a distribuição ao Órgão Especial (fl. 341).
> Dispõe o Título V do Regimento Interno acerca da arguição de inconstitucionalidade, *verbis*:

‘Art. 171 - Se, por ocasião do julgamento de qualquer feito no Plenário, for argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, suspender-se-á o julgamento, a fim de ser tomado o parecer do Ministério Público Federal, no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º - Devolvidos os autos, o Relator, neles lançando relatório, encaminhá-los-á ao Presidente do Tribunal para designar a sessão de julgamento. A Secretaria expedirá cópias autenticadas do relatório e as distribuirá entre os Desembargadores Federais.

§ 2º - Efetuado o julgamento, com o “quorum” mínimo de dois terços dos membros do Tribunal, o Presidente, que participa da votação, proclamará o resultado obtido pela maioria absoluta.

§ 3º - A Comissão de Jurisprudência deverá receber cópia do acórdão e, no prazo para publicação deste e, após registrá-lo, o encaminhará à publicação na Revista do Tribunal.

Art. 172 - Se a inconstitucionalidade for argüida em feitos a serem julgados pela Turma ou pela Seção, o Relator, se o Ministério Público não houver ainda se pronunciado sobre a questão, abrir-lhe-á imediatamente vista dos autos, a fim de que, no prazo de 15 (quinze) dias, seja emitido parecer.

Parágrafo único - Se a argüição for feita apenas na sessão de julgamento conceder-se-á ao Ministério Público o prazo assinalado neste artigo para pronunciar-se, devendo ser suspenso o julgamento. Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região 89.

Art. 173 - Devolvidos os autos do Ministério Público Federal, o Relator submeterá a questão à Turma ou Seção, conforme o caso.

Art. 174 - Na hipótese do artigo anterior, *a Seção ou a Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário apenas quando a maioria absoluta de seus membros acolher a argüição de inconstitucionalidade, não decidida ainda pelo Plenário.*

Parágrafo único - Decidida a submissão da questão ao Tribunal Pleno, juntando-se aos autos as notas taquigráficas ou estenotipadas, e lavrado o acórdão, observar-se-á o disposto nos §§ 1º a 3º do art. 171.

Art. 175 - *Qualquer das partes no processo, o Ministério Público Federal, bem ainda, “ex officio”, o Relator, o Revisor, ou qualquer dos Desembargadores Federais componentes do órgão julgador, poderá argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*

Art. 176 - A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, afirmada pelo Plenário, aplicar-se-á aos feitos submetidos às Turmas, às Seções ou ao Plenário.

Parágrafo único - Cessará a vinculação referida neste artigo caso o Supremo Tribunal Federal, apreciando a mesma matéria, decida em sentido diverso, total ou parcialmente.

Art. 177 - Se a lei ou ato normativo do Poder Público, de cuja inconstitucionalidade se argúi, corresponder a norma infraconstitucional não recepcionada por Constituição superveniente, em razão de com ela se incompatibilizar, não se submeterá o feito a Plenário como argüição de inconstitucionalidade.’

(grifei)

No caso dos autos, conforme deixa claro a ata de julgamento de fl. 213, o Relator, Desembargador Federal Peixoto Júnior, votou no sentido de dar parcial provimento

ao apelo da União Federal e à remessa oficial, a fim de afastar a inexigibilidade da exação do artigo 2º da Lei Complementar nº 110/01 a partir de 2004, no que foi acompanhado pelos Desembargadores Federais Cotrim Guimarães e Nelton dos Santos. Relativamente ao recurso da impetrante, a Turma, por maioria, lhe deu parcial provimento para declarar a inexigibilidade da contribuição prevista no artigo 1º da referida lei, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo Desembargador Federal Cotrim Guimarães. Vencido o Desembargador Federal Nelton dos Santos, que lhe negava provimento.

Evidencia-se, primeiramente, que a arguição sequer chegou a ser suscitada, nos termos do artigo 175 transcrito. Em consequência, não foi aberta vista ao Ministério Público Federal para que se manifestasse. Também não foram colhidos os votos de todos os membros da turma, como exige o artigo 174. Portanto, há clara e incontornável desconformidade regimental que inviabiliza o prosseguimento do incidente. A situação demanda, à vista da anulação do julgamento pelo STF, que o relator leve novamente o feito a julgamento e, se entender cabível, então suscite a inconstitucionalidade, a fim de que seja processado e apreciado nos termos do Regimento Interno.

Não bastasse, cumpre destacar que, no julgamento que foi anulado, não se considerou que *o Supremo Tribunal Federal, por seu plenário*, ao apreciar medida cautelar na ADI 2556, deferiu-a em parte para suspender, com efeitos *ex tunc* e até o julgamento final, a expressão 'produzindo efeitos' e os incisos I e II do artigo 14 da Lei Complementar nº 110/01, conforme se verifica na seguinte ementa: 'EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar. - A natureza jurídica das duas exações criadas pela lei em causa, neste exame sumário, é a de que são elas tributárias, caracterizando-se como contribuições sociais que se enquadram na sub-espécie "contribuições sociais gerais" que se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não à do artigo 195 da Carta Magna. - Não-ocorrência de plausibilidade jurídica quanto às alegadas ofensas aos artigos 145, § 1º, 154, I, 157, II, e 167, IV, da Constituição. - Também não apresentam plausibilidade jurídica suficiente para a concessão de medida excepcional como é a liminar as alegações de infringência ao artigo 5º, LIV, da Carta Magna e ao artigo 10, I, de seu ADCT. - Há, porém, plausibilidade jurídica no tocante à argüição de inconstitucionalidade do artigo 14, "caput", quanto à expressão "produzindo efeitos", e seus incisos I e II da Lei Complementar objeto desta ação direta, sendo conveniente, dada a sua relevância, a concessão da liminar nesse ponto. Liminar deferida em parte, para suspender, "ex tunc" e até final julgamento, a expressão "produzindo efeitos" do "caput" do artigo 14, bem como seus incisos I e II, todos da Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. 1'

A Suprema Corte, portanto, examinou alegações de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da lei complementar em comento e entendeu existir vício somente no que diz respeito à vigência. À vista desse precedente, nos termos do parágrafo único do artigo 176 do Regimento Interno desta corte, não haveria vinculação das turmas e seções à eventual declaração de inconstitucionalidade.

Em conclusão, a par da já referida desconformidade regimental, não se configura o indispensável interesse para o exame da arguição de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, nego seguimento à arguição de inconstitucionalidade, com fulcro no artigo 33, inciso XIII, c/c 174, *caput*, todos do Regimento Interno. Remetam-se os autos ao relator."

Sustenta o ente público que:

a) a decisão do STF que proveu o recurso extraordinário anulou o acórdão da turma e determinou a submissão da matéria ao Órgão Especial, sem cogitar dos procedimentos do artigo 480 do CPC;

b) a 2ª Turma, ao apreciar os embargos de declaração que foram opostos, nos quais foi suscitada a necessidade de obediência ao artigo 97 da Carta Magna, já decidiu que era perfeitamente possível que declarasse diretamente a inconstitucionalidade do dispositivo legal;

c) a não submissão do feito ao Órgão Especial, conforme determinação do STF, dará ensejo a que seja feita reclamação, nos termos dos artigos 102 e 103 da CF;

Em sede do juízo de retratação, mantive a decisão recorrida e aduzi:

"A União Federal interpõe agravo regimental às fls. 353/358 contra a decisão (fls. 343/347) por meio da qual neguei seguimento à arguição de inconstitucionalidade. Sustenta que a decisão do STF determinou que a matéria seja submetida diretamente ao Órgão Especial, sem cogitar sejam os autos submetidos ao procedimento dos artigos 480 e seguintes do CPC. O recurso é tempestivo, de modo que o recebo. Mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos. Aduzo que o Ministério Público Federal, cujo recurso extraordinário foi também provido, *in casu*, pelo STF, concordou expressamente com o *decisum* ora impugnado, precisamente porque é obrigatória, *ex vi* do artigo 481 do CPC, a manifestação da maioria absoluta dos membros do órgão fracionário, o que não ocorreu. Destaco, ainda, que a Suprema Corte, antes de mencionar que a questão deve ser apreciada pelo Órgão Especial, anulou o acórdão da turma, o que denota a necessidade de refazimento do julgamento para que, nos moldes da Súmula Vinculante nº 10, seja obedecido o artigo 97 da Carta Magna, caso ainda se entenda cabível o afastamento do dispositivo questionado, o que é pouco provável, à vista do decidido pelo STF na ADI nº 2556, que não foi considerado, à época, pelo colegiado.

Oportunamente, apresentarei o feito à mesa."

O agravo é tempestivo. Trago-o, pois, à mesa.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator): O agravo deve ser desprovido.

A Segunda Turma desta corte, em mandado de segurança no qual se discute a exigibilidade das contribuições instituídas pelos artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 110/2001, decidiu:

"MANDADO DE SEGURANÇA. FGTS. CONTRIBUIÇÕES. LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001.
I. As contribuições instituídas pela Lei Complementar nº 110/2001 subsumem-se em regra-matriz constitucional. Inteligência do art. 149 da C. F.
II. Inexigibilidade do recolhimento da contribuição incidente na despedida de empregado sem justa causa (art. 1º). Incompatibilidade com o princípio da capacidade contributiva.
III. Exigibilidade do recolhimento da contribuição do art. 2º da lei instituidora, respeitado o princípio inscrito no art. 150, III, 'b', da C. F.
IV. Recursos da União, da Impetrante e remessa oficial parcialmente providos."

A fazenda nacional opôs embargos de declaração, nos quais alegou impossibilidade de afastamento do artigo 1º da referida lei complementar pelo órgão fracionário por força do óbice do artigo 97 da Carta Magna. A turma os acolheu, sem efeitos infringentes, nos termos seguintes:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. QUESTÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCEDIMENTO ESPECIAL. INAPLICABILIDADE. ART. 97, CF.
I. Para a instauração do processo especial não basta o mero emprego de fundamentos invocando a inconstitucionalidade de ato normativo mas é preciso que a parte ou qualquer dos demais titulares do direito de propositura pronuncie-se pela inconstitucionalidade e formule ato de vontade no sentido da aplicação do procedimento previsto. A declaração de inconstitucionalidade na acepção técnica de instauração do processo especial de julgamento da matéria é objeto jurídico autônomo, diverso da pretensão de direito material deduzida, diverso do direito subjetivo afirmado e como tal exige específica manifestação de vontade da parte.
II. Preceito do artigo 97 da CF que alvitra não o que se designa como 'declaração' de inconstitucionalidade de lei como fundamento no julgamento da pretensão objeto da demanda mas no sentido de ser a própria lei, como fato, o objeto de um provimento jurisdicional que por natureza deverá necessariamente ser vinculante, pois se a lei é tratada como fato e objeto do processo não pode mais ser inválida para uns e válida para outros.
III. Conformidade com o pensamento de que nenhum órgão fracionário de tribunal recebeu da ordem jurídica competência para declarar a inconstitucionalidade de lei mas na acepção exposta de julgamento da lei como fato e com reipersecutórios efeitos vinculantes, sendo isto e só isto o que se reserva ao plenário ou órgão especial pela maioria absoluta de seus membros. Interpretação da norma constitucional tendo como conteúdo a declaração de inconstitucionalidade objeto de processo nos moldes legais deflagrado e com os efeitos vinculantes e não a incondicional proibição do reconhecimento de inconstitucionalidade fora do procedimento previsto, podendo o órgão fracionário, para efeitos
restritos ao caso 'sub judice' e, destarte, operando com a lei enquanto fundamento e não como fato, decidir pela inconstitucionalidade da lei.
IV. Embargos de declaração acolhidos, para declaração do acórdão nos
termos supra, restando inalterado o resultado do julgamento."

O Supremo Tribunal Federal, por decisão singular do Ministro Marco Aurélio, deu provimento aos recursos extraordinários que foram interpostos pelo Ministério Público Federal e pela União Federal, nos quais foi suscitada violação do artigo 97 da Carta Magna, *verbis*:

> "O Pleno aprovou o Verbete Vinculante nº 10 da Súmula, com a seguinte redação:
> Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.
> Diante da conclusão da Corte, conheço do extraordinário e o provejo para declarar insubsistente o acórdão proferido, determinando seja a matéria submetida ao Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
> Publiquem."

Encaminhados os autos ao Relator por sucessão, Des. Fed. Henrique Herkenhoff, determinou a distribuição ao Órgão Especial.

A leitura da decisão do STF anteriormente transcrita deixa claro que, antes de mais nada, foi anulado o acórdão da turma. Essa circunstância denota inequivocamente a necessidade de refazimento do julgamento, dessa vez com observância do artigo 97 da Constituição Federal, caso o órgão fracionário ainda entenda cabível o afastamento do artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001, na forma do primeiro julgamento. Nem poderia ser de outro modo, à vista do que dispõem o Código de Processo Civil e o Regimento Interno acerca da forma pela qual deve ser suscitada e apreciada a arguição de inconstitucionalidade:

> "Código de Processo Civil
> Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.
> Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.
> *Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.*
> Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.
> § 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.
> § 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição Federal poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em

Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.
§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades."

"Regimento Interno
Art. 171 - Se, por ocasião do julgamento de qualquer feito no Plenário, for argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, suspender-se-á o julgamento, a fim de ser tomado o parecer do Ministério Público Federal, no prazo de 15 (quinze) dias.
§ 1º - Devolvidos os autos, o Relator, neles lançando relatório, encaminhá-los-á ao Presidente do Tribunal para designar a sessão de julgamento. A Secretaria expedirá cópias autenticadas do relatório e as distribuirá entre os Desembargadores Federais.
§ 2º - Efetuado o julgamento, com o 'quorum' mínimo de dois terços dos membros do Tribunal, o Presidente, que participa da votação, proclamará o resultado obtido pela maioria absoluta.
§ 3º - A Comissão de Jurisprudência deverá receber cópia do acórdão e, no prazo para publicação deste e, após registrá-lo, o encaminhará à publicação na Revista do Tribunal.
Art. 172 - Se a inconstitucionalidade for argüida em feitos a serem julgados pela Turma ou pela Seção, o Relator, se o Ministério Público não houver ainda se pronunciado sobre a questão, abrir-lhe-á imediatamente vista dos autos, a fim de que, no prazo de 15 (quinze) dias, seja emitido parecer.
Parágrafo único - Se a argüição for feita apenas na sessão de julgamento conceder-se-á ao Ministério Público o prazo assinalado neste artigo para pronunciar-se, devendo ser suspenso o julgamento. Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região 89.
Art. 173 - Devolvidos os autos do Ministério Público Federal, o Relator submeterá a questão à Turma ou Seção, conforme o caso.
Art. 174 - Na hipótese do artigo anterior, *a Seção ou a Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário apenas quando a maioria absoluta de seus membros acolher a argüição de inconstitucionalidade, não decidida ainda pelo Plenário.*
Parágrafo único - Decidida a submissão da questão ao Tribunal Pleno, juntando-se aos autos as notas taquigráficas ou estenotipadas, e lavrado o acórdão, observar-se-á o disposto nos §§ 1º a 3º do art. 171.
Art. 175 - Qualquer das partes no processo, o Ministério Público Federal, bem ainda, 'ex officio', o Relator, o Revisor, ou qualquer dos Desembargadores Federais componentes do órgão julgador, poderá argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.
Art. 176 - A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato, afirmada pelo Plenário, aplicar-se-á aos feitos submetidos às Turmas, às Seções ou ao Plenário.
Parágrafo único - Cessará a vinculação referida neste artigo caso o Supremo Tribunal Federal, apreciando a mesma matéria, decida em sentido diverso, total ou parcialmente.

> Art. 177 - Se a lei ou ato normativo do Poder Público, de cuja inconstitucionalidade se argúi, corresponder a norma infraconstitucional não recepcionada por Constituição superveniente, em razão de com ela se incompatibilizar, não se submeterá o feito a Plenário como argüição de inconstitucionalidade."

O Ministério Público Federal, cujo recurso extraordinário foi provido juntamente com o do ora agravante, à fl. 350, concordou expressamente com a necessidade de o feito ser levado novamente a julgamento pela turma, em razão da obrigatoriedade de que haja manifestação de seus quatro integrantes (artigo 166, RI) e de que sua maioria absoluta a acolha (art. 481, CPC, c. c. art. 174, *caput*, RI), pois, do contrário, prevalecerá a constitucionalidade do dispositivo questionado.

Não se alegue que o *quorum* qualificado foi suprido pela colheita do voto dos três participantes, naquela ocasião. O julgamento *não foi unânime* e, portanto, não houve reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pela maioria absoluta da 2ª Turma. Conforme se verifica da ata de julgamento de fl. 213, o então Relator, Desembargador Federal Peixoto Júnior, votou no sentido de dar parcial provimento ao apelo da União Federal e à remessa oficial, a fim de afastar a inexigibilidade da exação do artigo 2º da Lei Complementar nº 110/01 a partir de 2004, no que foi acompanhado pelos Desembargadores Federais Cotrim Guimarães e Nelton dos Santos. Porém, *relativamente ao recurso da impetrante, a 2ª Turma, por maioria, lhe deu parcial provimento para declarar a inexigibilidade da contribuição prevista no artigo 1º da referida lei, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo Desembargador Federal Cotrim Guimarães. Vencido o Desembargador Federal Nelton dos Santos, que lhe negava provimento.*

Cabe ainda ressaltar que o parágrafo único do artigo 481 do CPC veda a submissão da arguição de inconstitucionalidade ao Plenário ou ao Órgão Especial quando já houver manifestação destes *ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão*. Ora, o *Supremo Tribunal Federal, por seu Pleno*, ao apreciar medida cautelar na ADI 2556, deferiu-a em parte para suspender, com efeitos *ex tunc* e até o julgamento final, a expressão "produzindo efeitos" e os incisos I e II do artigo 14 da Lei Complementar nº 110/01, conforme se verifica na seguinte ementa:

> "EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar. - A natureza jurídica das duas exações criadas pela lei em causa, neste exame sumário, é a de que são elas tributárias, caracterizando-se como contribuições sociais que se enquadram na sub-espécie 'contribuições sociais gerais' que se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não à do artigo 195 da Carta Magna. - Não-ocorrência de plausibilidade jurídica quanto às alegadas ofensas aos artigos 145, § 1º, 154, I, 157, II, e 167, IV, da Constituição. - Também não apresentam plausibilidade jurídica suficiente para a concessão de medida excepcional como é a liminar as alegações de infringência ao artigo 5º, LIV, da Carta Magna e ao artigo 10, I, de seu ADCT. - Há, porém, plausibilidade jurídica no tocante à argüição de inconstitucionalidade do artigo 14, 'caput', quanto à expressão 'produzindo efeitos', e seus incisos I e II da Lei Complementar objeto desta ação direta, sendo conveniente, dada a sua relevância, a concessão da liminar nesse ponto. Liminar deferida em parte, para suspender, 'ex tunc' e até

final julgamento, a expressão 'produzindo efeitos' do 'caput' do artigo 14, bem como seus incisos I e II, todos da Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. 1"

A Suprema Corte, portanto, examinou alegações de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da lei complementar em comento e entendeu existir vício somente no que diz respeito à vigência. Esse precedente sequer foi levado em consideração pela 2ª Turma, inclusive porque o julgamento foi realizado praticamente na mesma época. Certo é que, nos termos do mencionado dispositivo do CPC, descabe a arguição de inconstitucionalidade. Do ponto de vista do Regimento Interno, inclusive, tampouco há interesse de suscitá-la, pois, *ex vi* do parágrafo único do artigo 176, não teria poder de vincular as turmas e sessões, à vista do mencionado entendimento do STF.

Por fim, equivocado o argumento do agravante de que a 2ª Turma, ao apreciar os embargos de declaração que foram opostos, nos quais foi suscitada a necessidade de obediência ao artigo 97 da Carta Magna, já decidiu que era perfeitamente possível que declarasse diretamente a inconstitucionalidade do dispositivo legal. O julgamento foi anulado, precisamente porque desrespeitou a Súmula Vinculante nº 10. Obviamente, o colegiado não pode simplesmente reiterar o entendimento anterior, sob pena de afrontar o decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Se ainda estiver convencido acerca da inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001, o único caminho possível será a remessa ao Órgão Especial, nos moldes anteriormente explicitados.

Ante o exposto, voto seja negado provimento ao agravo regimental.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relatorx

AGRAVO DE INSTRUMENTO 0069366-34.2005.4.03.0000 (2005.03.00.069366-9)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Agravado: JOSÉ GUARANY MARCONDES ORSINI
Partes Rés: JOTAGE PARTICIPAÇÕES ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS LTDA. E JOSÉ CARLOS GRACA WAGNER
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS - SP
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CÉSAR SABBAG
Classe do Processo: AI 244774
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/06/2011

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIZAÇÃO DE SÓCIO. EVENTUAL DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS DE GERÊNCIA. MATÉRIAS NÃO COGNOSCÍVEIS EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECEDENTES.

1. É cabível a *exceção de pré-executividade* tão-somente para discutir matérias de ordem pública na execução fiscal, tais como pressupostos processuais, condições da ação e vícios objetivos do título executivo, desde que verificáveis de *plano* pelo juiz.

2. Não admitem este instrumento para o exame de questões que demandam dilação probatória (*Súmula 393* do STJ).

3. O exame da *legitimidade* do agravado para responder pela dívida do escritório, em virtude do redirecionamento da execução fiscal, requer *instrução probatória* e não se compadece com a via estreita da exceção de pré-executividade.

4. Questões subjacentes à *responsabilidade solidária* entre os sócios (eventual *dissolução irregular* da sociedade e prova do exercício de atividades gerenciais pelo agravado) estão a exigir o contraditório dos embargos - *depois* de seguro o juízo.

5. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de maio de 2011.

Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG (Relator): Senhora Presidente.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS contra decisão interlocutória, proferida em execução fiscal, que excluiu do pólo passivo o sócio *José Guarany Marcondes Orsini*.

Alega-se, em resumo, o não cabimento da exceção de pré-executividade. Ademais, propugna-se pela legitimidade passiva do agravado.

Deferiu-se pedido de efeito suspensivo (fls. 183/184).

Sem contra-minuta.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG (Relator): Sem preliminares, passo ao exame do mérito.

Precedentes do C. STJ, os quais adoto como *razão de decidir*: a) reconhecem cabível *exceção de pré-executividade* tão-somente para discutir matérias de ordem pública na execução fiscal, tais como pressupostos processuais, condições da ação e vícios objetivos do título executivo, desde que verificáveis *de plano* pelo juiz; e b) não admitem este instrumento para o exame de questões que demandam dilação probatória (EDcl no AgRg no Ag nº 1.158.238/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.09.2010, DJe 27.10.2010).

Nestes termos, o exame da *legitimidade* do agravado para responder pela dívida do escritório, em virtude do redirecionamento da execução fiscal, requer *instrução probatória* e não se compadece com a via estreita da exceção de pré-executividade, na esteira da *Súmula 393* daquela Corte Superior.

De fato, questões subjacentes à *responsabilidade solidária* entre os sócios (eventual *dissolução irregular* da sociedade e prova do exercício de atividades gerenciais pelo agravado) não são apreciáveis de plano e estão a exigir o contraditório dos embargos - *depois* de seguro o juízo.

Assim, a decisão agravada merece reparos, com o devido respeito.

Ante o exposto, *dou provimento* ao agravo de instrumento, mantendo o efeito suspensivo concedido nesta Corte (fls. 183/184).

É como voto.

Juiz Federal Convocado CÉSAR SABBAG - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL 0010143-37.2006.4.03.6105 (2006.61.05.010143-5)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 153/156
Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelada: MARLENE CRISPINA DA CRUZ
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Classe do Processo: AC 1374840
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/05/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC). AUXÍLIO-DOENÇA. VALORES EM ATRASO. REMESSA OFICIAL. CONHECIMENTO. SENTENÇA LÍQUIDA. POSSIBILIDADE.

1 - Sendo o valor da condenação superior a 60 salários mínimos, sujeita-se a sentença ao duplo grau de jurisdição obrigatório (art. 475 do CPC).

2 - É permitido ao magistrado proferir sentença líquida, em homenagem aos princípios da economia processual e duração razoável do processo, este último alçado, inclusive, a preceito constitucional.

3 - Impugnação genérica apresentada pelo INSS, em que não são refutados os valores da renda mensal inicial, atual e parcelas em atraso.

4 - Agravo legal parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 16 de maio de 2011.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC) oposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra a decisão monocrática de fls. 153/156, que deu parcial provimento à sua apelação.

Razões recursais às fls. 158/159, oportunidade em que o INSS pugna pela reforma da decisão, sob o fundamento de que tanto a apuração da RMI como a da RMA do benefício, assim como as diferenças decorrentes da condenação, deve ser feita em futura e regular execução.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

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

Verifica-se dos autos que a r. sentença monocrática de fls. 115/122 julgou procedente o pedido e determinou o restabelecimento do auxílio-doença a partir de sua cessação indevida (1º de abril de 2006). Na oportunidade, o magistrado sentenciante delimitou, também, a renda mensal inicial, a renda mensal atual e os valores devidos pelo INSS ao segurado desde o termo inicial do benefício. Para tanto, valeu-se dos cálculos apresentados pelo Contador Judicial.

O recurso de apelação interposto pelo INSS (fls. 135/140) versou, exclusivamente, acerca do descabimento da concessão de tutela antecipada e, no mérito, sobre a ausência de incapacidade total do demandante, hábil à concessão do auxílio-doença, além dos consectários legais (termo inicial do benefício e verba honorária, além da ocorrência de prescrição).

Silenciou quanto à fixação das balizas referentes à renda mensal e parcelas em atraso.

É certo que este Relator perfilha do entendimento no sentido de que a ausência de inconformismo de determinada questão no recurso de apelação impede o conhecimento da mesma em sede de agravo legal, uma vez que tal recurso não se mostra como sucedâneo daquele.

Ocorre que, no caso em tela, consideradas as parcelas devidas pelo INSS desde a suspensão indevida do auxílio-doença, até a data da sentença, importa em *quantum* superior a 60 salários mínimos, razão pela qual, nos termos do disposto no art. 475 do Código de Processo Civil, a sentença é passível de submissão *obrigatória* ao duplo grau de jurisdição, situação que não mereceu reflexão por ocasião da decisão monocrática terminativa ora impugnada.

Assim, acolho o agravo legal interposto pelo INSS para conhecer da remessa oficial, devolvendo a matéria à apreciação deste Tribunal, em sua integralidade.

No que toca ao *meritum causae*, o qual, aliás, não fora objeto de insurgência por parte do INSS nesta oportunidade, mantenho a decisão impugnada, que se encontra fundamentada nos seguintes termos:

> "(...)
> Na hipótese dos autos, a qualidade de segurada e a carência necessária restaram amplamente comprovadas, uma vez que, a época da propositura da ação, vale dizer, 31 de julho de 2006, a requerente encontrava-se dentro do período de graça, já que estava em gozo de auxílio-doença até 1º de abril de 2006, conforme documentos de fls. 13/14.
> A incapacidade para o trabalho, a seu turno, ficou devidamente demonstrada pelo laudo pericial de 07 de novembro de 2006 (fls. 77/84), o qual concluiu que a periciada é portadora de um quadro clínico que se denomina de ombro doloroso e mialgia difusa no membro superior direito. Segundo o *expert*, a incapacidade da requerente é parcial e temporária para o trabalho.
> Considerando o histórico de vida laboral da autora, atualmente com 43 anos de idade, bem como a afirmação do perito judicial que: 'Da observação do quadro clínico global, sugere-se que a pericianda seja desde já encaminhada ao CRP do

INSS para continuidade do processo de reabilitação física específico, e treinamento para re-adequação de funções laborais, visto que dificilmente conseguirá retornar às funções prévias ao afastamento do trabalho, mas tem potencial para este aprendizado em novas funções laborais (...)', tenho que sua incapacidade para o trabalho é *total e temporária*.

Cumpre salientar, que o juiz não está adstrito à conclusão do laudo pericial. Aplica-se, à hipótese, o preceito contido no art. 436 do Código de Processo Civil, uma vez que existem outros elementos nos autos que levam à convicção da incapacidade total e temporária da periciada, conforme acima mencionado.

Em face de todo o explanado, a parte autora faz jus ao benefício de auxílio-doença, em valor a ser calculado pelo INSS na forma da legislação. Saliento, por oportuno, que é devido o abono anual, nos termos dos arts. 201, § 6º, da Constituição Federal e 40 da Lei nº 8.213/91 aos aposentados e pensionistas, tendo por base o valor dos proventos do mês de dezembro.

O termo inicial do benefício, quando a segurada recebia auxílio-doença e teve o mesmo cessado pela Autarquia Previdenciária, deve ser o dia imediatamente posterior ao da interrupção, pois o Instituto já reconhecia a incapacidade da requerente.

No tocante aos honorários advocatícios, os mesmos são fixados 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, conforme entendimento desta Turma.

A Autarquia Previdenciária é isenta do pagamento de custas processuais, nos termos do art. 4º, I, da Lei Federal nº 9.289/96 e do art. 6º da Lei nº 11.608/03, do Estado de São Paulo, e das Leis nºs 1.135/91 e 1.936/98, com a redação dada pelos arts. 1º e 2º da Lei nº 2.185/00, todas do Estado do Mato Grosso do Sul. Tal isenção não abrange as despesas processuais que houver efetuado, bem como aquelas devidas a título de reembolso à parte contrária, por força da sucumbência.

Por outro lado, não assiste razão à Autarquia Previdenciária quanto à incidência da prescrição sobre as parcelas vencidas anteriormente ao qüinqüênio que antecede a citação, eis que a r. sentença recorrida estabeleceu como termo inicial o dia posterior a data de cessação do benefício (01/04/2006).

Ante o exposto, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, *dou parcial provimento à apelação*, para reformar a sentença monocrática, na forma acima fundamentada. *Mantenho a tutela antecipada concedida*."

A esse respeito, é dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com "súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior", quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária "à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior" (art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC).

Remanesce para apreciação a questão da renda mensal e parcelas em atraso. No ponto, entendo que a sentença deva ser, igualmente, mantida.

Em atenção aos princípios da economia processual e duração razoável do processo, este último alçado, inclusive, a preceito constitucional, nada impede que o magistrado

profira sentença líquida, desde que munido dos elementos necessários a tanto. Como se vê no caso, determinou-se a remessa dos autos à Contadoria Judicial, a qual apresentou a memória de cálculo de fls. 98/104, contemplando a renda mensal inicial, atual e diferenças a pagar.

Foi oportunizada, pela decisão de fl. 105, a manifestação de ambas as partes sobre os cálculos referenciados; a autora com eles concordou (fl. 114), ao passo que o INSS apresentou discordância de todo genérica, argumentando que não restou preenchido o requisito incapacidade total para o trabalho e que, "como não há direito ao benefício, não há de se falar em cálculo de seu valor" (fl. 112).

Assim, hão de prevalecer os cálculos apresentados pela Contadoria Federal, posto que em consonância com o quanto pleiteado na inicial.

A situação não é nova na jurisprudência, como se vê:

> "PREVIDENCIÁRIO. SÚMULA 260 DO EX-TFR. SENTENÇA LÍQUIDA. AUSÊNCIA CONTRADITÓRIO. INCIDÊNCIA CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO.
> 1. É possível a condenação líquida em sentença, relativa aos valores atrasados, por atender aos constitucionais princípios da efetividade e celeridade processuais, desde que oportunizado às partes manifestar-se sobre os cálculos confeccionados pela contadoria judicial, em atenção às garantias do contraditório e da ampla defesa.
> 2. *In casu*, nem a apelante nem o INSS se insurgiram quanto aos critérios fixados pelo Juízo quando da remessa dos autos ao Contador, eis que o apelante insurge-se apenas quanto ao fato de a sentença não ter ressalvado que o valor devido deve ser apurado até à data do efetivo pagamento, com apuração de correção monetária e juros de mora e o INSS, apenas se deu por ciente da sentença (fls. 83), o que demonstra suas concordâncias com os referidos critérios, devendo, portanto, os mesmos prevalecer para a elaboração do cálculo em sede de liquidação do julgado.
> 3. Cabe a reforma da sentença *a quo* apenas para acrescentar em seu dispositivo que, sobre o valor apurado pelo Contador Judicial, devem incidir correção monetária e juros de mora até à data do seu efetivo pagamento.
> 4. Apelação parcialmente provida."
> (TRF2, AC nº 2010.02.01.000073-3, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Liliane Roriz, E-DJF2R 10/11/2010, p. 258).

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao agravo legal interposto pelo INSS para reformar parcialmente a decisão impugnada e, no ponto, conhecer da remessa oficial e negar-lhe provimento.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL 0014626-34.2007.4.03.9999 (2007.03.99.014626-5)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 68/69
Apelante: YOLANDA DA SILVA SOUZA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE PRESIDENTE VENCESLAU - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA
Classe do Processo: AC 1189165
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/4/2011

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. PROVA PERICIAL. NULIDADE. SUSPEIÇÃO E IMPEDIMENTO. PERITO. PRECLUSÃO. HIPÓTESES DO ART. 134 E 135 DO CPC. NÃO CARACTERIZADA. JULGAMENTO DO APELO.

1. O perito submete-se aos mesmos motivos de suspeição e impedimento impostos ao magistrado, todavia, há previsão legal da forma e prazo em que a parte interessada deve argui-la (art. 138, § 1º, CPC), sob pena de preclusão.

2. Perito que atende a autora em unidade de saúde em razão da mesma residir em área de abrangência desta unidade não permite concluir que a relação profissional se enquadra em alguma das hipóteses previstas nos artigos 134 e 135 do CPC.

3. Inexistindo demonstração de parcialidade do perito, é de ser mantido o laudo produzido, ainda mais quando as partes, cientificadas da situação, não argúem o impedimento ou a suspeição.

4. Regular prosseguimento do feito com o julgamento da apelação da parte autora, a qual se nega provimento.

5. Agravo legal provido. Apelação da parte autora desprovida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de abril de 2011.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pela autarquia previdenciária em face da decisão monocrática (fls. 68/69) que, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, anulou, de ofício, o processo a partir da produção da prova pericial, determinando o retorno dos autos à Vara de origem para a realização de outra perícia, por profissional nomeado pelo juiz, restando prejudicada a apelação da parte autora.

Sustenta a agravante que o perito judicial não se declarou impedido, nem houve interposição de exceção de suspeição, razão pela qual a matéria está preclusa. Além disso, não houve violação aos princípios da ampla defesa e contraditório, não se tratando o caso de matéria de ordem pública, devendo a r. decisão monocrática ser reformada para rejeitar o apelo da parte autora e manter a sentença de improcedência do pedido.

Constatada a sua tempestividade, apresento o feito em Mesa para julgamento, a teor do que preceitua o artigo 80, I, do RI/TRF, 3ª Região.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): A Nona Turma deste Tribunal Regional Federal da Terceira Região tem reiteradamente decidido que não merece ser reformada a "*Decisão que não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal*." (Processo nº 2007.03.99.033729-0, Relator Desembargador Federal NELSON BERNARDES, j. 20/07/2009).

Vale dizer, em sede de agravo legal, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

Nesse sentido, também:

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO. RFFSA. EXCLUSÃO DA UNIÃO FEDERAL DA LIDE. JULGAMENTO NOS TERMOS DO ART. 557, § 1º-A, DO CPC. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER INEXISTENTES.
I - Decisão proferida com fundamento na faculdade dada ao relator pelo art. 557, § 1º-A, do CPC, não havendo necessidade de dar-se à parte a oportunidade de apresentação de contrarrazões, providência que iria de encontro com a intenção do legislador de dar celeridade ao processo.
II - Em sede de agravo legal, a controvérsia limita-se ao exame da ocorrência, ou não, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, a gerar dano irreparável ou de difícil reparação para a parte, vícios inexistentes na decisão que deu provimento ao agravo de instrumento, que objetivava a reforma daquela proferida em primeira instância que determinou a exclusão da União Federal, como sucessora da RFFSA.
III - Razões recursais que não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele decidida.
IV - Agravo legal a que se nega provimento."
(Processo AI 200903000380673 AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 389309. Relator(a) JUIZA MARISA SANTOS. Sigla do órgão TRF3. Órgão julgador NONA TURMA. Fonte DJF3 CJ1. DATA: 13/05/2010. PÁGINA: 449. Data da Decisão 03/05/2010. Data da Publicação 13/05/2010)

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

"Proposta ação de conhecimento, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, sobreveio sentença de improcedência do pedido.
Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, pugnando pela integral reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido, sustentando ter preenchido os requisitos legais para a concessão do benefício.
Com as contra-razões, os autos foram remetidos a este Tribunal.
É o relatório.
DECIDO.
Os requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez, de acordo com o artigo 42, *caput* e § 2º, da Lei nº 8.213/91, são os seguintes: 1) qualidade de segurado; 2) cumprimento da carência, quando for o caso; 3) incapacidade insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência; 4) não serem a doença ou a lesão existentes antes da filiação à Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas.
É assente que para a comprovação de eventual incapacidade para o exercício de atividade que garanta a subsistência é necessária a produção de prova pericial, sendo insuficiente a apresentação de simples atestados médicos, bem como de laudo elaborado unilateralmente pela autarquia previdenciária (AC nº 94.04.016709-6/RS, TRF 4ª Região, Rel. Juíza Virgínia Scheibe, 5ª T., un., DJU 30/07/97, p. 57.849).
Uma vez instaurada a relação jurídico-processual, nos termos do artigo 421, *caput*, do Código de Processo Civil, o perito deve ser nomeado pelo juiz. Isto porque, além de ser habilitado tecnicamente e gozar da confiança do julgador, deve o perito ser eqüidistante das partes, tanto que está sujeito às mesmas causas de impedimento e suspeição que o magistrado (artigos 423 e 138, inciso III, do referido Código).
No presente caso, verifica-se que o laudo pericial em que se baseou a sentença (fls. 43/46) foi elaborado pela mesma médica que faz acompanhamento da autora no 'PSF - Vila Luiza', conforme esclarecimento prestado às fls. 46, violando à evidência, além dos dispositivos acima referidos, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Neste sentido, o seguinte precedente desta Corte Regional Federal da Terceira Região:
'PROCESSUAL CIVIL. PERITO. NOMEAÇÃO. ASSISTENTE TÉCNICO DE UMA DAS PARTES. NULIDADE DA SENTENÇA.
1 - A elaboração de laudo é tarefa acometida exclusivamente a perito, entendido este como um profissional eqüidistante das partes (art. 421 do C. P. C.), é defeso ao juiz, por conseguinte, nomear, a esse título, assistente técnico da autarquia previdenciária para realização da perícia, cujo trabalho apresentado, ademais, limitou-se a responder, laconicamente, aos quesitos apresentados pela autora.
2 - Reconhecimento de violação comezinha aos princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados constitucionalmente.
3 - Sentença anulada de ofício; apelação prejudicada' (AC nº 97030138454-SP, Relator Desembargador Federal Theotonio Costa, j. 23/03/1999, DJ 26/10/1999, p. 449).
Diante do exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, ANULO, DE OFÍCIO, O PROCESSO a partir da produção da prova pericial, inclusive, e determino o retorno dos autos à Vara de origem para que seja determinada a realização de outra perícia, por profissional nomeado pelo juiz, restando prejudicada a apelação da parte autora".

Contra a r. decisão monocrática a autarquia previdenciária interpôs o presente agravo legal pugnando pela reconsideração da mesma. Tal recurso previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil tem o propósito de submeter ao órgão colegiado o controle da extensão dos poderes do relator, bem como a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando à rediscussão de matéria já decidida.

No presente caso, a anulação da sentença fundou-se no fato de a perita que subscreveu o laudo pericial (fls. 43/46) acompanhar a autora na unidade de saúde da cidade (PSF - Vila Luiza), conforme esclarecimento de fl. 46, o que representaria violação ao requisito de equidistância das partes, bem como violaria os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Ocorre que, a parcialidade do perito tem forma e prazo previstos na lei para ser argüida, sob pena de preclusão (art. 138, § 1º, CPC). Além disso, o motivo tem que estar fundado em uma das hipóteses previstas para suspeição ou para impedimento.

O fato de a perita atender a autora em unidade de saúde, por si só, não é capaz de fazer presumir que ela será parcial. Não há elementos nos autos que indiquem que desse atendimento surgiu, por exemplo, uma amizade íntima entre o médico e a paciente, que extrapola a relação de respeito e confiança que deve existir num tratamento clínico, nem que, outro exemplo, há interesse no julgamento da causa.

Além disso, esta situação somente veio a público com o esclarecimento prestado pela *expert*. Verifico que as partes, quando cientificadas da nomeação do perito e quando instadas a se manifestarem acerca do laudo, não argüiram a parcialidade do profissional, razão pela qual a matéria encontra-se acobertada pela preclusão.

Vale ainda salientar que a perita informa que acompanha a autora na unidade de saúde porque esta reside na área de abrangência da unidade, ou seja, por uma questão objetiva (local de residência) é que houve contato entre a médica e a autora.

Neste sentido, os julgados:

> "CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - EFEITO SUSPENSIVO - TUTELA ANTECIPADA - RECURSO CABÍVEL - NULIDADE DA PERÍCIA - SUSPEIÇÃO - PRECLUSÃO - ASSISTÊNCIA SOCIAL - BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - ART. 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS DE MORA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - HONORÁRIOS PERICIAIS.
> I - A orientação da Turma caminha no sentido da necessidade de ser recebido o apelo, no efeito suspensivo, com a posterior interposição de agravo de instrumento, acaso indeferido o pedido.
> II - A argüição de parcialidade do perito deve ser feita dentro do prazo de quinze dias, contados do fato que ocasionou a suspeição ou o impedimento (CPC 305) ou na primeira oportunidade que a parte tiver para falar nos autos, após a ciência da nomeação, sob pena de preclusão, o que não ocorreu no caso dos autos, razão pela qual a matéria está preclusa.
> III - A data de início do benefício deve ser fixada a partir da citação da Autarquia (artigo 219, *caput*, do CPC).
> IV - As parcelas vencidas serão acrescidas de correção monetária nos termos das Súmulas nº 8, deste Tribunal, e 148, do STJ, bem como da Lei nº 6.899/81 e legislação superveniente, que determinam a aplicação dos índices previstos na legislação previdenciária.

V - Os juros moratórios, são fixados em 0,5% ao mês no período sob vigência do Código Civil anterior, por força de seu artigo 1062, e a partir da vigência do novo Código Civil, deve incidir à taxa de 1% ao mês, com fundamento no §1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional, excluindo-se a taxa SELIC.
VI - Quanto aos honorários advocatícios, esta Turma entende que, observado o § 3º do art. 20 do CPC, devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, entendida esta como as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, excluídas as vincendas, nos termos da Súmula nº 111 do STJ.
VII - Mantida a condenação ao reembolso dos honorários periciais despendidos pela União.
VIII - Preliminar que discute a atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto, tendo em vista a antecipação da tutela, não conhecida. Preliminar que argüiu a nulidade do laudo pericial rejeitada. Apelação do INSS parcialmente provida. Recurso adesivo do autor improvido."
(AC - APELAÇÃO CIVEL - 1003296. Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS. Sigla do órgão TRF3. Órgão julgador NONA TURMA. Fonte DJU DATA: 01/12/2005 PÁGINA: 299. Data da decisão 24/10/2005. Data da publicação 01/12/2005)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO PERITO. ARTIGO 135 DO CPC. NÃO-ENQUADRAMENTO. Não se enquadrando a hipótese dos autos em nenhuma das situações elencadas no artigo 135 do Código de Processo Civil - CPC, aplicadas também aos peritos, descabe a exceção de suspeição do *expert* nomeado pelo magistrado *a quo*."
(AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 200904000192950. Relator(a) SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ. Sigla do órgão TRF4. Órgão julgador SEXTA TURMA. Fonte D. E. 28/07/2009. Data da Decisão: 22/07/2009. Data da Publicação: 28/07/2009)

Diante do exposto, a r. decisão agravada merece ser reformada para que o feito permaneça neste Tribunal onde terá regular prosseguimento com o julgamento do apelo interposto pela parte autora, conforme segue:

Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, sobreveio sentença de improcedência dos pedidos.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, pugnando pela integral reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido, sustentando o cumprimento dos requisitos para a concessão do benefício.

Com as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

DECIDO.

Os requisitos para a concessão da aposentadoria por invalidez, de acordo com o artigo 42, *caput* e § 2º, da Lei nº 8.213/91, são os seguintes: 1) qualidade de segurado; 2) cumprimento da carência, quando for o caso; 3) incapacidade insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que garanta a subsistência; 4) não serem a doença ou a lesão existentes antes da filiação à Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas. Enquanto que, de acordo com os artigos 59 e

62 da Lei nº 8.213/91, o benefício de auxílio-doença é devido ao segurado que fica incapacitado temporariamente para o exercício de suas atividades profissionais habituais, bem como àquele cuja incapacidade, embora permanente, não seja total, isto é, que haja a possibilidade de reabilitação para outra atividade que garanta o seu sustento.

No caso em exame, o laudo pericial relatou que a autora é portadora de *dor em membro superior esquerdo - CID - M 79.6, ausência de mama direita - retirada por neoplasia maligna da mama - CID - C 50, escoliose - CID M 41.9, varizes de membros inferiores - CID - I 83 e síndrome depressiva - CID - F 32. O carcinoma de mama foi retirado há 08 anos e encontra-se sob controle, não se podendo afirmar cura por se tratar de malignidade, mas, pelo tempo decorrido, a possibilidade de recorrência diminui* ... Quanto a possibilidade de reabilitação -, *A cliente já fez 190 (!) sessões de fisioterapia e já usou diversos medicamentos que teria resolvido a sua dor ... A cliente não é incapaz.* Concluiu pela capacidade da parte autora para o exercício de atividades laborais habituais, a despeito das moléstias diagnosticadas (fls. 43/46). Referido laudo apresenta-se completo, descrevendo de forma clara e inteligível as suas conclusões, bem como as razões em que se fundamenta, consideradas as respostas aos quesitos apresentados.

Assim, os benefícios postulados não devem ser concedidos, tendo em vista que restou devidamente comprovado que a parte autora não apresenta incapacidade para o trabalho e que pode executar atividades que lhe garantam a subsistência, dentre as quais aquelas que desenvolvia habitualmente, sendo desnecessária a incursão sobre os demais requisitos exigidos para a concessão.

Sobre o tema, trago à colação o seguinte precedente deste egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

> "PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE LABORATIVA TOTAL OU PARCIAL: NÃO COMPROVAÇÃO. HIPERTENSÃO ARTERIAL. 'STRESS'. INEXISTÊNCIA DE SEQUELAS OU DE COMPLICAÇÕES DECORRENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE.
> I - A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado da Previdência Social que, cumprindo a carência de doze contribuições mensais, venha a ser considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade vinculada à Previdência Social. Aplicação dos arts. 42 e 25, I, da Lei nº 8.213/91.
> II - O auxílio-doença é devido ao segurado da Previdência Social que, após cumprir a carência de doze contribuições mensais, ficar incapacitado, por mais de quinze dias, para seu trabalho ou atividade habitual, não sendo concedido àquele que se filiar ao Regime Geral da Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, exceto se a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão. Inteligência do art. 59 e § único da Lei nº 8.213/91.
> III - Comprovados, no caso, apenas os requisitos atinentes à carência e à condição de segurado, exigidos pela legislação que rege a matéria.
> IV - Laudo médico peremptório ao afirmar a inexistência de incapacidade laborativa do autor para o exercício de sua atividade habitual de motorista. A moléstia diagnosticada (hipertensão arterial sistêmica), por si só, não causa a incapacidade

laborial, ainda que aliada a stress, se não desenvolveu seqüelas nem evoluiu para algum tipo de cardiopatia ou outro mal incapacitante para o trabalho.

V - Inocorrência de cerceamento de defesa na recusa e produção de prova testemunhal, por tratar-se de matéria unicamente de direito, com exaustiva prova literal e pericial. Art. 330, I, do CPC.

VI - Apelação improvida." (AC nº 353817-SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, j. 08/09/2003, DJU 02/10/2003, p. 235).

Assim, a r. decisão recorrida merece ser reformada para que o feito tenha regular prosseguimento julgando-se a apelação da parte autora, a qual se nega provimento.

Diante do exposto, *DOU PROVIMENTO AO AGRAVO LEGAL* e, no mesmo instrumento, *NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA*.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0024163-83.2009.4.03.9999
(2009.03.99.024163-5)

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Apelado: DJALMA NUNES DE MEDEIROS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE PENÁPOLIS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONARDO SAFI
Classe do Processo: AC 1435759
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/06/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - LIQUIDAÇÃO/EXECUÇÃO DE SENTENÇA - OBRIGAÇÃO ILÍQUIDA - APELAÇÃO DE SENTENÇA - RELAÇÃO DE SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO - QUESTIONAMENTOS - IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO.
1 - Em execução de sentença que estabelece o cumprimento de obrigação ilíquida, a apelação da sentença que estabelece o valor da liquidação/execução deve, necessariamente, ser recebida no efeito suspensivo, pois que a requisição só pode ser expedida à vista do trânsito em julgado da decisão. Inteligência do art. 100, § 1º, da CF.
2 - Conquanto a jurisprudência desta Corte admita que o valor do benefício, ainda que dependente de produção de provas relativas aos salários de contribuição, seja discutido em sede de embargos à execução, na qual a relação de salários de contribuição é apresentada, não se pode impedir a autarquia de produzir provas relativas à validade/invalidade da referida relação de salários.
3 - Enquanto se discute o valor do benefício, a própria Lei de Benefícios permite ao segurado que tenha cumprido as condições para a concessão do benefício, mas não possa comprovar os valores dos salários de contribuição do período básico de cálculo - PBC -, o recebimento de benefício de valor mínimo, promovendo-se, posteriormente, o seu recálculo. Inteligência do art. 35 da Lei nº 8.213/91.
4 - Pode o Tribunal, em sede de apelação, reconhecendo a necessidade da produção de prova, determinar, mesmo de ofício, a prática dos aludidos atos na primeira instância, nos termos do art. 130 do CPC. Precedentes do STJ.
5 - Pacífico o entendimento no STJ de que a livre iniciativa do magistrado, na busca da verdade real, torna-o imune aos efeitos da preclusão, sendo lícita a determinação de provas, inclusive pericial, cujos pedidos não foram apreciados ou indeferidos em primeira instância, ainda que de ofício (art. 130 do CPC).
6 - Sentença anulada, de ofício, determinando-se a remessa dos autos ao Juízo de origem para produção de perícia técnica contábil e de prova oral, nos termos da fundamentação. Apelação do INSS prejudicada.

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, anular, de ofício, a sentença e determinar a remessa dos autos ao Juízo de origem para produção

de perícia técnica contábil e de prova oral, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de maio de 2011.

Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI (Relator):

Trata-se de apelação interposta contra decisão que julgou improcedentes embargos à execução de obrigação de pagar, opostos pelo INSS, e que o condenou em honorários advocatícios de 15% do valor da execução, em substituição aos honorários estabelecidos no processo de conhecimento, fixando a RMI do benefício concedido ao exequente-embargado em R$ 738,38, consoante o apurado pelo perito judicial, e determinando o prosseguimento da execução pelo *quantum* apurado pelo exequente.

Em razão de decisão proferida pela Desembargadora Federal Marisa Santos nos autos do Agravo de Instrumento 2008.03.00.044997-8, fundamentada na existência de controvérsia sobre os valores dos salários de contribuição integrantes do PBC do benefício do embargado, foi determinada a implantação de renda mensal de aposentadoria de valor igual a um salário mínimo em favor do exequente-embargado e a suspensão do pagamento das parcelas vencidas até o trânsito em julgado da decisão que vier a fixar o valor da liquidação.

Os embargos foram opostos ao fundamento de irregularidades nos salários de contribuição considerados pelo exequente na elaboração de seus cálculos de liquidação, assunto que não fora apreciado no processo de conhecimento. Aduz a autarquia que os salários de contribuição referentes às competências 01/92 a 06/95 e 08/96 a 12/97 (fls. 34/35 dos autos do processo de conhecimento em apenso) lançados, respectivamente, por Seteco Serviços Técnicos Contábeis e por Cerealista Linha Promissão Ltda., não correspondem aos ganhos do exequente como empregado nas mencionadas empresas.

Isso porque a empresa ANA MARIA PESQUERO, nome correto da empresa SETECO Serviço Técnicos de Contabilidade, consta como de propriedade de Ana Maria Pesquero, ex-mulher do embargado, que nunca teve o embargado como empregado, mas sim, como proprietário, segundo declarações por ela prestadas em defesa administrativa quando a empresa foi autuada pela fiscalização do INSS em 1995. Ademais, a relação dos salários de contribuição atinentes à primeira empresa não é assinada por sua titular, mas por terceiro estranho, sem qualquer identificação, apresentando valores que sempre atingem, e às vezes até ultrapassam, os tetos contributivos.

A autarquia aduz, ainda, a corroborar suas suspeitas, inexistir no CNIS (Cadastro Nacional de Informações Sociais) e nas RAIS (Relações Anuais de Informações Sociais), nos anos de 1992 a 1995, quaisquer informações e lançamentos prestados pela empresa Ana Maria Pesquero (Seteco Serviços Técnicos de Contabilidade), referentemente ao embargado, embora existam informações atinentes a vários empregados da empresa.

Sustenta que a relação dos salários de contribuição foi elaborada sem base fática ou comprovação dos rendimentos auferidos pelo segurado, que nunca foi empregado da citada empresa, tratando-se, portanto, a seu ver, de documento imprestável para apuração da renda mensal inicial.

Aduz que a relação dos salários de contribuição elaborada pela segunda empresa, Cerealista Linhar Promissão Ltda., também não pode ser aceita, pois eivada de irregularidades. É que se trata de empresa inicialmente constituída pelo próprio embargado, em 26/12/95, que, inobstante tenha contado com sua retirada e o ingresso de seu irmão, Diniz Tomaz de Medeiros, como sócio, segundo alteração do estatuto social em 01/07/96, jamais teve o embargado como empregado, mesmo que posteriormente à sua retirada da empresa, segundo declarações prestações pelo novo sócio - seu irmão - ao Fiscal do INSS, em 04/98. Sustenta a autarquia inexistirem, também, informações no CNIS e RAIS do embargado como empregado da mencionada empresa.

Informa a autarquia que, após averiguações dos livros e documentos das empresas mencionadas, os fiscais não lograram êxito em localizar eventual existência dos rendimentos apontados pelo embargado, não sendo constatado nenhum salário de contribuição para o segurado.

Sustenta que a discussão dos embargos subsume-se aos valores lançados a título de salários de contribuição, em razão de sua origem duvidosa, não podendo ser aceitos na apuração da RMI do embargado, não pendendo discussão sobre o tempo de serviço, que foi reconhecido judicialmente no processo de conhecimento.

Pugnou pelo afastamento dos cálculos do embargado-exequente, porque apurados mediante a elaboração de RMI superior à devida, já que ausentes os salários de contribuição a justificar tal valor, e pelo acolhimento de seus cálculos de liquidação, atualizados para 04/2006 (R$ 34.075,33), com a fixação da RMI no valor de um salário mínimo.

Pugnou, na inicial desta incidental, ainda, pela produção de todos os tipos de provas em direito admitidas, sem exceção, em especial pelo depoimento pessoal dos representantes legais das empresas ANA MARIA PESQUERO (SETECO - Serviços Técnicos de Contabilidade) e CEREALISTA LINHA, perícia contábil e a juntada de novos documentos.

Em sua apelação, pugna a autarquia pelo recebimento do recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo, com a suspensão dos efeitos da decisão que determinou a imediata implantação do benefício, a sustação do pagamento de quaisquer diferenças, ante a exigência constitucional de prévio trânsito em julgado como condição para a expedição de precatório ou RPV. No mérito, aduz inexistir afronta à coisa julgada porquanto os documentos questionados nos embargos em nada influenciaram no reconhecimento do pedido de aposentadoria, mas têm importância capital e influenciam de maneira determinante os cálculos do salário de benefício e, por conseguinte, a apuração do valor inicial do benefício e das diferenças devidas, discussão absolutamente pertinente, entende, nos embargos à execução. Aduz que, ante a ausência de documentos idôneos e não viciados sobre o salário do autor, mas em respeito ao título executivo judicial, impõe-se a concessão da aposentadoria na base do salário mínimo vigente.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI (Relator):

Não merece subsistir a alegação de que a discussão referente aos salários de contribuição que integram a base de cálculo do benefício do exequente-embargado já teria sido objeto de análise e apreciação judicial nos autos do processo de conhecimento.

A sentença proferida nos embargos partiu da falsa premissa de que a questão atinente aos salários de contribuição já teria sido discutida e decidida no processo de conhecimento, em acórdão transitado em julgado, não podendo, por esta razão, ser mais discutida, e, por isso, julgou improcedentes os embargos e determinou o prosseguimento da execução pelo *quantum* apurado pelo exequente.

O título judicial, insisto, apenas determinou a implantação de aposentadoria por tempo de serviço proporcional, com início na data da entrada do requerimento administrativo, com a aplicação do coeficiente de 76% sobre o salário de benefício.

Portanto, estabeleceu o cumprimento de duas obrigações: implantação do valor do benefício e pagamento das parcelas vencidas entre a data da entrada do requerimento administrativo até a referida implantação.

Apesar de ter partido desta Corte a ordem para a imediata implantação do valor da renda mensal, o fato é que a obrigação é ilíquida e, para início do processo de execução, é necessária a liquidez do título (art. 586, CPC).

Para maior clareza, e no que pertine ao tema em debate, transcrevo parte do acórdão:

> "Por tais fundamentos, somados os tempos de serviço com registro na Carteira de Trabalho do apelado, com aquele reconhecido neste feito, é de se considerar como computados exatos 31 (trinta e um) anos de trabalho, conforme tabela explicativa anexa a este voto, suficientes à concessão de aposentadoria por tempo de serviço proporcional, com a aplicação do coeficiente de 76% (setenta e seis por cento) sobre o salário de benefício, como estabelecido na sentença, em obediência ao que dispõe o artigo 53, II, da Lei nº 8.213/91.
> Ressalte-se que, completado o tempo de serviço proporcional antes da edição da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, suas disposições não se aplicam à espécie, sob pena de desrespeito ao direito adquirido do apelado, garantido constitucionalmente pela norma do artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna.
> A idade do autor - 56 (cinqüenta e seis) anos, completados em 28 de abril de 2005 -, somada ao fato de ser portador de tuberculose, conforme demonstram os documentos juntados com a inicial (fls. 68/94), bem como o fundado receio de dano irreparável, em face do caráter alimentar do benefício previdenciário, aliados ao manifesto intuito protelatório do réu, que utiliza todos os meios processuais para retardar o cumprimento das decisões judiciais, constituem, respectivamente, o relevante fundamento e o justificado receio de ineficácia do provimento final, configurando as condições para a concessão da tutela antecipada, na forma do disposto no artigo 461, § 3º, do CPC.
> Posto isso, nego provimento à apelação e à remessa oficial, tida por interposta.
> Antecipo a tutela jurisdicional para que o INSS proceda à imediata implantação do benefício. Intime-se a autoridade administrativa a cumprir a ordem judicial no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária, a ser oportunamente fixada em caso de descumprimento."

Não se trata de mero cumprimento de obrigação de fazer já que não se está diante de sentença líquida, o que ocorre, por exemplo, quando se determina a implantação de benefício de valor mínimo, pois que, em casos tais, não há discussão possível, pois o valor do benefício será sempre de um salário mínimo.

Contudo, o mesmo não ocorre com as sentenças que se limitam a reconhecer tempo de serviço/contribuição e conceder o benefício (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, aposentadoria especial, aposentadoria por tempo de serviço, aposentadoria por idade, etc ...), sem adentrar ao exame das provas relativas aos salários de contribuição.

E isso ocorre, rotineiramente, nas ações previdenciárias, sendo raros os casos em que o segurado discuta, faticamente, além do tempo de contribuição, o valor do benefício. Limita-se, na maioria das vezes, a discutir a tese principal, que é a da concessão do benefício (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, aposentadoria especial, aposentadoria por tempo de serviço, aposentadoria por idade, etc ...), ficando para a execução do julgado a definição do seu valor.

E aqui o comando emanado do julgado é claro: "... com a aplicação do coeficiente de 76% (setenta e seis por cento) sobre o salário de benefício".

E tal comando foi emanado precisamente porque não houve discussão acerca de valores dos salários de contribuição, notadamente no presente caso, em que, no PBC, o exeqüente recebeu benefício por incapacidade (auxílio-doença - NB nº 106.873.501-2), a complicar, ainda mais, o cálculo do valor do benefício (art. 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91).

Ressalte-se que a definição de salário de benefício em vigor à época da entrada do requerimento - termo inicial fixado pelo julgado - compreendia a média aritmética dos 36 últimos salários de contribuição:

> "Art. 29. O salário de benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários de contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses."

De modo que as questões relativas aos salários de contribuição não foram discutidas e decididas no processo de conhecimento.

Todas essas particularidades me levam a concluir que, em se tratando de sentença ilíquida, é mesmo fundamental a sua liquidação, que, na sistemática atual, se desenvolve dentro do próprio processo de execução (arts. 604, 632 e 730 do CPC), no qual, citada a autarquia, poderá apresentar embargos do devedor, expondo as razões pelas quais entende não ter amparo legal o valor do benefício pleiteado pelo exequente, bem como a soma das parcelas vencidas.

Só assim restarão cumpridos os postulados do contraditório e da ampla defesa, que, por óbvio, são aplicáveis a qualquer litigante em processo judicial, inclusive à autarquia - "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", diz a CF.

Os fundamentos levantados pela autarquia acerca da confiabilidade da relação de salários de contribuição constante dos autos do processo de conhecimento (salários de contribuição equivalentes ao teto ou bem próximos disso), que teria sido produzida pela

ex-esposa e pelo irmão do exequente-embargado, de forma fraudulenta, são bastante sérios, notadamente porque a menção à extensa lista de ações penais propostas contra o exequente - inclusive com condenações em 2º grau de jurisdição - é corroborada pelo Sistema de Informações Processuais desta Corte - SIAPRO.

A confiabilidade da relação de salários de contribuição, contudo, não foi objeto da devida apreciação nestes embargos à execução.

Na verdade, segundo o apurado em procedimento administrativo fiscal, o embargado seria o dono das empresas em nome das quais foram emitidas as relações de salários de fls. 34/35 do processo de conhecimento. Pelo menos uma dessas empresas - a SETECO - Serviços Técnicos de Contabilidade (ANA MARIA PESQUERO), segundo o CNIS, teria efetuado, corretamente, o recolhimento das contribuições relativas aos seus empregados, mas, estranhamente, não teria feito o mesmo em relação ao embargado, o que viria ao encontro das afirmações da ex-esposa no sentido de que este não seria seu empregado, mas o dono do negócio - o que seria notório na cidade de Penápolis - SP. E o tempo considerado como laborado na referida empresa na concessão da aposentadoria em questão é bastante relevante - dos 31 anos tidos por laborados, 14 teriam sido só na referida empresa, como empregado. Tudo isso, aliado ao fato de que os vínculos empregatícios reconhecidos foram tirados de SEGUNDA VIA da CTPS do embargado, dos quais alguns - segundo a fiscalização da autarquia apurou - até seriam verdadeiros, mas, os demais, falsos, inclusive o laborado na SETECO - Serviços Técnicos de Contabilidade, remete o julgador à apreciação da alegação dentro do amplo espectro probatório, pois o expediente de se pedir a expedição de SEGUNDA VIA da CTPS - sob a alegação de perda da CTPS original - para posterior inserção de dados verdadeiros mesclados com dados falsos é conhecido desta Corte, notadamente nas cidades interioranas, onde a estrutura fiscalizatória da autarquia é deficiente.

Em razão da discussão sobre os valores dos salários de contribuição que devem lastrear o cálculo do benefício do embargado, determinou-se, no âmbito deste TRF3, a implantação do benefício de valor mínimo, promovendo-se, posteriormente, o seu recálculo, nos termos do art. 35 da LBPS.

Por outro lado, verifico que o magistrado de primeiro grau, no curso dos embargos à execução, não apreciou nenhum dos fundamentos apontados pela autarquia em sua petição inicial e, pior, sequer apreciou o requerimento de produção de prova oral (oitiva dos representantes legais das empresas SETECO - Serviços Técnicos de Contabilidade - e CEREALISTA LINHAR), no qual se pretendia corroborar os fatos apurados em procedimento administrativo que, até que se prove em contrário, se conduziu segundo os princípios gerais da Administração. Limitou-se a acolher os cálculos do perito judicial, que, por sua vez, adotou a relação dos salários de contribuição apresentadas pelo próprio segurado, ao fundamento de que o valor do benefício já teria sido objeto de apreciação no julgado proferido no processo de conhecimento.

Afora o fato de tal não ter ocorrido, a autarquia faz sérias acusações ao embargado, contra o qual, inclusive, pesam inúmeras condenações criminais de estelionato contra o seu patrimônio, corroboradas pelo Sistema Informatizado de Acompanhamento Processual desta Corte - SIAPRO.

Exemplos:

Processo	Procedimento	Delito	Resultado
93.03.065104-9	Apel. Crim.	estelionato (falsificação de documentos para a obtenção de benefício previdenciário)	condenado a 2 anos e 2 meses de reclusão
93.03.076963-5	Apel. Crim.	estelionato (falsificação de documentos para a obtenção de benefício previdenciário)	condenado a 1 ano e 4 meses de reclusão
93.03.110451-0	Apel. Crim.	estelionato (falsificação de documentos para a obtenção de benefício previdenciário)	prescrição da pretensão punitiva (entre a data do fato e a do recebimento da denúncia)
93.03.113008-1	Apel. Crim.	estelionato (falsificação de documentos para a obtenção de benefício previdenciário)	prescrição da pretensão punitiva (entre a data do fato e a do recebimento da denúncia)
94.03.039056-5	Apel. Crim.	estelionato (falsificação de documentos para a obtenção de benefício previdenciário)	prescrição da pretensão punitiva (entre a data do fato e a do recebimento da denúncia)
95.03.062948-9	Apel. Crim.	estelionato (falsificação de documentos para a obtenção de benefício previdenciário)	condenado a 3 anos e 4 meses de reclusão

Isso, para não falar das ações cíveis em que o ora embargado, somente na cidade de Penápolis - SP -, figura como réu:

Seq.	Nº Processo	Distribuiç	Vara	Ação
1	438.01.1994.000888	3/8/1994	1ª Vara Judicial	Sumarissima - Art. 275 CPC
2	438.01.1995.001455	1/2/1995	2ª Vara Judicial	Execução Contra Devedor Solvente
3	438.01.1995.001675	13/9/1995	3ª Vara Judicial	Ordinária de Despejo
4	438.01.1995.002958	20/12/1995	2ª Vara Judicial	Execução Contra Devedor Solvente
5	438.01.1995.005378	1/8/1995	2ª Vara Judicial	Execução Fiscal (ICMS)
6	438.01.1996.001698	23/5/1996	1ª Vara Judicial	Execução (em geral)
7	438.01.1996.008825	26/11/1996	Setor das Execuções Fiscais	Execução Fiscal (em geral)
8	438.01.1996.008829	26/11/1996	Setor das Execuções Fiscais	Execução Fiscal (em geral)
9	438.01.1996.008851	26/11/1996	Setor das Execuções Fiscais	Execução Fiscal (em geral)
10	438.01.1996.008878	26/11/1996	Setor das Execuções Fiscais	Execução Fiscal (em geral)
11	438.01.1998.008823	9/3/1998	Setor das Execuções Fiscais	Execução Fiscal (em geral)
12	438.01.1999.008958	11/1/1999	Setor das Execuções Fiscais	Execução Fiscal (em geral)
13	438.01.1999.009340	15/12/1999	3ª Vara Judicial	Execução Fiscal (ICMS)
14	438.01.1999.012194	31/8/1999	Setor das Execuções Fiscais	Execução Fiscal (em geral)
15	438.01.1999.012588	27/1/1999	Setor das Execuções Fiscais	Execução Fiscal (em geral)
16	438.01.2000.011204	22/5/2000	Setor das Execuções Fiscais	Execução Fiscal (em geral)
17	438.01.2002.006106	19/9/2006	2ª Vara Judicial	Procedimento Ordinário (em geral)
18	438.01.2002.017578	2/5/2002	Setor das Execuções Fiscais	Execução Fiscal (em geral)
19	438.01.2000.011258	23/5/2000	Setor das Execuções Fiscais	Execução Fiscal (em geral)
20	438.01.2004.000264	30/6/2004	2ª Vara Judicial	Ação Monitória
21	438.01.2004.000264	2/12/2008	2ª Vara Judicial	Ação Monitória
22	438.01.1998.009602	1/4/1998	2ª Vara Judicial	Execução Fiscal (ICMS)

Ora, o mínimo de cuidado deve ser tomado em demandas como esta, pois que, ainda que na apreciação do pedido de aposentadoria por tempo de serviço este tenha sido reconhecido em decorrência de deficiência da autarquia na defesa de seus interesses, o mesmo parece não estar ocorrendo com relação ao valor do benefício, pois que importantes provas foram colhidas na via administrativa. Provas que parecem por em dúvidas, não somente a relação de salários de contribuição apresentada, mas o próprio tempo de serviço reconhecido na condição de empregado, o que sugere uma boa olhada nas ações cíveis acima mencionadas, notadamente as execuções fiscais, pois que, se reconhecida a condição de empregador, não se sustentará a condição de empregado.

Os elementos probatórios colacionados nos autos a esse respeito, porque supostamente viciados e únicos, não podem, a princípio, ser considerados como elementos de prova dos salários recebidos pelo autor-exequente e ensejam, até mesmo para que se dê fiel cumprimento ao título executivo judicial, a produção de prova oral e, sobretudo, prova técnica pericial contábil para melhor convencimento do Juízo.

O entendimento adotado no juízo de 1º grau inviabilizou a dilação probatória acerca da veracidade do quanto contido nos documentos de fls. 34/35 dos autos principais, assim como de quem teria assinado o de fls. 34, já que a assinatura é diversa da aposta no documento a fls. 30/32 dos embargos, além de haver absoluta incompatibilidade com o contido no documento a fls. 64 dos embargos.

O juízo *a quo* acabou por malferir o princípio do contraditório e da ampla defesa, em prejuízo do INSS, impossibilitando a produção de prova essencial para o reconhecimento do acerto da pretensão deduzida na exordial dos embargos e indispensável para o correto cumprimento do título executivo judicial.

A comprovação dos salários de contribuição referentes às competências 12/1994 a 08/1998, que se encontram discriminados, em sua maioria, nos documentos a fls. 34/35 do processo de conhecimento e sobre os quais pairam dúvidas acerca de sua veracidade, é indispensável para a apuração da RMI da aposentadoria proporcional, uma vez que integram o PBC do benefício (DIB 04/11/98).

Tinha o INSS o direito à produção de prova oral, assim como de prova pericial contábil, para comprovar a alegação de falsidade ideológica aduzida na exordial da ação incidental de embargos à execução.

Dada a controvérsia estabelecida nos autos destes embargos, a determinação de realização de perícia técnica e de produção de prova oral era indispensável para a solução da lide.

A realização de perícia para a apuração do valor da RMI do benefício do exequente-embargado, contudo, que foi determinada pelo juízo *a quo*, era absolutamente dispensável, posto se tratar de meros cálculos aritméticos. Ademais, tais cálculos só teriam pertinência em momento posterior à aferição da autenticidade do conteúdo dos documentos de fls. 34/35 do processo principal.

O julgamento antecipado da lide, impedindo a produção do *depoimento pessoal dos representantes legais das empresas ANA MARIA PESQUERO (SETECO - Serviços Técnicos de Contabilidade) e CEREALISTA LINHAR*, assim como a ausência de *perícia contábil nos livros e documentos fiscais das referidas empresas como meio de se buscar respaldo e comprovação do contido nos documentos a fls. 34/35 dos autos principais*, ocasionou violação ao devido processo legal.

Nesse sentido a jurisprudência deste TRF3:

"PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NA PRODUÇÃO DE PROVA. NULIDADE DA SENTENÇA.
I - A atividade de rurícola resulta comprovada se a parte autora apresentar razoável início de prova material respaldada por depoimentos testemunhais idôneos.
II - Há nulidade da sentença sempre que se verificar o cerceamento da defesa em ponto substancial para a apreciação da causa.
III - Recurso provido."
(TRF 3ª Região - AC 2002.03.99.014362-0/SP - 2ª TURMA - DJU 09/10/2002 P. 483 - Rel. JUIZ SOUZA RIBEIRO).

Também o STJ se pronunciou sobre a questão, no seguinte sentido:

"*PROCESSUAL CIVIL*. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. *CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA PELO TRIBUNAL A QUO* PARA O JUÍZO MONOCRÁTICO REALIZAR PROVA PERICIAL. ART. 560 DO CPC. POSSIBILIDADE. PRECLUSÃO QUE NÃO SE APLICA, NA HIPÓTESE. MULTA DO ART. 538 DO CPC. AFASTAMENTO.
1. Caso em que o Tribunal *a quo* entendendo pela necessidade da produção de prova pericial para o efetivo esclarecimento do estado de saúde da autora, determinou, em preliminar, a conversão do julgamento em diligencia para que os autos retornassem à origem exclusivamente para a realização da prova.
2. *Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC.*
3. A iniciativa probatória do magistrado, em busca da veracidade dos fatos alegados, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.
4. Afasta-se a multa prevista no art. 538 do CPC quando presente o intuito de prequestionar a matéria objeto do litígio e ausente o caráter protelatório do recurso. Incidência da Súmula 98/STJ.
5. Agravo regimental parcialmente provido, somente para afastar a multa imposta."
(AGRESP 200901831518 - 1157796 - 1ª TURMA - DJE 28/05/2010 - Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES).

"*PROCESSUAL CIVIL*. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO NO MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINOU A CONVERSÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RETIDO. *DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. ART. 437 DO CPC*. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA.
1. Recurso ordinário em mandado de segurança no qual se questiona a determinação de retenção do recurso de agravo (art. 522, CPC), que foi interposto contra decisão que determinou a realização de nova perícia técnica para o fim de instruir ação civil pública que visa a reparação de danos ambientais alegadamente provocados pela atividade mineradora da Vale S/A.
2. A utilização do *mandamus* como meio de impugnação de decisões judiciais, à

luz da jurisprudência do STJ, além dos pressupostos da impetração, é cabível quando: (i) não haja recurso adequado à impugnação da decisão judicial; e (ii) a decisão judicial manifestar-se teratológica, por abuso de poder ou ilegalidade.
3. O inciso II do art. 527 do CPC diz que o agravo de instrumento somente não será convertido, 'quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão de grave e de difícil reparação'. E, no caso, a impetrante não consegue demonstrar o risco de lesão grave ou de difícil reparação.
4. Primeiro, porque, conforme ressaltado pelo acórdão recorrido, '*o alegado retardamento excessivo do processo não é suficiente para afastar a autorização concedida ao juiz de determinar a realização de nova perícia, nos termos do art. 437 do CPC, para a formação de seu livre convencimento*'.
5. *Segundo, porque o 'juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos' (art. 131 do CPC), cabendo a ele 'determinar as provas necessárias à instrução do processo' (art. 130 do CPC). Aplicação do princípio do livre convencimento motivado.*
6. '*O juiz não está adstrito ao laudo pericial' (art. 436, CPC), podendo determinar de ofício a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida (art. 437, CPC).*
7. Os pareceres técnicos juntados aos autos dão a idéia da complexidade da matéria fática em discussão e indicam a necessidade de não haver dúvidas para a formação da convicção do juízo de primeiro grau, por isso que totalmente razoável a determinação de nova perícia.
8. Ausência de direito líquido e certo da impetrante, à míngua de qualquer teratologia na decisão atacada.
9. Agravo regimental não provido."
(AAROMS 200901754243 - 30405 - 1ª TURMA - DJE 11/05/2010 - Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES).

"*PROCESSUAL CIVIL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 130 DO CPC. PRECLUSÃO QUE NÃO SE APLICA, NA HIPÓTESE*. ART. 183 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 211/STJ E ADEMAIS, DA SÚMULA N. 83/STJ.
I - A matéria inserta no dispositivo infraconstitucional suscitado (art. 183 do CPC) não foi objeto do julgamento *a quo*, sequer implicitamente, carecendo o recurso especial do pressuposto específico do prequestionamento (Incidência da Súmula n. 211/STJ).
II - Demais disso, *esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que a livre iniciativa do magistrado, na busca pela verdade real, torna-o imune aos efeitos da preclusão, sendo lícita a determinação de produção de prova pericial, que indevidamente não foi deferida em primeira instância, mesmo de ofício (art. 130 do CPC).*
III - Noutras palavras, *ainda que tenha havido o anterior indeferimento da produção de prova pericial, pelo juízo de primeiro grau, ainda assim pode o Tribunal de apelação, de ofício, determinar tal produção, se entender pela sua indispensabilidade.*

IV - Precedentes citados: AgRg no REsp nº 738.576/DF, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ de 12/09/2005; Edcl no Ag nº 646.486/MT, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 29/08/2005; AgRg no AG nº 655.888/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES DE LIMA, DJ de 22/08/2005; REsp nº 406.862/MG, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 07/04/2003.

V - Aplicação, de qualquer modo, da Súmula nº 83/STJ.

VI - Recurso especial não conhecido. Manutenção do acórdão que determinou a realização de nova perícia judicial."

(RESP 200602218566 - 896072 - 1ª TURMA - DJE 05/05/2008 - Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO.

Restou configurado o equívoco quando da apreciação da questão no primeiro grau porque considerada pelo Juízo *a quo*, sem a prévia produção de perícia contábil e de prova oral, as quais foram requeridas pela autarquia na inicial dos embargos, a veracidade de documentos sobre os quais pairam dúvidas e indícios de irregularidades.

Por outro lado, verifica-se que os demais documentos trazidos à colação não são suficientes à análise e ao deslinde da questão, razão por que devem ser remetidos os autos à instância de origem, para que seja feita a devida instrução, no sentido de se averiguar se as informações referentes aos salários de contribuição do embargado, contidas nos documentos a fls. 34 e 35 do processo de conhecimento e indispensáveis para a aferição do valor de seu benefício, correspondem à realidade dos fatos, ante as alegações em sentido contrário dos proprietários das empresas que as emitiram, e se tais informações encontram ressonância e respaldo nos demais documentos fiscais das mesmas empresas.

Sabe-se que o julgador, entendendo necessária a produção de provas, pode determiná-la. Nesse sentido, o STJ vem decidindo que o Tribunal pode, em sede de apelação, reconhecendo a necessidade de realização/complementação de prova, anular a sentença e determinar, mesmo *ex officio*, a prática do ato na primeira instância, nos termos do art. 130 do CPC.

Diante do exposto, ANULO, de ofício, a sentença e determino o retorno dos autos à Vara de origem para que seja produzida a prova oral e perícia técnica contábil, nos exatos termos da fundamentação, devendo o feito prosseguir em seus regulares termos, restando prejudicada a apelação do INSS.

É o voto.

Juiz Federal Convocado LEONARDO SAFI - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA 0006186-68.2010.4.03.0000 (2010.03.00.006186-7)

Impetrante: ROZILDA MARIA DOS SANTOS
Impetrado: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO
Classe do Processo: MS 321878
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/06/2011

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ARTIGO 527, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, COM A REDAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 11.187/05 - IMPUGNABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: PRESERVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO EM SIMETRIA COM A RACIONALIDADE DA CONTENÇÃO DAS PARTES: LEGITIMIDADE.

1. O sistema decisório institucionalizado no Poder Judiciário - há muitos outros na Sociedade - opera com a limitação racional das preclusões e da coisa julgada. A contenção das vias impugnativas - no curso ou ao término do processo - é condição essencial para a solução dos conflitos. Como corolário, a evolução dos atos processuais depende, necessariamente, da atribuição de alguma estabilidade à autoridade das decisões.

2. A legalidade da pretensão - ou a sua justiça, juízo de valor subjetivo de extração individual -, na perspectiva do interessado ou de seu representante, não confere, pela automática distribuição do recurso, nem o seu necessário conhecimento, nem - ou menos ainda - o seu pronto acolhimento.

3. A busca do resultado final do litígio, objetivo de qualquer sistema decisório racional, procura conciliar a otimização do contraditório facultado às partes - inconfundível com a recorribilidade obsessiva e tumultuária de uma delas - com a necessária estabilização mínima das decisões conseqüentes daquele exercício.

4. A circunstância de, como resultado da análise de um caso concreto, certa parte não se conformar com os limites de impugnabilidade fixados na lei, não é suficiente para a criação, a modificação ou a ampliação do direito recursal.

5. A fixação, pelo legislador, de certa sistemática recursal, não tem como premissa a perfeição final de seu resultado, nem tem a pretensão de frustrar as alegações de injustiça que interessados - com ou sem razão - venham a deduzir dentro ou fora do Poder Judiciário.

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

São Paulo, 25 de agosto de 2010.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Relator): Trata-se de agravo regimental contra a r. decisão que indeferiu a petição inicial de mandado de segurança.

A ação foi impetrada contra a r. decisão conversiva de agravo de instrumento em retido, por ato de Relator vinculado a Turma deste Tribunal.

No caso concreto, trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que indeferiu a antecipação de tutela, em ação destinada à obtenção de "desaposentação".

É o relatório.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA (Relator): A norma objeto da controvérsia: artigo 527, do Código de Processo Civil, com a redação da Lei Federal nº 11.187/05:

> "Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:
> I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557;
> II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;
> III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;
> Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do *caput* deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar".

A legalidade da pretensão - ou a sua justiça, juízo de valor subjetivo de extração individual -, na perspectiva do interessado ou de seu representante, não confere, pela automática distribuição do recurso, nem o seu necessário conhecimento, nem - ou menos ainda - o seu pronto acolhimento.

O sistema decisório institucionalizado no Poder Judiciário - há muitos outros na Sociedade - opera com a limitação racional das preclusões e da coisa julgada. A contenção das vias impugnativas - no curso ou ao término do processo - é condição essencial para a solução dos conflitos. Como corolário, a evolução dos atos processuais depende, necessariamente, da atribuição de alguma estabilidade à autoridade das decisões.

A busca do resultado final do litígio, objetivo de qualquer sistema decisório racional, procura conciliar a otimização do contraditório facultado às partes - inconfundível com a recorribilidade obsessiva e tumultuária de uma delas - com a necessária estabilização mínima das decisões conseqüentes daquele exercício.

No caso concreto do agravo de instrumento, a lei não garante a incontrastável

prerrogativa de uma das partes obter, com a simples distribuição do recurso, a pronta concessão da medida provisória de proteção a seu alegado direito.

A lei legitima o veto ao conhecimento do recurso ou, ainda, a negativa de seguimento liminar, sem que o potencial prejudicado tenha, nestas hipóteses, a facilidade da obtenção do efeito suspensivo, com nova e sucessiva impugnação.

De outra parte, a prerrogativa da obtenção do efeito suspensivo, por uma das partes, não qualifica o inconformismo da outra a manejar novo recurso com igual aptidão. O dado é fundamental e merece ênfase: se o agravante obtém o efeito suspensivo, o prejudicado não tem recurso com a mesma qualificação.

A conversão do agravo de instrumento em retido não é, ademais, intangível à confrontação de uma impugnação. O próprio magistrado, de ofício, provocado pela parte recorrente ou pelo Ministério Público, se for o caso, pode reconsiderar a decisão.

De qualquer modo, a decisão "é passível de reforma no momento do julgamento do agravo". Ou seja, ela está sujeita à eficácia de um recurso.

Neste aspecto particular, a invocação da Súmula 267, do Supremo Tribunal Federal - "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição" -, seria impertinente, porque a decisão aqui impugnada é, sim, passível de recurso.

A circunstância de, como resultado da análise de um caso concreto, certa parte não se conformar com os limites de impugnabilidade fixados na lei, não é suficiente para a criação, a modificação ou a ampliação do direito recursal.

A fixação, pelo legislador, de certa sistemática recursal, não tem como premissa a perfeição final de seu resultado, nem tem a pretensão de frustrar as alegações de injustiça que interessados - com ou sem razão - venham a deduzir dentro ou fora do Poder Judiciário.

É por isto que, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, órgão final na hierarquia decisória, é comum o veto ao conhecimento de numerosos recursos, não obstante o livre trânsito das impugnações fundadas na injustiça ou no erro das decisões.

Por estes fundamentos, nego provimento ao Agravo Regimental.

É o meu voto.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0019633-26.2010.4.03.0000
(2010.03.00.019633-5)

Agravante: UNIÃO FEDERAL
Agravados: ENZO ANTONIO DOS SANTOS BARBOSA (incapaz) E OUTROS
Parte Ré: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - FUFMS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AI 410799
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/06/2011

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE. ERRO MÉDICO. DEPÓSITO PARA CONSULTA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. INTIMAÇÃO. NECESSIDADE.
A saúde é direito constitucionalmente assegurado, encontrando-se disciplinado no art. 196 e seguintes da Constituição Federal.
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.
É inconteste que o demandante foi submetido a procedimento cirúrgico para retirada de "fragmento de cateter umbilical" localizado em "atrio direito e veia supra-hepática".
Não há controvérsia sobre o fato de que, em virtude de nascimento prematuro, o menor sofreu cateterismo umbilical no Hospital Universitário da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, e que fragmento do cateter foi deixado no corpo do autor.
Agiu com acerto o Juízo "a quo" ao determinar a realização das consultas e o depósito de quantia suficiente para pagamento delas (consultas), haja vista que a vida do agravante depende de pronto atendimento, com profissionais especializados, sem esquecer que o atual estado de saúde do menor tem gênese em erro médico (falo em tese) produzido no âmbito de hospital federal.
A fixação da multa é mecanismo eficiente para o cumprimento da obrigação imposta e encontra amparo na dicção do artigo 461, § 5º, do CPC.
No entanto, entendo não ser aplicável a imposição de multa ao agente público neste momento, haja vista que *não há nos autos notícia de regular intimação pessoal do responsável para cumprimento*.
Agravo a que se dá parcial provimento ao agravo de instrumento, para afastar a imposição da multa, devendo ela ser aplicada aos réus, a teor do que dispõe o artigo 461, § 5º, do CPC, em caso de descumprimento da ordem, sem prejuízo da intimação pessoal do agente público para fazer valer o comando judicial de primeira instância.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar

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

São Paulo, 26 de maio de 2011.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora).

Trata-se de agravo de instrumento interposto neste Tribunal pela UNIÃO FEDERAL contra decisão proferida pelo MM. Juízo Federal da 4ª Vara de Campo Grande que, em sede de rito ordinário, deferiu em parte o pedido de tutela antecipada.

A agravante requereu a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Às fls. 357/358 v., o então relator deferiu parcialmente o pedido de efeito suspensivo, para afastar a imposição da multa, nos termos do artigo 14, parágrafo único, do CPC, devendo ela (multa) ser aplicada aos réus, a teor do que dispõe o artigo 461, § 5º, do CPC, em caso de descumprimento da ordem, sem prejuízo da intimação pessoal do agente público para fazer valer o comando judicial de primeira instância.

A União Federal opôs agravo regimental, o qual foi recebido como pedido de reconsideração, haja vista que o referido recurso é incabível. Decisão mantida.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora).

Ao apreciar o pedido de efeito suspensivo assim decidiu o então relator:

> “Indispensável para a concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, a presença da relevância da fundamentação, concomitantemente com a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação caso não seja deferida a medida pleiteada, a teor do disposto no art. 558 do CPC.
>
> A saúde é direito constitucionalmente assegurado, encontrando-se disciplinado no art. 196 e seguintes da Constituição Federal.
>
> Dispõe a CF:
>
> ‘Art. 196. 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.
>
> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
>
> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade.
Parágrafo Único. O Sistema Único de Saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recurso do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.'
Infere-se daí competir ao Estado a garantia da saúde mediante a execução de política de prevenção e assistência, com a disponibilização dos serviços públicos para atendimento da população.
Desde logo, examino a questão da ilegitimidade de parte.
Em consonância com o teor do documento de fl. 112, é inconteste que o demandante foi submetido a procedimento cirúrgico para retirada de 'fragmento de cateter umbilical' localizado em 'atrio direito e veia supra-hepática'.
Também não há controvérsia sobre o fato de que, em virtude de nascimento prematuro, o menor Enzo Antonio dos Santos Barbosa sofreu cateterismo umbilical no Hospital Universitário da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, e que fragmento do cateter foi deixado no corpo do autor.
Segundo consulta ao sítio do Ministério da Saúde, o Hospital Universitário Maria Aparecida Pedrossian, com razão social 'Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul', guarda natureza jurídica federal.
Logo, é certo que a agravante deve integrar o polo passivo da relação processual, já que é inconteste que a ação apontada como lesiva decorreu de conduta médica fincada no âmbito de nosocômio federal.
A par disso, a teor do que dispõe a Carta Política, a União compõe o Sistema Único de Saúde, a justificar sua manutenção na relação processual, como ré.
A propósito, transcrevo a seguinte ementa, *in verbis*:
'O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que, qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros'
(REsp 854.316/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.09.2006, DJ 26.09.2006 p. 199).
Afasto, pois, a alegação de ilegitimidade.
No que concerne aos dizeres da decisão de primeira instância, é evidente que, diante dos fatos narrados, em especial aquele atinente à consecução de eventual erro médico, deve a agravante atuar em prol da vida, empreendendo todos os esforços necessários para viabilizar a recuperação integral do estado de saúde do menor.
Sim, porque o acesso à saúde é direito do cidadão, expressamente previsto na Constituição da República, e deve ser garantido, de forma plena, pela União, Estados e Municípios.
In casu, há mais do que indícios de que a conduta de tratamento outrora firmada, em movimento anterior ao da concessão da tutela antecipada, não se prestou para a cura do paciente ou melhora do seu estado clínico.

Deveras, não há prova sequer de que a União realizou todos os exames necessários para a salvaguarda da vida e tampouco há notícia de diagnóstico conclusivo da patologia, a demonstrar a ineficiência no cuidado a ser prestado ao demandado.
Logo, agiu com acerto o Juízo 'a quo' ao determinar a realização das consultas e o depósito de quantia suficiente para pagamento delas (consultas), haja vista que a vida do agravante depende de pronto atendimento, com profissionais especializados, sem esquecer que o atual estado de saúde do menor tem gênese em erro médico (falo em tese) produzido no âmbito de hospital federal.
Em movimento derradeiro, entendo que a fixação da multa é mecanismo eficiente para o cumprimento da obrigação imposta e encontra amparo na dicção do artigo 461, § 5º, do CPC.
No entanto, entendo não ser aplicável a imposição de multa ao agente público neste momento, haja vista que *não há nos autos notícia de regular intimação pessoal do responsável para cumprimento*.
Ante o exposto, *defiro parcialmente* o provimento postulado, apenas para afastar, neste momento, a imposição da multa, nos termos do artigo 14, parágrafo único, do CPC, devendo ela (multa) ser aplicada aos réus, a teor do que dispõe o artigo 461, § 5º, do CPC, em caso de descumprimento da ordem, sem prejuízo da intimação pessoal do agente público para fazer valer o comando judicial de primeira instância.
Comunique-se ao Juízo de origem o teor desta decisão, com urgência.
Intimem-se os agravados, nos termos do art. 527, V, do CPC.
Intimem-se."

Não há nos autos alteração substancial capaz de influir na decisão proferida quando do exame do pedido de efeito suspensivo.

Ante o exposto, voto para dar parcial provimento ao agravo de instrumento, apenas para afastar a imposição da multa, nos termos do artigo 14, parágrafo único, do CPC, devendo ela ser aplicada aos réus, a teor do que dispõe o artigo 461, § 5º, do CPC, em caso de descumprimento da ordem, sem prejuízo da intimação pessoa do agente público para fazer valer o comando judicial de primeira instância.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 0027668-72.2010.4.03.0000 (2010.03.00.027668-9)

Agravante: AMERICO GALASSO JUNIOR
Agravadas: R. DECISÃO DE FLS. 202/204 E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Partes Rés: RBC - REDE BRASILEIRA DE RESTAURANTES COLETIVOS LTDA. E OUTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO
Classe do Processo: AI 417892
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/06/2011

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO. NOME NA CDA. REDIRECIONAMENTO APÓS O PRAZO DE CINCO ANOS DA CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. PROCESSO PARALISADO POR MECANISMOS INERENTES AO JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE DESÍDIA DA FAZENDA.

I - A execução fiscal foi proposta contra a empresa e o sócio.

II - Cabe considerar que não se trata de redirecionamento da execução para o sócio da executada, uma vez que o nome dele consta da petição inicial da execução fiscal e da Certidão de Dívida Ativa - CDA, que é um título executivo extrajudicial (artigo 585, VI, do Código de Processo Civil), o qual goza de presunção de liquidez e certeza, nos termos do artigo 3º, da Lei nº 6.830/80. Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em especial, EREsp 702232/RS, Relator Ministro Castro Meira.

III - Em outro giro, segundo o que consta dos autos, o credor adotou todas as providências para que a execução fiscal prosseguisse da melhor maneira possível, sendo certo que o prazo entre a citação da empresa executada e o pedido de citação do sócio não se deu por inércia do exeqüente, o que afasta a ocorrência da prescrição intercorrente. Nessa linha: STJ, REsp 512464/SP, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins.

IV - Por conseguinte, o recorrente deve ser mantido no pólo passivo da execução fiscal, porém, restando claro que nada impede que a exclusão dele seja determinada futuramente, no momento da análise de eventuais embargos à execução fiscal pelo Juízo de origem.

V - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de maio de 2011.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Trata-se de agravo legal manejado contra agravo de instrumento interposto de decisão que, em autos de execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade em que se alega a ocorrência de prescrição de redirecionamento da execução em relação aos co-responsáveis e a ilegitimidade passiva do agravante.

Sustentou o recorrente, em síntese, que se operou, *in casu*, a prescrição alegada na exceção e que os elementos necessários para a sua responsabilização pelos débitos da executada principal não se encontram presentes *in casu*.

A decisão monocrática de fls. 202/204 negou seguimento ao agravo de instrumento, posto que não há que se falar em prescrição da pretensão de citação do co-responsável, mesmo após o transcurso do prazo qüinqüenal da citação da empresa, desde que ele conste da CDA e da exordial e que a exeqüente promova os atos que lhe cabia, não se quedando inerte na execução em face da empresa.

Irresignado, interpõe o recorrente agravo legal, aduzindo que os fundamentos da decisão agravada não seriam idôneos a afastar a prescrição da pretensão executiva que lhe fora deduzida, impondo-se o reconhecimento desta, máxime por reputar que a agravada quedara-se inerte.

É o breve relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): O agravo legal não merece provimento.

Conforme evidenciado na decisão agravada, já está consolidado no âmbito do C. STJ e desta Corte que não há que se falar em prescrição da pretensão de citação do co-responsável, mesmo após o transcurso do prazo qüinqüenal da citação da empresa, desde que ele conste da CDA e da exordial e que a exeqüente promova os atos que lhe cabia, não se quedando inerte na execução em face da empresa.

Isso porque, a prescrição consiste numa conseqüência da inércia do exeqüente.

Assim, constando o nome do co-responsável na inicial (fl. 29) e da CDA (fl. 31), não tendo este sido citado, de plano, apenas pelo fato da execução ter se voltado inicialmente apenas contra a sociedade, não há como se vislumbrar qualquer inércia da exeqüente em relação ao co-responsável, o que impede a configuração da prescrição em relação a este.

Importa repisar, pois, que nas hipóteses em que o co-responsável figura, desde o início da execução, como parte passiva do processo, o posterior requerimento para citação deste não consiste num redirecionamento propriamente dito, já que, em casos tais, a pretensão executiva já fora deduzida desde o ajuizamento da execução, ficando apenas suspensa, ante a prioridade natural de se executar os bens da sociedade. Não há que se falar, portanto, em inércia do exeqüente em deduzir a pretensão executiva em relação ao co-responsável, o que impede a configuração de prescrição.

Isso é o que se infere da jurisprudência desta Corte e do C. STJ:

"EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO. NOME NA CDA. REDIRECIONAMENTO APÓS O PRAZO DE CINCO ANOS DA CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. PROCESSO PARALISADO POR MECANISMOS INERENTES AO JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE DESÍDIA DA FAZENDA. SÚMULA Nº 106/STJ. I - Não há prescrição quando o redirecionamento da execução fiscal se dá após o lapso de cinco anos da citação da pessoa jurídica se o processo ficou paralisado por mecanismos inerentes ao Judiciário, considerando-se, ainda, que o acórdão recorrido firma convicção de que a Fazenda sempre diligenciou no sentido de buscar o adimplemento do crédito. Aplicação da Súmula 106/STJ. II - Agravo regimental improvido." (STJ AGRESP 200802623780, AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1106281 FRANCISCO FALCÃO PRIMEIRA TURMA).

"EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIO NO PÓLO PASSIVO. CDA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NÃO CARACTERIZADA. AGRAVO PROVIDO. I - A execução fiscal foi proposta contra a empresa e o sócio. Devidamente citada em 04/11/1997, a executada ofereceu bens à penhora, os quais foram aceitos e devidamente penhorados. Designado o leilão dos bens penhorados, estes não foram localizados, vez que restou certificada a arrematação deles em outros processos de execução. Efetuada pesquisa, constatou-se que apenas um dos bens penhorados foi arrematado em outro processo executivo, o que motivou fosse determinada a intimação do depositário com o intuito de que fossem apresentados os demais bens. Localizados os bens, estes foram reavaliados, entretanto, na seqüência, por ordem da Justiça do Trabalho da 2ª Região, os mesmos foram apreendidos para garantir dívida de terceiro. Diante da impossibilidade de contar com os bens penhorados, a exeqüente requereu a inclusão do co-responsável no pólo passivo da execução, o que foi indeferido pelo Magistrado singular, por entender que entre a data de citação da executada e a citação do sócio passaram-se mais de 10 (dez) anos. II - Cabe considerar que não se trata de redirecionamento da execução para o sócio da executada, vez que o nome dele consta da petição inicial da execução fiscal e da Certidão de Dívida Ativa - CDA, que é um título executivo extrajudicial (artigo 585, VI, do Código de Processo Civil), o qual goza de presunção de liquidez e certeza, nos termos do artigo 3º, da Lei nº 6.830/80. Precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em especial, EREsp 702232/RS, Relator Ministro Castro Meira. III - Em outro giro, segundo o que consta dos autos, o credor adotou todas as providências para que a execução fiscal prosseguisse da melhor maneira possível, sendo certo que o longo prazo entre a citação da empresa executada e o pedido de inclusão do sócio no pólo passivo da execução não se deu por inércia do exeqüente, o que afasta a ocorrência da prescrição intercorrente. Nessa linha: STJ, REsp 512464/SP, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. IV - Por conseguinte, o recorrente deve ser incluído no pólo passivo da execução fiscal, porém, restando claro que nada impede que a exclusão dele seja determinada futuramente, no momento da análise de eventuais embargos à execução fiscal pelo Juízo de origem. V - Agravo provido." (TRF3 AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 351370 DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO SEGUNDA TURMA)

Outro não é o entendimento dos diversos Tribunais pátrios:

"Execução fiscal. Agravo de instrumento interposto por Leonardo de Barros Marques Lessa, contra decisão que rejeitou exceção de pré-executividade destinada a excluir o agravante do polo passivo de execução fiscal, que lhe é movida pela Fazenda Nacional, f. 360-362. 1. Ainda que não haja indício da dissolução irregular da sociedade, constando o nome do co-devedor na CDA, será ele parte legítima para figurar no polo passivo da correspondente execução fiscal, e, em face da presunção de legitimidade de que goza o título executivo, o fato de não ter agido com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto, deve ser provado pelo sócio em instrução probatória ampla, e não, na via estreita da exceção de pré-executividade. 2. Quanto à prescrição intercorrente, não deve ser levado em conta tão somente o decurso de prazo havido entre a data da citação da empresa e a do sócio gerente, porque nesse período, pode ter surgido fato interruptivo da prescrição, ou mesmo ausência de ato omissivo do exequente, que pudesse ser classificada como desídia, a ponto de causar a paralisação do feito pelo prazo quinquenal. 3. Na hipótese em exame, no intervalo entre a citação da empresa, devedora principal (setembro de 1988), e a do sócio, responsável subsidiário (agosto de 1998), duas causas interruptivas da prescrição afloraram: a oposição de embargos do devedor pela empresa executada, que suspendeu o curso da execução até o dia 27 de junho de 1991, f. 64-81, e o acordo de parcelamento celebrado entre as partes, que paralisou o processo de 13 de agosto de 1991 a 23 de julho de 1998. Quando reativado processo, constatou-se a inexistência de bens do principal devedor, sobrevindo a ordem judicial para a citação do sócio, f. 107-108. Precedentes deste Tribunal [AGTR 107.362-PB, des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, julgado em 05 de agosto de 2010 e AGTR 83.977-PE, des. Barros Dias, julgado em 13 de outubro de 2010]. *4. Além disso, independentemente desses fatores interruptivos da prescrição intercorrente, noto certa inclinação deste Tribunal, inclusive desta Terceira Turma, pela tese de que, constando o nome do sócio na CDA, hipótese dos autos, não sendo propriamente, caso de redirecionamento da execução, o decurso do prazo prescricional não pode ser atribuído ao exeqüente, mas à própria morosidade da Justiça, na medida em que o requerimento de citação do devedor subsidiário já se encontrava formulado desde o início da execução [APELREEX 7353-RN, des. Geraldo Apoliano, julgado em 05 de agosto de 2010].* 5. A intimação do executado, sobre a penhora do bem, via edital, não é medida inventada para o caso em apreço, nem depende de o endereço dos devedores serem desconhecidos ou não. Está garantido no art. 12, da Lei 6.830, de 1980, em redação simples, a ressaltar que, na execução fiscal, far-se-á a intimação da penhora ao executado, mediante publicação, no órgão oficial, do ato de juntada do termo ou do auto de penhora. A intimação da penhora, por edital, como o de f. 294 exibe, se enquadra dentro do dispositivo em tela. 6. Agravo de instrumento improvido." (TRF5 Terceira Turma Desembargador Federal Vladimir Carvalho DJE - Data: 12/11/2010 AG 00041465920104050000 AG - Agravo de Instrumento - 105268)

"TRIBUTÁRIO. AGTR. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE CITAÇÃO DOS CO-RESPONSÁVEIS. NOMES CONSTANTES DA CDA. CITAÇÃO DA PESSOA

JURÍDICA HÁ MAIS DE 5 ANOS. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE CITAÇÃO JÁ EFETUADO NA INICIAL DA EXECUÇÃO. FALHA DO JUDICIÁRIO. AGTR PROVIDO. 1. No caso em exame, a decisão agravada indeferiu o pedido da agravante de citação dos co-responsáveis da empresa executada, por entender o douto Magistrado *a quo* que só é possível o redirecionamento da execução fiscal aos sócios dentro de 5 anos da citação da pessoa jurídica, sob pena de reconhecimento da prescrição. 2. A jurisprudência do colendo STJ é firme no sentido de que o redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de 5 anos a contar da citação da empresa executada; entretanto, verifica-se que, no caso dos autos, não se trata propriamente de um pedido de redirecionamento da execução fiscal originária aos sócios, e sim de um mero pedido de citação dos co-responsáveis pelo débito tributário, cujos nomes constam da própria CDA que aparelha a referida execução (fls. 6/12). 3. Sendo assim, não há que se falar na ocorrência da prescrição intercorrente por não terem sido os sócios da empresa executada citados no interregno de 5 anos após a citação da pessoa jurídica, dado que o pedido de citação dos executados consta da própria inicial da execução fiscal em tela (fls. 7). 4. Se ainda não se procedeu à citação dos co-responsáveis pelo débito exeqüendo, tal se deve a equívoco cometido pelo próprio Poder Judiciário, não sendo possível penalizar-se o exeqüente que não deu causa a tal falha. 5. AGTR a que se dá provimento." (TRF5 Segunda Turma Desembargador Federal Manoel Erhardt AG 200805000906476 AG - Agravo de Instrumento - 92623)

Conseqüência diversa se verifica no caso de um redirecionamento próprio. Neste, o co-responsável não consta como parte passiva da execução desde o ajuizamento da execução, não sendo contra ele deduzida a pretensão executiva desde a inicial. Neste caso, não sendo o co-responsável citado no qüinqüênio, opera-se a prescrição, por se verificar a inércia do exeqüente em relação a ele.

Em síntese, se a execução, desde o início, for proposta contra o sócio cujo nome consta da CDA, a exeqüente já exerce a sua pretensão contra o co-responsável, de modo que, a partir daí, a única prescrição que pode vir a se configurar é a intercorrente, a qual requer que o feito fique paralisado por inércia da exeqüente. Neste contexto, fica configurado o redirecionamento impróprio, sendo mister diferenciá-lo do próprio, o qual deve ser buscado no prazo qüinqüenal, contado da citação da empresa, exatamente porque, nesta última hipótese, a exeqüente não exerce a sua pretensão em face do co-responsável, cujo nome não consta da inicial.

No caso dos autos, o agravante consta da CDA e da inicial, donde se conclui que, desde a inicial, a exeqüente exerceu a pretensão de executá-los. Trata-se, pois, de redirecionamento impróprio, não havendo, pois, que se falar em prescrição. Note-se, pois, que o crédito foi lançado em 24.04.96 (fl. 31) e a execução foi proposta em 1999 (fl 29), logo dentro no prazo qüinqüenal.

Não há como se vislumbrar, também, a ocorrência de prescrição intercorrente, pois, do instrumento formado, pode-se constatar que o feito não ficou paralisado por cinco anos e que a exeqüente não se quedou inerte. Neste aspecto, vale frisar que a agravante requereu a citação do agravante em 12.02.2003 (fl. 42), logo antes de configurada referida prescrição (já que a execução foi proposta em 1999), e a demora na citação deste não pode ser a ela atribuída.

Essa é, pois, a melhor exegese dos art. 527 c. c. o art. 557, e 267, III do CPC, dos art. 125, III, 174, I, do CTN. Destarte, não há que se falar em violação a tais dispositivos, o que fica aqui expressamente consignado, configurando o prequestionamento necessário a eventual interposição de recursos extraordinários, a fim de dispensar a oposição de embargos declaratórios para tal fim.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo legal.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

- Sobre o prazo de prescrição de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica, para o redirecionamento da execução em relação aos sócios da empresa executada, veja também o seguinte julgado: AC 2001.03.99.041046-0, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes, publicada na RTRF3R 96/209.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0029627-78.2010.4.03.0000
(2010.03.00.029627-5)

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA - TERCEIRA TURMA
Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO - PRIMEIRA TURMA
Parte Autora: MEIRELLES TEIXEIRA ADVOGADOS S/C
Parte Ré: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI
Classe do Processo: CC 12511
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO LETRÔNICO 04/07/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE DESEMBARGADORES FEDERAIS INTEGRANTES DA PRIMEIRA E TERCEIRA TURMAS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. EXTRAVIO DE CORRESPONDÊNCIA (SEDEX). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DIREITO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA SEGUNDA SEÇÃO.

- A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT é empresa pública federal que presta serviço público, cuja manutenção é da competência da União, nos termos do art. 21, X, da Constituição Federal, de sorte que, dada essa condição especial, a jurisprudência E. STF lhe reconheceu natureza distinta das empresas públicas comuns - constituídas para o exercício de atividade econômica e sujeitas a regime jurídico de direito privado, conforme previsão do art. 173, § 1º, II, e § 2º da CF/1988 -, atribuindo-lhe caráter autárquico e equiparando-a à Fazenda Pública.

- Quaisquer dúvidas acerca da natureza jurídica da atividade da ECT e do serviço por ela explorado foram definitivamente dirimidas pela Corte Suprema no julgamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46/DF.

- O fato de a autora da ação ter fundado a sua pretensão à reparação na culpa da ECT, atribuindo-lhe a prática de ilícito civil, e não na teoria do risco administrativo, ou seja, de ter sido invocada na inicial a responsabilidade subjetiva do Estado e não a objetiva (art. 37, § 6º, da CF), não implica na restrição da matéria aos lindes do direito privado, pois trata-se da responsabilidade civil do Estado, que tanto pode ser objetiva como subjetiva.

- Versando a demanda sobre o ressarcimento de danos supostamente causados pela ECT, que integra o conceito de Estado e de Fazenda Pública, a relação jurídica litigiosa refere-se à responsabilidade civil do Estado, matéria de competência das Turmas da Segunda Seção desta Corte.

- Conflito de Competência julgado improcedente, reconhecendo-se a competência da Segunda Seção deste Tribunal para o exame da matéria. Competência do Desembargador Federal suscitante declarada.

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, julgar

improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 29 de junho de 2011.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): Cuida-se de conflito negativo de competência, em que é suscitante o e. Desembargador Federal Carlos Muta, da 3ª Turma deste Tribunal e, suscitado, o e. Desembargador Federal Johonsom di Salvo, da 1ª Turma, nos autos de apelação em ação ordinária de indenização, ajuizada por Meirelles Teixeira Advogados S/C contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT objetivando o ressarcimento de danos materiais e morais decorrentes do extravio, em virtude de roubo, de correspondência - contendo a documentação original completa para a promoção de uma execução de títulos extrajudiciais (cheques), incluindo a inicial e comprovante de recolhimento de custas - confiada pela autora à ré para remessa ao destinatário por meio do sistema "SEDEX".

O Magistrado suscitado, a quem foi distribuída inicialmente a apelação, declinou da competência para julgá-la em favor da 2ª Seção, a teor do art. 10, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, e determinou a redistribuição dos autos, por entender tratar-se no caso de matéria de direito público, ao fundamento de se tratar de demanda em face de empresa pública federal responsável por "serviço público que compete constitucionalmente à União Federal", versando, além disso, "sobre a responsabilidade objetiva estatal" (fls. 20).

Redistribuído o feito, o Magistrado suscitante, de seu turno, em decisão de fls. 21/24, sustentou que a competência para o exame do caso cabe às Turmas da 1ª Seção desta Corte Regional, por ser de direito privado a relação jurídica discutida, ao argumento de que "a inicial não invocou a responsabilidade objetiva do Estado, mas apenas e exclusivamente a responsabilidade civil da ECT, por ter descumprido contrato, com extravio de encomenda SEDEX, tendo a r. sentença, inclusive, rejeitado solução fora dos limites específicos do direito privado", bem como "à luz da causa de pedir e do pedido deduzidos, é, tipicamente, a discussão jurídica fundada nos termos de um contrato de direito privado, firmado entre particular e empresa pública, em que se discute o valor das indenizações, uma, a ser recebida em decorrência do extravio de encomenda, consistente em documentos, em poder da parte ré para entrega a terceiro, e outra, pelos danos morais decorrentes do inadimplemento da obrigação contratual". Aduz não ter a condição de empresa pública da ECT o condão de converter a relação jurídica contratual, de direito privado e interesse exclusivo das partes envolvidas, em matéria de direito público e que é o pedido e a causa de pedir que definem a competência - não sendo possível, pois, ao Tribunal alterá-los, de ofício, para efeitos de fixação da competência interna para julgamento.

O e. Desembargador suscitado prestou informações, reiterando os argumentos da decisão em que declinou da competência (fls. 37).

O ilustre representante do Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pela procedência do conflito, manifestando-se no sentido da competência da 1ª Turma, da 1ª Seção deste Tribunal Regional Federal (fls. 39/42).

É o relatório.
Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DIVA MALERBI (Relatora): A questão posta nos autos refere-se à definição da competência para o processamento e julgamento de apelação em ação ordinária ajuizada objetivando a condenação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT ao pagamento de indenização por extravio de correspondência.

Busca a parte autora, com base no art. 1.059, c/c art. 159, do Código Civil de 1916 (correspondente, o primeiro, ao art. 402, e, o segundo, aos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil atualmente vigente), o reconhecimento do seu direito à reparação de danos materiais e morais que lhe teriam sido causados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, como responsável pelo extravio de encomenda por ela postada (cf. cópia da inicial, fls. 03/08).

De acordo com a narrativa da inicial, a ECT, tendo sido requerida diretamente, já reconhecera a sua responsabilidade e obrigação de indenizar, dispondo-se, no entanto, a pagar apenas a quantia de R$ 158,26, relativa à indenização e taxas postais, manifestamente insuficiente para recompor o prejuízo sofrido pela autora, que, somente no aspecto material, atingiria a soma de R$ 19.943,00, equivalente ao valor dos títulos executivos extrajudiciais contidos na correspondência.

A r. sentença de primeiro grau julgou improcedente a ação, ao fundamento, em síntese, de não ser possível atribuir à ECT responsabilidade por descumprimento da relação contratual firmada com a autora quando da postagem da sua encomenda no "SEDEX", uma vez que não houve, naquela ocasião, a descrição dos documentos postados e a declaração do seu valor, condição legal, regulamentar e contratual - expressa no verso do certificado de postagem do "SEDEX" - para o pagamento de indenização correspondente ao suposto valor dos bens extraviados (cf. cópia de fls. 09/19).

Nesta Corte, de acordo com o art. 10, *caput*, do seu Regimento Interno, "a competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa".

O mesmo dispositivo regimental, em seu § 1º, inc. III, confere à Primeira Seção a competência para o processamento e julgamento dos feitos relativos à matéria de direito privado, prevendo, outrossim, no § 2º, caber à Segunda Seção o exame das matérias de direito público, ressalvadas, dentre estas, as de competência das outras Seções.

Com efeito, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT é empresa pública federal que não explora atividade econômica em sentido estrito, mas sim prestação de serviço público, cuja manutenção é da competência da União, nos termos do art. 21, X, da Constituição Federal, de sorte que, dada essa condição especial, a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal lhe reconheceu natureza distinta das empresas públicas comuns - constituídas para o exercício de atividade econômica e sujeitas a regime jurídico de direito privado, conforme previsão do art. 173, § 1º, II, e § 2º da CF/1988 -, atribuindo-lhe caráter autárquico e equiparando-a à Fazenda Pública.

Nesse sentido, com relação à ECT, já se pronunciou o Excelso Pretório em diversas ocasiões, firmando entendimento a respeito do direito da empresa à impenhorabilidade

dos bens e à execução por meio de precatório, bem como à imunidade tributária recíproca (*v. g.*: ACO 765/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. 13.05.2009, DJe 04.09.2009; RE 407099/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 22.06.2004, DJ 06.08.2004; RE 220906/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 16.11.2000, DJ 14.11.2002; RE 220907/RO, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 12.06.2001, DJ 31.08.2001).

Quaisquer dúvidas acerca da natureza jurídica da atividade da ECT e do serviço por ela explorado foram definitivamente dirimidas pela Corte Suprema em recente julgamento, quando, ao apreciar Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proposta visando fundamentalmente o questionamento da constitucionalidade do monopólio da entrega de correspondências, declarou expressamente que "o serviço postal - conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado - não consubstancia atividade econômica em sentido estrito", mas sim "serviço público", e "é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969", que "deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal" (ADPF 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 05.08.2009, DJe 26.02.2010).

Assim, de acordo com a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, a ECT, por ser empresa pública exploradora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (União Federal), tem natureza de autarquia e não se confunde com a empresa pública que exerce atividade econômica em sentido estrito, razão pela qual, diferentemente desta, está reconhecidamente sujeita a regime jurídico de direito público.

Certo é, também, que à ECT, como empresa prestadora de serviço público, se aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, consoante reconhecido inclusive nos julgados do STF (*v. g.*: RE 407099/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 22.06.2004, DJ 06.08.2004; RE 220907/RO, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 12.06.2001, DJ 31.08.2001).

Por outro lado, conforme destacou o Magistrado suscitante, não se invocou na inicial como fundamento do pedido a responsabilidade objetiva do Estado, nem figurou esta entre as razões de decidir da sentença de primeiro grau.

Tal circunstância, no entanto, não autoriza a conclusão de que a relação jurídica litigiosa, no caso, se situa dentro dos limites do direito privado.

É que a relação jurídica discutida nos autos se refere, nitidamente, à responsabilidade civil do Estado, tendo em vista a natureza jurídica da ECT e do serviço público por ela prestado.

Deveras, é indubitável que a ECT, embora constituída originariamente com personalidade jurídica de direito privado - nos termos do art. 1º do Decreto-Lei nº 509/1969, que se reporta explicitamente ao art. 5º, II, do Decreto-Lei nº 200/1967 -, se inclui no conceito de Estado, posto que "integra o conceito de fazenda pública", conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE 229944/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 19.06.2001, DJ 31.08.2001).

Ademais, não se pode olvidar que a matéria referente à Administração Pública, na Constituição, está localizada em capítulo (Cap. VII) inserido no Título III, designado "Da Organização do Estado".

Assim, versando a demanda na hipótese em tela sobre o ressarcimento de danos

causados pela ECT, a matéria objeto da lide, ressalte-se, é a responsabilidade civil desta última, responsabilidade civil do Estado, portanto.

Vale dizer, não é por se cuidar de hipótese de responsabilidade civil da ECT que se poderá qualificar a matéria como de direito privado.

Cabe lembrar mais uma vez, nesse passo, a natureza jurídica da ECT, em virtude da qual seus bens são considerados bens públicos e, se condenada judicialmente, deve a execução submeter-se ao regime de precatório.

Merece menção, por oportuno, quanto ao caráter público do patrimônio da ECT, o pronunciamento do Ministro Eros Grau em decisão proferida na ACO nº 865/DF: "Retorno ao texto do artigo 12 do decreto-lei 509/69 para lembrar que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos goza dos mesmos privilégios concedidos à Fazenda Pública, explora serviço de competência da União - serviço público federal - e, *sendo mantida pela União Federal (CB, artigo 21, X), seus bens consubstanciam propriedade pública, estando integrados à prestação de serviço público* (destaque nosso). Esse patrimônio identifica-se com aquele que a Constituição define como imune aos impostos da titularidade de qualquer pessoa de direito público" (*in*: STF, ACO nº 865/DF, Min. Eros Grau, d. 04.05.2006, DJ 10.05.2006).

Da mesma forma, o fato de a autora da ação ter fundado a sua pretensão à reparação na culpa da ECT, atribuindo-lhe a prática de ilícito civil (art. 159 do CC revogado, equivalente ao art. 927, *caput*, c/c art. 186 do novo CC), e não na teoria do risco administrativo, ou, por outras palavras, de ter sido invocada na inicial a responsabilidade subjetiva do Estado e não a objetiva (art. 37, § 6º, da CF), também não implica na restrição da matéria aos lindes do direito privado, pois, de qualquer maneira, trata-se da responsabilidade civil do Estado, que tanto pode ser objetiva como subjetiva.

A coexistência, no nosso ordenamento jurídico, das duas formas de responsabilidade do Estado, subjetiva (baseada na teoria da culpa) e objetiva (baseada na teoria do risco administrativo), é confirmada em diversos precedentes do C. Supremo Tribunal Federal, a exemplo dos que se seguem:

> "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."
> (RE 382054/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 03.08.2004, DJ 01.10.2004.)

> "*Responsabilidade civil do Estado: furto de automóvel em estacionamento mantido por Município: condenação por responsabilidade contratual que não*

contraria o art. 37, § 6º, da Constituição. Ao oferecer à freguesia do mercado a comodidade de estacionamento fechado por grades e cuidado por vigias, o Município assumiu o dever específico de zelar pelo bem que lhe foi entregue, colocando-se em posição contratual similar à do depositário, obrigado por lei 'ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma com o que lhe pertence' (Cód. Civ., art. 1.266). Em tal hipótese, a responsabilidade do Município por dano causado ao proprietário do bem colocado sob sua guarda, não se funda no art. 37, § 6º, da Constituição, mas no descumprimento de uma obrigação contratual."
(RE 255731/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 09.11.1999, DJ 26.11.1999.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: *FAUTE DE SERVICE*. C. F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses. IV. - Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da *faute de service*. V. - R. E. não conhecido."
(RE 179147/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. 12.12.1997, DJ 27.02.1998.)

O ponto nodal para a definição da questão da competência, *in casu*, reside na presença da responsabilidade civil do Estado, na qual se inclui a responsabilidade civil da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, como fundamento da pretensão deduzida na inicial.

Por conseguinte, a competência é da Segunda Seção e suas Turmas, no âmbito desta Corte Regional, para a apreciação da matéria.

Ante o exposto, julgo improcedente o presente conflito de competência, declarando competente para o processamento e julgamento da apelação o e. Desembargador Federal Carlos Muta, o suscitante, integrante da Terceira Turma, da Segunda Seção deste Tribunal.

É como voto.

Desembargadora Federal DIVA MALERBI - Relatora

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0030065-07.2010.4.03.0000
(2010.03.00.030065-5)

Suscitante: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES - TERCEIRA TURMA
Suscitado: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO - PRIMEIRA TURMA
Parte Autora: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
Parte Ré: LIMA MACHADO MARKETING E PROMOÇÕES S/C LTDA.
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SUZANA CAMARGO
Classe do Processo: CC 12541
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/06/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE POSICIONAMENTO FIRMADO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. NEGÓCIO JURÍDICO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. MATÉRIA DE DIREITO PRIVADO. COMPETÊNCIA DA 1ª SEÇÃO DESTE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL.

- Nas hipóteses em que o Órgão Especial deste Egrégio Tribunal ainda não tenha firmado jurisprudência, inexistindo, portanto, parâmetro para decidir-se de plano o Conflito de Competência, conforme permitido pelo parágrafo único do art. 120, do Código de Processo Civil, deve ser o mesmo processado e julgado pelo colegiado.
- A discussão a respeito de descumprimento de cláusula contratual praticada por empresa que efetuou negócio jurídico com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT consiste em questão de índole contratual regida pelas regras de Direito Privado.
- Não se trata, ademais, de hipótese de contrato administrativo, o que corrobora a tese de que se trata de questão disciplinada pelo Direito Privado.
- Portanto, o feito encontra-se dentro da competência da Egrégia 1ª Seção desta Corte Regional, dado configurar, inequivocamente, matéria de Direito Privado, conforme o que dispõe o art. 10, § 1º, inciso III, do Regimento Interno.
- *Conflito de competência julgado procedente*.

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, *julgar procedente o conflito de competência*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de junho de 2011.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO (Relatora): Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela Exma. Sra. Desembargadora Federal

Cecília Marcondes, integrante da Terceira Turma, em face do Exmo. Sr. Desembargador Federal Johonsom di Salvo, da Primeira Turma deste Egrégio Tribunal, relativo ao recurso de agravo de instrumento nº 0030718-77.2008.403.0000/SP.

O agravo de instrumento acima mencionado foi extraído dos autos de ação ordinária, onde se discute descumprimento contratual relativo a negócio jurídico travado entre a ECT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e pessoa jurídica de Direito Privado.

Recebido inicialmente pela Primeira Turma, foram os autos distribuídos à relatoria do Exmo. Sr. Desembargador Federal Johonsom di Salvo, fls. 106, que examinou o recurso liminarmente, fls. 107/108, indeferindo o pedido de isenção de custas pertinentes à ECT, inclusive na relatoria de agravo regimental, fls. 134/140.

Em virtude da decisão no agravo regimental, fls. 142/143, o agravo de instrumento que constitui o feito principal deste Conflito de Competência teve novamente seguimento. E, nesse sentido, o Desembargador Federal suscitado inclusive deferiu a medida antecipatória buscada no agravo de instrumento.

Entretanto, em decisão posterior, fls. 146/147, optou aquele Desembargador Federal por remeter o feito à Segunda Seção, sob o fundamento de que se trataria de discussão a respeito de serviços públicos (correio), tendo então sido distribuído à Desembargadora Federal Cecília Marcondes, da Terceira Turma.

Essa magistrada, por seu turno, veio a suscitar o presente conflito negativo de competência em face do Exmo. Sr. Desembargador Federal Johonsom di Salvo (fls. 149/151), ao argumento de não se tratar de matéria relativa a Direito Público, mas eminentemente matéria de Direito Privado, de competência, portanto, da Primeira Seção desta Corte.

Por decisão da Presidência deste Tribunal, fls. 02, foram os autos distribuídos ao Órgão Especial, vindo então à minha Relatoria.

Em sede de liminar, coube-me apenas designar um dos magistrados em conflito para apreciar as medidas urgentes, nos termos dos arts. 119 e 120 do Código de Processo Civil. De sorte que designei para tanto o Desembargador Federal Johonson di Salvo.

Nesse jaez, meu entendimento foi no sentido de que o feito encontra-se dentro da competência da Egrégia 1ª Seção desta Corte Regional, dado configurar, numa primeira análise, matéria de Direito Privado.

Solicitadas informações ao eminente Desembargador Federal suscitado, este reiterou os fundamentos da decisão proferida em 17/08/2010, fls. 146, na qual declina a competência para a E. 2ª Seção desta Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se, fls. 164/166, pela procedência do conflito negativo de competência para que o feito seja remetido para a 1ª Turma, da 1ª Seção do TRF/3ª para processamento e julgamento do agravo interposto.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO (Relatora): Inicialmente, é de se destacar que o Órgão Especial deste Egrégio Tribunal ainda não firmou jurisprudência em casos semelhantes ao presente, inexistindo, portanto, parâmetro para decidir-se de plano este Conflito de Competência, conforme permitido pelo parágrafo único do art. 120, do Código de Processo Civil.

A ação ordinária de cobrança, de onde se extraiu o agravo de instrumento, foi movida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) em face da agravada, Lima Machado Marketing e Promoções S/C Ltda., com o intuito de recebimento de faturas não adimplidas, oriundas da prestação de serviços de correspondência agrupada (SERCA).

O quanto narrado nos autos demonstra, a princípio, que a discussão em tela está consubstanciada em matéria contratual por essência, não se confundindo com o tema dos contratos administrativos, aí sim discussão de competência das Turmas componentes da Segunda Seção desta Corte Regional.

Ademais, como bem salientou o Procurador Regional da República em seu parecer de fls. 163/166, este Órgão Especial, em caso semelhante, em Sessão de 13/01/2010, julgou conflito de competência que envolvia a ECT e matéria de direito privado:

> "PROCESSO CIVIL - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - MANDADO DE SEGURANÇA - EMPRESA PÚBLICA FEDERAL - ATO PRATICADO POR JUIZ ESTADUAL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - DISCUSSÃO SOBRE CONVÊNIO MÉDICO DE NATUREZA PRIVADA - CONFLITO PROCEDENTE - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO DECLARADA.
> 1. Preliminarmente, foi reconhecida a competência desta Corte, para processar e julgar mandado de segurança impetrado por empresa pública federal em face de ato praticado por Juiz Estadual, nos termos do voto do Desembargador Federal MAIRAN MAIA.
> 2. O mandado de segurança foi distribuído, inicialmente, ao Juízo Suscitado, da Primeira Seção, que o admitiu, reconheceu a competência desta Corte Regional e indeferiu o pedido de liminar (fls. 139/142).
> 3. Posteriormente, houve a redistribuição do feito à Segunda Seção, sob o fundamento de que a matéria se inseria no âmbito de sua competência.
> 4. A par do pensamento externado pelo E. Relator originário, a competência é da Primeira Seção desta Corte Regional, nos termos do artigo 10, § 1º, III, do Regimento Interno deste Tribunal Regional Federal, na medida em que o convênio médico mantido pela impetrante em favor de seus funcionários e, conseqüentemente, de seus dependentes - denominado Correios Saúde - é de natureza privada.
> 5. Não se confunde com o convênio médico ao qual se refere a Tabela Única de Assuntos - TUA, instituída pela Resolução n. 317, de 26 de maio de 2003, relacionado à saúde pública e submetido ao Sistema Único de Saúde - SUS, controlado pela Agência Nacional de Saúde - ANS.
> 6. Trata-se, no caso, de plano de saúde de autogestão, oferecido voluntariamente pela Impetrante aos seus empregados, revestindo-se de natureza privada e, por isso, se inserindo na competência da Primeira Seção desta Corte Regional.
> 7. A utilização da tabela de classificação dos feitos distribuídos como parâmetro para aferir a competência dos órgãos fracionários desta Corte é insuficiente, porquanto excessivamente genérica. Somente a análise do objeto em litígio permite verificar, com o mínimo de segurança, a natureza jurídica da tutela jurisdicional pretendida e, por conseguinte, a competência do órgão julgador.
> 8. Conforme previsão no artigo 10, *caput*, de nosso Regimento Interno: 'A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função

da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa'.
9. Conflito julgado procedente, para declarar a competência do Juízo Suscitado." (Processo 2009.03.00012265-9, Relatora Desembargadora Ramza Tartuce, Órgão Especial, TRF/3, Publicado em 26/2/2010)

Do mesmo modo, também no presente caso o feito se enquadra na esfera de competência da 1ª Seção desta Colenda Corte, em particular no que dispõe o art. 10, § 1º, inciso III, de seu Regimento Interno:

"§ 1º - À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos:
(...)
III - à matéria de direito privado, dentre outras:
a) domínio e posse;
b) locação de imóveis;
c) família e sucessões;
d) direitos reais sobre a coisa alheia;
e) constituição, dissolução e liqüidação de sociedades;"

Ante o exposto, voto *pela procedência do* presente incidente e declaro a competência do suscitado, Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, componente da 1ª Turma da 1ª Seção deste Tribunal para processar e julgar o agravo de instrumento que ensejou este conflito de competência.

Desembargadora Federal SUZANA CAMARGO - Relatora

- Sobre conflito de competência, versando sobre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, em matéria de direito público, veja também o seguinte julgado: CC 0029627-78.2010.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, publicado nesta edição, RTRF3R 107/340.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0035216-51.2010.4.03.0000
(2010.03.00.035216-3)

Agravante: DROGARIA SÃO PAULO S/A
Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA
Classe do Processo: AI 424444
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/06/2011

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DROGARIA. OBRIGATORIEDADE DE MANUTENÇÃO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO DURANTE TODO O PERÍODO DE FUNCIONAMENTO. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO DE MULTA À RÉ EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL POR PESSOA JURÍDICA DIVERSA, DA QUAL É SÓCIA, E QUE UTILIZA O SEU NOME FANTASIA.

I - Hipótese em que a Agravante busca a reforma decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, nos autos suplementares de impugnação ao cumprimento provisório da sentença proferida nos autos da ação civil pública nº 97.0056207-7, determinou, além do pagamento da multa aplicada à Ré (que não é objeto do presente recurso), o pagamento da multa no valor R$ 14.473,39, referente a 14 autos de infração lavrados contra a empresa Ferreira Bentes Comércio de Medicamentos Ltda., sob o argumento de que tal empresa, da qual é sócia majoritária, não figurou como Ré na ação civil pública originária, de modo que não seria alcançada pelos efeitos do decidido naqueles autos, e ainda que o fosse, a multa pelo descumprimento não poderia ser cobrada da Agravante, sem que houvesse a comprovação de fraude, por se tratarem de pessoas jurídicas diversas.

II - A ação civil pública originária, foi proposta pelo Ministério Público Federal, tendo como assistente o Conselho Regional de Farmácia, objetivando seja determinado à empresa, ora Agravante, a manutenção, em seus estabelecimentos, em período integral, de responsável técnico devidamente inscrito no Conselho Regional de Farmácia, sob pena de multa a cada um de seus estabelecimentos no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Tal pretensão fundamentou-se na defesa dos interesses difusos e coletivos, constitucionalmente assegurados, dentre os quais a saúde dos consumidores e a fiscalização sobre atividades regulamentadas.

III - O pedido foi julgado procedente, tendo sido posteriormente dado parcial provimento à apelação para reduzir a multa para R$ 1.000,00 (mil reais), por estabelecimento. Tal acórdão foi mantido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial e, encontra-se pendente de julgamento o recurso extraordinário interposto pela ora Agravante.

IV - Ainda que se tratem de pessoas jurídicas diversas, por possuírem razão social e CNPJ distintos, constata-se da leitura dos autos de infração que todos os estabelecimentos comerciais da empresa Ferreira Bentes Comércio de Medicamentos Ltda., utilizam o nome fantasia “Drogaria São Paulo”, também utilizado pela ora Agravante, o que aliás é confirmado por ela nas razões do recurso.

V - Nesse contexto, em que pesem os argumentos da Agravante, considerando os interesses difusos e coletivos tutelados na ação civil pública nº 97.0056207-7, notadamente a saúde dos consumidores de medicamentos que confiam em seu nome comercial, os quais não fazem distinção, nem perguntam a razão social ao realizarem suas compras, não vislumbro razão para a reforma da decisão agravada.
VI - Outrossim, consta da cláusula quinta do contrato social da empresa Ferreira Bentes Comércio de Medicamentos Ltda. (fls. 776/794), que a Agravante detém 99,9% de suas cotas sociais, sendo que 0,01% das cotas, correspondentes a uma única cota, pertencem ao sócio Ronaldo José Neves de Carvalho que, à época da propositura da aludida ação civil pública, assinava pela ora Agravante, assim como a administração da aludida empresa, é exercida por dois administradores designados pela ora Agravante.
VII - Agravo de Instrumento Improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de maio de 2011.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

O Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto por *DROGARIA SÃO PAULO S. A.*, contra a decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, nos autos suplementares de impugnação ao cumprimento provisório da sentença proferida nos autos da ação civil pública nº 97.0056207-7, determinou, além do pagamento da multa aplicada à Ré (que não é objeto do presente recurso), o pagamento da multa no valor R$ 14.473,39, referente a 14 autos de infração lavrados contra a empresa Ferreira Bentes Comércio de Medicamentos Ltda., da qual é sócia.

Sustenta, em síntese, ser a única Ré nos autos da ação civil pública originária, proposta pelo Ministério Público Federal, tendo como assistente o Conselho Regional de Farmácia, objetivando seja determinado à empresa, a manutenção, em seus estabelecimentos, em período integral, de responsável técnico devidamente inscrito no Conselho Regional de Farmácia, sob pena de multa a cada um de seus estabelecimentos no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

O pedido foi julgado procedente, tendo sido posteriormente dado parcial provimento à apelação para reduzir a multa para R$ 1.000,00 (mil reais), por estabelecimento. Tal acórdão foi mantido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial e, encontra-se pendente de julgamento o recurso extraordinário interposto pela ora Agravante.

Afirma que o Ministério Público Federal, na fase de cumprimento provisório de sentença, pleiteou a inclusão de 14 autos de infração lavrados contra a empresa Ferreira

Bentes Comércio de Medicamentos Ltda., a qual não figurou como Ré na ação civil pública originária.

Argumenta que a previsão contida no art. 16, da Lei nº 7.347/85, nos sentido de que "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator ...", à vista do disposto no art. 19, da Lei nº 7.347/85, deve ser interpretada em consonância com o disposto no art. 472, do Código de Processo Civil, segundo o qual, "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros".

Assevera que, não obstante o fato de a Agravante ser sócia majoritária da empresa Ferreira Bentes Comércio de Medicamentos Ltda.; não pode ser responsabilizada pelos atos praticados por tal empresa, justamente porque são empresas diversas, que possuem CNPJ's próprios e administrações distintas e que pagam seus impostos e cumprem com obrigações sanitárias independentemente uma da outra.

Salienta que nem há que se falar em fraude, simulação ou forma de burlar a sentença proferida, na medida em que a aquisição de controle acionário é lícita e inerente às atividades da Agravante.

Aduz que a responsabilização da Agravante, na qualidade de sócia da empresa Ferreira Bentes Comércio de Medicamentos Ltda., somente seria possível em caso de desconstituição de sua personalidade jurídica, após comprovados todos os requisitos necessários para tanto, o que não ocorreu no presente caso.

Requer a concessão do efeito suspensivo ativo, a fim de suspender a execução das multas aplicadas à empresa Ferreira Bentes Comércio de Medicamentos Ltda., no valor de R$ 14.473,39 (quatorze mil, quatrocentos e setenta e três reais e trinta e nove centavos) e, ao final, seja dado provimento ao presente recurso.

Intimado, o Ministério Público Federal apresentou a contraminuta, pugnando pela manutenção da decisão agravada (fls. 1136/1141).

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

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

No presente caso, a Agravante busca a reforma decisão proferida pelo MM. Juízo *a quo* que, nos autos suplementares de impugnação ao cumprimento provisório da sentença proferida nos autos da ação civil pública nº 97.0056207-7, determinou, além do pagamento da multa aplicada à Ré (que não é objeto do presente recurso), o pagamento da multa no valor R$ 14.473,39, referente a 14 autos de infração lavrados contra a empresa Ferreira Bentes Comércio de Medicamentos Ltda., da qual é sócia.

Observo que a ação civil pública originária foi proposta pelo Ministério Público Federal, tendo como assistente o Conselho Regional de Farmácia, objetivando seja determinado à empresa, ora Agravante, a manutenção, em seus estabelecimentos, em período integral, de responsável técnico devidamente inscrito no Conselho Regional de Farmácia, sob pena de multa a cada um de seus estabelecimentos no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Conforme infere-se da petição inicial, tal pretensão fundamentou-se na defesa dos interesses difusos e coletivos, constitucionalmente assegurados, dentre os quais a saúde

dos consumidores e a fiscalização sobre atividades regulamentadas (fls. 886/906).

O pedido foi julgado procedente, tendo sido posteriormente dado parcial provimento à apelação para reduzir a multa para R$ 1.000,00 (mil reais), por estabelecimento. Tal acórdão foi mantido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial e, encontra-se pendente de julgamento o recurso extraordinário interposto pela ora Agravante (fls. 24/32 e 43/69).

A Agravante pretende a reforma da decisão agravada sob o argumento de que a empresa Ferreira Bentes Comércio de Medicamentos Ltda., da qual é sócia majoritária, não figurou como Ré na ação civil pública originária, de modo que não seria alcançada pelos efeitos do decidido naqueles autos, e ainda que o fosse, a multa pelo descumprimento não poderia ser cobrada da Agravante sem que houvesse a comprovação de fraude, por se tratarem de pessoas jurídicas diversas.

Com efeito, ainda que se tratem de pessoas jurídicas diversas, por possuírem razão social e CNPJ distintos, constata-se da leitura dos quatorze autos de infração (fls. 632, 641, 672, 677, 678, 682, 686, 690, 691, 692, 706, 724, 731 e 737), que todos os estabelecimentos comerciais da empresa Ferreira Bentes Comércio de Medicamentos Ltda., utilizam o nome fantasia “Drogaria São Paulo”, utilizado pela ora Agravante, o que, aliás, é confirmado por ela nas razões do recurso.

Nesse contexto, em que pesem os argumentos da Agravante, considerando os interesses difusos e coletivos tutelados na ação civil pública nº 97.0056207-7, notadamente a saúde dos consumidores de medicamentos que confiam em seu nome comercial, os quais não fazem distinção, nem perguntam a razão social ao realizarem suas compras, não vislumbro razão para a reforma da decisão agravada.

Ademais, verifico constar da cláusula quinta do contrato social da empresa Ferreira Bentes Comércio de Medicamentos Ltda. (fls. 776/794), que a Agravante detém 99,9% de suas cotas sociais, sendo que 0,01% das cotas, correspondentes a uma única cota, pertencem ao sócio Ronaldo José Neves de Carvalho que, à época da propositura da aludida ação civil pública, assinava pela ora Agravante, conforme procuração de fls. 1116.

Vale acrescentar ainda, que a administração da empresa Ferreira Bentes Comércio de Medicamentos Ltda., é exercida por dois administradores designados pela ora Agravante (fl. 773).

Pelo exposto, *NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO*.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

- Sobre a obrigatoriedade da presença de responsável técnico nas farmácias e drogarias, veja também o seguinte julgado: AMS 1999.61.00.023344-1-SP, Relatora Desembargadora Federal Salette Nascimento, publicada na RTRF3R 58/260.

AGRAVO DE INSTRUMENTO
0037187-71.2010.4.03.0000
(2010.03.00.037187-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravado: ESPEDITO MOSCARDIN
Codinome: ESPEDITO MOSCARDINI
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SERTÃOZINHO - SP
Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA MÁRCIA HOFFMANN
Classe do Processo: AI 426132
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/06/2011

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DEMANDA AJUIZADA NA JUSTIÇA ESTADUAL. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO INSS. TAXA DE PORTE DE REMESSA E RETORNO DOS AUTOS. PREVISÃO NA LEI ESTADUAL Nº 11.608/2003. OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO NÃO REGULAMENTADA.
- A cobrança de custas nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal, rege-se pela legislação estadual (artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9.289/96).
- A Lei Estadual nº 11.608/03, embora isente da taxa judiciária, em seu artigo 6º, a União, o Estado, o Município, bem como as respectivas autarquias e fundações, além do Ministério Público, estabelece, no artigo 2º, parágrafo único, inciso II, que *na taxa judiciária não se incluem as despesas com o porte de remessa e de retorno dos autos, no caso de recurso*.
- Embora, no caso em exame, se trate de demanda ajuizada na justiça estadual, o Provimento CG nº 27, de 13.10.2004, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, editado em decorrência do advento da Lei nº 11.608/2003, deixou de regulamentar o recolhimento da taxa de porte de remessa e de retorno dos autos, não havendo como determinar o seu pagamento.
- Agravo de instrumento a que se dá provimento.

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 o Desembargador Federal Newton De Lucca acompanhou o voto da Relatora, pela conclusão.

São Paulo, 23 de maio de 2011.

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN (Relatora): Cuida-se de agravo de instrumento interposto de decisão que determinou o recolhimento do porte de remessa e retorno pelo INSS, sobe pena de não recebimento de sua apelação.

Requer, o agravante, a antecipação dos efeitos da pretensão recursal, determinando-se

o recebimento de seu recurso de apelação, alegando inaplicabilidade da Lei Estadual 11.608/03 a Autarquia Previdenciária, ou ainda deferindo-se à autarquia o direito de recolhimento das custas processuais somente ao final, se vencida.

Às fls. 126/129, determinei a suspensão do cumprimento da decisão agravada, para o recebimento do recurso de apelação do INSS, independentemente do recolhimento de preparo.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN (Relatora): Cuida-se de agravo de instrumento interposto de decisão que determinou o recolhimento de custas pelo INSS.

Às fls. 126/129, assim decidi:

> "No tocante ao pleito da autarquia - pagamento das custas somente ao final da demanda, nos termos do artigo 27 do Código de Processo Civil -, decidiu a Desembargadora Federal Therezinha Cazerta, em sede de ação rescisória (nº 0004266-59.2010.403.0000), embora relativa à legislação do Estado de São Paulo:
> 'A Lei nº 9.289/96, que dispõe sobre as custas devidas na Justiça Federal de 1º e 2º graus e, dentre outros regramentos, isenta do pagamento de custas a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações (artigo 4º, inciso I), estabelece, através do § 1º de seu artigo 1º, que "rege-se pela legislação estadual respectiva a cobrança de custas nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal".
> Com efeito, o INSS, autarquia federal, valendo-se dos serviços judiciários estaduais, ao recorrer de sentença proferida nos moldes do artigo 109, § 3º, da CF, sujeita-se ao regime de custas estabelecido pela legislação do Estado de São Paulo.
> Nesse sentido, prescreve o artigo 6º da Lei Estadual nº 11.608, de 29.12.03 que "A União, o Estado, o Município e respectivas autarquias e fundações, assim como o Ministério Público, estão isentos da taxa judiciária".
> No entanto, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, inciso II, da lei estadual supra, "na taxa judiciária não se incluem as despesas com o porte de remessa e de retorno dos autos, no caso de recurso".
> Destarte, tratando-se de demanda ajuizada na justiça estadual, há que se observar os termos do inciso II do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 11.608/2003.
> Ressalte-se que a Lei nº 11.608/2003, nesse aspecto, em nada infringe o disposto no artigo 511 do Código de Processo Civil, o qual determina que, "no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, *quando exigido pela legislação pertinente*, o respectivo preparo, *inclusive porte de remessa e de retorno*, sob pena de deserção".
> A respeito da autonomia dos Estados para legislar sobre o assunto, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:
> "CUSTAS ESTADUAIS. INSS. ISENÇÃO. DESCABIMENTO.

- não pode a lei federal isentar o INSS de custas estaduais, em respeito a autonomia estadual e principio federativo, inscritos na própria constituição federal (arts. 24, IV, e 25).
- embargos rejeitados."
(ERESP 66654/SC - Processo nº 1996/0006428-8, STJ, Terceira Seção, Rel. Min. William Patterson, j. 24.04.1996, DJ 24.06.1996, p. 22721).
No julgado supra, o Ministro William Patterson, em seu voto vencedor, assim expôs:
"(...) a Constituição, no seu artigo 25, declara que os Estados organizam sua justiça, observados os princípios nela estabelecidos. As custas incluem-se na organização judiciária. Como se não bastasse, o art. 24, item IV, da Lei Maior, confere aos Estados a competência para legislar, concorrentemente, sobre custas dos serviços forenses. Uma lei federal não pode interferir na autonomia do Estado, para isentar Órgão Federal de taxas de serviços prestados que revertem em seu benefício. O problema é de aplicação do princípio constitucional da autonomia estadual, respeitado o princípio federativo."
Acompanhando o voto vencedor, manifestou-se o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:
'"Compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre custas e serviços forenses.'
Conseqüentemente, por determinação constitucional, a isenção, na área federal, só poderá ser dada por lei federal e, na estadual, por lei estadual."
Atente-se para o fato de que a Lei nº 11.608/2003/SP é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3154, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, em 03.03.2004 - Relator Ministro Menezes Direito -, e que, a propósito do recolhimento da taxa de porte de remessa e retorno dos autos, especificamente, foi reconhecida, em 17.10.2008, a existência de repercussão geral de questão constitucional, no Recurso Extraordinário nº 594.116-7 - de mesma relatoria -, interposto pelo INSS.
Em 14.05.2009, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da ADI nº 3154, sendo que "o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista da Senhora Ministra Cármen Lúcia", no tocante ao artigo 4º, *caput* e § 1º. Quanto aos demais dispositivos da referida Lei, o Relator, Ministro Menezes Direito afastou, inicialmente, a alegação de inconstitucionalidade do *artigo 2º, parágrafo único, inciso II*, segundo o qual, 'na taxa judiciária não se incluem as despesas com o porte de remessa e retorno dos autos, no caso de recurso', no que foi acompanhado pela maioria da Corte, vencido o Ministro Marco Aurélio. Por fim, o Relator, acompanhado pela maioria (vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto), julgou improcedente o pedido de inconstitucionalidade da íntegra da Lei nº 11.608/2003.
Conquanto recentemente tenha decidido na 8ª Turma (AG 2009.03.00.034712-8, Diário Eletrônico de 3.2.2010) em tais termos, ou seja, pela obrigatoriedade do recolhimento da taxa de porte e remessa nos moldes da lei estadual em epígrafe, cumpre reconhecer que a questão é complexa e aparentemente não se esgota neste aspecto, pelo que nem mesmo o reconhecimento da constitucionalidade do dispositivo em questão teria o condão de refutar totalmente a tese apresentada pelo ente autárquico, remanescendo, ainda, discussão acerca da incidência na espécie

do comando inserto no artigo 27 do Código de Processo Civil.
No âmbito desta Corte Regional, não são poucos os julgados admitindo que, embora o INSS não esteja isento do recolhimento do porte de remessa e retorno, tais despesas devem ser pagas somente ao final, não se exigindo o adiantamento por conta da interposição do recurso de apelação.
Confira-se, a propósito:
"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PORTE DE REMESSA E RETORNO. ISENÇÃO. INSS. INOCORRÊNCIA. PAGAMENTO A FINAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.
- Agravo de instrumento contra decisão, que deixou de receber apelo, em função da ausência do recolhimento do porte de remessa e retorno.
- O INSS não está isento das despesas em foco (Súmula STJ nº 178 e Lei Paulista nº 11.608/2003).
- Aplicabilidade do art. 27 do CPC, pelo qual as despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas, a final, pelo vencido. Precedentes.
- Agravo de instrumento, parcialmente, provido. Agravo interno do INSS, tido por prejudicado."
(AG nº 244335 - Processo nº 2005.03.00.066826-2/SP, 10ª Turma, rel. Desembargadora Federal Anna Maria Pimentel, j. 18.9.2007, v. u., DJU de 3.10.2007)
"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECOLHIMENTO DA TAXA DE PORTE DE REMESSA E RETORNO. LEI ESTADUAL. DESPESA PROCESSUAL. AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA DESOBRIGADA DO ADIANTAMENTO.
1. A legislação federal, tanto quanto a estadual, assegura isenção de custas processuais (taxa judiciária) ao INSS. Todavia, tramitando o processo perante a Justiça Estadual, o porte de remessa e retorno não se enquadra no feixe de hipóteses abrangidas pela taxa judiciária, a teor do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 11.608/2003, do Estado de São Paulo, previsão normativa que se mostra razoável e coerente, porquanto a taxa judiciária pressupõe a prestação de serviços públicos tipicamente forenses, isto não ocorrendo na hipótese de execução da remessa e retorno dos autos, em virtude de recurso, cujo serviço não é realizado pela própria estrutura do Poder Judiciário, mas sim por prestadora de serviços públicos (Correios). Assim, diante da legislação estadual, a exigência de pagamento do porte de remessa e retorno se insere no conceito de despesa processual, da qual não se encontra isenta a autarquia previdenciária.
2. Embora não esteja isenta do pagamento do 'porte de remessa e retorno, não está a autarquia previdenciária obrigada a proceder ao adiantamento de tal despesa processual, sendo aplicável ao caso o disposto no artigo 27 do Código de Processo Civil.
3. Agravo de instrumento parcialmente provido."
(AG nº 209325 - Processo nº 2004.03.00.030000-0/SP, 10ª Turma, rel. Desembargador Federal Galvão Miranda, j. 19.10.2004, v. u., DJU 29.11.2004)
"CONSTITUCIONAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS. DEFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE OBTENÇÃO DA PRESTAÇÃO. PRESENÇA. TERMO INICIAL DA PRESTAÇÃO. CUSTAS

PROCESSUAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA O DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO DE OFÍCIO. CARÊNCIA DA AÇÃO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA A CAUSA DO INSS.

..... *omissis* .....

IX - Por força da revogação da Lei nº 4.952/85, do Estado de São Paulo, pela Lei nº 11.608/2003, cabe ao INSS arcar, a título de custas processuais, somente com as despesas de porte e retorno, segundo seu art. 2º, parágrafo único, inciso II, a serem calculadas a final. Precedentes.

..... *omissis* .....

XIII - Apelação e remessa oficial parcialmente providas, para estabelecer como devida, a título de custas processuais, somente a verba atinente às despesas de porte e retorno, a ser apurada a final, e reduzir os honorários advocatícios a 10% das parcelas vencidas até a sentença."

(AC nº 648427 - Processo nº 2000.03.99.071208-2/SP, 9ª Turma, rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, j. 28.6.2004, DJU 12.8.2004)

De igual modo, a própria disposição contida no § 1º do artigo 511 do CPC - "São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal" - dá azo a interpretação diversa da conferida pelo juízo *a quo*, conforme anotado na obra de Nelson Nery Junior ("Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante", RT, 10ª edição, p. 847): "porte postal**.** A isenção de que trata o CPC 511 abrange também o porte postal, o que não impede o escrivão de obter o *reembolso dessa despesa quando do pagamento final pelo vencido* (RT 596/138)".

Assim decide, também, a 7ª Turma desta Corte:

"PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESPESAS COM PORTE DE REMESSA E RETORNO. DISPENSA À FAZENDA PÚBLICA. ART. 511, § 1º DO CPC. INAPLICABILIDADE DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL.

1. A dispensa de preparo aludida no artigo 511, § 1º, do Código de Processo Civil, abrange também as despesas de porte e remessa e retorno dos autos.

2. A regra estampada no § 1º do artigo 511 do Código de Processo Civil, como 'norma geral' que é, prevê a dispensa das custas recursais e de despesas de porte e remessa dos autos para a Fazenda Pública nas três esferas (União, Estado e Município), além das respectivas entidades da administração indireta, que gozam de isenção.

3. O artigo 24, IV, e §§, da Constituição Federal, descreve que somente compete à União ditar 'normas gerais' sobre as 'custas dos serviços forenses', de forma prevalecente, e a legislação estadual concorrente ou suplementar não pode contrariar a lei federal existente sobre a matéria (§ 4º).

4. De tal forma, há ineficácia parcial da Lei paulista nº 11.608 de 29.12.03, e do Provimento nº 833/2004, bem como, do Comunicado do TJ publicado no DOE de 16.01.04, haja vista, que referidas normas são ineficazes na medida em que não liberam o pagamento das despesas processuais remuneratórias (porte de remessa e retorno dos autos), para o devido encaminhamento recursal, quando há isenção

legal para tanto, consignada à Autarquia recorrente, em face de disposição de 'norma geral' (CPC), editada sob permissão constitucional que lhe reserva tal competência. Assim, o disposto na legislação estadual, no caso, não produz efeito jurídico válido, e, portanto sujeita-se a não ser respeitado.
5. Agravo de instrumento provido."
(AG nº 273681 - Processo nº 2006.03.00.073551-6/SP, rel. Desembargador Federal Antonio Cedenho, j. 18.12.2006, v. u., DJ 24.5.2007)
Embora passível de críticas, tal orientação, consoante observa Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de Direito Processual Civil, vol. II, Malheiros, 3ª edição, pp. 644-645), encontra respaldo nos conceitos de que a Fazenda Pública "é sempre solvente (embora seja generalizado o não-cumprimento dos precatórios) e de que o Estado, na defesa do patrimônio público, atuaria em juízo sempre criteriosamente e não se contaminaria por uma litigiosidade irresponsável (embora na prática o Estado-inimigo seja o maior responsável pelo acúmulo de litígios em juízo, propondo demandas e interpondo recursos em contraposição à Constituição, à lei e à jurisprudência consolidada)"
Nesse ínterim, avizinhando-se hipótese de violação direta ao artigo 27 do CPC, o foro ideal para a discussão sobre o acerto ou não da decisão objeto da rescisória é o colegiado desta seção especializada, não se olvidando que no caso dos autos a procuradora da autarquia chegou a realizar o preparo exigido, simplesmente ignorado pelo magistrado de primeiro grau, que manteve o decreto de deserção do apelo interposto e determinou a certificação do trânsito em julgado.
Por ora, o deferimento do pleito de antecipação dos efeitos da tutela, ao menos para obstar a execução das parcelas anteriores à condenação, é medida que se impõe. Iniciada a fase de cumprimento da sentença, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é inconteste, ante as dificuldades que o Instituto enfrentará para reaver o montante a título de atrasados, acarretando, portanto, prejuízo de grande monta, manifesta, assim, a presença do *periculum in mora*.
Evidente que, no tocante aos valores mensalmente pagos a Maria de Lourdes Bonfim Professor desde agosto de 2009, decorrentes da implantação da aposentadoria por invalidez concedida no feito subjacente, como se observa do PLENUS, cujos extratos ora determino a juntada, não cabe a suspensão do julgado, prudente o aguardo de decisão final na rescisória, poupando-se a beneficiária de dano maior, inclusive em prestígio ao contraditório e ampla defesa, e até que se tenha resolvida definitivamente pela seção a matéria aqui trazida.
Dito isso, com fundamento no artigo 485, inciso V, e 489, do Código de Processo Civil, defiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para suspender, única e exclusivamente, o pagamento de eventuais valores atrasados decorrentes da decisão transitada em julgado nos autos da demanda subjacente.'
Diante dos argumentos expostos, mister aguardar decisão do órgão colegiado da seção especializada desta Corte, na ação rescisória referida, a respeito da necessidade de adiantamento do preparo, tendo em vista o disposto no artigo 27 do Código de Processo Civil.
Dito isso, suspendo o cumprimento da decisão agravada, determinando o recebimento do recurso de apelação do INSS, independentemente do recolhimento do preparo."

Posto isso, mantendo as razões *supra*, dou provimento ao agravo de instrumento, para reconhecer que o INSS, nesse contexto, não deve arcar com tal ônus.

É o voto.

Juíza Federal Convocada MÁRCIA HOFFMANN - Relatora

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0004380-61.2011.4.03.0000
(2011.03.00.004380-8)

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES - SEGUNDA TURMA
Suscitada: DESEMBARGADORA FEDERAL LEIDE POLO - SÉTIMA TURMA
Parte Autora: JOSÉ EDUARDO COLTRI
Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
Classe do Processo: CC 12727
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/06/2011

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CÁLCULO DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS EM ATRASO. PEDIDO INDISSOCIÁVEL À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. COMPETÊNCIA DA TERCEIRA SEÇÃO.

I - O pleito por cálculo de contribuições sociais em atraso, quando parte do pedido por concessão de aposentadoria, está abarcado pela competência exclusiva da Terceira Seção.

II - Conflito negativo de competência julgado procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, conhecer do conflito, julgando-o procedente, para reconhecer a competência da Terceira Seção deste Tribunal e da Desembargadora Federal LEIDE POLO (suscitada), nos termos do voto da Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora).

Votaram os Desembargadores Federais CARLOS MUTA, JOHONSOM DI SALVO (convocado para compor quórum), NELTON DOS SANTOS (convocado para compor quórum), SÉRGIO NASCIMENTO (convocado para compor quórum), ANDRÉ NEKATSCHALOW (convocado para compor quórum), NELSON BERNARDES (convocado para compor quórum), MÁRCIO MORAES, BAPTISTA PEREIRA, MARLI FERREIRA, RAMZA TARTUCE, NEWTON DE LUCCA, PEIXOTO JUNIOR, FÁBIO PRIETO, CECÍLIA MARCONDES, NERY JÚNIOR e ANDRÉ NABARRETE (Presidente em exercício).

Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais ROBERTO HADDAD (Presidente), DIVA MALERBI, SUZANA CAMARGO, SALETTE NASCIMENTO, THEREZINHA CAZERTA e MAIRAN MAIA.

São Paulo, 11 de maio de 2011.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora): Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Eminente Desembargador Federal Cotrim Guimarães em virtude de decisão da Eminente Desembargadora Federal Leide Polo, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0006939-25.2010.4.03.0000, declinando da competência para julgar o feito.

O presente conflito emerge de agravo de instrumento interposto pelo INSS em face de decisão proferida no bojo de mandado de segurança impetrado por José Eduardo Coltri, com o fito de que seja determinado à impetrada a efetuação de cálculo de montante devido a título de contribuições previdenciárias sem a incidência da Ordem de Serviço nº 55/96.

O MM. Juízo *a quo* deferiu a liminar pleiteada, para determinar ao INSS que efetue o cálculo dos valores devidos nos termos da legislação vigente à época dos débitos, no prazo de vinte, provocando a irresignação da autoridade impetrada que interpôs agravo de instrumento.

Os autos subiram a esta E. Corte sendo distribuídos a E. Des. Fed. Leide Polo.

A ilustre Desembargadora Federal declinou da competência para julgar ação cujo objeto seja restituição de valores pagos a título de contribuição social, de natureza tributária, portanto, de competência da 1ª Seção desta E. Corte.

Redistribuídos os autos ao Eminente Des. Fed. Cotrim Guimarães, o relator houve por bem suscitar o presente conflito, por entender que a competência seria da 3ª Seção para julgar controvérsias acerca da concessão de aposentadoria, pedido imediato do agravado, nos termos do art. 10, § 3º do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Designado o Juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

O Ministério Público Federal opinou pela procedência do conflito, declarando-se competente a 3ª Seção deste E. Tribunal.

É o relatório, dispensada a revisão nos termos regimentais.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora): Primeiramente, a teor do disposto no artigo 11, parágrafo único, alínea *i*, do Regimento Interno do TRF/3ª Região, a competência para processamento e julgamento de conflito de competência entre relatores integrantes de seções diversas é desse Órgão Especial.

A *quaestio juris* prende-se à possibilidade ou não da 3ª Seção desta E. Corte conhecer e julgar apelação em ação cujo escopo é assegurar a incidência da lei vigente à época dos fatos para o recolhimento de contribuições sociais em atraso, para que, ao final, seja concedida a aposentadoria por tempo de contribuição.

Observe-se que, na hipótese dos autos, o impetrante relata que efetuou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição. No âmbito administrativo, o INSS apresentou como exigência para a concessão o pagamento de débito relativo aos períodos de março de 1979 a janeiro de 1984 e de junho de 1994 a março de 1995, em que o impetrante deveria ter recolhido como empresário, sócio titular de empresa limitada. Sustenta o impetrante que, embora haja débito perante o INSS, o cálculo foi feito considerando a Ordem de Serviço nº 55 de 1996 que não estava em vigor à época em que as contribuições deveriam ter sido recolhidas. Na petição inicial do Mandado de Segurança de fls. 19/29, o impetrante pugna dessa forma pela “concessão da medida liminar, determinando de imediato ao Impetrado a emissão da planilha de cálculo do período de 03/1979 a 01/1984 e de 06/1994 a 03/1995, com base na legislação vigente à época dos respectivos fatos geradores, para o efetivo pagamento”.

A concessão da liminar foi o objeto da irresignação da autoridade impetrada, portanto, a princípio a controvérsia estaria restrita ao pagamento de valores relativos à contribuição social nos termos de legislação revogada hodiernamente.

Os feitos cujo objeto seja contribuições sociais relativas ao custeio da Previdência, por serem de natureza tributária, estão previstas no art. 10, § 1º inciso II do RITRF como de competência da Primeira Seção desta E. Corte. Confira-se:

> "Art. 10 - A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa.
> § 1º - À Primeira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos:
> II - às contribuições destinadas ao custeio da Previdência Social, ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL) e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)."

Contudo, a hipótese dos autos cuida de exigência do INSS, quando do pleito por aposentadoria por tempo de contribuição, de pagamento de contribuições sociais em atraso, em observância com a legislação em vigor atualmente.

Nesses casos, a jurisprudência tem entendimento consolidado que, não obstante o pedido mediato de natureza tributária, o pedido imediato é a concessão de aposentadoria. Por conseguinte, o cálculo de contribuição devida apresenta-se como antecedente lógico do pedido de benefício previdenciário, as contribuições sociais em atraso a serem pagas tornam-se requisito para a concessão de aposentadoria.

O RITRF dispõe em seu art. 10, § 3º que os feitos versando a respeito da Previdência e Assistência Social são de competência da Terceira Seção deste E. Tribunal, consoante se observa na transcrição a seguir:

> "§ 3º - À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à Previdência e Assistência Social, excetuada a competência da Primeira Seção".

Portanto, ao tratar-se de pedido de revisão de contribuições sociais devidas para que o benefício previdenciário seja concedido o feito enquadra-se na exclusiva competência da Terceira Seção.

O E. Órgão Especial já pacificou o posicionamento, conforme arestos que colaciono a seguir:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA - PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO - CUSTEIO - ORDEM DE SERVIÇO Nº 55/96 - § 3º DO ARTIGO 10 DO REGIMENTO INTERNO - ARTIGO 2º DO PROVIMENTO Nº 86/99 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL - PRECEDENTES DAS PRIMEIRA E TERCEIRA SEÇÕES.
> 1. O artigo 2º do Provimento 186/99 disciplinou a competência das Varas Federais Previdenciárias em São Paulo.
> 2. Apesar da questão de fundo do mandado de segurança originário ter natureza tributária, especificamente o cálculo de contribuições previdenciárias devidas ao INSS, sem os efeitos da OS 56/96, a pretensão fim do impetrante é viabilizar sua aposentadoria por tempo de contribuição.

3. Matéria enfrentada pelas Primeira e Terceira Seções desta Corte.
4. Conflito Negativo de competência procedente."
(CC nº 2004.03.00.062969-0, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Nery Júnior, DJU de 20/05/2005 p. 268)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA - PREVIDENCIÁRIO: CONTRIBUIÇÕES E CONCESSÃO DE BENEFÍCIO - TURMAS VINCULADAS A SEÇÕES DISTINTAS - RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES: ANTECEDENTE LÓGICO DO PEDIDO DE BENEFÍCIO - COMPETÊNCIA DA TERCEIRA SEÇÃO.
1. Se o recolhimento das contribuições devidas se apresenta como antecedente lógico do pedido de aposentadoria, cabe à terceira Seção processar e julgar o feito, nos termos do artigo 10, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal Regional Federal.
2. Conflito de competência procedente. Competência do Suscitado declarada."
(CC Nº 0037266-69.1999.4.03.6100, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, DJF3 de 18/06/2010, p: 33)

Acresça-se a isso decisão proferida na Terceira Seção desta E. Corte, em sede de conflito de competência entre juízes federais de 1ª instância, em que se estabeleceu que as contribuições em atraso constituem matéria indissociável do pedido de concessão de aposentadoria de competência exclusiva desta E. Seção. Confira-se:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEBATE EM TORNO DE CRITÉRIO DE CÁLCULO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS EM ATRASO. NATUREZA PREVIDENCIÁRIA DO PEDIDO.
I - Precedente emanado do Órgão Especial da Corte. *Conflito de Competência nº 2003.61.00.018486-1 sacramentou pertencer à competência de sua 3ª Seção o julgamento de causas versando sobre contribuições previdenciárias a cargo de segurado da Previdência Social, ao entendimento, embora implícito, de que a exação está sempre relacionada a benefício previdenciário que pretende, ainda que futuramente, perceber, seja na via administrativa ou judicial, seja no âmbito do mesmo processo, ou não, em que debatido o indigitado tributo.*
II - Tal é o que ocorre na espécie, em que a ação originária foi precedida de requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição, de cujo pleito emanou a exigência de recolhimento de contribuição previdenciária atinente a período de trabalho a ser utilizado no cômputo do tempo de contribuição disponibilizado pelo autor, matéria, pois, a ser considerada indissociável daquela posta aos cuidados das Turmas componentes da 3ª Seção do Tribunal, dada a natureza previdenciária que a caracteriza.
III - A adoção do entendimento ora firmado traz segurança jurídica ao jurisdicionado, pois dispensa a intrincada distinção sobre o que seria, ou não, causa de competência da 3ª Seção, a depender do pedido: caso envolvesse benefício previdenciário, a competência pertenceria à 3ª Seção; caso envolvesse apenas controvérsia acerca do descabimento ou de critério de recolhimento de contribuição previdenciária, não, circunstância da qual poderia advir soluções diversas, no âmbito deste mesmo Tribunal, a respeito, por exemplo, da natureza jurídica da

exação em comento, se tributária ou indenizatória, da sua forma de cálculo e da legislação a ela aplicável.

IV - Conflito de competência julgado improcedente, a fim de se firmar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara Previdenciária da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo para o processamento da ação originária autos nº 2003.61.00.009787-3."

Por conseguinte, tendo o agravo de instrumento por objeto o cálculo de contribuições previdenciárias em atraso para concessão de aposentadoria encontra-se na competência exclusiva da Terceira Seção, nos termos do RITRF.

Ante o exposto, conheço do conflito, julgando-o procedente, para reconhecer a competência da Terceira Seção desta E. Corte e da E. Des. Fed. Leide Polo, por consequência, para processar e julgar o Agravo de Instrumento nº 0006939-25.2010.4.03.0000.

É o voto.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA 0004546-93.2011.4.03.0000 (2011.03.00.004546-5)

Agravante: SINDICATO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO - SINOREG
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Impetrante: SINDICATO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO - SINOREG
Impetrado: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO E DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DO 7º CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA OUTORGA DE DELEGAÇÕES DE NOTAS E DE REGISTRO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Litisconsorte Passivo: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA
Classe do Processo: MS 328131
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/06/2011

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IMPETRADOS. DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ATOS SUPOSTAMENTE ILEGAIS. EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO DE ÂMBITO ESTADUAL, REGULADO POR REGRAS PROVENIENTES DO ESTADO-MEMBRO, E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PELOS DESEMBARGADORES NO INDEFERIMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE INTEGRAÇÃO À LIDE DA SECCIONAL DA OAB DE SÃO PAULO. INTERESSE LOCAL. AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA A INTERESSE DE PESSOAS JURÍDICAS ARROLADAS NO ART. 109, I, DA CF. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 47 DO CPC. INTUITO DE SUPRIMIR DO JUÍZO NATURAL SUA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA PASSÍVEIS DE RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não atrai a competência da Justiça Federal mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo contra atos supostamente ilegais consistentes nas regras do edital do concurso público, regulado por normas estaduais, para preenchimento de vagas no Estado-Membro e na ausência de fundamentação ao indeferimento de recurso administrativo, praticados por autoridades estaduais (Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

2. Pedido de citação da Seccional da OAB de São Paulo para integrar à lide. Interesse local que não se projeta em âmbito nacional, inexistindo ofensa direta a interesses das pessoas jurídicas arroladas no Art. 109, I, da CF.

3. Natureza jurídica da OAB definida pelo Excelso Pretório no julgamento da ADI 3026/DF: “não é uma entidade da Administração Indireta da União. A ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.”

4. De outro lado, não se divisa interesse jurídico a autorizar o deferimento da inclusão da Seccional da OAB em um dos pólos da ação, vez que nítido o intento do impetrante de pugnar por um interesse de terceiro absolutamente estranho à lide para tão-somente atrair a fixação da competência de juízo outro, que não o natural, pelo que não se aplica o Art. 47 do CPC.

5. As questões de ordem pública, como são a legitimidade de partes e o interesse de agir, podem ser reconhecidas de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, sem representar ofensa ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.
6. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de março de 2011.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto em face da decisão que, declarando a incompetência desta Colenda Corte ao julgamento do mandado de segurança, determinou a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

O agravante, Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo, postula a reforma da decisão, sustentando, em suma, que as Seccionais da OAB, autarquia federal, possuem personalidades jurídicas próprias e atraem a competência da Justiça Federal, nos termos do Art. 109, I, *a*, da CF.

A Procuradoria Regional da República manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Transcrevo a decisão agravada:

> "Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo, em que figura como litisconsorte passivo a Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, contra atos do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Desembargador Presidente da Comissão do 7º Concurso de Notas e de Registro daquele Estado.
> Em suma, questiona-se regras do edital do certame em curso.
> Decido.
> Nos termos do Art. 108, I, 'a', da CF, compete aos Tribunais Regionais processar e julgar, originariamente, mandados de segurança contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal.
> Ainda por força da Constituição Federal, em seu Art. 109, I, as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na

condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, salvo exceções, são atraídas para a Justiça Federal.

Nesse ponto, há de se ressaltar que apenas no interesse direto e manifesto da União incide a regra da *vis attractiva* da Justiça Federal.

Com o julgamento da ADIN 3026-DF, estabeleceu-se que a OAB não possui vinculação com a administração indireta da União, não é pessoa jurídica de direito público, tampouco autarquia de regime especial. É, nos dizeres do preclaro Ministro Eros Grau, relator da ADIN, 'serviço público independente, de categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.'

Antes mesmo do julgamento da referida ação declaratória de inconstitucionalidade, o egrégio STJ já sinalizava um novo posicionamento acerca da questão:

'PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DE PRESIDENTE DE SUBSEÇÃO DA OAB - COMPETÊNCIA - PROCESSO DISCIPLINAR - QUEBRA DE SIGILO - IMPOSSIBILIDADE.

1. A Justiça estadual é competente para processar e julgar mandado de segurança contra ato de Presidente de Subseção da OAB restrito à esfera de sua competência, que não se projeta no âmbito federal.

2. Inadmissível a divulgação ostensiva dos nomes dos indiciados em processo disciplinar, quando inexiste decisão definitiva do órgão competente sobre presumível infração à ética profissional pelos implicados.

3. Recurso conhecido, porém, improvido.' (g. n.)

(STJ, 2ª Turma, REsp 235723, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 19/2/2002, DJU 04/11/2002, RSTJ 161/190)

Como se vê, a Subseção da OAB, se tem personalidade jurídica própria, atua em âmbito estadual. Se é apenas um órgão da OAB, que possui atuação em âmbito nacional, não detém personalidade jurídica para figurar na demanda.

Ante o exposto, com fulcro no Art. 33, XIII, do Regimento Interno desta Corte, c/c o Art. 113, § 2º, do CPC, declaro a incompetência desta Justiça para processar e julgar o presente *mandamus*.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo."

O mandado de segurança foi impetrado pelo Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo para anular partes do edital do 7º Concurso Público de Provas e Títulos para Outorga de Delegações de Notas e de Registros do Estado de São Paulo.

O impetrante requereu a citação da Seccional da OAB de São Paulo para integrar a lide na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

Declarei a incompetência desta E. Corte, porquanto, ainda que se divise interesse jurídico da Seccional da OAB em integrar a lide, o âmbito de atuação desse órgão é estadual, o que também não justifica o julgamento do *mandamus* pela Justiça Federal.

Inicialmente, destaco que o Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/94, no capítulo pertinente à sua organização, estrutura o Órgão, considerado pela citada lei, serviço público estruturado de forma federativa, não vinculado funcional e hierarquicamente a qualquer Órgão da Administração Pública, da seguinte forma: a) Conselho Federal, com personalidade jurídica e jurisdição em âmbito nacional; b) *Conselhos Seccionais, com*

personalidades jurídicas próprias e jurisdição sobre os respectivos territórios dos Estados-membros; c) Subseções, de atuação municipal; e) Caixas de Assistência dos Advogados (Arts. 44, § 1º, e 45).

Segundo o Art. 58, X, do Estatuto da OAB, *compete privativamente aos Conselhos Seccionais* participar da elaboração dos concursos públicos, no âmbito de seus territórios, nos termos da Constituição Federal. *Ao Conselho Federal* compete participar de concursos públicos, nos casos previstos na Constituição e na lei, em todas as suas fases, quando tiverem *abrangência nacional ou interestadual*.

Sublinhe-se que a simples presença do Conselho Seccional, ao invés do Conselho Federal, em um dos pólos da ação mandamental, por si só, depõe contra qualquer alegação de interesse de âmbito nacional, portanto, federal, a justificar a fixação da competência de julgamento na Justiça Federal.

É possível contrapor-se a essa idéia afirmando-se que há casos em que o Conselho Seccional atua, no Estado-membro, em defesa de interesses comuns ao Conselho Federal (competência comum), como, por exemplo, na cobrança de anuidade (tanto o Conselho Federal quanto o Seccional podem propor ações dessa natureza), questão submetida pela Seccional da OAB do Paraná ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que declinou da competência para a Justiça do Estado, e, em recurso extraordinário (RE 595.332), o Excelso Pretório reconheceu a repercussão geral da controvérsia, que se encontra pendente de julgamento.

Entretanto, *in casu*, conforme se ponderou linhas acima, por se tratar de *concurso público estadual, regido por regras instituídas em âmbito estadual*, eventual participação da OAB se opera por meio de um de seus Conselhos Seccionais, *logo, afastado o interesse da OAB enquanto Órgão representativo federal, ou seja, o interesse aqui não se projeta no âmbito federal*.

A jurisprudência é uníssona em ditar *que somente o interesse direto* da União, autarquia ou empresa pública federal atrai a competência da Justiça Federal.

Nesse sentido:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SECCIONAL DO TOCANTINS, E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
> 1. Inexiste entre a Ordem dos Advogados do Brasil e a Administração Pública Federal Direta vínculo de coordenação ou subordinação hierárquica e funcional.
> *2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afastado a competência da Justiça Federal, quando não houver interesse direto e manifesto da União.*
> 3. Em Ação Civil Pública, a regra para a fixação da competência é territorial e funcional, definindo-se pelo local onde ocorreu o dano e, sobretudo, pela função exercida pela autoridade pública, a quem se atribui a responsabilidade do dano ocorrido (Lei nº 7.347/85, art. 2º).
> 4. Ação Civil Pública proposta contra concurso público, para o provimento de cargo de Juiz Substituto do Estado do Tocantins, deve ser processada e julgada na Justiça Estadual, devido à obrigação do Poder Judiciário de zelar pela intangibilidade do Pacto Federativo e pela garantia da autonomia dos entes federados.
> 5. Conflito conhecido, para declarar a competência da Justiça Estadual. (g. n.)

(CC 47.613/TO, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO MEDINA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 126)

Destarte, entendo que, por figurar em um dos pólos da ação uma *Seccional da OAB, no exercício de competência própria e de interesse local*, porquanto, à proteção de interesse nacional da instituição, o Conselho Federal só poderá atuar em concursos nacionais ou interestaduais (o que, em tese, justificaria a fixação da competência na Justiça Federal), *esta Egrégia Corte é incompetente ao julgamento do mandamus.*

Oportuno registrar que *a incompetência que ora se reconhece cinge-se, evidentemente, ao caso em questão*, em que manifesto o interesse local da OAB, ou, em outras palavras, em que ausente a ofensa a interesse direto das pessoas jurídicas elencadas no Art. 109, I, da CF, não se estendendo, portanto, a outras demandas em que figure em um dos pólos da ação a OAB.

Esse, o primeiro fundamento.

De outro lado, após o julgamento da ADI 3026/DF, inexiste controvérsia acerca da natureza jurídica da OAB: "não é uma entidade da Administração Indireta da União. A ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro."

Convém sublinhar que a tentativa de estender à Secção de São Paulo a natureza jurídica da OAB, de âmbito nacional, é inócua, na medida em que essa, por força do decidido na citada ADI, *não se reveste da natureza de autarquia federal típica* e, por outro lado, é contraditória, haja vista que, se possui personalidade jurídica própria, com aquela não se confunde.

Ainda que remotamente se conclua por algum interesse direto do Conselho Federal da OAB e atribua-se natureza de autarquia federal a essa entidade, tudo, repita-se, em contrariedade ao assentado pelo Plenário do Excelso Pretório na supramencionada ADI e à jurisprudência uníssona sobre o assunto, *não diviso interesse jurídico a autorizar o deferimento da inclusão da Seccional da OAB em um dos pólos da ação*, vez que nítido o intento do impetrante de pugnar por um interesse de terceiro absolutamente estranho à lide para tão-somente atrair a fixação da competência de juízo outro, que não o natural, pelo que *não se aplica o Art. 47 do CPC.*

Mostra-se pertinente, outrossim, questionar: se, de fato, não houve participação da Seccional da OAB no referido concurso, eventual prejuízo decorrente de tal omissão deve ser alegado (e defendido) por terceiro, no caso, o Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo, ou somente pela OAB, supostamente preterida em suas prerrogativas constitucionais?

E mais: lê-se da inicial do *writ*, no tópico pertinente ao pleito de citação da Seccional da OAB para integrar a lide, que tal pedido se faz com fundamento no indeferimento pelo Presidente da Comissão do Concurso do pedido administrativo de intimação da Ordem para esclarecer, ante o silêncio do edital, *se e quando se daria sua participação no certame*. Ou seja, ainda aqui o ato coator provém de autoridade estadual, do qual não obteve ciência a OAB, uma vez não intimada para prestar tais esclarecimentos.

Nesse contexto, pergunta-se: houve violação direta ao suposto "direito" da OAB de ser intimada em recurso administrativo para prestar esclarecimentos solicitados pelo Sindicato, donde exsurgiria seu interesse jurídico em integrar a lide?

Reparem que o impetrante não afirma que a OAB restou prejudicada em seu direito de participar do certame; afirma que a OAB não foi intimada para prestar esclarecimentos.

Esse, o segundo fundamento.

Por fim, faço constar, em relação ao segundo fundamento, não exposto na decisão agravada, que sua inclusão em sessão de julgamento do agravo não viola os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

É cediço que, em sua gênese, a competência para o julgamento do *writ* pertence ao Órgão colegiado, que "delega" ao relator competência para decidir monocraticamente nas hipóteses previstas em lei e no Regimento Interno.

Destarte, é permitido ao Colegiado manter ou modificar a decisão agravada, por seus próprios fundamentos, ou outros, diversos. Não há vinculação, tampouco ofensa ao contraditório, porque o Colegiado é soberano no exercício de sua competência.

Outrossim, as questões de ordem pública, como são a legitimidade de partes e o interesse de agir, podem ser reconhecidas de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

Não é incomum, em 2º grau, reconhecer-se de ofício, em sessão de julgamento, por exemplo, a carência da ação e, por conseguinte, extinguir-se o processo sem julgamento de mérito, sem que as partes possam manifestar-se previamente sobre a questão, e nem por isso se cogita de violação ao princípio do contraditório, pois à parte sucumbente faculta-se a interposição de recursos apropriados a submeterem a matéria ao exame dos Tribunais Superiores.

Inexiste nos autos, portanto, elementos que, a teor do Art. 109, I, da CF, atraiam a competência desta Egrégia Corte, quer pelo primeiro fundamento, quer pelo segundo.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO. Adoto em sua integralidade o relatório do Eminente Desembargador Federal Baptista Pereira.

Em sessão de 30 de março de 2011, a Relatoria do feito proferiu voto no sentido da improcedência do agravo regimental, por entender este E. Tribunal como incompetente para julgar demanda em que um dos pólos passivos seja a Seccional da OAB atuando sob interesse local, não se vislumbrando interesse jurídico da entidade classista na lide em questão.

Acompanhei Sua Excelência na conclusão final, ante os argumentos lançados na sessão de julgamento, na qual o Relator se imbuiu, diferentemente do julgado em sua decisão monocrática, de que temos competência para apreciar e julgar o presente feito.

Com efeito, *ab initio*, o ilustre Relator defendeu não termos competência para apreciar feitos em que figuram a OAB. Porém, durante o julgamento Sua Excelência houve por alterar seu posicionamento. Um voto apenas dissentiu no sentido de que não poderia o Relator alterar sua posição sem intimar a OAB.

Discordo, porquanto, a matéria posta em discussão não depende de intimação da OAB, porquanto esta instituição é autarquia federal criada por lei e, na forma da Carta Constitucional, incumbe à Justiça Federal decidir sua integração no feito.

Entendo ser este E. Tribunal competente para julgar controvérsias em que a Seccional da OAB de São Paulo seja parte, em observância à disposição do art. 109, inciso I, da Constituição Federal.

Embora inexista julgamento da ADI 3026, estabelecendo que a entidade não se reveste da natureza de autarquia federal típica, o STF em decisão recente de 19 de março de 2010 decidiu pela repercussão geral acerca da competência da justiça federal para julgar feitos em que a OAB figure como parte.

No meu sentir é a Justiça Federal competente para apreciar ações judiciais nas quais se pretende a inclusão da OAB ou de outros Conselhos profissionais, donde remanesce ser o Tribunal Regional Federal competente para a apreciação do presente caso.

A matéria inclusive está sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça no verber 150 cuja dicção ora se transcreve:

> "SÚMULA nº 150. Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas."

Em sendo a OAB uma autarquia criada por lei é indene de cogitação a competência desta Corte para apreciar sobre a existência ou não de interesse jurídico em participar do presente feito e, apenas neste ponto discordei do E. Relator.

No caso não antevejo qualquer interesse jurídico a justificar o processamento deste feito e julgamento na Justiça Federal, se a OAB não comparece nas entrevistas ou provas orais nos concursos do Tabelionato.

Do cotejo dos autos, observa-se que o Sindicato dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo - SP insurgiu-se contra edital do 7º Concurso Público de Provas e Títulos para Outorga de Delegações de Notas e de Registros do Estado de São Paulo, por meio de impugnação administrativa, reclamando a intimação da Seccional da OAB com intuito de "aquela entidade esclarecesse, ante o silêncio do edital, como se dará e está se dando a sua participação no certame, inclusive nas sessões em que serão realizadas as provas orais e entrevistas pessoais dos candidatos, bem como na apreciação dos recursos eventualmente interpostos."

O Presidente da Comissão do Concurso indeferiu monocraticamente a impugnação da impetrante, motivando a impetração do presente *writ*. O impetrante aduz que a OAB sequer foi intimada para apreciar a impugnação. O Egrégio Tribunal de Justiça não o poderia fazer, incumbia-lhe apenas remeter, como o fez, a esta Corte ante a Súmula 150 do STJ.

A irresignação do Impetrante, no tocante à OAB, reside na ausência de participação desta entidade em todas as etapas do certame, ao argumento de que assim o exige a Lei nº 8.935/94. Todavia, a exigência diz respeito ao acompanhamento da lisura do concurso e, no caso em nenhum momento se observa manifestação de inconformidade da Seccional da OAB em relação ao edital questionado ou presença de alguma eiva.

Somente a Seccional da OAB tem legitimidade para questionar eventual cerceamento de seus direitos e, para isto possuiu todos os instrumentos jurídicos necessários, sendo incoerente seja intimada quando sua obrigação é apenas de fiscalizar e, não de participar.

O Sindicato dos Notários e Registradores não possui qualquer liame jurídico com

a OAB, não é sua representante processual, nem pode agir em seu nome por lhe faltar capacidade processual, art. 12 do CPC. Ninguém é obrigado, ademais, a demandar em juízo.

À Justiça Federal, no caso ao Tribunal Regional Federal cabe examinar a presença ou não de interesse jurídico de se chamar a juízo a OAB.

Acresço que manifestação do ilustre Relator, após oitiva de alguns colegas do colegiado, de reconhecer a competência da Corte em agravo regimental, não se configurando violação ao contraditório e à ampla defesa da OAB, porquanto a matéria de ordem pública pode a todo momento ser reconhecida pelo Relator, mesmo em tendo proferido decisão anterior contrária, pois nada obstar alterar sua convicção.

Outrossim, incumbe ao Colegiado do Órgão julgador avaliar as decisões monocráticas dos relatores e as alterar, consoante o entendimento da maioria de seus membros, ainda que as razões se estribem em fundamentos não-constantes da decisão monocraticamente proferida, nem suscitadas anteriormente pelo Relator.

Reitero, questões de ordem pública são passíveis de serem reconhecidas de ofício, podendo o órgão julgador reconhecer sua incompetência independente de manifestação da autarquia federal.

Ante a ausência de interesse jurídico da Seccional da OAB de São Paulo na presente lide, não resta nenhum elemento a fundamentar o processamento do mandado de segurança impetrado em face de autoridades estaduais perante à Justiça Federal.

Por conseguinte, acompanho o relator para negar provimento ao agravo regimental, face à ausência de interesse jurídico da OAB.

Desembargadora Federal ALDA BASTO

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
0004723-57.2011.4.03.0000
(2011.03.00.004723-1)

Suscitante: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA - SEXTA TURMA
Suscitada: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO - QUARTA TURMA
Parte Autora: ALLIANZ SEGUROS S/A
Parte Ré : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA
Classe do Processo: CC 12735
Disponibilização do Processo: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/06/2011

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PIS. LEI 9.718/98. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA E CAUTELAR. DEPÓSITO. EXECUÇÃO FISCAL. DISCUSSÃO DE SALDO DEVEDOR. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVENÇÃO DA TURMA. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE.

1. Caso em que o conflito discute a competência, entre membros da 4ª e 6ª Turmas desta Corte, para o AI 2010.03.00.036975-8 contra a rejeição de exceção de pré-executividade à EF 2008.61.82.029492-5, versando sobre cobrança de PIS (setembro a dezembro de 1999, junho de 2000 a junho de 2001, e janeiro a dezembro de 2005), constituído por DCTF, com notificação pessoal em 05/10/2001, cuja exigibilidade estaria integralmente suspensa, segundo alegado pelo contribuinte.

2. A agravante impetrou o MS 1999.61.00.058875-9 para afastar o PIS exigido pelo artigo 3º da Lei 9.718/1998, em 14/12/1999; com liminar, em 17/12/1999, para "autorizar a impetrante a recolher a contribuição ao PIS com base de cálculo apenas sobre o efetivo faturamento, sem a observância da Lei nº 9.718/98"; sentença favorável proferida em 30/03/2000 e apelação fazendária, além de remessa oficial.

3. Nesta Corte foi ajuizada a MC 2001.03.00.035519-9, em 28/11/2001, por dependência à apelação no MS, para depósito judicial "das quantias até aqui vencidas, devidamente acrescidas de todos os consectários legais, bem como relativamente às futuras incidências até o trânsito em julgado da ação da qual esta é incidental", sendo deferida liminar. A 4ª Turma proveu o apelo e remessa oficial, denegando a ordem, em 10/01/2004, rejeitados embargos declaratórios em 23/08/2006, com interposição de RE/RESP. Diante deste julgamento de 2006 da 4ª Turma, houve a abertura de representação pela SRF para controle do crédito fiscal não amparado, segundo o Fisco, por causa de suspensão da exigibilidade, em 13/09/2006.

4. A medida cautelar de depósito judicial foi julgada prejudicada, por decisão monocrática da suscitada, em 20/08/2009, quando verificado que o MS havia retornado do Supremo Tribunal Federal e baixado à Vara de origem, sendo decidido que "eventual pedido de levantamento ou conversão de valores deverá ser dirigido ao MM. Juízo de primeiro grau". Antes, porém, a SRF formalizou cobrança de saldo devedor de multa pelo PIS não depositado, ajuizando a EF 2008.61.82.029492-5, em 28/10/2006, antes, portanto, de julgada prejudicada a cautelar. Houve exceção de pré-executividade, alegando inexigibilidade do crédito tributário, por suficiência do depósito feito a tempo e modo. Após reconsideração,

foi rejeitada a exceção de pré-executividade, sobrevindo agravo de instrumento, acerca do qual se discute a competência.

5. Como visto, exceção e agravo discutem a validade do executivo fiscal diante do depósito judicial na cautelar originária, distribuída e julgada pela 4ª Turma, por dependência à apelação, igualmente ali julgada, tratando do PIS com as alterações da Lei 9.718/98. Se em mandado de segurança anterior foi decidida pela validade do PIS cobrado e se, depois, a Fazenda Nacional propõe execução fiscal, opondo-se o contribuinte, por exceção e agravo, alegando existir depósito judicial vinculado e suficiente para cumprir a coisa julgada, é a autoridade desta, em última análise, que se coloca em discussão e ninguém melhor do que a própria Turma julgadora, ainda que a decisão final tenha sido da Suprema Corte, para apreciar o conflito, que o contribuinte levanta, entre o que existe como garantia na cautelar vinculada ao mandado de segurança e a execução fiscal que, apesar do depósito judicial, foi ajuizada.

6. Esta Seção, em função da competência absoluta existente em primeiro grau de jurisdição, não admite conexão entre mandado de segurança e execução fiscal, porém, no âmbito da Corte, tal especialização não se verifica, o que permite o reconhecimento da competência da Turma julgadora do mandado de segurança para analisar se a execução fiscal posteriormente ajuizada violou, ou não, a coisa julgada mandamental, objeto de garantia de depósito judicial em cautelar dependente na qual se determinou a destinação de valores conforme a *res judicata* no mandado de segurança. Embora não seja mais possível a reunião dos feitos, vez que julgado e baixado em definitivo à origem o mandado de segurança (Súmula 235/STJ), a Turma julgadora não perde competência para apreciar a causa em que se discute violação, pelo executivo fiscal, de coisa julgada, ou de garantia estabelecida nos autos respectivos ou em cautelar ajuizada e dependente do próprio mandado de segurança, em que houve julgamento, de ambos os feitos (AMS e respectiva cautelar originária), pela 4ª Turma, tendo como relatora do acórdão a suscitada.

7. A destinação do depósito judicial feito na cautelar, que foi distribuída originariamente à 4ª Turma por dependência à apelação no MS, ainda que tenha sido afetada ao pronunciamento do Juízo Cível, que processou o *writ*, o foi para o exato cumprimento do acórdão de mérito proferido em tal impetração, de modo que eventual discussão acerca de sua suficiência, ou não, levantada como matéria de defesa contra execução fiscal, através de exceção do devedor, remete ao exame de questão que interfere no próprio cumprimento, execução e autoridade da coisa julgada. Existe, pois, relevante fundamentação jurídica para que seja mantida a competência da 4ª Turma para decidir sobre a execução fiscal que foi ajuizada em virtude do acórdão proferido na apelação em mandado de segurança e considerando a cautelar, distribuída por dependência, na qual efetuado depósito judicial cuja suficiência, ou não, motivou a exceção de pré-executividade e o agravo de instrumento.

8. Reforça o entendimento pela competência da suscitada, o fato de que a reforma processual de 2006, através da Lei 11.280, determinou que ações idênticas sejam distribuídas por prevenção, buscando evitar o surgimento de decisões conflitantes acerca da litispendência, questão processual que não é, certamente, mais

importante do que a própria coisa julgada, de modo que, tendo sido alegada a sua ofensa, direta ou indiretamente - e aqui porque foi deferida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário mediante depósito judicial, sobre cuja suficiência controvertem as partes - revela-se mais apropriado estabelecer a competência da suscitada e respectiva Turma para dirimir a controvérsia tal como levantada.
9. Tanto quanto possível recomenda-se, para evitar o surgimento de decisões conflitantes e assegurar maior domínio da inteireza da controvérsia, que se processe perante o mesmo Juízo e Turma o processo no qual tenha repercussão jurídica uma decisão anteriormente proferida, envolta em coisa julgada, cuja autoridade pode ser mais facilmente assegurada, especialmente quando presente controvérsia acerca de seu conteúdo e alcance, por quem a proferiu ou por quem teve jurisdição sobre o feito no qual ocorrida a respectiva formação.
10. Conflito negativo de competência julgado procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar procedente o conflito negativo de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de junho de 2011.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Trata-se de conflito de competência suscitado pela Desembargadora Federal REGINA COSTA (6ª Turma) diante Desembargadora Federal ALDA BASTO (4ª Turma), no AI 2010.03.00.036975-8, interposto contra rejeição de exceção de pré-executividade (EF 2008.61.82.029492-5), fundada na alegação de suspensão da exigibilidade do crédito por depósito judicial em cautelar incidental (MC 2001.03.00.035519-9) ao MS 1999.61.00.058875-9.

Distribuído o recurso à suscitante, houve consulta de prevenção à suscitada, que não a reconheceu (f. 151).

A suscitante alegou, em suma, que: (1) o agravo de instrumento foi extraído de decisão que apreciou exceção de pré-executividade à execução fiscal de PIS, cuja exigibilidade foi questionada em virtude de depósito feitos em ação cautelar incidental a mandado de segurança contra o artigo 3º da Lei 9.718/98; (2) o MS 1999.61.00.058875-9 foi julgado na 4ª Turma que reformou a sentença, restabelecendo a exigência do PIS conforme a Lei 9.718/98, e, após o trânsito em julgado, decretou-se prejudicada a cautelar (2001.03.00.035519-9), ressalvado o exame de eventual levantamento de depósitos pelo Juízo da ação principal; (3) se o contribuinte alegou suficiência dos depósitos na cautelar para impedir execução fiscal, evidente o liame entre os feitos e a prevenção da suscitada para o agravo de instrumento extraído da exceção de pré-executividade; e (4) a diversidade dos feitos originários, considerados os objeto e causa de pedir, não justificaria, ainda que adotada a alegação, a livre distribuição, dada a correlação entre as pretensões e, ainda, porque podem surgir novas discussões sobre aquela relação jurídica, o

que justifica a prevenção não apenas para evitar decisões conflitantes, mas para permitir ampla percepção de todo o alcance e implicações das demandas em foco.

Solicitadas informações, o presente conflito de competência foi processado, com designação da suscitante para atos de urgência (24.02.2011 - f. 153).

Foram os autos à Procuradoria Regional da República, que opinou pela improcedência do conflito, declarando-se competente a suscitante.

Em Mesa para o julgamento, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Senhores Desembargadores, o conflito discute a competência, entre membros da 4ª e 6ª Turmas desta Corte, para o AI 2010.03.00.036975-8 contra a *rejeição de exceção de pré-executividade* à EF 2008.61.82.029492-5, versando sobre a cobrança de *PIS* (setembro a dezembro de 1999, junho de 2000 a junho de 2001, e janeiro a dezembro de 2005), constituído por DCTF, com notificação pessoal em 05/10/2001, cuja exigibilidade estaria integralmente suspensa, segundo alegado pelo contribuinte.

A agravante impetrou o MS 1999.61.00.058875-9 (f. 89/100) para afastar o PIS exigido pelo *artigo 3º da Lei 9.718/1998*, em 14/12/1999 (f. 89/100); com liminar, em 17/12/1999, para "autorizar a impetrante a recolher a contribuição ao PIS com base de cálculo apenas sobre o efetivo faturamento, sem a observância da Lei nº 9.718/98" (f. 103/4); sentença favorável proferida em 30/03/2000 (f. 105/9) e apelação fazendária, além de remessa oficial.

Nesta Corte foi ajuizada a *MC 2001.03.00.035519-9* (f. 110/4), em 28/11/2001, por dependência à apelação no MS, para *depósito judicial* "das quantias até aqui vencidas, devidamente acrescidas de todos os consectários legais, bem como relativamente às futuras incidências até o trânsito em julgado da ação da qual esta é incidental" (f. 110/4), sendo deferida liminar (f. 116).

A 4ª Turma proveu o apelo e remessa oficial, *denegando a ordem*, em *10/01/2004* (f. 126/130), rejeitados embargos declaratórios em *23/08/2006* (f. 132/5), com interposição de RE/RESP.

Foi assim, por certo, diante deste julgamento de 2006 da 4ª Turma que houve a abertura de *representação pela SRF* para controle do crédito fiscal não amparado, segundo o Fisco, por causa de suspensão da exigibilidade, em *13/09/2006* (f. 136/41).

A medida *cautelar de depósito* judicial foi julgada *prejudicada*, por decisão monocrática da suscitada, em *20/08/2009*, quando verificado que o MS havia retornado do Supremo Tribunal Federal e baixado à Vara de origem, sendo decidido que "eventual pedido de levantamento ou conversão de valores deverá ser dirigido ao MM. Juízo de primeiro grau".

Antes disso, porém, a SRF formalizou cobrança de *saldo devedor de multa pelo PIS não depositado*, ajuizando a *EF 2008.61.82.029492-5*, em *28/10/2006*, antes, portanto, de julgada prejudicada a cautelar. Houve exceção de pré-executividade, alegando inexigibilidade do crédito tributário, por suficiência do depósito feito a tempo e modo (f. 82/8). Após reconsideração, foi rejeitada a exceção de pré-executividade, sobrevindo

agravo de instrumento, acerca do qual se discute a competência.

Como visto, *exceção e agravo discutem a validade do executivo fiscal diante do depósito judicial na cautelar originária, distribuída e julgada pela 4ª Turma, por dependência à apelação, igualmente ali julgada*, tratando do PIS com as alterações da Lei 9.718/98.

Se em mandado de segurança anterior foi decidida pela validade do PIS cobrado e se, depois, a Fazenda Nacional propõe execução fiscal, opondo-se o contribuinte, por exceção e agravo, alegando existir depósito judicial vinculado e suficiente para cumprir a coisa julgada, é a autoridade desta, em última análise, que se coloca em discussão e ninguém melhor do que a própria Turma julgadora, ainda que a decisão final tenha sido da Suprema Corte, para apreciar o conflito, que o contribuinte levanta, entre o que existe como garantia na cautelar vinculada ao mandado de segurança e a execução fiscal que, apesar do depósito judicial, foi ajuizada.

Certo que esta Seção, em função da competência absoluta existente em primeiro grau de jurisdição, não admite conexão entre mandado de segurança e execução fiscal, porém, no âmbito da Corte, tal especialização não se verifica, o que permite o reconhecimento da competência da Turma julgadora do mandado de segurança para analisar se a execução fiscal posteriormente ajuizada violou, ou não, a coisa julgada mandamental, objeto de garantia de depósito judicial em cautelar dependente na qual se determinou a destinação de valores conforme a *res judicata* no mandado de segurança.

Embora não seja mais possível a reunião dos feitos, vez que julgado e baixado em definitivo à origem o mandado de segurança (Súmula 235/STJ), a Turma julgadora não perde competência para apreciar a causa em que se discute violação, pelo executivo fiscal, de coisa julgada, ou de garantia estabelecida nos autos respectivos ou em cautelar ajuizada e dependente do próprio mandado de segurança, em que houve julgamento, de ambos os feitos (AMS e respectiva cautelar originária), pela 4ª Turma, tendo como relatora do acórdão a suscitada.

Note-se que a destinação do depósito judicial feito na cautelar, que foi distribuída originariamente à 4ª Turma por dependência à apelação no MS, ainda que tenha sido afetada ao pronunciamento do Juízo Cível, que processou o *writ*, o foi para o exato cumprimento do acórdão de mérito proferido em tal impetração, de modo que eventual discussão acerca de sua suficiência, ou não, levantada como matéria de defesa contra execução fiscal, através de exceção do devedor, remete ao exame de questão que interfere no próprio cumprimento, execução e autoridade da coisa julgada. Existe, pois, relevante fundamentação jurídica para que seja mantida a competência da 4ª Turma para decidir sobre a execução fiscal que foi ajuizada em virtude do acórdão proferido na apelação em mandado de segurança e considerando a cautelar, distribuída por dependência, na qual efetuado depósito judicial cuja suficiência, ou não, motivou a exceção de pré-executividade e o agravo de instrumento.

Reforça o entendimento pela competência da suscitada, o fato de que a reforma processual de 2006, através da Lei 11.280, determinou que ações idênticas sejam distribuídas por prevenção, buscando evitar o surgimento de decisões conflitantes acerca da litispendência, questão processual que não é, certamente, mais importante do que a própria coisa julgada, de modo que, tendo sido alegada a sua ofensa, direta ou indiretamente - e aqui porque foi deferida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário mediante depósito judicial, sobre cuja suficiência controvertem as partes - revela-se mais apropriado

estabelecer a competência da suscitada e respectiva Turma para dirimir a controvérsia tal como levantada.

Tanto quanto possível recomenda-se, para evitar o surgimento de decisões conflitantes e assegurar maior domínio da inteireza da controvérsia, que se processe perante o mesmo Juízo e Turma o processo no qual tenha repercussão jurídica uma decisão anteriormente proferida, envolta em coisa julgada, cuja autoridade pode ser mais facilmente assegurada, especialmente quando presente controvérsia acerca de seu conteúdo e alcance, por quem a proferiu ou por quem teve jurisdição sobre o feito no qual ocorrida a respectiva formação.

A propósito, o recente julgado proferido no âmbito desta Seção:

> CC 2010.03.00.016712-8, Des. Fed. CARLOS MUTA, DJF3 28/04/2011: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PIS. LEI 9.718/98. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. EXECUÇÃO FISCAL. OBJEÇÃO DE COISA JULGADA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA DA TURMA JULGADORA DO *WRIT*. 1. O conflito tem como objeto a discussão da competência, entre membros da 3ª e 6ª Turmas desta Corte, para processar e julgar agravo de instrumento interposto contra rejeição de exceção de pré-executividade, oposta à execução fiscal 2009.61.82.029577-6, relativa ao PIS, período de fevereiro de 2000 a dezembro de 2003, resultante de auto de infração, lavrado em 08/03/2005, indicando suspensão da exigibilidade pela liminar concedida em primeira instância, embora providas a apelação e remessa oficial pela 3ª Turma, em acórdão de 17/12/2003, que denegou a ordem. 2. Foi assim, certamente, em função desta decisão de 2003 da Turma, que se lavrou, em 2005, o auto de infração. Inconformada com a denegação da ordem, o contribuinte interpôs o RESP 690.782, não conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, e o RE 468.498, conhecido e provido pelo Supremo Tribunal Federal, baixando os autos à Vara de origem após o trânsito em julgado. 3. A discussão, portanto, envolve a viabilidade da execução fiscal em função do acórdão da Suprema Corte que, reformando o julgado da 3ª Turma, concedeu o mandado de segurança para excluir a apuração da contribuição ao PIS com as alterações da Lei 9.718/98. Se em mandado de segurança anterior foi reconhecido, ao final, um determinado direito líquido e certo e se, depois, a Fazenda Nacional propõe uma execução fiscal, que estaria violando tal coisa julgada, é a autoridade desta que se coloca em discussão e ninguém melhor do que a própria Turma julgadora, ainda que a decisão final tenha sido da Suprema Corte, para apreciar o conflito que se estabeleceu entre mandado de segurança e execução fiscal. 4. Certo que esta Seção, em função da competência absoluta existente em primeiro grau de jurisdição, não admite conexão entre mandado de segurança e execução fiscal, porém, no âmbito da Corte, tal especialização não se verifica, o que permite reconhecer a competência da Turma julgadora do mandado de segurança para analisar eventual violação da respectiva coisa julgada por parte de execução fiscal posteriormente ajuizada. 5. Embora não seja mais possível a reunião dos feitos, vez que julgado e baixado em definitivo à origem o mandado de segurança (Súmula 235/STJ), a Turma julgadora não perde competência para apreciar a causa em que se discute violação, pelo executivo fiscal, de

coisa julgada decorrente do próprio mandado de segurança, em que atuou o órgão fracionário desta Corte, tendo como relatora do acórdão a suscitada. 6. A objeção de coisa julgada, deduzida na execução fiscal, remete ao cumprimento do que decidido, anteriormente, no mandado de segurança, cabendo à respectiva Turma julgadora apreciar a existência de tal coisa julgada e, assim, deliberar sobre a validade ou não da execução fiscal, impugnada por exceção de pré-executividade, da qual extraído o agravo de instrumento, sobre o qual versa o presente conflito negativo de competência. 7. Possível em tese, diante da coisa julgada proferida pela Suprema Corte, discutir a violação de sua autoridade em reclamação (artigos 102, I, *l*, CF, e 13 e seguintes da Lei 8.038/90), considerada a inscrição ou o ajuizamento de execução fiscal, a ser solucionada, assim e por certo, se adotada fosse tal via processual, pelo Excelso Pretório, com base no decidido no mandado de segurança, o que reforça a conclusão de que a invocação da coisa julgada, objeto da exceção de pré-executividade e depois de agravo de instrumento, atrai e define a competência, no âmbito desta Corte, da Turma que processou e julgamento o feito de que se originou a *res judicata*. 8. Também reforça o entendimento pela competência da suscitada, o fato de que a reforma processual de 2006, através da Lei 11.280, determinou que ações idênticas sejam distribuídas por prevenção, buscando evitar decisões conflitantes acerca da litispendência, questão processual que não é, certamente, mais importante do que a própria coisa julgada, de modo que, tendo sido alegada a sua ofensa, revela-se mais apropriado estabelecer a competência da 3ª Turma para que possa dirimir, no caso, a controvérsia suscitada quanto à existência e teor concreto e específico da garantia constitucional. 9. Tanto quanto possível, recomenda-se, para evitar o surgimento de decisões conflitantes e assegurar maior domínio da inteireza da controvérsia, que se processe perante o mesmo Juízo e Turma o processo no qual tenha repercussão jurídica uma decisão anteriormente proferida, envolta em coisa julgada, cuja autoridade pode ser mais facilmente assegurada, especialmente quando presente controvérsia acerca de seu conteúdo e alcance, por quem a proferiu ou por quem teve jurisdição sobre o feito no qual ocorrida a respectiva formação. 10. Conflito negativo de competência julgado procedente."

Aqui, a peculiaridade, existente mas insuficiente e irrelevante para afastar a prevenção, encontra-se no fato de que exceção e agravo discutem a validade de execução fiscal, por já estar plenamente garantido e suspenso o crédito tributário, segundo o contribuinte, em decorrência de depósito judicial integral, feito em cautelar, processada e julgada pela suscitada, juntamente com o processo principal, que era a apelação no mandado de segurança, que declarou válida a cobrança do PIS, na forma da Lei 9.718/98.

Ante o exposto, julgo procedente o presente conflito, para declarar a competência da suscitada para processar e julgar o AI 2010.03.00.036975-8.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO 0006998-76.2011.4.03.0000 (2011.03.00.006998-6)

Agravante: ISIDORO GALDERON JARANDILHA
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 346/348
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL
Classe do Processo: AI 433595
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/06/2011

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA DIÁRIA. VALOR. DESCABIMENTO DA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA.

1. Em casos de demora na implantação de benefício previdenciário, é perfeitamente cabível a imposição de multa diária. O objetivo da multa é o cumprimento da obrigação outrora determinada. A multa é apenas inibitória, fazendo com que o réu desista do descumprimento da obrigação específica.

2. Ressalte-se, por oportuno, que, considerando-se o previsto no artigo 461, § 6º do Código de Processo Civil, que prevê que "*o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva*", está o dispositivo legal a outorgar, ao Magistrado, maior campo de atuação, uma vez tratar-se a referida multa de questão incidental decidida no processo e que, portanto, não faz coisa julgada, nos termos do inciso III do art. 469 do CPC.

3. Dessa forma, é razoável considerar como termo final para a cobrança da multa diária a data da planilha, encaminhada pela autarquia, informando a revisão do benefício em 26/12/2001, daí porque a multa deve ser computada no período compreendido entre 12/10/2001 e 26/12/2001 no valor de R$ 30,00 (trinta reais) por dia.

4. Destarte, não há que se falar um incidência de juros de mora sobre o montante da multa, tendo em vista que a multa já constitui penalidade prevista para o atraso no cumprimento da obrigação de fazer. A incidência de juros de mora sobre o valor da multa se caracterizaria como dupla penalidade, o que não se admite no direito pátrio

5. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de junho de 2011.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto pela parte autora, ora agravante, em face de decisão que, monocraticamente, negou seguimento ao agravo de instrumento, nos termos do disposto no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, mantendo a r. decisão que determinou a redução do valor da multa diária, reconsiderou as datas do termo inicial e termo final da referida multa e afastou a incidência de juros sobre o total da multa.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que é evidente o dever do INSS em arcar com a multa fixada pelo Juízo, tendo em vista que restou comprovado o não cumprimento da obrigação de fazer. Aduz, ainda, ser lícita a inclusão dos juros de mora sobre o montante da multa.

É o relatório.

À Mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de agravo interposto pela parte autora, ora agravante, em face de decisão que, monocraticamente, negou seguimento ao agravo de instrumento, nos termos do disposto no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, mantendo a r. decisão que determinou a redução do valor da multa diária, reconsiderou as datas do termo inicial e termo final da referida multa e afastou a incidência de juros sobre o total da multa.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que é evidente o dever do INSS em arcar com a multa fixada pelo Juízo, tendo em vista que restou comprovado o não cumprimento da obrigação de fazer. Aduz, ainda, ser lícita a inclusão dos juros de mora sobre o montante da multa.

Passo a decidir.

A r. decisão agravada amparou-se no seguinte entendimento:

> "Razão assiste ao MM. Juízo *a quo*.
> De fato, a multa diz respeito a execução de sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer, que passou a ser regida pela norma do art. 461 do mesmo diploma legal, observando-se subsidiariamente o disposto no Capítulo III - Da execução das obrigações de fazer e de não fazer.
> Assim, entendo que, em casos de demora na implantação de benefício previdenciário, é perfeitamente cabível a imposição de multa diária. O objetivo da multa é o cumprimento da obrigação outrora determinada. A multa é apenas inibitória, fazendo com que o réu *desista do descumprimento da obrigação específica*.
> Ressalte-se, por oportuno, que, considerando-se o previsto no artigo 461, § 6º do Código de Processo Civil, que prevê que '*o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva*', está o dispositivo legal a outorgar, ao Magistrado, maior campo de atuação, uma vez tratar-se a referida multa de questão incidental decidida no processo e que, portanto, não faz coisa julgada, nos termos do inciso III do art. 469 do CPC.

No caso em tela, verifico que o prazo fixado para a revisão da renda mensal do benefício da parte autora foi de 30 (trinta) dias. Tendo em vista que o mandado de citação foi juntado aos autos em 11/09/2001, considera-se escoado o prazo para a revisão da renda mensal a partir de 12/10/2001.
Destarte, compulsando detidamente os documentos constantes dos autos, verifico que o documento acostado na fl. 297 aponta a data exata em que foi efetuada a revisão da renda mensal do benefício, ou seja, 26/12/2001, válida para janeiro de 2002.
Dessa forma, entendo razoável considerar como termo final para a cobrança da multa diária a data da planilha, encaminhada pela autarquia, informando a revisão do benefício em 26/12/2001, daí porque a multa deve ser computada no período compreendido entre 12/10/2001 e 26/12/2001 no valor de R$ 30,00 (trinta reais) por dia.
Destarte, não há que se falar um incidência de juros de mora sobre o montante da multa, tendo em vista que a multa já constitui penalidade prevista para o atraso no cumprimento da obrigação de fazer. A incidência de juros de mora sobre o valor da multa se caracterizaria como dupla penalidade, o que não se admite no direito pátrio.
A multa pecuniária tem apenas efeito inibitório, não podendo se converter no principal objetivo da parte autora."

Ante o exposto, voto por *negar provimento ao agravo*.
Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

DIREITO
PROCESSUAL PENAL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL 0000821-29.2003.4.03.6127 (2003.61.27.000821-6)

Embargante: HERALDO JOÃO LODETTE
Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 505/507 Vº
Réus Absolvidos: LEANDRO LODETTE E JOÃO GONÇALVES DE ALMEIDA FILHO
Não Oferecida Denúncia: BENEDITO ROVILSON PEREIRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe de Processo: ACR 43226
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/06/2011

EMENTA

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DIMINUIÇÃO DA PENA EM VIRTUDE DA PRESCRIÇÃO. OMISSÃO SUPRIDA COM A EFETIVA DIMINUIÇÃO DA PENA QUANTO AO DELITO DO ART. 55 DA LEI Nº 9605/98. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDOS.

1. Declarada a prescrição houve omissão quanto a não diminuição da pena fixada ao delito do art. 55, *caput*, da Lei nº 9.605/98. Necessária a diminuição, portanto, de 8 (oito) meses de detenção e 13 (treze) dias-multa, tornando a pena definitiva do embargante em 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, mantendo-se, no mais a sentença que fixou o regime inicial aberto, e substituiu a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

2. Dispõe a Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça que "é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva". Caso a desclassificação e a procedência parcial dêem-se em segundo grau, restando imputação por crime cuja pena mínima em abstrato seja igual ou inferior a 1 (um) ano, os autos devem ser baixados ao Juízo de origem a fim de oportunizar a manifestação do Ministério Público Federal sobre a possibilidade de concessão do *sursis* processual. Precedentes.

3. Embargos de declaração providos, determinando-se a remessa dos autos ao Juízo de origem, a fim de que se manifeste o Ministério Público Federal sobre a possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 30 de maio de 2011.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Trata-se de embargos de declaração opostos por Heraldo João Lodette (fls. 515/516) contra o acórdão de fls. 505/507v., pelo qual esta Turma, à unanimidade, deu parcial provimento ao recurso do réu, declarando extinta sua punibilidade, quanto ao delito tipificado no art. 55, *caput*, da Lei nº 9.605/98, em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, com fundamento no art. 109, VI, do Código Penal, nos termos do voto deste Relator e quanto ao mais, mantendo a sentença de primeiro grau, cuja ementa tem o seguinte teor:

> "PENAL. PROCESSUAL PENAL. EXTRAÇÃO ILEGAL DE CASCALHO SEM LICENÇA DOS ÓRGÃOS COMPETENTES DE FISCALIZAÇÃO. ART. 2º, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.176/91 E DO ART. 55, *CAPUT*, DA LEI Nº 9.605/98. DECLARADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU QUANTO AO DELITO DO ART. 55 DA LEI Nº 9.605/98. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. NO MAIS MANTIDA A SENTENÇA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
> 1. Superado o prazo prescricional entre a data dos fatos e a do recebimento da denúncia, decreta-se a extinção da punibilidade.
> 2. Materialidade demonstrada pelo Termo Circunstanciado de Ocorrência Policial (fl. 13/14), laudo pericial (fls. 36/41) e teor do Ofício nº 1705/2003, expedido pelo Chefe do 2º DS/DNPM (fl. 63), atestando que o ora apelante não possui registro no banco de dados daquele Distrito do Departamento Nacional de Produção Mineral, evidenciando que não possuía autorização para extração na área objeto da lavra de que trata a denúncia, bem como que não possuía a licença ambiental respectiva, conforme informado pela CETESB (fl. 62).
> 3. Autoria demonstrada pelas provas constantes nos autos, no sentido de que a draga e a pá-carregadeira, que estavam sendo usadas no momento da abordagem policial, eram de propriedade do apelante (fls. 25/26), bem como de que foi ele quem pediu ao administrador da Fazenda para colocar as máquinas na propriedade (fls. 76, 195 e 272/273).
> 4. Apelação parcialmente provida para acolher a preliminar suscitada, declarando extinta a punibilidade do réu, quanto ao delito tipificado no art. 55, *caput*, da Lei nº 9.605/98, em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, com fundamento no art. 109, VI, do Código Penal, e quanto ao mais, manutenção da sentença de primeiro grau (fls. 505/507v.)."

O embargante argumenta que não se procedeu à diminuição da pena em razão da declaração de prescrição, quanto ao delito previsto no art. 55 da Lei nº 9605/98, requerendo o pronunciamento acerca desta diminuição da pena. Requer, outrossim, a reaplicação da pena quanto ao delito do art. 2º da Lei nº 8176/91, entendendo que o Juízo a quo utilizou o preceito secundário do art. 55 da Lei nº 9605/98 como parâmetro para a fixação da pena correspondente ao art. 2º da Lei nº 8176/91, aludindo que tal fato gerará a possibilidade de suspensão condicional do processo em relação a este delito.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator): Assiste razão ao embargante.

Consta da ementa de julgamento de fl. 507 e verso, que esta 5ª Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso de Heraldo João Lodette, declarando extinta a punibilidade do réu, quanto ao delito tipificado no art. 55, *caput*, da Lei nº 9.605/98, em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, com fundamento no art. 109, VI, do Código Penal, nos termos do voto deste Relator e quanto ao mais, manteve a sentença de primeiro grau.

Inicialmente o embargante alega que não se procedeu à diminuição da pena, em razão da declaração de prescrição quanto a este delito.

Tal ponto merece ser sanado, haja vista que não se procedeu à diminuição da pena, em razão da declaração de prescrição quanto ao delito do art. 55, *caput*, da Lei nº 9.605/98.

A sentença fixou, para o delito do art. 55, *caput*, da Lei nº 9.605/98, a pena-base em 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa. Na segunda fase fez incidir a agravante genérica prevista no art. 15, II, *a*, da Lei nº 9.605/98, majorando a pena em 1/3, alcançando a pena de 8 (oito) meses de detenção e 13 (treze) dias-multa, tornada definitiva ante a ausência de causas de aumento ou diminuição.

Para o delito do art. 2º da Lei nº 8176/91, a sentença fixou a pena-base de 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, tornada definitiva, ante a ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou diminuição de pena.

A pena definitiva foi fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção e 23 (vinte e três) dias-multa, em virtude do concurso formal de crimes (art. 70, segunda parte do Código Penal, que prevê a cumulação das penas) (fls. 444/448).

Necessária a diminuição, portanto, de 8 (oito) meses de detenção e 13 (treze) dias-multa, restando a pena definitiva do embargante de 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, mantendo-se, quanto ao mais, a sentença que fixou o regime inicial aberto, e substituiu a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Quanto à segunda pretensão do embargante, tenho que lhe assiste razão.

Procedência parcial da denúncia. Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça. Suspensão condicional do processo. Possibilidade. Dispõe a Súmula nº 337 do Superior Tribunal de Justiça que "é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva". Caso a desclassificação e a procedência parcial dêem-se em segundo grau, restando imputação por crime cuja pena mínima em abstrato seja igual ou inferior a 1 (um) ano, os autos devem ser baixados ao Juízo de origem a fim de oportunizar a manifestação do Ministério Público Federal sobre a possibilidade de concessão do *sursis* processual:

> "PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 10 *CAPUT* DA LEI Nº 9.347/97. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SENTENÇA. DESCLASSIFICAÇÃO. CONCURSO MATERIAL. ABSOLVIÇÃO DE UM DOS CRIMES. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DA PROPOSTA QUANTO AO CRIME REMANESCENTE. IMPOSIÇÃO DE CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE.
> I - Tanto o Pretório Excelso como esta Corte, já firmaram orientação no sentido

de que é viável a suspensão condicional do processo no caso de desclassificação do delito operada em sede de sentença condenatória (Precedentes).
II - O mesmo fenômeno se observa quando, neste ato processual, é o réu absolvido por um dos crimes e, quanto ao remanescente, verifica-se, pela pena em abstrato, a possibilidade do oferecimento da proposta do aludido benefício pelo Ministério Público (Súmula 337 desta Corte).
III - Não obstante, não se revela possível que, ao mesmo tempo, se possibilite ao Ministério Público o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo e, ainda assim, já seja o acusado condenado pelo mesmo crime que poderá ser objeto da suspensão.
IV - Essa inversão evidentemente desnatura o instituto previsto no art. 89 da Lei nº 9.099/95, pois implica uma aceitação compulsória pelo acusado, acaso oferecida a proposta, uma vez que, no caso, a sua recusa ensejaria, em muitos casos, a imediata execução da pena já indevidamente imposta.
V - Além disso, por não viger o princípio da identidade física do juiz no processo penal brasileiro, a indevida antecipação do julgamento do mérito da *quaestio* no momento em que ainda possível a suspensão do processo, conduz à uma possível subtração de apreciação da causa por juiz diverso que, no caso de proferir sentença, analisando as provas produzidas pode, diversamente, concluir, v. g., pela absolvição do réu. Recurso especial provido."
(STJ, REsp nº 884408, Rel. Min. Felix Fischer, unânime, j. 13.12.07)

"Suspensão do processo em caso de desclassificação (possibilidade).
1. Ainda que a desclassificação da infração se verifique na superior instância, há de haver oportunidade para que se invoque, por exemplo, o instituto da suspensão do processo (Lei nº 9.099/95, art. 89).
2. Precedentes da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal.
3. Recurso especial do qual se conheceu pelo dissídio, porém ao qual se negou provimento."
(STJ, REsp nº 679526, Rel. Min. Nilson Naves, unânime, j. 18.04.05)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. EXTRAÇÃO DE AREIA SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL. ARTIGO 55, LEI 9.605/98 E ARTIGO 2º, LEI 8.176/91. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 55, DA LEI 9.605/98, EM RELAÇÃO AOS APELANTES. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. ARTIGO 2º, LEI 8.176/91. CONVERTIDO O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. DETERMINADO O RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM. SÚMULA 337, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
1 - Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito previsto no artigo 55, da Lei nº 9.605/98 (art. 109, VI, CP).
2 - Convertido o julgamento em diligência, e determinado o retorno dos autos à instância de origem para que seja dada a oportunidade da suspensão condicional do processo quanto ao delito previsto no artigo 2º, da Lei nº 8.176/91, nos termos da Súmula nº 337, do Superior Tribunal de Justiça.
3 - Apelações parcialmente providas."

(TRF da 3ª Região, ACR nº 200360000036900, Rel. Des. Fed. Henrique Herkenhoff, unânime, j. 23.04.08)

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL. ART. 89 DA LEI 9.099/95. SUSPENSÃO DO PROCESSO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME CAPITULADO NA DENÚNCIA OU PROCEDÊNCIA PARCIAL. PRESCRIÇÃO DE UM DOS DELITOS EM SEDE DE APELO. REMESSA AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PARA MANIFESTAÇÃO DO MP. ADMISSIBILIDADE.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte e Tribunais Superiores, mostra-se cabível a remessa dos autos à instância de origem para proposta de suspensão condicional do processo quando acontece a desclassificação do crime descrito na denúncia, ou absolvição quanto a um dos delitos imputados em concurso, permanecendo infração cuja pena mínima se encontra dentro do limite previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95 (um ano).

2. Admissibilidade da medida despenalizante, igualmente, quando a desclassificação ou absolvição ocorre em sede de apelo, eis que reconhecida somente no Tribunal a ausência do óbice imposto pelo *Parquet* no que pertine ao requisito objetivo do *quantum* da pena.

3. Da mesma forma, tendo em conta a ocorrência da prescrição retroativa, declarando-se extinta a punibilidade do agente em relação a um dos delitos inscritos na exordial, e remanescendo única imputação cuja pena mínima cominada é de 01 (um) ano de detenção, impõe-se a baixa dos autos ao Juízo de primeiro grau para oportunizar a manifestação do Ministério Público sobre a possibilidade de concessão do *sursis* processual."

(TRF da 4ª Região, ACR nº 200172040040913, Rel. Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro, por maioria, j. 18.05.06)

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO* aos embargos de declaração opostos por Heraldo João Lodette, tornando a pena definitiva do embargante em 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa e determino a remessa dos autos ao Juízo de origem, a fim de que se manifeste o Ministério Público Federal sobre a possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0003329-92.2005.4.03.6121
(2005.61.21.003329-0)

Apelantes: MARIA NILZA PEDRO, CELINA ALVES DE MOURA SILVA E JOSÉ ATAÍDE LOPES
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Classe do Processo: ACR 33967
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/06/2011

EMENTA

PENAL - PROCESSUAL PENAL - COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS PROIBIDOS - ART. 273, § 1º, B, INCISO I CP - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DOLO DEMONSTRADO - AFASTAMENTO, DO CONCURSO MATERIAL COM O ART. 334, § 1º, *C* DO CP - RECURSOS DAS DEFESAS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. A autoria e a materialidade do delito restaram amplamente demonstradas por meio dos Autos de Exibição e Apreensão dos medicamentos encontrados em poder dos réus, pelos Laudos Periciais em produtos farmacêuticos e pelos depoimentos prestados durante a instrução processual.

2. As circunstâncias em que foi realizada a apreensão dos produtos farmacêuticos pela equipe de investigações da Polícia Civil, acompanhada pelo representante da Associação Brasileira de Combate à Falsificação, medicamentos esses que se encontravam em poder dos apelantes, aliadas aos depoimentos colhidos, confirmam, de forma precisa e harmônica, a ocorrência dos fatos e a responsabilidade dos apelantes.

3. Os réus, em seus interrogatórios perante a autoridade policial, e em Juízo, confessaram que adquiriram os medicamentos apreendidos, ressalvando, contudo, que seriam destinados não para a comercialização e sim para uso pessoal.

4. E, muito embora tenham os réus Celina e José Ataíde afirmado terem adquirido os medicamentos na cidade de São Paulo/SP, com exceção da co-ré Maria Nilza que confessou que adquiriu no Paraguai, não há dúvidas de que os medicamentos apreendidos são de procedência estrangeira - Paraguai.

5. E em que pese os apelantes terem alegado que os medicamentos eram destinados apenas ao consumo pessoal, o advogado da Associação Brasileira de Combate à Falsificação, ouvido como testemunha de acusação, afirmou tanto em sede inquisitorial, como em Juízo, que já havia recebido denúncias no sentido de que os medicamentos proibidos, que foram apreendidos em poder dos apelantes, estavam sendo vendidos em barracas no “camelódromo”, situado no centro da cidade de Taubaté/SP, tendo ele resolvido ir pessoalmente até o local indicado, onde lá constatou a veracidade das denúncias anônimas que lhe foram feitas.

6. Confirma, ainda, a autoria do delito por parte dos réus, o depoimento do agente da Policia Civil, Marcelus Tadeu Alvissus de Medeiros, que participou da operação de apreensão dos medicamentos, após denúncia do representante da Associação Brasileira de Combate à Falsificação, sendo que nas duas oportunidades em

que foi ouvido - fase inquisitiva e fase judicial, também afirmou que, ao chegar ao "camelódromo", verificou que três pessoas estavam comercializando os medicamentos "Pramil" e "Cytotec", afirmando categoricamente que as três pessoas eram os apelantes.

7. A *notitia criminis* oferecida junto a Delegacia de Investigações Gerais de Taubaté/SP, pela Associação Brasileira de Combate à Falsificação - ABCF, indicando a possível prática de ilícitos, inclusive a introdução de medicamentos sem o devido registro e autorização pela autoridade competente, mostrou-se verídica, tendo sido encontrada com os apelantes, certa quantidade de medicamentos de comercialização proibida no país.

8. As testemunhas de defesa não comprovaram a tese defensiva, pois, ou nada souberam dizer sobre os fatos, ou trouxeram em seus depoimentos afirmações genéricas e aleatórias - "por ouvir dizer", apresentando versões que lhes foi passadas pelos próprios apelantes, e, portanto, nada acrescentaram ao conjunto probatório coligido nos autos.

9. Não há dúvidas a respeito do dolo para o cometimento do delito por parte dos apelantes, sendo que a versão apresentada de que os medicamentos eram destinados ao uso próprio, destoa do conjunto probatório que se extrai dos autos, tanto é que foi apreendido o medicamento "Pramil" nas barracas de comércio pertencentes aos apelantes, e, além desse produto, foi encontrado junto a barraca de comércio da co-ré Maria Nilza também o medicamento "Cytotec", tendo os três acusados plena consciência de que comercializavam produtos farmacêuticos de venda proibida no Brasil, tanto que vendiam em suas bancas de comércio de forma "camuflada", como se infere do depoimento da testemunha de acusação pertencente ao quadro de agentes da Delegacia de Investigações Gerais de Taubaté/SP, que procedeu à abordagem policial e a apreensão dos medicamentos.

10. A confirmar que os produtos farmacêuticos de venda proibida no Brasil estavam sendo comercializados de forma "camuflada", nas bancas do "camelódromo" pertencentes aos apelantes, encontra-se o depoimento da outra testemunha de acusação, que foi quem provocou a ação policial, ao noticiar o crime à autoridade policial, na qualidade de advogado e representante da ABCF.

11. Restaram demonstradas a má-fé e a intenção (elemento subjetivo - dolo) dos apelantes em comercializar medicamentos de venda proibida no país.

12. Não pode prosperar a alegação das defesas dos réus Celina e José Ataíde, de que ocorreu erro de proibição. Não cabe o argumento de que os apelantes desconheciam a ilicitude de suas condutas, tendo em vista que o artigo 21 do Código Penal é imperativo no sentido de que o desconhecimento da lei é inescusável.

13. Nem se diga que não era possível o conhecimento da ilicitude do fato por parte dos apelantes, o que excluiria a culpabilidade, porque, quando da diligência policial, os policiais verificaram que os medicamentos não estavam expostos, tendo, inclusive, a ré Maria Nilza tentado guardar rapidamente os medicamentos, assim que percebeu a abordagem policial. Além do mais, o representante da Associação Brasileira de Combate à Falsificação afirmou que os medicamentos não estavam sendo colocados à venda abertamente, às claras, e sim de maneira dissimulada, não estando à vista nas bancas pertencentes aos apelantes no "camelódromo". Isso demonstra que tinham os acusados dolo em suas condutas,

bem como o conhecimento do ilícito, já que se não soubessem da ilicitude de suas condutas não tentariam esconder ou dissimular as mercadorias.
14. O desconhecimento da lei é inescusável. Isto porque, se fosse possível ao agente eximir-se da responsabilidade penal, alegando ignorância da lei, haveria insegurança jurídica, debilitando o caráter intimidador do Direito Penal.
15. Não existem circunstâncias atenuantes a beneficiar a Cecília. Como já esclarecido, o fato de a apelante ter tentado esconder a mercadoria indevidamente introduzida no Brasil, e sendo o medicamento colocado à venda de forma "camuflada" ou "dissimulada", tal fato demonstra que ela tinha ciência da ilegalidade de sua conduta, não a socorrendo o inciso II do artigo 65 do Código Penal.
16. Tampouco merece ser acolhida a tese de defesa dos apelantes Cecília e José Ataíde, no sentido de que não restou individualizada a conduta de cada um dos réus em relação aos crimes descritos na denúncia, alegando ambos que suas condutas seriam diferentes dos demais réus e, por isso, deveriam ser tratados de forma diversa, pois, apenas tinham o medicamento para uso próprio, tendo a Juíza fundamentado sua decisão de forma genérica, referindo-se igualmente a todos os réus, com base em testemunhos e declarações que não tinham relação e pertinência com as condutas praticadas pelos apelantes.
17. Os três réus foram denunciados por duas condutas: a) - comercializar produto de procedência estrangeira clandestinamente introduzido no país (artigo 334, § 1º, "c", do CP); b) - colocar à venda medicamentos de comercialização proibida no país por ausência de registro no órgão competente de vigilância sanitária (art. 273, § 1º, B, inciso I, do CP). Os fatos foram minuciosamente narrados na denúncia, o que possibilitou o exercício da ampla defesa, no decorrer de toda a instrução processual penal.
18. Durante a instrução criminal, restou claro que os réus Cecília e José Ataíde possuíam uma banca de comércio no "camelódromo" situado no centro da cidade de Taubaté/SP e, da mesma forma que a co-ré Maria Nilza (que além do "Pramil" também comercializava o medicamento "Cytotec"), todos os três comercializavam medicamento de procedência estrangeira, denominado "Pramil" e de comercialização proibida no Brasil, por não ter permissão do órgão competente, ANVISA. As defesas dos réus tiveram ampla oportunidade de se contrapor às provas carreadas pela acusação, não sendo verdade que os testemunhos colhidos nos autos não encontraram correlação com as condutas praticadas por Cecília e José Ataíde, que, supostamente, como alegam, teriam praticado atos isolados (os medicamentos se destinavam ao consumo próprio). Ao contrário, restou demonstrado pelas provas testemunhais coligidas, que os medicamentos eram destinados à venda e não ao uso próprio, como alegado pelos ora apelantes.
19. Ao contrário do que se alega, as condutas praticadas pelos réus foi perfeitamente individualizada e analisada pela magistrada, que sopesou e valorou todo o material probatório coligido nos autos, tendo chegado a conclusão de que os réus praticaram as condutas descritas na denúncia, havendo a conseqüente responsabilização penal de todos os réus, culminando o feito com a prolação da sentença condenatória.
20. Alternativamente, a defesa do réu José Ataíde requer que se desclassifique o delito previsto no § 1º-B, I do CP, para o tipo do art. 273, § 2º do mesmo artigo

do Código Penal. Ressalto que não prospera a alegação da defesa, de que não houve dolo na conduta do apelante, pois restou evidente que ele agiu com o intuito de comercializar medicamento de venda proibida no Brasil ("Pramil") por não possuir registro no órgão de vigilância sanitária competente, não havendo como proceder tal desclassificação do crime para sua modalidade culposa.

21. A pena imposta aos apelantes, no que tange ao crime capitulado no artigo 273, § 1º B, inciso I, do Código Penal não foi desarrazoada e desproporcional. Muito pelo contrário, a juíza se mostrou sensível ao excessivo rigor do legislador pátrio, na fixação da pena abstratamente prevista ao delito do artigo 273, § 1º-B, I, CP, considerando-a desproporcional ao mal praticado, em confronto com condutas bem mais graves como os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, estupro e homicídio, acabando por aplicar a pena prevista para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes (artigo 12 da antiga Lei 6.368/76 - lei que vigia à época dos fatos - out/04), que previa a pena mínima de 03 (três) anos, socorrendo-se da analogia *in bonam partem*.

22. Todavia, a magistrada incorreu em equívoco ao aplicar a pena prevista no artigo 334, § 1º, "c" CP, em concurso material com o art. 273, § 1º-B, I, CP, configurando verdadeiro *bis in idem*, visto que este último tipo penal já abarca a conduta daquele primeiro.

23. É que foram apreendidos com os réus apenas produtos de uso medicinal - "Pramil" e "Cytotec", não tendo havido apreensão de outros produtos ou mercadorias, como brinquedos, eletrônicos, cigarros e etc. Observa-se que o delito do artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, pelo qual foram os réus condenados, prevê as mesmas condutas descritas nos verbos do § 1º, alínea "c", do art. 334 do mesmo código, ou seja, "importar, vender ou manter", chegando-se a conclusão de que o delito tipificado no artigo 273 do CP deve ser tipo como especial, em comparação com o outro tipo penal. Precedentes das Cortes Regionais Federais.

24. Afastada a condenação pelo delito do art. 334, § 1º, "c" CP, resta prejudicada a tese de defesa de aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, ficando mantida a condenação pela prática do delito previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

25. Por fim, requer a defesa do apelante José Ataíde a redução da pena de multa ao mínimo legal, qual seja, 10 (dez) dias-multa. Todavia, de forma correta e usando a analogia *in bonam partem*, a magistrada já aplicou a pena de multa no mínimo previsto no artigo 12 da Lei 6368/76, ou seja, 50 dias-multa.

26. Recursos das defesas dos réus parcialmente providos. Afastada, a condenação pelo delito previsto no artigo 334, § 1º, letra "c", do CP. Sentença mantida quanto ao mais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes os acima indicados, *ACORDAM* os Desembargadores da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, nos termos do relatório e voto da Senhora Relatora, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente

julgado, por unanimidade, em dar parcial provimento aos recursos das defesas dos réus MARIA NILZA PEDRO, CELINA ALVES DE MOURA SILVA e JOSÉ ATAÍDE LOPES, para afastar a condenação dos réus pela prática do delito previsto no artigo 334, § 1º, alínea "c", do Código Penal, mantendo, quanto ao mais, a decisão de primeiro grau.

São Paulo, 06 de junho de 2011.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações criminais interpostas por MARIA NILZA PEDRO, CELINA ALVES DE MOURA SILVA e JOSÉ ATAÍDE LOPES, contra decisão proferida pelo MM. Juíza Federal da 1ª Vara de Taubaté/SP, que os condenou, pela prática do delito previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I e artigo 334, § único, alínea "c", ambos do Código Penal, às penas de 03 (três) anos de reclusão pelo primeiro delito e 01 (um ano) de reclusão pelo segundo delito, em concurso material, que cumuladas perfazem um total de 04 (quatro) anos, mais o pagamento de 50 (cinqüenta) dias multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo legal.

Consta da denúncia (fls. 02/04) que, no dia 28 de outubro de 2004, policiais civis da Delegacia de Investigações Gerais de Taubaté/SP, acompanhados do representante da Associação Brasileira de Combate à Falsificação, compareceram ao camelódromo localizado na Praça Campos Salles, no centro da cidade, e lá apreenderam em poder dos denunciados, ora apelantes, em suas respectivas bancas de comércio, cartelas de medicamentos denominados PRAMIL e CYTOTEC, ambos de origem estrangeira e de comercialização proibida no Brasil, sem o registro exigido pelo órgão de vigilância sanitária competente, tendo os três comerciantes confessado que teriam introduzido os medicamentos ilegalmente no país.

Os laudos periciais de produtos farmacêuticos foi juntado às fls. 77/79, 80/82 e 92/96.

A denúncia foi recebida em 16/01/2006 (fl. 152).

Os réus foram interrogados (fls. 162/163 - Celina, fls. 164/166 - Maria Nilza, fls. 167/169 - José Ataíde), tendo sido apresentadas as respectivas defesas prévias (fls. 173/174, 189 e 190).

Durante a instrução criminal, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela acusação (fls. 247/248 e 284/285), e cinco arroladas pelas defesas (fls. 249, 250/251, 252/253, 254/255, 256, 257).

Na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, nada foi requerido pelas partes.

Foram juntadas as alegações finais pelo Ministério Público Federal (fls. 269/273) e pelas defesas (fls. 277/281, 284/290 e 293/298).

A sentença condenatória foi prolatada a fls. 300/318, em que a Juíza prolatora da decisão, por não entender justa a aplicação da pena prevista no artigo 273 do CP, por ser extremamente severa e desproporcional se comparada com o comportamento desenvolvido pelos réus, fixou-lhes a pena cominada ao crime de tráfico de entorpecentes (art. 12 da Lei 6.368/76), aplicando a analogia *in bonam partem*, em concurso material com o crime de descaminho. A sentença foi publicada em 24/10/2007 (fl. 319).

Em razões de apelação (fls. 325/331), argumenta a defesa de MARIA NILZA PEDRO que:

1º) a apelante informou em seu interrogatório, na fase inquisitiva, que, na banca que possui no camelódromo, comercializa somente brinquedos que são adquiridos na rua 25 de Março, em São Paulo/SP, e que os medicamentos apreendidos eram para seu próprio consumo, não tendo consciência do mal que os medicamentos poderiam lhe causar, sendo que eram usados para tratar de irregularidades em seu ciclo menstrual e dores estomacais;

2º) a apelante jamais teve a intenção de vender, expor a venda ou praticar qualquer outra conduta incriminadora que lhe foi imputada na denúncia, fato este comprovado pelos depoimentos das testemunhas de defesa, que confirmaram que a apelante comercializava somente brinquedos e que os medicamentos foram adquiridos para consumo próprio para tratamento de enfermidades de que ela padece, não havendo provas quanto à autoria do delito por parte do apelante;

3º) o crime previsto no artigo 273 do Código Penal exige para a sua configuração a prova efetiva da destinação comercial, sendo que o que restou provado nos autos é que os medicamentos foram adquiridos para consumo próprio;

4º) a apelante não agiu com dolo, não tendo consciência das conseqüências que o uso dos medicamentos poderiam causar, pois foram adquiridos por ela apenas para seu próprio consumo com a finalidade de tratar de suas enfermidades;

5º) também não há de se falar em crime de descaminho, tendo em vista a ausência do conteúdo probatório sobre a destinação comercial dos medicamentos apreendidos;

6º) requer a aplicação do brocardo *in dubio pro reo*, uma vez que os elementos probatórios coligidos nos autos comprovaram que os medicamentos foram adquiridos para consumo somente da apelante;

7º) por fim, em caso de manutenção da sentença condenatória, insurge-se contra as penas cominadas, no seu entender, excessivamente severas, uma vez que trata-se de pessoa humilde, honesta e trabalhadora, que tem sob sua dependência um filho de dez anos de idade, além de ser primária e possuir bons antecedentes, até porque a pena a ela imposta fere o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Por sua vez, aduz a defesa de CELINA ALVES DE MOURA SILVA, em razões de inconformismo (fls. 344/347), que:

1º) a apelante agiu de boa-fé e por inexperiência ao adquirir em uma farmácia no Paraguai o remédio “Pramil”, que lhe foi indicado para reposição hormonal;

2º) a apelante, sendo pessoa de 56 anos de idade, sem instrução, sem recursos financeiros para desembolsar R$ 150,00 (cento e cinqüenta reais) por uma consulta médica particular, quanto mais um plano de saúde mensal, que custa em torno de R$ 320,00 (trezentos e vinte reais), vê-se forçada a procurar farmácias para tentar curar seus males, e como possui problemas hormonais, o remédio “Pramil” lhe foi indicado por um farmacêutico do Paraguai, que lhe convenceu que tal medicamento resolveria seu problema, e portanto, não teve dúvidas, e adquiriu tal medicamento.

3º) conforme comprovado pelos documentos acostados aos autos, foi encontrada com a apelante somente uma cartela de 20 comprimidos, lacrada, o que comprova que o medicamento se destinava ao seu próprio consumo e não à venda, pois, caso fosse destinado para a venda, provavelmente não seria encontrada somente uma cartela, mas várias, e, também, haveria prova testemunhal, nos autos, relativa a pessoas que adquiriram

tais comprimidos da acusada, o que não ocorreu;

4º) o material probatório coligido nos autos não se mostra apto a ensejar um decreto condenatório, mas, sim, demonstra claramente que a acusada é vítima de sua própria ignorância, pois adquiriu um medicamento sem prescrição médica, que poderia causar danos maiores a sua saúde;

5º) ficou comprovado, nos autos, que a apelante tinha consigo apenas uma cartela com 20 comprimidos de "Pramil", para consumo próprio, não sendo destinada à venda a terceiros de boa fé, conforme afirmado pelo próprio policial que procedeu à sua abordagem;

6º) não foi individualizada a conduta de cada um dos réus, com relação aos crimes previstos nos artigos 334 e 273 do Código Penal, sendo que, no caso da apelante, sua conduta deveria ter sido tratada de forma isolada, diversa dos demais réus.

7º) invoca o princípio da insignificância penal, haja vista que as conseqüências do crime foram de pequena monta, considerando, ainda, a perda em favor do Fisco, de toda a mercadoria apreendida, bem como a conduta social da acusada, a qual não possui antecedentes criminais, tratando-se de pessoa idosa, semi-analfabeta, tendo confessado que medicamento se destinava a consumo próprio, não sendo desmentida a sua versão, do que decorre a ausência de dúvidas quanto a sua inocência;

8º) a ora apelante não agiu com dolo (elemento subjetivo do tipo), não tendo intenção de vender ou expor a venda o medicamento proibido;

9º) subsidiariamente, requer a incidência da atenuante prevista no artigo 65, II, do CP, tendo em vista que adquiriu o medicamento para uso próprio, de boa-fé, tratando-se de pessoa leiga e semi-analfabeta, que não possui antecedentes criminais, não tendo consciência da ilicitude de sua conduta.

Por sua vez, a defesa do apelante JOSÉ ATAÍDE LOPES, também interpôs recurso de apelação (fls. 350/357), aduzindo, em suas razões de inconformismo, o que se segue:

1º) a conduta do apelante JOSÉ não se enquadra na tipificação legal do artigo 273, § 1º-B, inciso I, do CP, pois, ele nunca importou, vendeu, expôs a venda, teve em depósito para venda, distribuiu ou entregou para consumo produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais, ou seja, não há como condenar o apelante por esse tipo penal, uma vez que ficou claramente demonstrado, nos autos, que ele apenas usava o medicamento denominado "Pramil";

2º) não ficaram comprovadas, nos autos, a materialidade e a autoria delitivas, não podendo o apelante ser penalizado por um crime que não cometeu;

3º) a fundamentação da decisão foi realizada de forma generalizada, mencionando a magistrada que "a afirmação dos réus não tem credibilidade no sentido de que os medicamentos tinham como destino o uso próprio", referindo-se genericamente a todos os réus. Assim sendo, o apelante não pode ter sua credibilidade quebrada, com base apenas em testemunhos e declarações coligidos nos autos, não relacionados à sua pessoa;

4º) subsidiariamente, requer a desclassificação do delito previsto no § 1º-B, I do artigo 273 do Código Penal para a forma do § 2º do mesmo dispositivo daquele diploma legal (crime em sua modalidade culposa);

5º) o apelante não tinha conhecimento da procedência do medicamento, bem como não tinha a intenção de comercializá-lo, tendo agido com culpa e não com dolo, eis que nunca teve a intenção de vender e, sim, de consumir a medicação;

6º) houve erro de proibição, até porque o apelante não tinha consciência da

ilicitude do seu ato, pois se trata de pessoa pobre e simples, não tendo condições de identificar com facilidade a origem e as resoluções da ANVISA sobre o medicamento "Pramil", e todos os perigos decorrentes dos componentes desse produto;

7º) em relação a condenação pelo crime de descaminho, o apelante não manteve em depósito e desconhecia a procedência estrangeira do medicamento "Pramil", e não há provas nos autos sobre a destinação comercial do produto, não podendo ser condenado pelo crime de descaminho;

8º) invoca a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, em razão do ínfimo valor da mercadoria apreendida (remédio "Pramil");

9º) alternativamente, requer a defesa a redução ao seu mínimo legal da pena de multa cominada em primeiro grau, ou seja, 10 (dez) dias-multa.

Com as contra-razões de apelação (fls. 359/365), subiram os autos a esta E. Corte, onde o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento dos recursos (fls. 368/372).

O feito foi submetido à revisão, na forma regimental.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

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

A autoria e a materialidade dos delitos restaram amplamente demonstradas por meio dos Autos de Exibição e Apreensão dos medicamentos encontrados em poder de Celina (fl. 11), Maria Nilza (fl. 18 e 120) e José Ataíde (fl. 71), pelos Laudos Periciais referentes aos medicamentos (fls. 77/79, 80/82, 92/96) e pelos depoimentos prestados durante a instrução processual.

As circunstâncias em que foi realizada a apreensão dos produtos farmacêuticos pela equipe de investigações da Polícia Civil, acompanhada pelo representante da Associação Brasileira de Combate à Falsificação, medicamentos esses que se encontravam em poder dos réus, aliadas aos depoimentos colhidos, confirmam, de forma precisa e harmônica, a ocorrência dos fatos e a responsabilidade dos apelantes.

Os medicamentos apreendidos eram PRAMIL e CYTOTEC. Quanto ao primeiro, foi determinada a sua apreensão em todo o território nacional, pela ANVISA, por meio da Resolução 766/2002, como medida de interesse sanitário. Quanto ao CYTOTEC, teve sua comercialização proibida pela Resolução 1232, expedida pelo mesmo órgão público.

Os réus Celina, Maria Nilza e José Ataíde, em seus interrogatórios perante a autoridade policial (fls. 13, 16/17 e 72, respectivamente) e em Juízo (fls. 162/163 - Celina, 164/166 - Maria Nilza e 167/169 - José Ataíde) confessaram que adquiriram os medicamentos apreendidos, ressalvando, contudo, que seriam destinados não para a comercialização e sim para uso pessoal.

E, muito embora tenham os réus Celina e José Ataíde afirmado terem adquirido os medicamentos na cidade de São Paulo/SP, na popular rua do comércio, 25 de Março, ao contrário da co-ré Maria Nilza, que confessou que os adquiriu no Paraguai, não há dúvidas de que os medicamentos apreendidos são de procedência estrangeira - Paraguai.

E, em que pese terem os apelantes alegado que os medicamentos eram destinados apenas ao consumo pessoal, o advogado da Associação Brasileira de Combate à Falsificação,

ouvido como testemunha de acusação, Pedro Antônio Mochetti, afirmou, tanto em sede inquisitorial (fl. 90) como em Juízo (fls. 254/255), que já havia recebido denúncias no sentido de que os medicamentos proibidos, que foram apreendidos em poder dos apelantes, estavam sendo vendidos em barracas no "camelódromo" situado no centro da cidade de Taubaté/SP, tendo ele resolvido ir pessoalmente até o local indicado, onde lá constatou a veracidade das denúncias anônimas que lhe foram feitas.

Confirma, ainda, a autoria do delito por parte dos réus, o depoimento do agente da Policia Civil, Marcelus Tadeu Alvissus de Medeiros, que participou da operação de apreensão dos medicamentos, após denúncia do representante da Associação Brasileira de Combate à Falsificação, supramencionado, sendo que, nas duas oportunidades em que foi ouvido - fase inquisitiva (fl. 132) e fase judicial (fls. 217/218) -, também afirmou, que ao chegar ao "camelódromo", verificou que três pessoas estavam comercializando os medicamentos de nome "Pramil" e "Cytotec", afirmando categoricamente que as três pessoas que comercializavam esses produtos farmacêuticos eram os réus, ora apelantes. Confira-se:

Depoimento em Juízo do agente policial Marcelus Tadeu Alvissus de Medeiros (fls. 217/218):

> "(...) participou da operação de apreensão de medicamentos pelo qual os réus estão sendo processados. Tomaram conhecimento dos medicamentos por um membro de uma instituição de combate a falsificação de medicamentos. Foram até o Camelódromo e, lá chegando, verificaram que três pessoas estavam comercializando os medicamentos de nome Pramil e Cytotec. Respondeu que as pessoas que estavam com os medicamentos eram Maria Nilza, José Ataíde e Celina. Diz que o Sr. da agência se apresentou como comprador exibiu o dinheiro e os acusados concordaram em vender. Diz que com relação a José Ataíde se deslocaram diretamente até a barraca e perguntaram se havia o remédio, oportunidade em que ele retirou de cima da barraca. (...) não se recorda da quantidade de medicamentos que foram apreendidos, mas lembra que foi pouca. Os medicamentos não estavam expostos. Sobre a acusada Nilza, disse que pelo que recorda o remédio Pramil estava numa gavetinha e o Cytotec também na gavetinha, mas quando percebeu que era uma abordagem policial tentou guardar rapidamente. (...) presenciou a distância todos os atos do membro da agência e quando ele fazia um sinal a abordagem acontecia. A forma de abordagem havia sido previamente combinada. Não chegou a ouvir o que a pessoa da agência falava para os réus. (...)"

Depoimento do representante da Associação Brasileira de Combate à Falsificação - ABCF, Pedro Antônio Mochetti (fls. 254/255):

> "(...) Sou advogado da Associação Brasileira de Combate a Falsificação e recebi denúncias no sentido de que os medicamentos mencionados na denúncia estavam sendo vendidos em barracas no 'camelódromo' situado no centro da cidade de Taubaté/SP. Resolvi ir até o local indicado e constatei a veracidade das denúncias. Comuniquei o fato à autoridade policial de Taubaté, que determinou que um destacamento contando com seis ou sete policiais fosse até o local. Presenciei o momento em que cartelas do medicamento Pramil e Cytotec foram apreendidos

> em poder da acusada Maria Nilza Pedro. Também pude observar a apreensão de cartelas contendo comprimidos de Pramil com os co-réus José Ataíde Lopes e Celina Alves de Moura Silva. Os três acusados foram conduzidos até o Distrito Policial. (...) Quando estive inicialmente no 'camelódromo', apresentei-me como um suposto comprador do medicamento Pramil e nesta condição pude observar a efetiva comercialização do produto. O comprimido de Pramil é vendido por um preço muito inferior ao medicamento similar nacional, não possuindo registro na ANVISA, Não sendo fabricado no Brasil. Não indaguei aos vendedores qual era a utilização dada ao medicamento uma vez que é público e notório que tal remédio é indicado para disfunção erétil. (...) Os medicamentos não estavam sendo colocados à venda de forma explícita ou clara e sim de maneira dissimulada, não estando à vista nas bancas existentes no 'camelódromo'. Também observei que mais um ou dois ambulantes comercializavam os medicamentos no local. Não adquiri nenhum medicamento e apenas demonstrei interesse em comprá-los na visita inicial que fiz naquele local. (...)"

Com efeito, a denúncia - tecnicamente *notitia criminis* de fls. 20/34 - registrada junto a Delegacia de Investigações Gerais de Taubaté/SP pela Associação Brasileira de Combate à Falsificação - ABCF, indicando a possível prática de ilícitos, inclusive a introdução de medicamentos sem o devido registro e autorização pela autoridade competente, mostrou-se verídica, tendo sido encontrada com os apelantes Celina, Maria Nilza e José Ataíde, certa quantidade de medicamentos de comercialização proibida.

Ressalta-se que as testemunhas de defesa arroladas pelos réus, na realidade, não comprovaram a tese defensiva, pois, ou nada souberam informar sobre os fatos descritos na peça acusatória (fl. 256) ou trouxeram em seus depoimentos afirmações genéricas e aleatórias - "por ouvir dizer" (fls. 249, 250/251, 252/253, 254/255 e 257), apresentando versões que lhes foram passadas pelos próprios réus, e, portanto, nada acrescentaram ao conjunto probatório, a esclarecer os fatos.

Assim, não há dúvidas a respeito do dolo para o cometimento dos delitos por parte dos apelantes, sendo que a versão apresentada, de que os medicamentos eram utilizados por eles próprios, destoa do conjunto probatório que se extrai dos autos, tanto é que o medicamento "Pramil" foi apreendido nas barracas pertencentes aos apelantes e, além desse produto, foi encontrado, na barraca de comércio da co-ré Maria Nilza, também o medicamento "Cytotec", tendo todos os três acusados plena consciência de que comercializavam produtos farmacêuticos de venda proibida no Brasil, tanto que os vendiam em suas bancas de comércio de forma "camuflada", como se infere do depoimento da testemunha de acusação, Marcelus Tadeu, pertencente ao quadro de agentes da Delegacia de Investigações Gerais de Taubaté/SP, que procedeu à abordagem policial e a apreensão dos medicamentos, *in verbis*:

> "(...) Diz que com relação a José Ataíde, se deslocaram diretamente até a barraca e perguntaram se havia o remédio, *oportunidade em que ele retirou de cima da barraca. (...) Os medicamentos não estavam expostos*. Sobre a acusada Nilza, disse que pelo que recorda o remédio Pramil estava numa gavetinha e o Cytotec também na gavetinha, mas *quando percebeu que era uma abordagem policial tentou guardar rapidamente*" (fl. 247) (negritei).

A confirmar que os produtos farmacêuticos de venda proibida no Brasil estavam sendo comercializados de forma "camuflada", nas bancas do "camelódromo" pertencentes aos apelantes, encontra-se o depoimento da outra testemunha de acusação, Pedro Antônio, que foi quem provocou a ação policial ao noticiar o crime à douta autoridade policial, na qualidade de advogado e representante da ABCF, *in verbis*:

> "(...) Os medicamentos não estavam sendo colocados à venda de forma explícita ou clara e sim de maneira dissimulada, não estando à vista nas bancas existentes no 'camelódromo'" (fls. 254/255).

E, como bem colocado pelo *Parquet* Federal em suas contra-razões de apelação, a fl. 362 dos autos:

> "(...) 9. Não há explicação para a presença de tal medicamento, alegadamente utilizado para fins pessoais, em barraca cuja única finalidade é o comércio. Se de fato fosse para uso pessoal, conforme alegam, tal medicamento, destinado a problemas com ereção, deveria estar junto com os demais pertences pessoais dos réus em suas casas. 10. Desse modo, restou amplamente comprovado que os réus mantinham em depósito, para fins comerciais, medicamentos proibidos."

Assim, restaram demonstradas a má-fé e a intenção (elemento subjetivo - dolo) dos ora apelantes em comercializar medicamentos de venda proibida no país.

E, não pode prosperar a alegação das defesas dos co-réus Celina e José Ataíde, de que ocorreu, na espécie, erro de proibição.

Não cabe o argumento de que os apelantes desconheciam a ilicitude de suas condutas, tendo em vista que o artigo 21 do Código Penal é imperativo no sentido de que o desconhecimento da lei é inescusável.

Nem se diga, também, que não era possível o conhecimento da ilicitude do fato por parte dos apelantes, o que excluiria a culpabilidade, porque quando da diligência policial, como visto acima, os policiais verificaram que os medicamentos não estavam expostos, tendo, inclusive, a co-ré Maria Nilza tentado guardá-los rapidamente, assim que percebeu a abordagem policial. Além do mais, o representante da Associação Brasileira de Combate à Falsificação, Pedro Antônio, afirmou categoricamente que os medicamentos não estavam sendo colocados à venda abertamente, às claras, e sim de maneira dissimulada, não estando à vista nas bancas pertencentes aos apelantes no "camelódromo" (depoimento em Juízo de fls. 254/255). Ora, isso demonstra, à evidência, que os acusados agiram com dolo na conduta que empreenderam, pois tinham pleno conhecimento do ilícito que praticavam, até porque, se não soubessem da ilicitude de seus atos, não tentariam esconder ou dissimular as mercadorias.

Ademais, repito, dispõe o artigo 21 do Código Penal que o desconhecimento da lei é inescusável. Isto porque, se fosse possível ao agente eximir-se da responsabilidade penal, alegando ignorância da lei, haveria insegurança jurídica, debilitando o caráter intimidador do Direito Penal.

Como esclarece Julio Fabbrini Mirabete:

> "O individuo, como membro da sociedade, tem intuição do que é proibido e pode,

assim, evitar a violação da ordem jurídica e a prática de atos lesivos, mesmo nas hipóteses em que os tipos penais não coincidem com a ordem moral, porque se exige que, normalmente, se informe a respeito da regularidade jurídica de seus atos" (Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal I*, fls. 202, 19ª edição, 2003, Editora Atlas).

E, não existem circunstâncias atenuantes a beneficiar a apelante CECÍLIA, como quer fazer crer sua defesa.

Como já esclarecido, o fato de a apelante ter tentado esconder a mercadoria, indevidamente introduzida no Brasil, colocando-o à venda de forma dissimulada, "camuflada", demonstra que ela tinha ciência da ilicitude de seu ato. Não a socorre, portando, a circunstância atenuante prevista no inciso II do artigo 65 do Código Penal.

Ademais, apenas a título de argumentação, não obstante seja comum nos dias atuais a entrada de produtos vindos do Paraguai de forma ilegal, não menos comuns são as apreensões dessas mercadorias ilegais, que são realizadas por policiais, seja na Ponte da Amizade, seja já em território nacional, como tem sido noticiado amplamente pela mídia. É bem verdade que inúmeras pessoas realizam esse tipo de conduta no país, seja a importação irregular de cigarros, de brinquedos, de produtos eletrônicos, medicamentos e etc. E, está se tornando cada vez mais difícil para as autoridades fazendárias e policiais conter o avanço desse tipo de comércio ilegal no país. Assim, não se pode acreditar que os co-réus Celina e José Ataíde, mesmo tratando-se de pessoas simples, pobres (sem recursos financeiros) e sem instrução, como alegam suas defesas, se mostrassem completamente alheios aos noticiários televisivos, e não possuíssem conhecimento da ilicitude do ato que praticavam, eis que são pessoas normais e capazes, inseridas na comunidade onde vivem e no comércio local, sendo público e notório que o medicamento "Pramil" é similar ao "Viagra", indicado para impotência sexual, trazido do Paraguai a um custo bem menor que os similares nacionais (inclusive os genéricos), porém, de comercialização proibida no país, porque não possui registro na ANVISA.

Tampouco merece ser acolhida a tese de defesa dos co-apelantes Cecília e José Ataíde, no sentido de que não restou individualizada a conduta de cada um dos réus em relação aos crimes descritos na inicial acusatória, alegando ambos que suas condutas seriam diferentes e deveriam ser tratadas de forma diversa, pois possuíam o medicamento para uso próprio, tendo a magistrada fundamentado sua decisão de forma genérica, referindo-se igualmente a todos os réus, com base em testemunhos e declarações que não tinham relação e pertinência com a conduta praticada pelos ora apelantes.

Ora, os três acusados foram denunciados por duas condutas ilícitas: a) - comercializar produto de procedência estrangeira clandestinamente introduzido no país (artigo 334, § 1º, letra "c", do CP); b) - colocar à venda medicamentos de comercialização proibida no país, por ausência de registro no órgão competente de vigilância sanitária (art. 273, § 1º, B, inciso I, do CP).

Os fatos foram minuciosamente narrados na inicial acusatória, o que lhes possibilitou o exercício da ampla defesa no decorrer de toda a instrução processual.

E, durante a instrução criminal, ficou claro que os réus Cecília e José Ataíde possuíam banca de comércio no "camelódromo" situado no centro da cidade de Taubaté/SP e, da mesma forma que a co-ré Maria Nilza (que além do "Pramil" também comercializava o medicamento "Cytotec"), todos eles comercializavam medicamento de procedência

estrangeira, denominado "Pramil", de comercialização proibida no Brasil por não ter permissão do órgão competente - ANVISA. As defesas dos réus tiveram ampla oportunidade de se contrapor às provas carreadas aos autos pela acusação, não sendo verdade que os testemunhos colhidos não encontraram correlação com as condutas praticadas por Cecília e José Ataíde, que, supostamente, como quer a defesa, teriam praticado atos isolados (os medicamentos seriam destinados para consumo próprio). Pelo contrário, restou demonstrado, pelas provas testemunhais coligidas nos autos (fls. 217/218 e 254//255), que os medicamentos se destinavam ao comércio e não ao uso próprio.

Ao contrário do que alega a defesa, as condutas praticadas pelos réus foram perfeitamente individualizadas e analisadas pela douta magistrada, que sopesou e valorou todo o material probatório coligido nos autos, e chegou a conclusão de que os réus praticaram as condutas descritas na denúncia, havendo a conseqüente responsabilização penal de cada um, culminando o feito com a prolação de sentença condenatória.

Alternativamente, a defesa do réu José Ataíde requer, em caso de confirmação da condenação, que haja a desclassificação do delito previsto no § 1º-B, inciso I do art. 273 CP, para o tipo do § 2º do mesmo artigo do Código Penal.

Ressalto que não pode prosperar a alegação da defesa de que não houve dolo na conduta do apelante, pois restou evidente que ele agiu com o intuito de comercializar medicamento de venda proibida no Brasil ("Pramil"), por não possuir registro no órgão de vigilância sanitária competente, tendo ele plena ciência de que praticava o ilícito penal. Não há, pois, como proceder à desclassificação do crime previsto no § 1º-B - I do artigo 273 do CP para a sua modalidade culposa (§ 2º do mesmo artigo e diploma legal).

Mantida a condenação, cumpre ressaltar que, ao contrário do que alega a defesa da apelante Maria Nilza, a pena imposta a ela e aos demais réus, no que tange ao crime capitulado no artigo 273 do Código Penal, não foi desarrazoada e desproporcional. Muito pelo contrário, a juíza "a quo" se mostrou sensível ao excessivo rigor do legislador pátrio na fixação da pena abstratamente prevista para o delito do artigo 273, § 1º-B, CP, que, no seu entender, seria desproporcional ao mal praticado, quando posta em confronto com sanções relativas a condutas bem mais graves como os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, estupro e homicídio. Com base nesse entendimento, a julgadora acabou aplicando a pena prevista para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes (artigo 12 da antiga Lei 6.368/76 - lei que vigia à época dos fatos - out/04), que previa a pena mínima de 03 (três) anos, socorrendo-se da analogia *in bonam partem*, ou seja, aplicou sanção bem menor que a pena mínima prevista no artigo 273 CP, que é de 10 (dez) anos.

Para melhor esclarecimento de meus pares, transcrevo o seguinte excerto da sentença, ora atacada:

> "A pena privativa de liberdade estipulada para o delito em questão *é de 10 (dez) anos a 15 (quinze) anos de reclusão. Tal pena, porém, é extremamente severa e desproporcional, se comparada com o comportamento desenvolvido pelos réus*, devendo, portanto, a sanção privativa de liberdade abstratamente prevista, ter sua aplicação reservada a situações que exponham a sociedade a enormes danos, o que definitivamente não é o caso dos autos, visto que os réus foram flagrados com pequena quantidade de comprimidos. Note-se, como a periculosidade dos réus é diminuída, o que, de certa forma, foi reconhecido pelo 'Parquet', quando formulou proposta de suspensão condicional do processo, consoante cota de fl. 298

dos autos, não se mostrando justa a aplicação da pena prevista no art. 273 do CP. (...) *Dessa maneira, fazendo uso da analogia 'in bonam partem', no caso em comento, pelos pontos em comum dos delitos, deve ser aplicada à pena cominada ao crime de tráfico de entorpecentes (art. 12 da lei nº 6.368/76), na esteira do que já decidiu o E. TRF 4ª Região. (...) Por fim, não se pode considerar hediondo o delito previsto no art. 273, § 1º-B, I, do CP, já que a lei nº 8.072/90 faz referência expressa aos verbos falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, não abrangendo os verbos relacionados com a comercialização de produtos não registrados pelo órgão de vigilância sanitária competente*." (destaquei).

Por outro lado, creio que a douta magistrada incorreu em equívoco, ao aplicar a pena prevista no artigo 334, em concurso material com o a do art. 273, ambos do Código Penal, tendo se configurando verdadeiro *bis in idem*, pois a conduta prevista no artigo 334 do Código Penal já está descrita no tipo do artigo 273, § 1º, do mesmo diploma legal (princípio da especialidade), que reza:

"Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:
Pena - reclusão de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.
§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem *importa*, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado."

Observa-se, pelos Autos de Exibição e Apreensão de fls. 11, 18 e 71, que foram encontrados e apreendidos na posse dos réus Cecília, José Ataíde e Maria Nilza apenas produtos de uso medicinal - "Pramil", sendo que na posse desta última, também foi apreendido outro medicamento denominado "Cytotec". Não houve apreensão de outros produtos ou mercadorias como brinquedos, eletrônicos, cigarros e etc. Observa-se, também, que o delito do artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, pelo qual foram condenados, prevê as mesmas condutas descritas nos verbos do § 1º, alínea "c", do art. 334 do CP, ou seja "importar, vender ou manter", daí por que se conclui que o delito tipificado no artigo 273 do CP também trata de crime de contrabando de medicamentos sem licença ou registro da autoridade sanitária.

Sufragando este entendimento, cito os seguintes precedentes de nossas Cortes Regionais:

"PENAL. ARTIGO 273, § 1º-B, I E VI, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. TESTEMUNHAS POLICIAIS. VALIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE CONTRABANDO. APELAÇÃO IMPROVIDA.
O apelante foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 273, § 1º-B, incisos I e VI, e artigo 334, § 1º, alínea 'c', ambos, do Código Penal. (...) O delito do artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal também prevê as condutas de importação, venda e manutenção em depósito para venda de produto destinado a

fins terapêuticos ou medicinais sem registro da vigilância sanitária ou adquiridos de estabelecimentos sem licença da autoridade sanitária. Delito de contrabando resta absorvido. Condenação configura 'bis in idem'. Absolvição, de ofício, do réu da prática do delito previsto no artigo 334, § 1º, alínea 'd' do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Apelação a que se nega provimento."
(TRF3, ACR - Apelação Criminal - 30563, Relatora: Des. Federal VESNA KOLMAR, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/08/2010, publicado no DJF3 em 02/09/2010).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ARTIGOS 334, § 1º, 'd', e 273, § 1º-B, I e V, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE DESCAMINHO E CONTRABANDO, SOB FORMA ESPECIALIZADA, COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA COMPETENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, ART. 109, IV, DA CF. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. INDÍCIOS. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.
1. (...).
2. (...).
3. A importação de remédio de procedência ignorada, sem registro e adquirido de estabelecimento sem licença do Órgão de Vigilância Sanitária competente pode ser entendida como contrabando sob forma especializada. Por opção legislativa (lei 9.677/98), uma conduta que antes se amoldava ao tipo previsto no art. 334 do CP passou a ser prevista em tipo penal próprio (art. 273 do CP), providência que não alterou, todavia, a competência federal para processamento e julgamento do feito.
4. (...)."
(TRF2, RSE - Recurso em Sentido Estrito - 2244, Relator(a): Des. Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, julgado em 12/01/2011, publicado no DJF2 em 21/02/2011).

Assim sendo, fica afastada a condenação pelo delito previsto no artigo 334, § 1º, alínea "c" do CP, restando prejudicada a tese relativa a aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, tal como suscitado pela defesa do co-réu José Ataíde. Por outro lado, resta mantida a condenação dos apelantes, pela prática do delito previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

Por fim, requer a defesa do apelante José Ataíde a redução da pena de multa imposta pela juíza de 1º grau, para o seu mínimo legal, qual seja, 10 (dez) dias-multa, argumentando ser impossível para ela adimpli-la, por ser pessoa simples e pobre, tendo sido defendida neste processo por defensor dativo.

No que concerne à pena de multa, foi fixada sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"(...) Definida a pena privativa de liberdade passo a fixar a pena de multa do acusado. Considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 são favoráveis ao agente, bem como ausente circunstâncias agravante e atenuante, causas de aumento e diminuição da pena, fixo em 50 (cinqüenta) o número de dias-multa para o crime

previsto no *art. 273, § 1º-B, I, do CP*. De outro lado, considerando que, nos autos, não restou demonstrada a situação financeira do réu, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente" (fls. 317/318) (o negrito é no original).

A douta magistrada, reconhecendo que as circunstâncias judiciais são favoráveis, fixou a pena privativa de liberdade no mínimo legal, ou seja, 03 anos de reclusão, para cada réu, aplicando-lhes a pena prevista no artigo 12 da antiga lei de tóxicos, usando a analogia *in bonam partem*. E, note-se que também aplicou a pena de multa no montante mínimo previsto nesse mesmo dispositivo de lei, ou seja, 50 dias-multa, do que se conclui que agiu com acerto, pois a pena de multa tem que se adequar aos mesmos parâmetros utilizados para a fixação da pena privativa de liberdade.

Diante do exposto, *dou parcial provimento* aos recursos das defesas dos réus MARIA NILZA PEDRO, CELINA ALVES DE MOURA SILVA e JOSÉ ATAÍDE LOPES, e, *afasto a condenação* dos réus pela prática do delito previsto no artigo 334, § 1º, alínea "c", do Código Penal, mantendo, quanto ao mais, a decisão de primeiro grau.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

MANDADO DE SEGURANÇA
0001306-96.2011.4.03.0000
(2011.03.00.001306-3)

Impetrante: ALCIDES CARLOS GREJIANIM
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS
Interessados: JUSTIÇA PÚBLICA, DENIS MARCELO GREJIANIM E IRES CARLOS GREJIANIM
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ADENIR SILVA
Classe do Processo: MS 327733
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/06/2011

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRABANDO. LAVAGEM DE VALORES. ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS. LEILÃO. INTIMAÇÃO. ILEGALIDADE AFASTADA. PRELIMINAR REJEITADA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Preliminar de não conhecimento do feito por inadequação da via eleita afastada. Questão já apreciada por esta Primeira Seção.

2. A alienação antecipada se mostra necessária para impedir o perecimento e a desvalorização dos bens sequestrados e evitar prejuízo para a União em caso de condenação ou ao próprio impetrante na hipótese de reversibilidade dos bens.

3. No caso dos autos foi constatada pela equipe de profissionais responsável pela contagem, separação e classificação do gado sequestrado nos autos principais que os referidos bens foram dissipados.

4. O gado faltante foi avaliado em R$ 745.560,00 (setecentos e quarenta e cinco mil, quinhentos e sessenta reais).

5. A dilapidação dos bens sequestrados, a dificuldade de controle e manutenção, a quantidade e o fato de serem semoventes justificam a alienação.

6. O gerenciamento do dinheiro pela instituição bancária não gera nenhum tipo de transtorno para o Juízo nem prejuízo para as partes.

7. A alegação de que o impetrante não foi intimado do leilão não procede. A decisão do sequestro que ordenou o leilão e nominou a empresa leiloeira foi publicada em 06.12.2010 e o impetrante, na pessoa de seu patrono, intimado.

8. Os documentos comprovam também que o impetrante acompanhou todas as vistorias de suas fazendas, tendo sido nomeado depositário fiel dos bens e intimado das avaliações. Em 19.01.2011 foi intimado da realização do leilão e em 21.01.2011 foi publicado o edital.

9. Preliminar afastada. Agravo regimental prejudicado. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, afastar a preliminar de não conhecimento do feito por inadequação da via eleita, julgar prejudicado o agravo regimental e denegar a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de junho de 2011.

Juiz Federal Convocado ADENIR SILVA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ADENIR SILVA, Relator, nos termos do Ato nº 10.374, de 10 de março de 2011, da E. Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por *Alcides Carlos Grejianim* contra ato do MM. Juiz da 3ª Vara Federal de Campo Grande/MS, por meio do qual objetiva a suspensão da alienação antecipada das cabeças de gado sequestradas nos autos nº 0012477-29.2010.403.6000, por meio de leilão marcado para o dia 28 de janeiro de 2011, até o julgamento final do presente *writ*, quando deverá ser cancelada a alienação antecipada.

O impetrante alega, em síntese, que não foi intimado das avaliações efetivadas pelos Oficiais de Justiça, tendo sido intimado da data do leilão apenas 7 dias antes da realização. Aduz, ainda que a administração dos bens é exercida pelo próprio impetrante de forma responsável, que sempre os manteve em excelente estado de conservação, conforme comprovam os laudos periciais juntados aos autos.

O pedido de liminar foi *indeferido* às fls. 1718/1719.

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 1725/1734.

Foi interposto agravo regimental às fls. 1743/1756.

A Procuradoria Regional da República, por sua representante Dra. Rosane Cima Campiotto, opinou pelo *não* conhecimento do feito por inadequação da via eleita e, no mérito, pela *denegação* da ordem às fls. 1736/1741.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado ADENIR SILVA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ADENIR SILVA, Relator, nos termos do Ato nº 10.374, de 10 de março de 2011, da E. Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

Afasto a preliminar suscitada pelo Ministério Público Federal de inadequação da via eleita, sendo que esta Primeira Seção já julgou o mérito de mandado de segurança objetivando o cancelamento da alienação antecipada de bens apreendidos (MS 2008.03.00.030668-7 - Relator André Nekatschalow e MS 2008.03.00.038356-6 - Relatora Cecília Mello).

Passo, então, ao exame do mérito.

Insurge-se o impetrante contra a r. decisão do MMº. Juiz da 3ª Vara Federal de Campo Grande/MS que determinou a alienação antecipada de inúmeros lotes de cabeças de gado, descritos no edital de leilão de fls. 1704/1706, totalizando um rebanho de quase 9.000 bovinos, todos sequestrados em razão do suposto cometimento pelo impetrante *Alcides Carlos Grejianim* dos crimes de contrabando e de lavagem de valores.

Segundo as informações prestadas pelo magistrado de primeiro grau às fls. 1725/1734, os capatazes das fazendas onde estão localizados os bens sequestrados foram nomeados fiéis depositários, sob a supervisão do impetrante.

Informou, ainda, que “com o passar do tempo, começaram a surgir rumores de que Alcides estaria dilapidando o rebanho através da venda e até da substituição de reses

por outras de qualidade inferior. Em 07.10.10 este juízo entendeu por bem nomear uma equipe composta por dois oficiais de justiça, um agente de segurança judiciária e um médico veterinário cedido pela empresa Leilões Judiciais Serrano para uma minuciosa vistoria e avaliação também por prepostos da empresa leiloeira. Tão logo a equipe chegou às fazendas, situadas na região da fronteira com o Paraguai, foram confirmadas as suspeitas de que Alcides estava a descumprir as obrigações de fiel depositário."

Compulsando os autos, verifico que não está caracterizado o abuso de poder sequer a ilegalidade da decisão proferida em primeiro grau.

Com efeito, a alienação antecipada se faz necessária para impedir o perecimento e a desvalorização dos bens sequestrados e, ainda, evitar prejuízo para a União em caso de condenação ou ao próprio impetrante na hipótese de reversibilidade dos bens.

Com bem observou o magistrado de primeiro grau, o artigo 120, parágrafo 5º, do Código de Processo Penal, prevê a avaliação e o leilão público, com o posterior depósito do dinheiro apurado, sempre que se tratar de coisas facilmente deterioráveis.

No caso dos autos, restou constatada pela equipe de profissionais responsável pela contagem, separação e classificação do gado sequestrado nos autos principais que os referidos bens foram dissipados.

Conforme certidão de fl. 1926, o Oficial de Justiça José Ailton e o servidor Jânio Alves de Souza declararam que "quando do cumprimento dos mandados de avaliação nas cidades de Naviraí, Iguatemi e Eldorado e através do contato com pessoas da região, constataram que Alcides Carlos Grejianim estaria movimentando o gado apreendido, vendendo e trocando por bezerros e gado inferior."

No laudo de vistoria e avaliação de fl. 1663, os Oficiais informaram a ausência de 25 (vinte e cinco) cabeças de gado na Chácara São Carlos, localizada na área urbana de Eldorado/MS, sendo inclusive o administrador da Chácara intimado a apresentar o restante do gado, que, todavia, afirmou que "haviam morrido".

Fato semelhante foi relatado pela leiloeira à fl. 1689, que ao questionar o gerente, Sr. Cezar, sobre o motivo de haver sinais de saída de animais na Fazenda Quarto de Milha, recebeu a informação de que "pertenciam ao vizinho e por isso foram retirados". Ressaltou, ainda, que o Sr. Cézar sempre criava "dificuldades" para a realização das vistorias.

Na avaliação final ficou consignado que "a totalidade de gado apresentado nos mandados expedidos, como existentes, consta como sendo 8.489 (oito mil, quatrocentos e oitenta e nove) cabeças de gado, entretanto, encontramos, na totalidade das propriedades vistoriadas, o total de 8.053 (oito mil e cinquenta e três) cabeças de gado, sendo uma diferença de 436 (quatrocentos e trinta e seis) cabeças de gado, que se considerado como sendo para engorda e que em média o boi gordo pesa 18 arrobas, o gado faltante seria avaliado em R$ 745.560,00 (setecentos e quarenta e cinco mil, quinhentos e sessenta reais)."

Ressaltou, ainda, o magistrado de primeiro grau que o rebanho foi sequestrado há três anos e, à época, havia centenas de novilhas e vacas, o que evidencia que o rebanho deveria ter aumentado e não diminuído.

Assim, comprovada a dilapidação dos bens sequestrados e tendo em vista a dificuldade de controle e manutenção pelo juízo "a quo", em razão da quantidade e do fato dos bens serem semoventes, a alienação antecipada se mostra necessária.

Observe-se que o gerenciamento do dinheiro pela instituição bancária não gera

nenhum tipo de transtorno para o Juízo nem prejuízo para as partes.

E, por fim, a alegação de que o impetrante *não* foi intimado do leilão não procede, porquanto a decisão do sequestro, ordenando o leilão e nominando a empresa leiloeira, foi publicada em 06.12.2010 e o impetrante, na pessoa de seu patrono, intimado da mesma. Mais: de acordo com os documentos que instruem os presentes autos, o impetrante acompanhou todas as vistorias de suas fazendas de gado, tendo sido nomeado depositário fiel dos bens em 09.12.2010 e intimado das avaliações em 17.12.2010, conforme certidões de fls. 2068, 2070, 2072, 2074, 2076 e 2080. Em 19.01.2011 foi *intimado* da realização do *leilão* (fl. 2089) e em 21.01.2011 foi *publicado* o edital.

Por esses fundamentos, afasto a preliminar, julgo prejudicado o agravo regimental e *denego a segurança*.

É como voto.

Juiz Federal Convocado ADENIR SILVA - Relator

DIREITO TRIBUTÁRIO

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0402460-07.1994.4.03.6103
(2003.03.99.033076-9)

Apelantes: TI BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelados: OS MESMOS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SILVA NETO
Classe do Processo: ApelReex 907735
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/06/2011

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA - CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - IPI: CRÉDITO ESCRITURAL: RECONHECIMENTO CADUCIÁRIO/PRESCRICIONAL - PARCIAL CONSUMAÇÃO - CREDITAMENTO QUANTO À AQUISIÇÃO DE MATERIAIS INTERMEDIÁRIOS ESSENCIAIS À LINHA DE PRODUÇÃO, MAS CUJO USO E CONSUMO SOFREM DESGASTE INDIRETO NO PROCESSO PRODUTIVO, PORTANTO PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS DE EXAUSTÃO GRADUAL DURANTE O MESMO, APENAS INDIRETAMENTE AGREGANDO-SE AO PRODUTO FINAL - ILEGITIMIDADE - PRECEDENTES E. STJ - IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO CONTRIBUINTE.

1 - A aventada processual nulidade sentenciadora se perde, aos termos do desfecho adiante firmado em substância/mérito.

2 - Afastado o pedido de indeferimento do recurso da União, vez que atendidos os requisitos do art. 514, do CPC.

3 - Em sede de aventada prescrição/decadência, com referência ao IPI, cuidando-se de crédito escritural o postulado, portanto de cunho financeiro a receita implicada, a se vergar tal intenção aos cinco anos do Decreto 20.910/32. Precedentes.

4 - Em disputa receitas incontroversamente envoltas no período julho/1989 até outubro/1993, tendo esta demanda sido ajuizada em 22 de agosto de 1994, atingidos respectivamente por prescrição/decadência créditos aventados em IPI, pertinentes a até 21 de agosto de 1989.

5 - Tendo por objeto social a parte autora industrialização, importação, comercialização, importação e exportação de tubos cobreados, galvanizados, pintados, juntas de vedação de eixos mecânicos, retentores de óleo e outros misteres descritos, reportando-se a notas ilustrativamente contidas, relativas a 1989, 1990, 1991, 1992 e 1993, almeja a parte recorrente extemporâneo aproveitamento dos valores pagos a título de IPI, na aquisição de materiais intermediários, afirmados necessários ao processo produtivo, porém que não o integram mas que sujeitos a desgaste, consumo ou inutilização durante o processo produtivo.

6 - Com relação à plausibilidade jurídica dos fundamentos invocados, insta se proceda à contextura das considerações seguintes.

7 - Cabe à Constituição deferir ou não o exercício da competência tributária por parte de cada ente da federação, que o fará, então, mediante a aprovação daquele veículo normatizador.

8 - Insuficiente, de pronto, qualquer exegese que, precipitada, eleve à máxima consideração um ditame constitucional que não tenha sido devidamente disciplinado por lei.

9 - A regra da não-cumulatividade do IPI, encartada no art. 153, parágrafo terceiro, inciso II, C. F., tem ressonância não apenas no CTN, que cuida de normas gerais, mas, essencialmente, no ordenamento jurídico recepcionado (ADCT, art. 34, parágrafo quinto), dentro do qual se destacam a Lei nº 4.502/64 e o Decreto nº 87.981/82, introdutor do Regulamento do IPI, ambos vigentes ao tempo dos fatos aqui debatidos.
10 - O art. 25, da citada lei, fixa que o valor a pagar deve decorrer do montante relativo aos produtos saídos do estabelecimento, mensalmente, diminuído do referente aos produtos nele entrados, obedecidas as diretrizes e especificações do Regulamento.
11 - Firma o combatido art. 82, inciso I, do R. I. P. I., sobre a impossibilidade de compensação ou creditamento do imposto afeto à compra de matérias-primas, intermediários e similares, quando compreendidos entre os bens do ativo permanente, bem como, a "contrario sensu", os materiais que, não se integrando ao novo produto, não sejam consumidos no processo de industrialização (esta caracterizada, segundo o art. 3º, R. I. P. I., por qualquer operação modificadora da natureza, do funcionamento, do acabamento, da apresentação ou da finalidade do produto, assim como do seu aperfeiçoamento para o consumo).
12 - A lei, em seu papel pormenorizador, estabelece que a não-cumulatividade, que permite a compensação entre valor pago e a pagar, inadmite tal raciocínio, quando se está diante da aquisição de bens destinados ao ativo permanente ou que não sejam consumidos no processo de industrialização.
13 - À evidência, tanto não configura agressão ao comando constitucional antes abordado, mas, sim, elucidação do alcance da não-cumulatividade, a qual não se destina a permitir compensação quando o bem não se consuma no percurso de produção ou vá se integrar a bens que, a teor dos arts. 178, parágrafo 1º, alínea "c", e 179, inciso IV, Lei nº 6.404/76, destinem-se à manutenção das atividades da companhia.
14 - Em nada estar a exorbitar o ordenamento combatido, pois presente vínculo de compatibilidade vertical entre o Texto Constitucional atual, a Lei e o Regulamento antes analisados, recepcionados, pois que à lei cabe o mister de firmar os contornos do instituto da não-cumulatividade, dando cumprimento, superiormente, ao previsto pelo art. 150, I, da Constituição da República, e ao art. 49, CTN.
15 - Efetivamente, deve distinção vital ser traçada quanto aos bens alvo da ação em questão (anéis de vedação, juntas, filtros, buchas, válvulas, arruelas, bielas de aço, espigões, polias, pistões, porcas, lixas, facas, bobinas, êmbolos e linguetas, dentre outros), pois dito acervo não atende ao que o E. STJ coerentemente vaticina seja a consumibilidade imediata e integral, consoante v. julgados infra, integrando o produto final ou sobre os quais o desgaste se dê em razão do produto final. Precedentes.
16 - Bens de uso e consumo sob desgaste indireto, no processo produtivo, impossibilitam o almejado creditamento do IPI, pois a se exaurirem gradualmente durante o processo produtivo, apenas indiretamente se agregando ao produto final.
17 - Igualmente inoponível a r. conclusão periciadora lançada ao item "d".
18 - Sem supedâneo no ordenamento da espécie, pois, o pretendido creditamento.

19 - Resta prejudicado o pleito de atualização monetária das diferenças, cuja compensação ora se busca e se denega.
20 - Improvimento à apelação da parte autora.
21 - Provimento à apelação da União e à remessa oficial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a E. Turma "C" do Projeto Mutirão Judiciário do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da parte autora e dar provimento à apelação da União e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de março de 2011.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVA NETO (Relator): Cuida-se de apelações e de remessa oficial, em ação ordinária, opostos por TI BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., em face da União, objetivando o reconhecimento do afirmado direito de aproveitamento extemporâneo de créditos dos valores pagos, a título de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, incidente sobre operações de aquisição de materiais intermediários essenciais à linha de produção.

Alega a parte autora que adquire materiais secundários, essenciais para industrialização de seus produtos, e que, em sua maior parte, não compõem o produto final que produz, mas que são indispensáveis na sua industrialização, por sofrerem inegável desgaste no processo produtivo, em função de ação exercida sobre o produto em fabricação, ficando danificados ou até mesmo perdendo suas propriedades físicas ou químicas. Entende que ofende ao Princípio da Não-Cumulatividade, quando do pagamento do IPI sobre materiais intermediários que, apesar de não se agregarem ao produto que comercializa, são fundamentais para sua elaboração.

A r. sentença de fls. 386/397 julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar o direito da parte autora ao aproveitamento dos créditos decorrentes de valores pagos a título de IPI, na aquisição de "materiais intermediários" essenciais à linha de produção, entendidos estes como todos os descritos no Anexo I - fls. 137/142 - exceto os discriminados no item 3.f do Laudo Pericial - também autorizando a compensação dos créditos relativos ao IPI, com parcelas do próprio IPI, observadas as regras contidas no art. 66 da Lei nº 8.383/91, bem assim Leis nºs 9.069/95 e 9.250/95, com aplicação de juros, na forma estabelecida na Lei nº 9.250/95, e correção monetária, conforme Provimento nº 24/97 da CGJF, devendo a parte autora remeter ao Setor de Arrecadação da Receita Federal memória de cálculo e demonstrativo analítico de todos os valores apurados como crédito, observado o disposto na presente decisão, no prazo de 24 horas, após a realização da pretendida compensação. Custas *ex-lege*. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Da r. sentença, a parte autora opôs embargos de declaração (fls. 398/403), alegando omissão, no tocante ao prazo prescricional e à correção monetária, bem como

obscuridade, no que pertine à aplicação da taxa de juros.

Na decisão de fls. 405/408, a MMª Juíza "a quo" acolheu os embargos em parte, para fazer constar na r. sentença que o prazo prescricional é de 5 anos e não de 10 anos, como requereu a embargante e excluiu, por erro material, a aplicação de juros e da correção monetária, tendo-se em vista a orientação do STF, no sentido de que não cabem estes acessórios sobre créditos escriturais

Apelou a requerente, fls. 416/433, aduzindo preliminarmente, a nulidade parcial da r. sentença prolatada, no tocante à correção monetária e juros, vez que, ao apreciar os embargos de declaração, opostos pela ora apelante, a MMª Juíza "a quo" reformou a sentença, operando verdadeiro "reformatio in pejus", de ofício. Assevera aplicabilidade do art. 168, I, do CTN c/c art. 150, § 4º, do CTN, no tocante à prescrição e decadência. Pede o reconhecimento do direito de corrigir os seus créditos pelos índices que realmente refletiram a inflação, incluindo-se os expurgos inflacionários verificados em diversos planos econômicos, bem como a aplicação da taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996. Por fim, requer o afastamento do tópico da sentença que determinou a remessa, ao Setor de Arrecadação da Receita Federal, de memória de cálculo e demonstrativo analítico de todos os valores apurados como crédito, no prazo de 24 horas, após a realização da pretendida compensação.

Apelou a União (fls. 449/455), alegando que, estando o autor sujeito a alíquota zero, ou isento, na operação atual, de pagar o IPI, é inócuo o crédito obtido na operação anterior. Aduz que inexiste o pretendido direito a crédito resultante de "produtos secundários" e que não se encontram diretamente vinculados ao processo de produção e nele consumidos, ainda que parcialmente.

Apresentadas contra-razões da União (fls. 437/447), arguindo, preliminarmente, o correto entendimento da ocorrência de mero erro material, sanável, em respeito ao princípio da economia processual, bem como contra-razões da parte autora (fls. 476/484), com preliminar de indeferimento do processamento do recurso da União, pela falta de requisitos formais e obrigatórios exigidos pelos art. 514, incisos II e III, ante os fundamentos não pertinentes ao tema dos autos, subiram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental (inciso VIII do artigo 33).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVA NETO (Relator): A aventada processual nulidade sentenciadora se perde, aos termos do desfecho adiante firmado em substância/mérito.

Por igual, afastado o pedido de indeferimento do recurso da União, vez que atendidos os requisitos do art. 514, do CPC.

Em prosseguimento, em sede de aventada prescrição/decadência, com referência ao IPI, cuidando-se de crédito escritural o postulado, portanto de cunho financeiro a receita implicada, a se vergar tal intenção aos cinco anos do Decreto nº 20.910/32, consoante v. consenso pretoriano infra:

Processo: Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: AMS - APELAÇÃO

EM MANDADO DE SEGURANÇA - 293186 Processo: 2005.61.10.005426-1 UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da Decisão: 11/12/2008 Documento: TRF300213186
Relator(a): JUIZ ROBERTO JEUKEN
Fonte: DJF3 DATA: 10/02/2009 PÁGINA: 193
"Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. ISENÇÃO. OPERAÇÕES COM A ZONA FRANCA DE MANAUS. POSSIBILIDADE. CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI PARA RESSARCIMENTO DE PIS/COFINS NA FORMA DO ART. 1º, DA LEI Nº 9.363/96. RECONHECIMENTO. PRAZO PRESCRICIONAL. COMPENSAÇÃO. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO PROCURADOR DA UNIÃO. ART. 20 DA LEI Nº 11.033/2004. TEMPESTIVIDADE.
1. ...
10. Por outro lado, os créditos presumidos de IPI, de que trata o art. 1º, da Lei nº 9.363/96 têm natureza escritural e não se sujeitam à correção monetária, ante a falta de previsão legal para o mister, certo ademais que aplica-se à hipótese o prazo prescricional do Decreto nº 20.910/32, ante seu caráter financeiro e não tributário.
11. ..."

Origem: TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 302836 Processo: 2005.61.03.003406-0 UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da Decisão: 11/12/2008 Documento: TRF300213184
Relator(a): JUIZ ROBERTO JEUKEN
Fonte: DJF3 DATA: 10/02/2009 PÁGINA: 192
"Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. OPERAÇÕES COM A ZONA FRANCA DE MANAUS. POSSIBILIDADE. CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI PARA RESSARCIMENTO DE PIS/COFINS NA FORMA DO ART. 1º, DA LEI Nº 9.363/96 OU DO ART. 1º, DA LEI Nº 10.276/2001. RECONHECIMENTO. PRAZO PRESCRICIONAL. COMPENSAÇÃO. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA.
...
Os créditos presumidos de IPI, de que trata o art. 1º, da Lei nº 9.363/96 têm natureza escritural e não se sujeitam à correção monetária, ante a falta de previsão legal para o mister, certo ademais que se aplica à hipótese o prazo prescricional do Decreto nº 20.910/32, ante seu caráter de crédito financeiro e não tributário.
..."

"TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA - IPI - COMPENSAÇÃO/APROVEITAMENTO - AQUISIÇÃO DE INSUMOS (MATÉRIA-PRIMA, EMBALAGEM E MATERIAL INTERMEDIÁRIO) ISENTOS OU SOB O REGIME DA ALÍQUOTA ZERO - PRODUTO FINAL TRIBUTADO - DECADÊNCIA: QUINQUENAL - STF (RE Nº 353.657/PR): PEDIDO IMPROCEDENTE.
1 - STJ (AgRg-EREsp nº 885.050/PR): qüinqüenal o prazo para pugnar pelo aproveitamento de créditos escriturais de IPI relativos à aquisição de insumos sem tributação para industrialização de produtos finais tributados.

(...)"
(TRF 1ª Região, AC 2001.38.00043789-5, DJ 12/02/2010, rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral).

Logo, em disputa receitas incontroversamente envoltas no período julho/1989 até outubro/1993, fls. 31/67, tendo esta demanda sido ajuizada em 22 de agosto de 1994, fls. 02, atingidos por prescrição/decadência créditos aventados em IPI, pertinentes a até 21 de agosto de 1989.

Em plano fático, tendo por objeto social a parte autora industrialização, importação, comercialização, importação e exportação de tubos cobreados, galvanizados, pintados, juntas de vedação de eixos mecânicos, retentores de óleo e outros misteres assim descritos nos itens "a" a "f" de fls. 22, reportando-se a notas ilustrativamente contidas a partir de fls. 31/50 e fls. 57/67, relativas a 1989, 1990, 1991, 1992 e 1993, almeja a parte recorrente extemporâneo aproveitamento dos valores pagos a título de IPI, na aquisição de materiais intermediários, afirmados necessários ao processo produtivo, porém que não o integram mas que sujeitos a desgaste, consumo ou inutilização durante o processo produtivo.

Com relação à plausibilidade jurídica dos fundamentos invocados, insta se proceda à contextura das considerações seguintes.

Por primeiro, há de se salientar não incumbir ao Texto Constitucional a tarefa de "criar" ou "instituir" tributos, como o enfatiza a doutrina, vez que referida missão é atribuída à lei, por força daquele mesmo diploma (arts. 5º, II, e 150, I).

De fato, cabe à Constituição deferir ou não o exercício da competência tributária por parte de cada ente da federação, que o fará, então, mediante a aprovação daquele veículo normatizador.

Por conseguinte, revela-se insuficiente, de pronto, qualquer exegese que, precipitada, eleve à máxima consideração um ditame constitucional que não tenha sido devidamente disciplinado por lei.

Com efeito, observa-se que a regra da não-cumulatividade do IPI, encartada no art. 153, parágrafo terceiro, inciso II, C. F., tem ressonância não apenas no CTN, que cuida de normas gerais, mas, essencialmente, no ordenamento jurídico recepcionado (ADCT, art. 34, parágrafo quinto), dentro do qual se destacam a Lei nº 4.502/64 e o Decreto nº 87.981/82, introdutor do Regulamento do IPI, ambos vigentes ao tempo dos fatos aqui debatidos.

A seu turno, o art. 25, da citada lei, fixa que o valor a pagar deve decorrer do montante relativo aos produtos saídos do estabelecimento, mensalmente, diminuído do referente aos produtos nele entrados, obedecidas as diretrizes e especificações do Regulamento.

Via de consequência, ferindo o assunto, firma o combatido art. 82, inciso I, do R. I. P. I., sobre a impossibilidade de compensação ou creditamento do imposto afeto à compra de matérias-primas, intermediários e similares, quando compreendidos entre os bens do ativo permanente, bem como, a "contrario sensu", os materiais que, não se integrando ao novo produto, não sejam consumidos no processo de industrialização (esta caracterizada, segundo o art. 3º, R. I. P. I., por qualquer operação modificadora da natureza, do funcionamento, do acabamento, da apresentação ou da finalidade do produto, assim como do seu aperfeiçoamento para o consumo).

Como resulta claro, a lei, em seu papel pormenorizador, estabelece que a não-cumulatividade, que permite a compensação entre valor pago e a pagar, inadmite tal raciocínio, quando se está diante da aquisição de bens destinados ao ativo permanente ou que não sejam consumidos no processo de industrialização.

À evidência, tanto não configura agressão ao comando constitucional antes abordado, mas, sim, elucidação do alcance da não-cumulatividade, a qual não se destina a permitir compensação quando o bem não se consuma no percurso de produção ou vá se integrar a bens que, a teor dos arts. 178, parágrafo 1º, alínea "c", e 179, inciso IV, Lei nº 6.404/76, destinem-se à manutenção das atividades da companhia.

Logo, verifica-se, "in casu", em nada estar a exorbitar o ordenamento combatido, pois presente vínculo de compatibilidade vertical entre o Texto Constitucional atual, a Lei e o Regulamento antes analisados, recepcionados, pois que à lei cabe o mister de firmar os contornos do instituto da não-cumulatividade, dando cumprimento, superiormente, ao previsto pelo art. 150, I, da Constituição da República, e ao art. 49, CTN.

Efetivamente, deve distinção vital ser traçada quanto aos bens alvo da ação em questão (fls. 04, anéis de vedação, juntas, filtros, buchas, válvulas, arruelas, bielas de aço, espigões, polias, pistões, porcas, lixas, facas, bobinas, êmbolos e linguetas, dentre outros), pois dito acervo não atende ao que o E. STJ coerentemente vaticina seja a consumibilidade imediata e integral, consoante v. julgados infra, integrando o produto final ou sobre os quais o desgaste se dê em razão do produto final, *in verbis*:

> "RECURSO ESPECIAL Nº 608.181 - SC (2003/0206879-6) - RELATOR: MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
> *TRIBUTÁRIO. IPI. CREDITAMENTO DE VALORES PAGOS NA AQUISIÇÃO DE BENS DE USO E CONSUMO UTILIZADOS NO PROCESSO PRODUTIVO. DESGASTE INDIRETO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO AO CRÉDITO.*
> 1. 'A dedução do IPI pago anteriormente somente poderá ocorrer se se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou, não se incorporando, são consumidos no curso do processo de industrialização, de forma imediata e integral'. (RESP 30.938/PR, Rel. Min. Humberto Gomes De Barros, DJ de 07.03.1994; RESP 500.076/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ de 15.03.2004).
> 2. No caso dos autos, ficou assentado que os bens de uso e consumo sofreram desgaste indireto no processo produtivo, não sendo cabível o creditamento do IPI pago na sua aquisição.
> 3. Recurso especial a que se nega provimento."
>
> "O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):
> 1. A 1ª Turma do STJ vem decidindo que o creditamento do IPI pago na aquisição de insumos que, utilizados no processo de industrialização, não integram o produto final, só será possível quando consumidos de forma imediata e integral, e não apenas indiretamente. Nesse sentido, os seguintes julgados:
> 'TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. CREDITAMENTO DO IPI DECORRENTE DA AQUISIÇÃO DE ATIVO PERMANENTE. IMPOSSIBILIDADE.
> (...)
> II - Considerando que somente há o direito de creditamento do IPI pago

anteriormente quando se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou que são consumidos no curso do processo de industrialização, de forma imediata e integral, não há que se falar em crédito no caso em exame.
III - "A dedução do IPI pago anteriormente somente poderá ocorrer se se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou, não se incorporando, são consumidos no curso do processo de industrialização, de forma imediata e integral."
(REsp nº 30.938/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 07/03/1994). IV - Recurso especial improvido.' (RESP 500.076/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ de 15.03.2004).
2. No caso concreto, o Tribunal de origem considerou que os bens de uso e consumo sofreram apenas desgaste indireto no processo produtivo. Por essa razão, inexiste o direito ao creditamento do IPI pago na sua aquisição. Não merece reforma, portanto, o acórdão recorrido.
3. Pelo exposto, nego provimento ao recurso especial. É o voto."

"RECURSO ESPECIAL Nº 608.181 - SC (2003/0206879-6)
VOTO-VISTA
TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPI. CREDITAMENTO. AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. DECRETO 2.637/98. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 49 E 97, DO CTN. NÃO OCORRÊNCIA.
1. Pretensão de creditamento de IPI na aquisição de bens de uso e consumo, tais como fitas, roldanas, correias e óleos lubrificantes, que, segundo incontroversa inferência do Tribunal de origem, apesar de não integrarem fisicamente o produto final, nem se desgastarem por ação direta (física ou química), sofrem desgaste indireto no processo produtivo, integrando-se financeiramente ao produto final.
2. É vedada a utilização de créditos do IPI, oriundos da aquisição de bens que integram o ativo permanente da empresa, consoante a *ratio essendi* do artigo 147, inciso I, do Regulamento do IPI (Decreto nº 2.637/98), que estabelecia que entre as matérias-primas e produtos intermediários, adquiridos para emprego na industrialização de produtos tributados, incluíam-se 'aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos no processo de industrialização, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente'.
3. Precedentes desta Corte: RESP 500076/PR, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 15.03.2004; RESP 497187/SC, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 08.09.2003).
4. Recurso especial desprovido."

"*O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX*: Trata-se de recurso especial interposto por Fábio Perini S/A Indústria e Comércio de Máquinas, com fulcro na alínea 'a', do permissivo constitucional, com o intuito de ver reformado acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que negou provimento à apelação da empresa ora recorrente, nos termos da ementa a seguir transcrita:
'TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. BENS DE USO E CONSUMO. DIREITO DE CREDITAMENTO.

O aproveitamento do crédito de IPI dos insumos que não integram o produto final pressupõe o consumo, ou seja, o desgaste de forma imediata e integral do produto intermediário durante o processo de industrialização, não havendo, assim, permissão legal à utilização de crédito do IPI oriundo da aquisição de bens de uso e consumo, tais como fitas, roldanas, correias, óleos lubrificantes, etc.
(...)
Primeiramente, impende transcrever excerto do voto-condutor que delineou o contexto fático-probatório constante dos autos:
"A controvérsia centra-se no direito ao creditamento de IPI na aquisição de bens de uso e consumo que sofrem desgaste indireto no processo de industrialização."
O IPI é um imposto não cumulativo, por expressa disposição constitucional, o que implica dizer que deve ser compensado o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores (CF/88, art. 153, § 3º, II).
Portanto, não há como reconhecer o direito ao creditamento de IPI dos bens de uso e consumo que sofrem apenas desgaste indireto no processo produtivo, tais como fitas, roldanas, correias, óleos lubrificantes, etc.
(...)
Dessarte, a impossibilidade de creditamento do IPI referente a produtos intermediários que se exaurem gradualmente durante o processo produtivo, agregando-se apenas indiretamente ao produto final, não viola o princípio da não-cumulatividade do IPI.'"

Em outras palavras, bens de uso e consumo sob desgaste indireto, no processo produtivo, impossibilitam o almejado creditamento do IPI, pois a se exaurirem gradualmente durante o processo produtivo, apenas indiretamente se agregando ao produto final.

Logo, igualmente inoponível a r. conclusão periciadora lançada ao item "d", ao final de fls. 131, "i. e".

Ou seja, sem supedâneo no ordenamento da espécie, pois, o pretendido creditamento.

Por via reflexa, resta prejudicado o pleito de atualização monetária das diferenças, cuja compensação ora se busca e se denega.

Portanto, refutados se põem os demais ditames legais invocados em pólo vencido, tais como, art. 463, inciso I, do CPC, art. 1º, do Decreto 20.019/32, art. 1º, do Decreto 2.138/97, art. 168, inciso I e art. 150, § 4º, do CTN, art. 66, da Lei nº 8.383/91, art. 38, da Lei nº 8.880/94, art. 37, da Constituição Federal, art. 39, da Lei nº 9.250/95 e Lei nº 8.383/91, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado pólo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, *pelo improvimento à apelação da parte autora e pelo provimento à apelação da União e à remessa oficial*, reformada a r. sentença, para julgamento de improcedência ao pedido, invertida a sucumbência arbitrada, ora em favor da União.

É como voto.

Juiz Federal Convocado SILVA NETO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)
0019711-10.1997.4.03.6100
(2001.03.99.019163-3)

Apelante: UNIÃO DE COM/ E PARTICIPAÇÕES LTDA.
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO NELSON PORFÍRIO
Classe do Processo: AMS 218471
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/06/2011

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - NFLD. INCIDÊNCIA. AUXÍLIOS CRECHE-BABÁ. EMPREGADO DO SEXO MASCULINO. NATUREZA. REMUNERAÇÃO. TRIBUTO DEVIDO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

I - Os valores pagos em dinheiro e a título de auxílio creche e auxílio babá a empregados masculinos, em desacordo com a legislação trabalhista e previdenciária, têm natureza remuneratória/salarial e não indenizatória, integrando assim o salário de contribuição.

II - Apelação da impetrante improvida. Prejudicado o agravo de instrumento em apenso.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA B do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da impetrante e julgar prejudicado o agravo de instrumento em apenso (AG 2000.03.00.055632-2), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de maio de 2011.

Juiz Federal Convocado NELSON PORFÍRIO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NELSON PORFÍRIO (Relator):

1. *Decisão recorrida*: Sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança em epígrafe, a qual julgou improcedente o pedido visando suspender a exigibilidade do crédito previdenciário objeto da NFLD 31.819.413-9, relativo à contribuição previdenciária incidente sobre o auxílio-creche pago aos empregados do sexo masculino da impetrante (fls. 238/245).

Ao agravo de instrumento contra a medida liminar, indeferida a fls. 172, foi dado efeito suspensivo, sendo julgado prejudicado, com baixa definitiva à Vara de origem em 13/10/2000, como se vê no sistema informatizado desta E. Corte (AG 97.03.054987-0). O agravo de instrumento apenso da impetrante visando o efeito suspensivo da apelação perdeu objeto e está sendo julgado prejudicado nesta Sessão (AG 2000.03.00.055632-2).

2. *Razões da apelação* (fls. 257/281):

a) a denegação da segurança não se justifica, porque o pagamento do auxílio creche/babá aos empregados masculinos tem natureza jurídica indenizatória (ressarcimento de despesa) e não salarial ou remuneratória, nem se cuida de salário-utilidade ou ganho habitual, daí a não incidência da contribuição previdenciária;

b) os auxílios creche e auxílio babá não integram o salário-de-contribuição e são pagos aos empregados em virtude de ser um direito dos trabalhadores de ambos os sexos, nos termos da Constituição (CF, arts. 7º, XXV e 208).

c) a Portaria 3296/86 do Ministério do Trabalho autorizou o reembolso-creche pelas empresas que não dispõem de locais apropriados para as empregadas guardarem sob vigilância e assistência os filhos no período de amamentação, conforme previsão legal (CLT, art. 389 §§ 1º e 2º)

d) o reembolso-creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite de seis anos de idade, quando comprovadas as despesas realizadas, não integra o salário-de-contribuição para fins previdenciários (Lei nº 8.212/91, art. 28 § 9º, "s").

3. Com *contrarrazões* a fls. 318/321, subiram os autos a este E. Tribunal.

4. O *Ministério Público Federal* opina pelo provimento do recurso (fls. 333/340).

Juiz Federal Convocado NELSON PORFÍRIO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NELSON PORFÍRIO (Relator): A apelação não merece acolhida.

Inicialmente, cumpre dizer que os valores pagos a título de auxílio creche e auxílio babá aos empregados masculinos da impetrante eram efetuados *em dinheiro*, pelo que se dessume do respectivo processo administrativo (fls. 107).

Outrossim, não houve comprovação de que as despesas foram efetivamente realizadas pelos empregados "pais", como determina a legislação (Lei nº 8.212/91, art. 28 § 9º, "s").

Como o pagamento desse suposto reembolso-creche não foi efetuado de acordo com a legislação trabalhista e previdenciária, sua natureza jurídica deve ser tida por remuneratória/salarial e não indenizatória, integrando assim o salário de contribuição, donde a incidência da contribuição previdenciária.

É certo que o E. Superior Tribunal de Justiça cristalizou entendimento na Súmula nº 310 ("O auxílio-creche não integra o salário de contribuição"), mas ocorre que a situação aqui é bem diversa, já que os auxílios foram são pagos a pessoas do sexo masculino, sem comprovação das despesas efetivadas, o que não se coaduna com as normais legais de regência da matéria, já que o benefício é destinado precipuamente à proteção da mulher (empregada/mãe em período de amamentação do filho).

Com efeito, o art. 7º, XXV da Constituição Federal preceitua o seguinte:

> "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> (.....).
> XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;"

Por sua vez o art. 389, §§ 1º e 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT determina que:

> "Art. 389 - Toda empresa é obrigada: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).
> (.....).
> § 1º - Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido *às empregadas* guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).
> § 2º - A exigência do § 1º poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)" (grifei).

E o art. 28, I. § 9º da Lei nº 8.212/91 dispõe o seguinte:

> "Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:
> I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida *a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês*, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97) (grifei).
> (.....).
> § 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).
> (.....).
> s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago *em conformidade com a legislação trabalhista*, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando *devidamente comprovadas as despesas realizadas*; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)"

Por fim, a Portaria 3296/86 do Ministério do Trabalho autoriza o sistema de reembolso-creche:

> "Art. 1º - Ficam as empresas e empregadores autorizados a adotar o sistema de Reembolso-Creche, em substituição à exigência contida no § 1º, do art. 389, da CLT, desde que obedeçam as seguintes exigências:
> I - o reembolso-creche deverá cobrir, integralmente, despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha *da empregada-mãe*, ou outra modalidade de prestação de serviço desta natureza, pelo menos até os seis meses de idade da

criança, nas condições, prazos e valor estipulados em acordo ou convenção coletiva, sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de proteção à maternidade;
II - O benefício deverá ser concedido *a toda empregada-mãe*, independente do número de mulheres do estabelecimento, e sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de proteção à maternidade.
III - As empresas e empregadores deverão dar ciência às empregadas da existência do sistema e dos procedimentos necessários para a utilização do benefício, com a afixação de avisos em locais visíveis e de fácil acesso para os empregados.
IV - O reembolso-creche deverá ser efetuado até o 3º (terceiro) dia útil da entrega do comprovante das despesas efetuadas, pela *empregada-mãe*, com a mensalidade da creche.
Art. 2º - A implantação do sistema de reembolso-creche dependerá de prévia estipulação em acordo ou convenção coletiva.
Parágrafo único - A exigência não se aplica aos órgãos públicos e às instituições paraestatais referidas no *caput* do art. 566, da CLT.
Art. 3º - As empresas e empregadores deverão comunicar à delegacia regional do trabalho a adoção do sistema de reembolso-creche, remetendo-lhe cópia do documento explicativo do seu funcionário.
Art. 4º - Esta portaria entrará em vigor em data de sua publicação."

Transcrevo, por oportuno, os seguintes julgados:

"APELAÇÃO E REMESSA EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-CRECHE. NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA. SUM. 310 STJ. NÃO CONFIGURADA NO CASO DOS AUTOS. DESCUMPRIMENTO DOS ACORDOS COLETIVOS E DA PORT. 3296/MTE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
- A natureza indenizatória do auxílio-creche foi assentada na Súmula nº 310 do STJ (o auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição), de 11/05/2005. *A questão dos autos, porém, é diversa, pois o relatório fiscal indica a ausência de recibos relativos a todo período do débito*. A controvérsia se refere à real correspondência entre os pagamentos efetuados sob a rubrica de 'auxílio-creche' e 'auxílio-babá' e a situação dos empregados em condições de recebê-los. A impetrante não cumpriu os acordos coletivos, nos quais espontaneamente se obrigou a reembolsar. Ademais, tais normas remetem-se à Portaria nº 3.296, do Min. do Trabalho. Tanto é relevante a manutenção dessa prova, que é corroborada pela introdução da alínea 's' do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 9.528/97, ainda que inaplicável *in casu*, precisamente para que o empregador tenha meios para demonstrar que o pagamento foi efetuado para reembolsar despesa de sua empregada com creche. Não configurado, portanto, direito líquido e certo à suspensão da exigibilidade da NFLD. - Apelação e remessa oficial providas, a fim de denegar a segurança. Cassada a liminar." (grifei). (AMS 2000.03.99.012883-9, TRF3-5ª Turma, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 04/09/2006, DJ 11/10/2006, pg. 348).

"AUXÍLIO-CRECHE - NORMA COLETIVA - CRITÉRIOS INOBSERVADOS PELA

DECISÃO RECORRIDA - INEXISTÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DO SEXO - VIOLAÇÃO DO ART. 7º, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
1. O *instrumento normativo que concedeu o direito à percepção do auxílio-creche somente às mães, aos viúvos e aos pais solteiros ou separados que tivessem a guarda dos filhos, excluindo, por conseguinte, do mencionado direito, o empregado do sexo masculino que não preenchesse os requisitos da cláusula não atentou contra o princípio da igualdade entre homens e mulheres, e sua inobservância implicou violação da literalidade do preceito contido no art. 7º, XXVI, da CF, que assegura o reconhecimento das normas coletivas.*
2. Descabe invocar o princípio da isonomia (CF, art. 5º, - *capu t*-) para igualar homens e mulheres indiscriminadamente, na medida em que esse postulado admite exceções, sendo certo que a própria Constituição da República estabelece algumas diferenças entre os sexos, a exemplo da aposentadoria para as mulheres, prevista com menos idade e tempo de contribuição previdenciária (CF, art. 201, § 7º, I e II).
3. Para EDITH STEIN (1891-1942), destaque feminino no campo filosófico (fenomenologista alemã), três características se destacam na relação homem-mulher: igual dignidade, complementariedade e diferenciação (não só biológica, mas também anímica). Cada um dos sexos teria sua vocação primária, e secundária, em que, nesta segunda, seria colaborador do outro: a vocação primária do homem seria o domínio sobre a terra e a da mulher a geração e educação dos filhos (- A primeira vocação profissional da mulher é a construção da família -). Por isso, a mulher deve encontrar, na sociedade, a profissão adequada, que não a impeça de cumprir a sua vocação primária, de ser - o coração da família e a alma da casa -. O papel da mulher é próprio e insubstituível, não podendo limitar-se à imitação do modo de ser masculino (cfr. Elisabeth Kawa, - Edith Stein -, Quadrante - 1999 - São Paulo, pgs. 58-63).
4. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, *que desempenha a mulher trabalhadora, corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do auxílio-creche.*
5. - *In casu* -, o objetivo do ACT de 2002/2003 da Reclamada não foi criar uma vantagem salarial para os empregados que possuíssem filhos em idade de freqüentar creche, para fazer frente às despesas respectivas, mas sim de facilitar a prestação dos serviços dos empregados que estivessem diretamente envolvidos com o cuidado dos filhos pequenos, franqueando-lhes o custeio das despesas com creche. Não há, pois, quebra do princípio da isonomia em face de a norma coletiva ter deixado à margem de sua abrangência os seus empregados homens que não cuidem sozinhos de seus filhos pequenos. Os empregados que não preenchem as condições estabelecidas no instrumento normativo não têm direito à percepção do auxílio-creche, devendo ser respeitada a vontade coletiva em face da autonomia negocial das Partes acordantes. Recurso de revista conhecido e provido." (grifei). (TST-RR-52/2003-003-22-0.6/52004020035220003/5200-402003.5.22.003, Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, j. 02/03/2005, DJ 01/04/2005).

Destarte, não se vislumbra o direito líquido e certo da impetrante, visto que o pagamento dos auxílios creche e babá aos empregados masculinos é liberalidade ou salário-utilidade pago pela empresa, o que desnatura a natureza indenizatória do benefício, sendo assim constitucional e legal a incidência do tributo em questão (contribuição previdenciária) sobre os valores respectivos. Consequentemente, a improcedência do pedido mandamental é mesmo de rigor, reconhecendo-se a legalidade do lançamento previdenciário (NFLD 31.819.413-9).

Finalmente, observo que o agravo de instrumento em apenso (AG 2000.03.00.055632-2), cujo fim era dar efeito suspensivo à apelação, *perdeu o objeto* devendo ser tido por prejudicado, trasladando-se cópia deste acórdão.

Pelo exposto, *nego provimento à apelação* da impetrante e mantenho a r. sentença denegatória da segurança, embora sob outra fundamentação. *Julgo prejudicado* o agravo de instrumento apenso (AG 2000.03.00.055632-2).

É o voto.

Juiz Federal Convocado NELSON PORFÍRIO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
0029595-92.1999.4.03.6100
(1999.61.00.029595-1)

Apelantes: RMC S/A SOCIEDADE CORRETORA E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apeladas: AS MESMAS
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 12ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA
Classe do Processo: ApelReex 979367
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/05/2011

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. COFINS. EMPRESA CORRETORA. ISENÇÃO. ART. 11, LC 70/91. REVOGAÇÃO PELA LEI Nº 9.718/98. BASE DE CÁLCULO. RECEITA BRUTA OPERACIONAL. ARTS. 2º e 3º, *caput* e §§ 5º e 6º. APLICABILIDADE. FATOS GERADORES A PARTIR DE 01/02/1999.

1. Muito embora a Cofins tenha sido instituída pela Lei Complementar nº 70/91, aprovada consoante os rigores do art. 69 da Carta Máxima, possui a natureza de lei materialmente ordinária, pois não versa sobre matéria reservada, por texto expresso da Constituição, à lei complementar.

2. Sendo assim, tendo em vista que a Lei nº 9.718/98 prevê a incidência da Cofins sobre o faturamento da pessoa jurídica, independente do tipo de atividade por ela exercida, conclui-se que a isenção do art. 11, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70/91, foi revogada, conforme se depreende do art. 3º, §§ 1º, 5º e 6º, da referida lei ordinária.

3. Em relação à aplicação da Lei nº 9.718/98 às empresas corretoras, como é o caso da autora, o C. STF manteve incólume o *caput* do art. 3º, nos termos do RE 357.950.

4. Em suma, as corretoras não são beneficiadas pela declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, pelo Supremo Tribunal Federal, por se sujeitarem a regramento próprio (arts. 2º e 3º, *caput* e parágrafos 5º e 6º, da Lei 9.718/98).

5. Dessa forma, embora reconhecida a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, tendo em vista a entrada em vigor da referida Lei, no caso em espécie, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º/2/99, devem ser aplicados os dispositivos supramencionados da Lei nº 9.718/98, consoante disposto expressamente em seu art. 17, I.

6. Resta, portanto, prejudicado o pedido de compensação, face à inexistência do indébito.

7. Apelação da União Federal e remessa oficial providas. Apelação da autora 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, dar provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial e negar provimento à apelação

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

São Paulo, 28 de abril de 2011.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de apelações e remessa oficial em ação de rito ordinário, com pedido de tutela antecipada, para o fim de assegurar à autora o direito de não recolher a Cofins face à norma isentiva, contida no art. 11, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70/91 ou, sucessivamente, seu direito de recolhê-la de acordo com a legislação anterior aplicável às pessoas jurídicas em geral, ou seja, a alíquota de 2%, tendo como base de cálculo o faturamento definido no DL nº 2397/87 e não a totalidade das receitas, condenando-se a ré a restituir os valores recolhidos indevidamente a maior a partir de fevereiro/1999.

O r. juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária no que concerne à exigência do recolhimento da Cofins, nos moldes do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, por sua inconstitucionalidade, devendo ser aplicada a base de cálculo prevista na Lei nº 70/91, no período de fevereiro/1999 a janeiro/2004, reconhecendo o direito à restituição dos valores recolhidos indevidamente, corrigidos monetariamente nos termos do Provimento nº 64/05 e, a partir de janeiro/96, pela taxa Selic. Sucumbência recíproca. Sentença submetida ao reexame necessário.

Apelou a autora, pleiteando a reforma parcial da r. sentença, a fim de que se reconheça seu direito de aplicar a base de cálculo prevista na LC nº 70/01 não apenas no período de fevereiro/1999 a janeiro/2004, mas também para o período de fevereiro/2004 em diante, uma vez que a Lei nº 10.833/03 não lhe diz respeito.

Apelou também a União Federal, pleiteando a reforma da r. sentença, para que seja reconhecida a constitucionalidade da incidência da Cofins incidente sobre as receitas financeiras relacionadas com o desenvolvimento das atividades típicas da autora, nos termos do art. 2º e 3º, *caput*, da Lei nº 9.718/98.

Com contrarrazões, 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).

Assiste razão à União Federal.

Muito embora a Cofins tenha sido instituída pela Lei Complementar nº 70/91, aprovada consoante os rigores do art. 69 da Carta Máxima, possui a natureza de lei materialmente ordinária, pois não versa sobre matéria reservada, por texto expresso da Constituição, à lei complementar.

Nesse sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, através do voto do eminente Min. MOREIRA ALVES, Relator da ADC-01/01 - DF, que examinou a constitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar nº 70/91 relativamente à COFINS:

> "... 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 art. 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.

Ademais, a isenção, que nos dizeres de Ruy Barbosa Nogueira *é a dispensa do tributo devido, feita por expressa disposição da lei*, é concedida e revogada conforme razões de ordem política, econômica e social, visando a atender precipuamente o interesse público, observado, obviamente, o princípio da anterioridade.

À lei complementar é reservado um campo próprio de atuação. No âmbito tributário compete-lhe, entre outras funções, aquelas previstas no art. 146 da atual Constituição Federal, a instituição de empréstimos compulsórios (art. 148) e de tributos residuais pela União Federal (art. 154 e 195, § 4º).

Sendo assim, tendo em vista que a Lei nº 9.718/98 prevê a incidência da Cofins sobre o faturamento da pessoa jurídica, independente do tipo de atividade por ela exercida, conclui-se que a isenção do art. 11, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70/91, foi revogada, conforme se depreende do art. 3º, §§ 1º, 5º e 6º, da referida lei ordinária.

Nesse sentido, trago à colação julgado desta Corte:

> "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL. REAPRECIAÇÃO DA MATÉRIA. ART. 543-B, § 3º, DO CPC. RG - QO NO RE 585235/MG. ACOLHIMENTO PARCIAL. EFEITOS INFRINGENTES. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS.
> I - Cabível a revogação da isenção prevista no art. 11, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70/91, por meio da Lei nº 9.718/98. Precedente do Egrégio Supremo Tribunal Federal. II - O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a majoração da alíquota da COFINS, perpetrada pela Lei nº 9.718/98 (QO no AI 715423/RS). III - Atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração, tendo em vista os princípios da celeridade e da economia processual, bem como a sistemática estabelecida para o julgamento dos recursos representativos da controvérsia e submetidos à repercussão geral, notadamente o art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil. IV - No que tange o alargamento da base de cálculo da COFINS, feita pela Lei nº 9.718/98, o Egrégio Supremo Tribunal Federal

entendeu pela sua inconstitucionalidade (RG-QO no RE 585235/MG). V - Existência de erro material no acórdão, cuja correção é cabível por meio de embargos de declaração, nos termos do art. 535, do Código de Processo Civil. VI - Embargos de declaração parcialmente acolhidos, erro material corrigido, e apelação e remessa oficial parcialmente providas."
(6ª Turma, Des. Fed. Rel. Regina Costa, AC nº 1999.61.00.025492-4, j. 03.03.11, DJF3 11.03.11, p. 710)

Em relação à aplicação da Lei nº 9.718/98 às empresas corretoras, como é o caso da autora, observo que o C. STF manteve incólume o *caput* do art. 3º, nos termos do RE 357.950, assim ementado:

"CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada."

Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 pelo Pleno do STF (RE 357.950-9/RS), em relação à base de cálculo das contribuições PIS e COFINS no que pertine às instituições financeiras e equiparadas, o tema foi objeto do *Parecer PGFN/CAT/Nº 2773/2007, datado de 28 de março de 2007*, cuja ementa consigna:

"PIS/PASEP e COFINS. Base de Cálculo das contribuições devidas pelas instituições financeiras e seguradoras *após o julgamento do RE 357.950-9/RS.*
Nota Técnica Cosit nº 21, de 28 de agosto de 2006.
Transcrevo as conclusões do parecer que abarca a análise do conceito de faturamento, definido pelo *caput* do art. 3º da Lei nº 9.718/98, como 'a receita bruta da pessoa jurídica', tanto em relação à contribuição para o PIS como em relação à COFINS, a partir da entrada em vigor dessa lei, e já considerando a declaração de inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo pretendida pelo § 1º do art. 3º:
(...)

a) as instituições financeiras e as seguradoras estavam isentas da cobrança da COFINS anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 9.718, de 1998 (parágrafo único do art. 11 da Lei Complementar nº 70, de 1991), mas recolhiam a CSLL com alíquota majorada (*caput* do mesmo art. 11);
b) as instituições financeiras e as seguradoras já recolhiam a contribuição para o PIS, mesmo anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 9.718, de 1998 (Lei nº 9.701, de 1998);
c) relativamente ao PIS e a COFINS, a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.718, de 1998, as instituições financeiras e as seguradoras passaram a ser tributadas com base no art. 2º da citada Lei, o qual estabelece como base de cálculo dessas contribuições o faturamento, conceituado pelo *caput* do art. 3º como sendo "a receita bruta da pessoa jurídica";
d) o § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, que ampliou o conceito de receita bruta para abarcar as receitas não operacionais foi considerado inconstitucional pelo STF nos RREE nº 346.084, 357.950, 358.273, 390.840;
e) a declaração de inconstitucionalidade citada na letra 'd' não tem o condão de modificar a realidade de que para as instituições financeiras e as seguradoras a base de cálculo da COFINS e do PIS continua sendo a receita bruta da pessoa jurídica, com as exclusões contidas nos §§ 5º e 6º do mesmo art. 30, sem abarcar, todavia, as receitas não operacionais, eis que o art. 2º e o *caput* do art. 3º não foram declarados inconstitucionais;
f) no caso da COFINS o conceito de receita bruta é o contido no art. 2º da LC nº 70, de 1991, isto é, as receitas advindas da venda de mercadorias e da prestação de serviços;
g) no caso do PIS o conceito de receita bruta é o contido no art. 1º da Lei nº 9.701, de 1998;
h) serviços para as instituições financeiras abarcam as receitas advindas da cobrança de tarifas (serviços bancários) e das operações bancárias (intermediação financeira);
i) serviços para as seguradoras abarcam as receitas advindas do recebimento dos prêmios;
j) as afirmações contidas nas letras 'h' e 'i' decorrem: do princípio da universalidade na manutenção da seguridade social (*caput* do art. 195 da CR/88), do princípio da capacidade contributiva (§ 1º do art. 145 da CR/88), do item 5 do Anexo sobre Serviços Financeiros do GATS e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30.12.94 (art. 98 do CTN), do inc. III do art. 2º da LC nº 116, de 2003 e dos arts. 3º, § 2º e 52 do CDC.
66. Têm-se, então, que a natureza das receitas decorrentes das atividades do setor financeiro e de seguros pode ser classificada como serviços para fins tributários, estando sujeita à incidência das contribuições em causa, na forma dos arts. 2º, 3º, *caput* e nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo, exceto no que diz respeito ao 'plus' contido no § 1 º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, considerado inconstitucional por meio do Recurso Extraordinário 357.950-9/RS e dos demais recursos que foram julgados na mesma assentada."

Em suma, as corretoras não são beneficiadas pela declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, pelo Supremo Tribunal Federal, por se

sujeitarem a regramento próprio (arts. 2º e 3º, *caput* e parágrafos 5º e 6º, da Lei 9.718/98).

Dessa forma, embora reconhecida a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, tendo em vista a entrada em vigor da referida Lei, no caso em espécie, para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º/2/99, devem ser aplicados os dispositivos supramencionados da Lei nº 9.718/98, consoante disposto expressamente em seu art. 17, I.

Resta, portanto, prejudicado o pedido de compensação, face à inexistência do indébito.

Em face de todo o exposto, *dou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial e nego provimento à apelação da autora*.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0047935-56.2001.4.03.9999
(2001.03.99.047935-5)

Apelante: FÁBRICA DE LINGERIE LA CHATTE LTDA. E OUTROS
Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Entidade: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DE MIRASSOL - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO CONRADO
Classe do Processo: AC 737332
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/06/2011

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DIRECIONAMENTO EXECUTIVO. EXECUTADOS PESSOAS FÍSICAS (SÓCIOS). NOME NA CDA. AUSÊNCIA DE APURAÇÃO ADMINISTRATIVA DO FATO GERADOR DA RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS. REVOGAÇÃO DO ART. 13 DA LEI Nº 8.620/93. RETROAVIDADE. NULIDADE DA CDA. QUESTÃO FORMAL. IRRELEVÂNCIA. PRÓ-LABORE. FATOS GERADORES POSTERIORES À LEI COMPLEMENTAR Nº 84/96. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. MULTA.
1. Se o nome do corresponsável encontra-se gravado na CDA, é seu, em princípio, o encargo de provar a inexistência de qualquer das circunstâncias previstas no art. 135 do Código Tributário Nacional.
2. Se o crédito tributário é constituído à revelia de trabalho fiscal tendente à edificação, no plano administrativo, do fato da responsabilidade de terceiros, a imputação aos co-devedores do ônus de provar sua não-responsabilidade não se afigura adequada, pena de se admitir que a CDA é documento dissociado da realidade administrativa.
3. O art. 13 da Lei nº 8.620/93, suposta base justificadora do direcionamento executivo, além de revogado, só seria de possível aplicação, ao tempo de sua vigência, se combinado com o art. 135 do Código Tributário Nacional, dispositivo que prescreve que os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei.
4. A revogação do art. 13 da Lei nº 8.620/93 é novidade legislativa que deve retroagir aos fatos geradores que renderam ensejo à CDA que se acha sob execução, na forma do art. 106 do CTN (Agravo de Instrumento nº 2010.03.00.003153-0/SP, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini).
5. A nulidade da CDA não deve ser declarada por eventuais falhas que não geram prejuízos para o executado promover a sua defesa, informado que é o sistema processual brasileiro pela regra da instrumentalidade das formas (REsp. 200600863128, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJE de 07/11/2008)
6. Contribuições apuradas com base em pagamentos feitos a autônomos e administradores após a Lei Complementar nº 84/96 são perfeitamente exigíveis.
7. É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a

Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, assim como no regime da Lei nº 9.424/1996 (Súmula nº 732 do Supremo Tribunal Federal).

8. Dada sua missão, a parcela respeitante à multa não se subsume aos padrões que orientam o princípio do não-confisco, valor que espraia efeitos apenas sobre exigências que encontram seu fato gerador em condutas lícitas, não subordinadas, portanto, à noção de sanção.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 27 de maio de 2011.

Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO (Relator): Apelação de r. sentença que julgou improcedentes embargos à execução fiscal. Razões recursais que se fecham nas alegações (i) de nulidade do título em que se assenta a pretensão executiva, (ii) de ilegitimidade passiva dos co-embargantes pessoas físicas (sócios da empresa que figura como devedora principal), (iii) de que o crédito em cobro, por incluir contribuições decorrentes do pagamento a autônomos, seria indevido, (iv) de incompatibilidade dos diplomas de regência das contribuições do salário-educação com a ordem jurídica, tudo de molde a fazê-las indevidas, (v) de que a multa na espécie exigida se seria excessiva.

Com contra-razões, subiram os autos a este Tribunal.

Dispensável a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO (Relator): Trato, de plano, da questão pertinente à posição jurídica dos co-apelantes pessoas físicas, uma vez vestida, tal questão, de autonomia em relação às demais.

E faço, nessa ordem de idéias, uma constatação preliminar: o nome dos co-apelantes figura na CDA exeqüenda.

Nos termos da jurisprudência firme do Superior Tribunal de Justiça, quando tal ocorre, o encargo de provar a inexistência de qualquer das circunstâncias previstas no art. 135 do Código Tributário Nacional a ele, o corresponsável suscitado, se imputaria (AgRg no Ag nº 1.306.978/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, j. 17/08/2010, *DJe* de 30/08/2010; REsp nº 1.015.907/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10/08/2010, *DJe* de 10/09/2010).

Tomado esse rumo, poder-se-ia dizer que a r. sentença apelada estaria em sintonia com a orientação pretoriana - ao menos em princípio, ressalve-se; isso porque a consulta

aos autos permite concluir que, *in casu*, o crédito em cobro foi constituído à revelia de trabalho fiscal tendente à constituição do fato da responsabilidade de terceiros.

Sacar-se-ia, com isso, a conclusão de que a imputação aos co-apelantes do ônus de provar sua não-responsabilidade - tal qual os precedentes adrede referidos impõem - não se afigura adequada: uma vez que, administrativamente, não foi apurada a prática de ilícito pelos co-apelantes, a admissão de sua corresponsabilidade pelo só fato de terem seu nome gravado na CDA, significaria reconhecer, ao final, que a CDA é documento dissociado da realidade administrativa.

De tal constatação - suficiente, por si, para se abonar a pretensão recursal nesse aspecto -, decorre, em adição, uma outra perspectiva; é que, se não há, *in casu*, processo administrativo de que tenha derivado a inclusão do nome daqueles sujeitos na CDA exeqüenda, seria de se indagar, olhando para o caso concreto, qual seria, então, a razão implicativa do direcionamento da atividade executiva em desfavor dos co-apelantes. A resposta a essa indagação pode ser lançada olhando-se para o art. 13 da Lei nº 8.620/93, base justificadora do direcionamento executivo que até bem pouco tempo era amiúde utilizada em relação aos créditos tributários-previdenciários. Ocorre que, além de revogado (com o advento da Lei nº 11.941/2009, resultado da conversão da Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008), sobredito preceito, segundo a jurisprudência, só seria de possível aplicação, ao tempo de sua vigência, se combinado com o art. 135 do Código Tributário Nacional, dispositivo que prescreve que os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei. Precedentes jurisprudenciais firmes, em especial constituídos no Superior Tribunal de Justiça, acabaram por proclamar, com efeito, o entendimento de que o decantado dispositivo legal só poderia ser aplicado em conjugação com o outro, o art. 135 do Código Tributário Nacional, reitere-se, circunstância que acaba por reduzir a solução de tais casos à suficiente formação de prova, a cargo do exequente, de que os terceiros cuja inclusão na CDA se pretende agiram nos termos do preceito codificado.

Nesse sentido:

> "TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - REDIRECIONAMENTO - ART. 13 DA LEI Nº 8.620/93 - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - INTERPRETAÇÃO DO ART. 135, DO CTN.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que, mesmo em relação aos débitos para com a Previdência Social, a responsabilidade pessoal dos sócios, prevista no art. 13 da Lei nº 8.620/93, configura-se somente quando atendidos os requisitos estabelecidos no art. 135, III, do CTN.
> 2. Recurso especial não provido."
> (REsp. nº 953.993/PA, Proc. 2007/0116583-7, Rel. Min. Eliana Calmon, DJE de 26/05/2008).

E nem se argumente no sentido da suposta manutenção dos efeitos da norma revogada (art. 13 da Lei nº 8.620/93) para casos como o dos autos, usando-se como pretexto sua vigência à época da produção do título que dá base à pretensão executória: conforme precedente desta Corte, "referida novidade legislativa deve retroagir aos fatos geradores que renderam a CDA que se acha sob execução, na forma do art. 106 do CTN"

(Agravo de Instrumento nº 2010.03.00.003153-0/SP, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini).

De tudo isso, decorre, ao final, a certeza de que os co-apelantes não apresentariam qualidade necessária que autorizasse sua permanência no pólo passivo da ação executiva de origem, sendo imperativo o provimento do apelo nesse primeiro ponto.

Passo, com isso posto, ao exame dos demais itens trazidos a conhecimento desta Corte, rejeitando, desde já, o ataque à higidez da formal da pretensão executiva. Assim procedo, com efeito, invocando a orientação pretoriana firmemente constituída sobre o tema; confira-se:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - CDA - REQUISITOS - FALTA DE INDICAÇÃO DO LIVRO E DA FOLHA DA INSCRIÇÃO DA DÍVIDA - NULIDADE NÃO CONFIGURADA.
> 1. A nulidade da CDA não deve ser declarada por eventuais falhas que não geram prejuízos para o executado promover a sua a defesa, informado que é o sistema processual brasileiro pela regra da instrumentalidade das formas (*pas des nullités sans grief*), nulificando-se o processo, inclusive a execução fiscal, apenas quando há sacrifício aos fins da Justiça.
> 2. Recurso especial provido."
> (REsp. 200600863128, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJE de 07/11/2008)

Sobre a questão pertinente à cobrança de contribuições apuradas com base em pagamentos feitos a autônomos e administradores, um ponto preambular merece destaque: o que se cobra, *in casu*, são contribuições que se referem a fatos posteriores à Lei Complementar nº 84/96, encontrando-se completamente vazia de sentido, por isso, discussão tal qual a levantada na apelação a esse respeito.

E o mesmo cabe dizer quanto às contribuições do salário-educação: suficientemente atestada, pelo Supremo Tribunal Federal, sua total compatibilidade com a ordem constitucional, pretérita e atual, a teor da Súmula nº 732 ("É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei nº 9.424/1996").

Por fim, sobre a multa na espécie cobrada: incabível qualificar encargos sancionatórios como confiscatórios - dada sua missão, tais encargos não se subsumem aos padrões que orientam o princípio do não-confisco, valor que espraia efeitos apenas sobre exigências que encontram seu fato gerador em condutas lícitas, não subordinadas, portanto, à noção de sanção. Nessa trilha, veja-se:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO INOVADOR NA APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA NOS PARÂMETROS LEGAIS. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. CORREÇÃO MONETÁRIA. UTILIZAÇÃO DA UFIR. REGULARIDADE. MULTA DE MORA. RESPEITO À LEGISLAÇÃO PERTINENTE. CONFISCO. NÃO CARACTERIZAÇÃO.
> (. . .)
> 5. A imposição de multa moratória objetiva penalizar o contribuinte em razão do

atraso no recolhimento do tributo.

6. Não configura efeito confiscatório a cobrança de acréscimo regularmente previsto em lei, visto que o confisco se conceitua pela impossibilidade do contribuinte manter sua propriedade diante da carga tributária excessiva a ele imposta. Precedente deste Tribunal: 3ª Turma, AC nº 1999.03.99.021906-3, Rel. Des. Fed. Baptista Pereira, j. 29.05.2002, DJU 02.10.2002, p. 484.

7. Apelação não conhecida em parte e, na parte conhecida, improvida."

(Apelação Cível nº 689.026, Processo 2001.03.990204226/SP, Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, DJU 23/12/2003, p. 343, Relatora Des. Fed. Consuelo Yoshida)

Isso posto, dou parcial provimento à apelação, fazendo-o para julgar parcialmente procedentes os embargos e, com isso, determinar a exclusão dos co-apelantes pessoas físicas da lide principal. Quanto a referidos sujeitos (os co-apelantes pessoas-físicas), inverte-se o dever de pagar honorários, pois, no que toca a esses específicos litigantes, o embargado é sucumbente.

É o voto.

Juiz Federal Convocado PAULO CONRADO - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)
0015780-80.2008.4.03.6110
(2008.61.10.015780-4)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelado: COLÉGIO EDUCACIONAL NÚCLEO PROFISSIONALIZANTE CENEP LTDA.
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SOROCABA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Classe do Processo: AMS 322413
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/05/2011

EMENTA

TRIBUTÁRIO. SIMPLES NACIONAL. CURSOS TÉCNICOS. ESCOLA PROFISSIONALIZANTE. IMPEDIMENTO. INEXISTÊNCIA.
1. O Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123/2006, é o regime tributário diferenciado e favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, cuja previsão se encontra no artigo 179, da Constituição Federal.
2. O ingresso no referido regime não é franqueado a todos indistintamente, uma vez que a lei supracitada prevê, em seu artigo 17, causas de vedação ao recolhimento dos tributos na sistemática do Simples Nacional.
3. O termo de indeferimento menciona que a atividade de "educação profissional de nível técnico" era impeditiva.
4. A rigor da expressão, cursos técnicos seriam os de educação profissional de nível médio mencionados no artigo 39, § 2º, II, da LDB, razão porque o impetrante poderia se beneficiar do regime simplificado.
5. Apelação e remessa oficial desprovidas.

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 remessa oficial e à apelação*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 05 de maio de 2011.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Colégio Educacional Núcleo Profissionalizante CENEP - Ltda. contra ato coator do Delegado da Receita Federal do Brasil em Sorocaba.

O impetrante afirma que teve indeferido seu requerimento de inclusão no regime tributário do Simples Nacional, criado pela Lei Complementar nº 123/2006, por exercer atividade impeditiva, constante no artigo 17, inciso XI, da referida lei. Entretanto, alega que as atividades a que se dedica não são óbices ao ingresso no regime simplificado, razão pela qual requer o afastamento do ato coator que indeferiu sua solicitação.

Valor da causa fixado em R$ 1.000,00 para 5/12/2008.

Em decisão liminar, foi assegurado ao impetrante o direito de se inscrever no Simples Nacional, com data retroativa ao início de suas atividades.

Processado o feito, foi proferida sentença que concedeu a segurança para assegurar ao impetrante a inclusão no regime tributário do Simples Nacional desde 1º de julho de 2008. Sentença submetida ao reexame necessário.

Em seguida, a União apelou pugnando pela reforma integral da sentença, ao argumento de que o impetrante, quando da opção, exercia atividade que vedava seu ingresso no Simples Nacional, que só se tornou possível a partir de 1º de janeiro de 2009, em razão da edição da Lei Complementar nº 128/2008.

Com contrarrazões e regularmente processado o recurso, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pela reforma parcial da sentença.

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

O Simples Nacional, que foi instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, é o regime tributário diferenciado e favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, cuja previsão se encontra no artigo 179, da Constituição Federal.

E o ingresso no referido regime não é franqueado a todos indistintamente, uma vez que a lei supracitada prevê, em seu artigo 17, causas de vedação ao recolhimento dos tributos na sistemática do Simples Nacional.

O apontado ato coator informa que o impetrante incorria na vedação prevista no artigo 17, inciso XI, que transcrevo:

> "Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte:
> [...]
> XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios;"

Mais especificamente, o termo de indeferimento de fls. 14 menciona que o impedimento consistia na exploração da atividade de "educação profissional de nível técnico".

Com efeito, o impetrante tem por objeto social a "exploração de serviços educacionais de ensino fundamental e técnico profissionalizante", como demonstra o contrato social de fls. 8/12.

A atividade de ensino fundamental estava excepcionada na redação original do artigo 17, § 1º, que transcrevo com destaques meus:

"§ 1º *As vedações* relativas a exercício de atividades previstas no *caput* deste artigo *não se aplicam* às pessoas jurídicas que *se dediquem exclusivamente às atividades seguintes* ou as exerçam em conjunto com outras atividades que não tenham sido objeto de vedação no *caput* deste artigo:
I - creche, pré-escola e estabelecimento de *ensino fundamental*;
[...]
XVI - escolas livres, de línguas estrangeiras, artes, *cursos técnicos* e gerenciais;"

A questão está em saber se a atividade de "ensino técnico profissionalizante", exercida pelo impetrante, se enquadra no conceito de "cursos técnicos" para o fim de permitir o enquadramento no Simples Nacional.

De acordo com o artigo 39, § 2º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), a educação profissional e tecnológica engloba os seguintes cursos: a) de formação inicial e continuada ou qualificação profissional; b) de educação profissional técnica de nível médio; c) de educação profissional tecnológica de graduação e pós-graduação.

A rigor da expressão, cursos técnicos seriam aqueles mencionados no item "b" supracitado.

Na hipótese dos autos, o "ensino técnico profissionalizante" - ou "educação profissional de nível técnico", como consta do CNPJ - à toda evidência se adequa ao permissivo legal que autoriza o ingresso no Simples Nacional, razão pela qual deve ser mantida a sentença impugnada, na medida em que ambas a atividades exercidas pela impetrante não vedavam sua participação no regime simplificado.

Ademais, a modificação introduzida pela Lei Complementar nº 128/2008 não inovou nessa questão específica, havendo apenas a adequação da redação para mencionar "escolas técnicas, profissionais".

Aliás, essa interpretação é corroborada pelo Parecer aprovado no Senado Federal, quando da deliberação sobre a lei referida, o qual dispôs nos termos que seguem, com destaques meus:

"*O § 5º-B do artigo 18 da LCP é modificado para que as empresas que se dediquem à prestação de serviços de* creche, pré-escola e estabelecimento de ensino fundamental, *escolas técnicas, profissionais* e de ensino médio, de línguas estrangeiras, de artes, cursos técnicos de pilotagem, preparatórios para concursos, gerenciais e escolas livres, exceto as previstas nos incisos II e III do § 5º-D, serviços de instalação, de reparos e de manutenção em geral, bem como de usinagem, solda, tratamento e revestimento em metais, os veículos de comunicação, de radiodifusão sonora e de sons e imagens, e mídia externa, bem como os serviços de transporte municipal de passageiros e escritórios de serviços contábeis *passem a ser tributados na forma do Anexo III*, bem mais benéfico ao contribuinte. *Algumas dessas atividades, como as escolas de ensino médio, não eram contempladas pelo Supersimples. Outras passaram a sê-lo de forma mais benéfica, passando do Anexo V para o Anexo III, como ocorreu com as escolas livres, de línguas estrangeiras, artes, cursos técnicos e gerenciais*, e com os escritórios de serviços contábeis."

(Parecer nº 1.157, de 2008, da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 128, de 2008, do Relator Senador Adelmir Santana)

Ante o exposto, *nego provimento* à remessa oficial e à apelação da União.
É como voto.
Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

SÚMULAS

SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO(*)

SÚMULA Nº 01

Em matéria fiscal é cabível medida cautelar de depósito, inclusive quando a ação principal for declaratória de inexistência de obrigação tributária.

SÚMULA Nº 02

É direito do contribuinte, em ação cautelar, fazer o depósito integral de quantia em dinheiro para suspender a exigibilidade de crédito tributário.

SÚMULA Nº 03

É ilegal a exigência da comprovação do prévio recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços como condição para a liberação de mercadorias importadas.

SÚMULA Nº 04 (Revisada)

A Fazenda Pública – nesta expressão incluídas as autarquias – nas execuções fiscais, não está sujeita ao prévio pagamento de despesas para custear diligência de oficial de justiça.

- *Vide* IUJ Ag nº 90.03.020242-7, publicado na RTRF3R 24/268 e Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.
- O Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na sessão ordinária de 01 de julho de 1997, acolheu a Revisão da Súmula nº 04, a que se atribuiu o nº 11, tendo sido publicada nos DJU de 20/02/98, Seção II, págs. 151 e 152; DJU de 25/02/98, Seção II, pág. 215 e DJU de 26/02/98, Seção II, pág. 381.

SÚMULA Nº 05

O preceito contido no artigo 201, parágrafo 5º, da Constituição da República consubstancia norma de eficácia imediata, independendo sua aplicabilidade da edição de lei regulamentadora ou instituidora da fonte de custeio.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108046-7, publicado na RTRF3R 92/500.

SÚMULA Nº 06

O reajuste dos proventos resultantes de benefícios previdenciários deve obedecer às prescrições legais, afastadas as normas administrativas que disponham de maneira diversa.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108040-8, publicado na RTRF3R 92/478.

(*) N.E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

SÚMULA Nº 07

Para a apuração da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários concedidos antes da Constituição Federal de 1988, a correção dos 24 (vinte e quatro) salários-de-contribuição, anteriores aos últimos 12 (doze), deve ser feita em conformidade com o que prevê o artigo 1º da Lei 6.423/77.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108041-6, publicado na RTRF3R 92/481.

SÚMULA Nº 08

Em se tratando de matéria previdenciária, incide a correção monetária a partir do vencimento de cada prestação do benefício, procedendo-se à atualização em consonância com os índices legalmente estabelecidos, tendo em vista o período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago, e o mês do referido pagamento.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108042-4, publicado na RTRF3R 92/485.

SÚMULA Nº 09

Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação.

- *Vide* PRSU nº 93.03.113720-5, publicado na RTRF3R 92/503.

SÚMULA Nº 10

O artigo 475, inciso II, do CPC (remessa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- *Vide* Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- *Vide* Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- *Vide* IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- *Vide* PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 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.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação subseqüente, até o termo inicial de vigência da MP nº 1.212/95, diante da suspensão dos Decretos-leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88 pela Resolução nº 49/95, do Senado Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021038-5, publicado na RTRF3R 92/544.

SÚMULA Nº 29

Nas ações em que se discute a correção monetária dos depósitos das contas vinculadas do FGTS, a legitimidade passiva é exclusiva da Caixa Econômica Federal - CEF.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021023-3, publicado na RTRF3R 92/534.

SÚMULA Nº 30

É constitucional o empréstimo compulsório sobre o consumo de energia elétrica previsto na Lei 4.156/62, sendo legítima a sua cobrança até o exercício de 1993.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021041-5, publicado na RTRF3R 92/553.

SÚMULA Nº 31

Na hipótese de suspensão da execução fiscal, com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80, decorrido o prazo legal, serão os autos arquivados sem extinção do processo ou baixa na distribuição.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.016705-4, publicado na RTRF3R 92/524.

SÚMULA Nº 32

É competente o relator para dirimir conflito de competência em matéria penal através de decisão monocrática, por aplicação analógica do artigo 120, § único do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal.

SÚMULA Nº 33

Vigora no processo penal, por aplicação analógica do artigo 87 do Código de Processo Civil autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

SÚMULA Nº 34

O inquérito não deve ser redistribuído para Vara Federal Criminal Especializada enquanto não se destinar a apuração de crime contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/86) ou delito de "lavagem" de ativos (Lei nº 9.613/98).

SÚMULA Nº 35

Os efeitos penais do artigo 9º, da Lei nº 10.684/03 aplicam-se ao Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

I - ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

"A cara da Justiça Criminal". Juiz Federal Ali Mazloum 107/5

"A legitimação constitucional 'ad processum' dos índios". "*Constitutional legitimation 'ad processum' of the indians*". Juiz Federal Alexandre Alberto Berno 107/7

"A proteção internacional do direito de autor e o embate entre os sistemas do *copyright* e do *droit d'auter*". Juiz Federal Leonardo Estevam de Assis Zanini 107/24

"As leis 'impeditivas' de liminar realmente *impedem*?". Juiz Federal Eduardo José da Fonseca Costa 107/39

"Da prisão do indígena e a inspeção judicial". Juiz Federal Massimo Palazzolo 107/46

"O conflito de princípios e as falácias da liberdade". "*The conflict of principles and the fallacies of freedom*". Juiz Federal Marcus Orione Gonçalves Correia 107/48

"O Direito à pensão por morte do estudante universitário. Fundamento constitucional. Análise da Lei 8.213, seu conteúdo teleológico, em face da Constituição da República". Juiz Federal Aroldo José Washington 107/56

II - JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

AMS	0027831-37.2000.4.03.6100	Juiz Federal Rubens Calixto	107/66
AC	0040765-27.2000.4.03.6100	Desembargador Federal Cotrim Guimarães	107/69
AC	0000019-49.2002.4.03.6100	Desembargador Federal Mairan Maia	107/76
AC	0012081-53.2004.4.03.6100	Juiz Federal João Consolim	107/82
AC	0028402-32.2005.4.03.6100	Juiz Federal Marco Aurelio Castrianni	107/84
AMS	0024655-40.2006.4.03.6100	Juiz Federal Souza Ribeiro	107/87
AMS	0008818-17.2007.4.03.6000	Desembargador Federal Nery Júnior	107/94
AC	0012370-72.2007.4.03.6102	Juiz Federal Valdeci dos Santos	107/99
AC	0000061-63.2009.4.03.6000	Desembargadora Federal Cecília Marcondes	107/109
AC	0002062-12.2009.4.03.6100	Desembargador Federal Peixoto Junior	107/114
AI	0033598-71.2010.4.03.0000	Desembargador Federal Johonsom di Salvo	107/119
AI	0002261-30.2011.4.03.0000	Desembargador Federal Antonio Cedenho	107/125

DIREITO AMBIENTAL

REsp	965.078/SP (2006/0263624-3)	Ministro Herman Benjamin	107/130
REsp	994.120/RS (2007/0234852-0)	Ministro Herman Benjamin	107/134

DIREITO CIVIL

AC	0014096-83.1990.4.03.6100	Juiz Federal Leonel Ferreira	107/142
AC	0021389-60.1997.4.03.6100	Desembargador Federal José Lunardelli	107/146

DIREITO PENAL

ACr	0013090-54.2003.4.03.6110	Desembargadora Federal Vesna Kolmar	107/152
IUJ	0014013-56.2006.4.03.6181	Desembargador Federal Henrique Herkenhoff	107/161
EIfNu	0015304-83.2006.4.03.9999	Desembargador Federal Luiz Stefanini	107/172
ACr	0000779-57.2010.4.03.6119	Desembargador Federal Nelton dos Santos	107/182

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

AR	0040121-51.2000.4.03.0000	Desembargador Federal Newton De Lucca	107/188
AR	0095659-07.2006.4.03.0000	Desembargador Federal Sérgio Nascimento	107/195
AC	0044110-94.2007.4.03.9999	Desembargadora Federal Marisa Santos	107/206
Ag AC	0002187-69.2008.4.03.6114	Juiz Federal Silvio Gemaque	107/215
Ag AC	0002724-16.2009.4.03.9999	Desembargadora Federal Daldice Santana	107/222

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

AC	0004261-75.1993.4.03.6000	Juíza Federal Silvia Rocha	107/229
AC	0020047-19.1994.4.03.6100	Juiz Federal Wilson Zauhy	107/232
AC	0001724-36.1999.4.03.6117	Desembargadora Federal Vera Jucovsky	107/236
EDcl AMS	0020591-31.1999.4.03.6100	Juiz Federal Ricardo China	107/271
AC	0000432-79.2000.4.03.6117	Juíza Federal Eliana Marcelo	107/276
CauInom	0065504-31.2000.4.03.0000	Desembargadora Federal Leide Polo	107/291
AgRg ARINC	0001048-37.2002.4.03.6100	Desembargador Federal André Nabarrete	107/293
AI	0069366-34.2005.4.03.0000	Juiz Federal César Sabbag	107/303
Ag AC	0010143-37.2006.4.03.6105	Desembargador Federal Nelson Bernardes	107/305
Ag AC	0014626-34.2007.4.03.9999	Desembargadora Federal Lucia Ursaia	107/309
AC	0024163-83.2009.4.03.9999	Juiz Federal Leonardo Safi	107/316
AgRg MS	0006186-68.2010.4.03.0000	Desembargador Federal Fábio Prieto	107/327
AI	0019633-26.2010.4.03.0000	Desembargadora Federal Marli Ferreira	107/330
Ag AI	0027668-72.2010.4.03.0000	Desembargadora Federal Cecilia Mello	107/334
CC	0029627-78.2010.4.03.0000	Desembargadora Federal Diva Malerbi	107/340
CC	0030065-07.2010.4.03.0000	Desembargadora Federal Suzana Camargo	107/346
AI	0035216-51.2010.4.03.0000	Desembargadora Federal Regina Costa	107/350
AI	0037187-71.2010.4.03.0000	Juíza Federal Márcia Hoffmann	107/354
CC	0004380-61.2011.4.03.0000	Desembargadora Federal Alda Basto	107/361
AgRg MS	0004546-93.2011.4.03.0000	Desembargador Federal Baptista Pereira	107/366
CC	0004723-57.2011.4.03.0000	Desembargador Federal Carlos Muta	107/374
AgRg AI	0006998-76.2011.4.03.0000	Desembargador Federal Walter do Amaral	107/381

DIREITO PROCESSUAL PENAL

EDcl ACr	0000821-29.2003.4.03.6127	Desembargador Federal André Nekatschalow	107/385
ACr	0003329-92.2005.4.03.6121	Desembargadora Federal Ramza Tartuce	107/390
MS	0001306-96.2011.4.03.0000	Juiz Federal Adenir Silva	107/406

DIREITO TRIBUTÁRIO

ApelReex	0402460-07.1994.4.03.6103	Juiz Federal Silva Neto	107/411
AMS	0019711-10.1997.4.03.6100	Juiz Federal Nelson Porfírio	107/420
ApelReex	0029595-92.1999.4.03.6100	Desembargadora Federal Consuelo Yoshida	107/426
AC	0047935-56.2001.4.03.9999	Juiz Federal Paulo Conrado	107/432
AMS	0015780-80.2008.4.03.6110	Desembargador Federal Márcio Moraes	107/437

III - SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO

Súmulas nºs 01 a 35 ..... 107/442

ÍNDICE ANALÍTICO-REMISSIVO

I - ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

"A cara da Justiça Criminal". Juiz Federal Ali Mazloum. 107/5

"A legitimação constitucional 'ad processum' dos índios". "*Constitutional legitimation 'ad processum' of the indians*". Juiz Federal Alexandre Alberto Berno. 107/7

"A proteção internacional do direito de autor e o embate entre os sistemas do *copyright* e do *droit d'auter*". Juiz Federal Leonardo Estevam de Assis Zanini. 107/24

"As leis 'impeditivas' de liminar realmente *impedem*?" Juiz Federal Eduardo José da Fonseca Costa. 107/39

"Da prisão do indígena e a inspeção judicial". Juiz Federal Massimo Palazzolo. .. 107/46

"O conflito de princípios e as falácias da liberdade". "*The conflict of principles and the fallacies of freedom*". Juiz Federal Marcus Orione Gonçalves Correia. 107/48

"O Direito à pensão por morte do estudante universitário. Fundamento constitucional. Análise da Lei 8.213, seu conteúdo teleológico, em face da Constituição da República". Juiz Federal Aroldo José Washington. 107/56

II - JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

- Instituição financeira em liquidação extrajudicial. Liberação de valores retidos para tratamento de saúde. Possibilidade. AMS 0027831-37.2000.4.03.6100, Relator Juiz Federal Rubens Calixto. 107/66

- Propriedade industrial. Patente. Modelo de utilidade. Empregado. Contexto da atividade inventiva. Propriedade comum. AC 0040765-27.2000.4.03.6100, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães. 107/69

- Desembaraço aduaneiro. Sócios "laranjas". Pena de perdimento. Mercadoria com elevada concentração de chumbo. Importação proibida. AC 0000019-49.2002.4.03.6100, Relator Desembargador Federal Mairan Maia. 107/76

- Responsabilidade civil. Indenização. Danos materiais. Empresa exploradora de atividade do jogo de bingo. Encerramento das atividades. Demissões. Ressarcimento pelas verbas pagas aos trabalhadores. Ausência de nexo causal. Responsabilidade do empregador. Legitimidade passiva da União afastada. AC 0012081-53.2004.4.03.6100, Relator Juiz Federal João Consolim. 107/82

- Contrato de trabalho de natureza administrativa. Lei 8.745/93, art. 2º, IV. Professora substituta. Necessidade temporária de excepcional interesse público configurada. AC 0028402-32.2005.4.03.6100, Relator Juiz Federal Marco Aurelio Castrianni. 107/84

- Concurso público da ECT. Reserva de vaga para portador de necessidades especiais. Monovisão ou visão monocular. Enquadramento devido. AMS 0024655-40.2006.4.03.6100, Relator Juiz Federal Souza Ribeiro. 107/87

- Revalidação de diploma obtido no exterior. Universidade federal. Ilegalidade na recusa em receber e processar o pedido. AMS 0008818-17.2007.4.03.6000, Relator Desembargador Federal Nery Júnior. 107/94

- Ação civil de improbidade administrativa. “Operação São Paulo”. Desembaraços aduaneiros irregulares no “Porto Seco” de Ribeirão Preto. Auditor Fiscal da Receita Federal. Ressarcimento ao erário público. Morte do réu. Inclusão dos herdeiros no pólo passivo. AC 0012370-72.2007.4.03.6102, Relator Juiz Federal Valdeci dos Santos. 107/99

- Revalidação de diploma obtido no exterior. Ensino superior. Possibilidade de fixação de prazos para inscrição dos candidatos. Autonomia administrativa da universidade. AC 0000061-63.2009.4.03.6000, Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes. 107/109

- Servidor público. Licença-prêmio. período aquisitivo. Medida Provisória 1.522/96. AC 0002062-12.2009.4.03.6100, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior. 107/114

- Concurso público interno. Remoção de servidor público federal. Princípio da antiguidade em favor dos funcionários públicos mais antigos. AI . 0033598-71.2010.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Johonsom di Salvo. 107/119

- Serviço militar. Dispensa por excesso de contingente. Convocação em razão de conclusão do curso de medicina. Inexistência de débito para com o serviço militar. AI 0002261-30.2011.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho. . 107/125

DRIREITO AMBIENTAL

- Queima da palha da cana-de-açúcar. Impossibilidade. Dano ao meio ambiente. Recurso Especial do STJ provido. REsp 965.078/SP (2006/0263624-3), Relator Ministro Herman Benjamin. 107/130

- Poço artesiano irregular. Fiscalização. Objetivos e princípios da Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (9.433/97). Competência comum do Município. Recurso Especial do STJ provido. REsp 994.120/RS (2007/0234852-0), Relator Ministro Herman Benjamin. 107/134

DIREITO CIVIL

- Contratos de câmbio irregulares. Correção monetária. Ausência de culpa do BACEN. AC 0014096-83.1990.4.03.6100, Relator Juiz Federal Leonel Ferreira. 107/142

- Alimentos. Execução. Legitimidade. Convenção de Nova Yorque sobre prestação de alimentos no estrangeiro. Competência da Justiça Federal. AC 0021389-60.1997.4.03.6100, Relator Desembargador Federal José Lunardelli. 107/146

DIREITO PENAL

- Apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP). Prescrição retroativa reconhecida. Causa de exclusão da culpabilidade por dificuldades financeiras não configurada. Inaplicabilidade do benefício previsto no artigo 337-A, § 2º do CP. Dosimetria da pena. ACr 0013090-54.2003.4.03.6110, Relatora Desembargadora Federal Vesna Kolmar.... 107/152

- Programa de Parcelamento Excepcional - PAEX. Lei nº 10.684/2003, art. 9º, "caput": aplicabilidade. Incidente de Uniformização de Jurisprudência. Súmula aprovada pela 1ª Seção do TRF 3ª Região. IUJ 0014013-56.2006.4.03.6181, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff. 107/161

- Tráfico internacional de entorpecentes. Diminuição de pena: incidência. Crime ocasional. Ingestão de cápsulas de substância entorpecente. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não recomendável. EIfNu 0015304-83.2006.4.03.9999, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini. 107/172

- Tráfico transnacional de cocaína. Condenação mantida. Necessidade financeira. Estado de necessidade. Pena-base. Confissão. Diminuição da pena. ACr 0000779-57.2010.4.03.6119, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos. 107/182

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

- Aposentadoria por tempo de serviço. Ação Rescisória. Erro de fato e violação a literal disposição de lei. AR 0040121-51.2000.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca. 107/188

- Atividade rural. Servidor público. Indenização. Ação Rescisória. Certidão de tempo de serviço com ressalva do INSS consignar a ausência de recolhimento das contribuições devidas. AR 0095659-07.2006.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento. 107/195

- Pensão por morte. Menor tutelado. Equiparação a filho. Maioridade. Invalidez na data do óbito do segurado. AC0044110-94.2007.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos. 107/206

- Auxílio-doença: restabelecimento. Incapacidade total e temporária. Epilepsia (grande mal). Crises convulsivas não controladas. Necessidade de terapia adequada. Perigo de exercer atividade habitual como prensista. Ag AC 0002187-69.2008.4.03.6114, Relator Juiz Federal Silvio Gemaque. 107/215

- Pensão por morte. vínculos rurais anotados em CTPS. Cômputo para apuração da carência: possibilidade. Ag AC 0002724-16.2009.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Daldice Santana. 107/222

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

- Questão de ordem. Processo Administrativo. Perdimento de veículo. Competência das Seções e Turmas. Fixação em razão da matéria e natureza da relação jurídica litigiosa. Matéria de natureza não penal. Matéria afeta à competência da 2ª Seção. Conflito negativo de competência suscitado. AC 0004261-75.1993.4.03.6000, Relatora Juíza Federal Silvia Rocha. 107/229

- Embargos à execução de título extrajudicial. Nota de crédito comercial. Prosseguimento da execução. Descumprimento do acordo celebrado nos autos. Possibilidade. Abatimento das parcelas pagas. Comissão de permanência. Percentual a ser definido pelo credor. AC 0020047-19.1994.4.03.6100, Relator Juiz Federal Wilson Zauhy. 107/232

- Flexibilização da coisa julgada (art. 741, II, parágrafo único, do CPC). Aresto que determinou a incorporação de índices de inflação expurgados, contrariando o STF. AC 0001724-36.1999.4.03.6117, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky. ... 107/236

- Embargos de Declaração. Efeitos infringentes à luz dos precedentes fixados no STJ em sede de recursos representativos da controvérsia. Interpretação constitucional que se empresta ao art. 535 do CPC. EDcl AMS 0020591-31.1999.4.03.6100, Relator Juiz Federal Ricardo China. 107/271

- Deserção. Custas de porte de remessa e retorno. Ação de improbidade administrativa. Não-vinculação do Judiciário aos termos de decisão do TCU. AC 0000432-79.2000.4.03.6117, Relatora Juíza Federal Eliana Marcelo. 107/276

- Medida Cautelar Inominada. Sustação da execução de acórdão. CauInom 0065504-31.2000.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Leide Polo. 107/291

- Agravo regimental. Arguição de Inconstitucionalidade. Necessidade de a Turma refazer o julgamento que foi anulado pelo STF. Não cabimento quando o pleno do STF houver se manifestado sobre a matéria. AgRg ARINC 0001048-37.2002.4.03.6100, Relator Desembargador Federal André Nabarrete. 107/293

- Execução fiscal. Responsabilização do sócio. Eventual dissolução irregular da pessoa jurídica. Atos de gerência. Instrução probatória que não se compadece com a via estreita da exceção de pré-executividade. AI 0069366-34.2005.4.03.0000, Relator Juiz Federal César Sabbag. 107/303

- Agravo legal. Auxílio-doença. Valores em atraso. Remessa oficial: conhecimento. Sentença líquida: possibilidade. Ag AC 0010143-37.2006.4.03.6105, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes. 107/305

- Prova pericial. Nulidade. Suspeição e impedimento. Perito. Preclusão. Ag AC 0014626-34.2007.4.03.9999, Relatora Desembargadora Federal Lucia Ursaia. 107/309

- Embargos à execução. Liquidação/execução de sentença. Obrigação ilíquida. Relação de salários de contribuição. AC 0024163-83.2009.4.03.9999, Relator Juiz Federal Leonardo Safi. 107/316

- Impugnabilidade das decisões judiciais. Art. 527 do CPC, com a redação da Lei nº 11.187/2005. Preservação do contraditório em simetria com a racionalidade da contenção das partes: legitimidade. AgRg MS 0006186-68.2010.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Fábio Prieto. 107/327

- Erro médico. Depósito para consulta. Imposição de multa. Necessidade de intimação do responsável. AI 0019633-26.2010.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira. 107/330

- Execução fiscal. Nome do sócio na CDA. Redirecionamento após o prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica. Inocorrência de prescrição. Processo paralisado por mecanismos inerentes ao Judiciário. Ausência de desídia da Fazenda. Ag AI 0027668-72.2010.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello. 107/334

- Conflito negativo de competência. Desembargadores Federais integrantes da 1ª e 3ª Turmas. Ação de indenização. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Extravio de correspondência (SEDEX). Responsabilidade do Estado. Direito público. Competência

das Turmas da 2ª Seção. CC 0029627-78.2010.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi. 107/340

- Conflito de competência. Decisão monocrática: descabimento. Inexistência de posicionamento firmado pelo órgão colegiado. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Negócio jurídico. Descumprimento contratual. Matéria de direito privado. Competência da 1ª Seção deste TRF. CC 0030065-07.2010.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo. 107/346

- Ação civil pública. Drogaria. Obrigatoriedade de responsável técnico durante todo o período de funcionamento. Pessoas jurídicas diversas que utilizam o mesmo nome fantasia. AI 0035216-51.2010.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Regina Costa. 107/350

- Demanda ajuizada na Justiça Estadual. Apelação interposta pelo INSS. Taxa de porte de remessa e retorno dos autos. Previsão na Lei Estadual nº 11.608/2003. Obrigatoriedade do recolhimento não regulamentada. AI 0037187-71.2010.4.03.0000, Relatora Juíza Federal Márcia Hoffmann. 107/354

- Conflito de competência. Cálculo de contribuições sociais em atraso. Pedido indissociável à concessão de aposentadoria. Competência da 3ª Seção. CC 0004380-61.2011.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal Alda Basto. 107/361

- Incompetência da Justiça Federal. Impetrados: Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo. Atos supostamente ilegais. Edital de concurso público no âmbito estadual. Pedido de integração à lide da Seccional da OAB de São Paulo. Interesse local. AgRg MS 0004546-93.2011.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira. 107/366

- Conflito negativo de competência. Mandado de Segurança e Cautelar. Depósito. PIS. Execução fiscal. Discussão de saldo devedor. Exceção de pré-executividade e agravo de instrumento. Prevenção da Turma. Conflito julgado procedente. CC 0004723-57.2011.4.03.0000, Relator Desembargador Federal Carlos Muta. 107/374

- Descumprimento de obrigação de fazer. Multa diária. Valor. Juros de mora: descabimento. AgRg AI 0006998-76.2011.4.03.0000 , Relator Desembargador Federal Walter do Amaral. 107/381

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Diminuição da pena em virtude de prescrição. Suspensão condicional do processo. Súmula 337 do STJ. Embargos de Declaração providos. EDcl ACr 0000821-29.2003.4.03.6127, Relator Desembargador Federal André Nekatschalow. 107/385

Comercialização de medicamentos proibidos. Art. 273, § 1º-B, inciso I. Afastamento do concurso material com o art. 334, § 1º, “c”, do CP. ACr 0003329-92.2005.4.03.6121, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce. 107/390

Mandado de Segurança. Contrabando. Lavagem de valores. Alienação antecipada de bens. Leilão. Intimação. Ilegalidade afastada. MS 0001306-96.2011.4.03.0000, Relator Juiz Federal Adenir Silva. 107/406

DIREITO TRIBUTÁRIO

- IPI. Crédito escritural. Reconhecimento caduciário/prescricional. Parcial consumação. Ilegitimidade de creditamento quanto à aquisição de materiais intermediários essenciais à linha de produção, mas cujo uso e consumo sofrem desgaste indireto no processo produtivo, apenas indiretamente agregando-se ao produto final. ApelReex 0402460-07.1994.4.03.6103, Relator Juiz Federal Silva Neto. 107/411

- Contribuições previdenciárias. Notificação fiscal de lançamento - NFLD. Auxílios creche-babá. Empregado do sexo masculino. Natureza remuneratória/salarial. Tributo devido. AMS 0019711-10.1997.4.03.6100, Relator Juiz Federal Nelson Porfírio. 107/420

- Cofins. Empresa corretora. Isenção. Base de cálculo: receita bruta operacional. ApelReex 0029595-92.1999.4.03.6100, Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida. 107/426

- Contribuições previdenciárias. Direcionamento executivo. Executados pessoas físicas (sócios). Nome na CDA. Ausência de apuração administrativa do fato gerador da responsabilidade de terceiros. Revogação do art. 13 da Lei nº 8.620/93. Retroatividade. Nulidade da CDA. Irrelevância. Pró-labore. Fatos geradores posteriores à LC 84/96. Salário-educação: legitimidade da cobrança. AC 0047935-56.2001.4.03.9999, Relator Juiz Federal Paulo Conrado. 107/432

- Simples nacional. Cursos técnicos. Escola profissionalizante. Inexistência de impedimento. AMS 0015780-80.2008.4.03.6110, Relator Desembargador Federal Márcio Moraes. . 107/337

III - SÚMULAS DO TRF DA 3ª REGIÃO

Súmulas nºs 01 a 35. ..... 107/442

Expediente

A Revista do TRF 3ª Região é uma publicação oficial.

DIRETOR DA REVISTA

Márcio José de Moraes
Desembargador Federal

ASSESSORA

Selma Lacerda de Alcântara

EQUIPE

Conceição Falcone Leite
Francisco Oliveira da Silva
Lucia Massako Y. C. Rosa
Maria José F. da Rocha
Renata Bataglia Garcia

PROJETO DA VERSÃO DIGITAL

Secretaria de Informática
Divisão de Serviços Gráficos

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Av. Paulista, 1.842,
Torre Sul, 11º and.
CEP 01310-936 - São Paulo - SP
www.trf3.jus.br -
revista@trf3.jus.br

O conteúdo dos artigos doutrinários é de inteira responsabilidade dos seus autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

As decisões e os acórdãos, em virtude de sua publicação em comunicação oficial, conservam a escritura original, em que esta Revista restringiu-se a realizar a diagramação, conferência com o original e padronização.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
3ª REGIÃO
JURISDIÇÃO: SÃO PAULO
E MATO GROSSO DO SUL

DESEMBARGADORES FEDERAIS[1]

ROBERTO Luiz Ribeiro HADDAD - 04/8/95 - Presidente[2]
ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95 - Vice-Presidente[3]
SUZANA de CAMARGO Gomes - 04/8/95 - Corregedora-Regional[4]
MÁRCIO José de MORAES - 30/3/89
DIVA Prestes Marcondes MALERBI - 30/3/89
Paulo THEOTONIO COSTA - 17/6/93
Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA - 04/8/95
MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
RAMZA TARTUCE Gomes da Silva - 04/8/95
Maria SALETTE Camargo NASCIMENTO - 19/12/95
NEWTON DE LUCCA - 27/6/96
Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98
CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES - 14/8/98
THEREZINHA Astolphi CAZERTA - 02/10/98
MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior - 27/1/99
NERY da Costa JÚNIOR - 17/6/99
ALDA Maria BASTO Caminha Ansaldi - 13/6/2002
Luís CARLOS Hiroki MUTA - 13/6/2002
CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA - 12/7/2002
MARISA Ferreira dos SANTOS - 13/9/2002
Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO - 13/9/2002
Pedro Paulo LAZARANO NETO - 19/12/2002[5]
NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
LEIDE POLO Cardoso Trivelato - 21/5/2003
VERA Lucia Rocha Souza JUCOVSKY - 21/5/2003
REGINA Helena COSTA - 21/5/2003
ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW - 21/5/2003
NELSON BERNARDES de Souza - 21/5/2003
WALTER DO AMARAL - 21/5/2003
LUIZ de Lima STEFANINI - 06/10/2003
Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES - 06/10/2003
Maria CECILIA Pereira de MELLO - 06/10/2003
MARIANINA GALANTE - 16/12/2003
VESNA KOLMAR - 16/12/2003
ANTONIO Carlos CEDENHO - 15/6/2004
Maria LUCIA Lencastre URSAIA - 01/7/2010
JOSÉ Marcos LUNARDELLI - 01/7/2010
DALDICE Maria SANTANA de Almeida - 22/12/2010
FAUSTO Martin DE SANCTIS - 28/01/2011

[1] Composição do TRF 3ª Região atualizada até 26/07/2011.
[2] Não integra as Turmas. Preside a Sessão Plenária e a do Órgão Especial.
[3] Não integra as Turmas. Preside as Seções.
[4] Não integra as Turmas.
[5] Ouvidor-Geral da 3ª Região.