

REVISTA

ANO XXIII - N. 113 - MAIO/JUNHO DE 2012 - ISSN 1982-1506

Palavra do Presidente



“... o Tribunal mudou, a sociedade mudou, mudaram os juízes, mas o ideal da busca da excelência da prestação jurisdicional continua vivo e atual.”

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Arguição de Inconstitucionalidade. Imposto de Renda. Pessoa Física. Limites à dedução das despesas com instrução.



ARTIGOS DOUTRINÁRIOS



A Ciência e o Direito

Juiz Federal Marcelo Souza Aguiar

A moralização da relação processual civil e o sistema de repressão à litigância de má-fé

Juiz Federal Eduardo José da Fonseca Costa

Juizados Especiais Criminais e celeridade processual (Juizados Especiais Criminais para crimes de maior potencial ofensivo?)

Juiz Federal Roberto da Silva Oliveira

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Diretor da Revista
Desembargador Federal Antonio Cedenho

Publicação Oficial
(Artigo 113 do Regimento Interno do TRF - 3ª Região)

ISSN 1982-1506

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região	São Paulo	Ano XXIII	n. 113	p. 1-394	maio/jun. 2012
---	-----------	-----------	--------	----------	----------------

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Antonio Cedenho

ASSESSOR: Wladimir Rodrigues

EQUIPE:

Lucia Massako Y. C. Rosa / Maria José Lopes Leite / Rafael Leal Ferreira /
Renata Bataglia Garcia / Simone de Alcantara Savazzoni

Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 1990- .

Bimestral a partir de 2001.

Repositório Oficial de Jurisprudência do TRF 3ª Região.

n. 1 (jan./mar. 1990) a n. 86 (nov./dez. 2007) [publicação impressa] - ISSN 1414-0586.
Continuada por: Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região [publicação eletrônica] - n. 87 (jan./fev. 2008) a - ISSN 1982-1506.

Separata, publicação impressa parcial a partir do n. 107 (maio/jun. 2011) - .

1. Direito - Periódico - Brasil. 2. Jurisprudência - Periódico - Brasil. 3. Brasil. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF 3ª Região).

O conteúdo dos artigos doutrinários e dos comentários 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.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Av. Paulista, 1.842, Torre Sul, 11º andar
CEP 01310-936 - São Paulo - SP
www.trf3.jus.br
revista@trf3.jus.br



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - 3ª REGIÃO
JURISDIÇÃO: SÃO PAULO E MATO GROSSO DO SUL

DESEMBARGADORES FEDERAIS⁽¹⁾

NEWTON DE LUCCA - 27/6/96 - Presidente⁽²⁾
 Maria SALETTE Camargo NASCIMENTO - 19/12/95 - Vice-Presidente⁽³⁾
 FÁBIO PRIETO de Souza - 24/4/98 - Corregedor-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⁽⁵⁾
 SUZANA de CAMARGO Gomes - 04/8/95
 ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
 MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
 ROBERTO Luiz Ribeiro HADDAD - 04/8/95
 RAMZA TARTUCE Gomes da Silva - 04/8/95
 Otavio PEIXOTO JUNIOR - 21/5/97
 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
 NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS - 07/1/2003
 SÉRGIO do NASCIMENTO - 02/4/2003
 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 - 28/1/2011
 PAULO Gustavo Guedes FONTES - 24/2/2012

⁽¹⁾ Composição do TRF 3ª Região atualizada até 02/07/2012.

⁽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.

PRIMEIRA TURMA

JOHONSOM DI SALVO - Presidente
VESNA KOLMAR
JOSÉ LUNARDELLI
MÁRCIO MESQUITA - Juiz Federal

SEGUNDA TURMA

PEIXOTO JUNIOR - Presidente
NELTON DOS SANTOS
COTRIM GUIMARÃES
CECILIA MELLO

TERCEIRA TURMA

MÁRCIO MORAES
CECÍLIA MARCONDES
NERY JÚNIOR - Presidente
CARLOS MUTA

QUARTA TURMA

SUZANA CAMARGO
ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
ALDA BASTO - Presidente

QUINTA TURMA

RAMZA TARTUCE
ANDRÉ NEKATSCHALOW
LUIZ STEFANINI - Presidente
ANTONIO CEDENHO

SEXTA TURMA

MAIRAN MAIA - Presidente
CONSUELO YOSHIDA
REGINA COSTA
PAULO DOMINGUES - Juiz Federal

SÉTIMA TURMA

DIVA MALERBI - Presidente
ROBERTO HADDAD
FAUSTO DE SANCTIS
CARLOS FRANCISCO - Juiz Federal

OITAVA TURMA

THEREZINHA CAZERTA - Presidente
VERA JUCOVSKY
MARIANINA GALANTE
PAULO FONTES

NONA TURMA

MARISA SANTOS
NELSON BERNARDES - Presidente
DALDICE SANTANA
SOUZA RIBEIRO - Juiz Federal

DÉCIMA TURMA

BAPTISTA PEREIRA - Presidente
SÉRGIO NASCIMENTO
WALTER DO AMARAL
LUCIA URSIA

EX-DIRETORES DA REVISTA

GRANDINO RODAS (30/03/1989 a 11/04/1993)
DIVA MALERBI (02/05/1993 a 01/05/1995)
ANA SCARTEZZINI (02/05/1995 a 27/03/1998)
SUZANA CAMARGO (19/06/1998 a 01/05/2001)
MARLI FERREIRA (02/05/2001 a 04/05/2003)
SALETTE NASCIMENTO (05/05/2003 a 01/05/2005)
NEWTON DE LUCCA (10/06/2005 a 01/05/2007)
FÁBIO PRIETO (21/06/2007 a 03/03/2010)
EVA REGINA (04/03/2010 a 31/03/2011)
MÁRCIO MORAES (12/05/2011 a 07/03/2012)

Sumário

PALAVRA DO PRESIDENTE.....	13
-----------------------------------	-----------

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

<i>A Ciência e o Direito</i> Marcelo Souza Aguiar	17
<i>A moralização da relação processual civil e o sistema de repressão à litigância de má-fé</i> Eduardo José da Fonseca Costa	28
<i>Juizados Especiais Criminais e celeridade processual (Juizados Especiais Criminais para crimes de maior potencial ofensivo?)</i> Roberto da Silva Oliveira	54

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

<i>Arguição de Inconstitucionalidade. Imposto de renda. Pessoa física. Limites à dedução das despesas com instrução.</i> ArgInc 0005067-86.2002.4.03.6100 Relator Desembargador Federal Mairan Maia.....	63
COMENTÁRIOS	
Camila Vergueiro Catunda	87
Douglas Camarinha Gonzales e Victor Polizelli.....	92
Marcio Pugliesi	101

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

<i>Responsabilidade civil objetiva do Estado. INFRAERO. Furto de mercadorias em terminal de cargas.</i> AC 0000503-31.2007.4.03.6119 Desembargadora Federal Alda Basto.....	111
---	-----

Responsabilidade civil do Estado. Veículo. Restrição junto ao DETRAN determinada por juiz trabalhista.

AC 0000649-80.2008.4.03.6105

Desembargadora Federal Marli Ferreira 119

Fiscalização do CRF. Necessidade de responsável técnico farmacêutico. Farmácia popular.

Ag ApelReex 0025814-47.2008.4.03.6100

Juiz Federal Convocado Paulo Domingues 122

Auto de infração. Mercadoria (NAFTA) apreendida. Pena de perdimento. Venda em leilão. Tarifa de armazenagem.

AC 0002588-30.2010.4.03.6104

Desembargadora Federal Cecília Marcondes 126

Servidor público. Licença para acompanhamento de cônjuge. Preenchimento dos requisitos. Ato vinculado.

Ag AMS 0013947-86.2010.4.03.6100

Desembargadora Federal Vesna Kolmar 132

Concurso público. FUNDACENTRO. Prova de títulos. Autenticação das cópias apresentadas. Exigência editalícia. Cumprimento. Obrigatoriedade.

AMS 0015003-57.2010.4.03.6100

Desembargador Federal Márcio Moraes..... 137

DIREITO AMBIENTAL

Ação Civil Pública. Derramamento de óleo. Legitimidade passiva da agência marítima. Responsabilidade civil objetiva. Agente poluidor. Existência anterior de elemento poluidor no local. Irrelevância.

AC 0205472-68.1998.4.03.6104

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 145

DIREITO PENAL

Peculato furto. Funcionário da CEF. Peculato de uso. Não configuração. Ressarcimento integral não comprovado.

ACr 0006042-59.2002.4.03.6181

Desembargador Federal José Lunardelli 155

Advogado acusado de levantar numerário depositado pela União em precatório destinado a cliente. Estelionato. Desclassificação para apropriação indébita.

ACr 0004733-66.2003.4.03.6181

Desembargador Federal Nelson dos Santos 161

Artigo 171, parágrafo 3º do CP na forma tentada. Ingresso em juízo para obtenção de benefício previdenciário.

ACr 0000526-20.2006.4.03.6116

Desembargadora Federal Ramza Tartuce166

Tráfico transnacional de drogas. Transporte público. Causa de aumento. Interestadualidade.

ACr 0000004-93.2010.4.03.6005

Desembargador Federal André Nekatschalow 181

“Habeas Corpus”. Operação crédito fácil. Pedido de liberdade provisória. Decretação da prisão preventiva. Pedido de transferência para custódia da Polícia Federal.

HC 0039441-80.2011.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita184

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Seguro-desemprego. Prova pré-constituída.

Ag AMS 0007390-38.2001.4.03.6120

Desembargador Federal Roberto Haddad 197

Pensão por morte. Dependência econômica em relação ao falecido filho.

EI 0018062-40.2003.4.03.9999

Desembargadora Federal Marianina Galante201

Atividade especial. Operador de moto scraper. Veículo semelhante ao trator.

Ag AC 0006415-14.2004.4.03.9999

Juíza Federal Convocada Giselle França 207

LOAS. Fato superveniente. Rediscussão da matéria já decidida. Impossibilidade.

Ag AC 0021231-93.2007.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Nino Toldo213

Pensão por morte. Exercício de atividade remunerada pelo “de cujus”, até a época do óbito. Autônomo. Possibilidade de regularização do débito das contribuições para posterior concessão do benefício.

AgRg AC 0002143-35.2008.4.03.6119

Desembargador Federal Walter do Amaral219

Aposentadoria por invalidez. Cálculo da renda mensal inicial. Auxílio doença. Recurso Extraordinário. Repercussão geral.

EDcl ApelReex 0002318-26.2008.4.03.6120

Desembargador Federal Nelson Bernardes 224

Aposentadoria por invalidez. Incapacidade total e permanente.

Ag ApelReex 0012710-30.2008.4.03.6183

Juiz Federal Convocado Hélio Nogueira 227

Desaposentação. Pedidos alternativos. Aproveitamento apenas do período contributivo posterior à aposentadoria proporcional para fins de aposentadoria por idade.

AC 0010909-45.2009.4.03.6183

Desembargadora Federal Marisa Santos 230

Aposentadoria por idade. Rurícola. Erro de fato. Procedência. Pedido subjacente improcedente.

AR 0019845-81.2009.4.03.0000

Desembargadora Federal Daldice Santana..... 252

Desaposentação: renúncia a benefício originário em prol de nova aposentadoria, pecuniariamente mais benéfica. Inadmissibilidade.

AC 0015765-18.2010.4.03.6183

Desembargador Federal Paulo Fontes 259

Desaposentação. Direito de renúncia à aposentadoria. Implantação do novo benefício. Desnecessidade de restituição dos proventos.

AC 0006873-86.2011.4.03.6183

Juiz Federal Convocado Sílvio Gemaque 267

Auxílio-doença. Incapacidade temporária.

Ag AC 0029880-08.2011.4.03.9999

Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira 274

Pensão por morte. Avós. Manutenção do poder familiar pela mãe.

AC 0032643-79.2011.4.03.9999

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 282

Pensão por morte. Dependência econômica presumida. Filho universitário. Maior de 21 anos.

Ag AC 0035585-84.2011.4.03.9999

Desembargador Federal Baptista Pereira 286

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

FGTS. Valores pagos diretamente ao empregado (antes da Lei nº 9.491/97) e depósitos efetivados na instituição bancária.

AC 0500976-82.1995.4.03.6182

Desembargador Federal Johonsom di Salvo 293

SFH. Imóvel hipotecado. Gravame firmado entre a construtora e o agente financeiro. Ineficácia em relação ao adquirente.

Ag AC 0007622-32.2000.4.03.6105

Desembargador Federal Antonio Cedenho 297

Penhor. Autenticação de pagamento equivocada. Leilão indevido de jóias de família. Responsabilidade objetiva da CEF. Danos morais configurados.

Ag AC 0029353-94.2003.4.03.6100

Desembargadora Federal Cecilia Mello301

Ação Civil Pública. Implementação do PAS em prol dos trabalhadores da agroindústria canavieira.

AC 0013539-65.2005.4.03.6103

Desembargadora Federal Vera Jucovsky306

Nulidade absoluta. Ausência de publicação da sentença na imprensa oficial e da intimação da patrona do impetrante. Questão de ordem pública. Violação dos princípios do contraditório, do devido processo legal e ampla defesa.

EDcl REOMS 0027878-64.2007.4.03.6100

Juiz Federal Convocado Erik Gramstrup318

Alienação antecipada de veículos apreendidos. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Ilegitimidade do marido para defender a meação da esposa. Risco de deterioração.

MS 0061615-25.2007.4.03.0000

Desembargador Federal Cotrim Guimarães 323

Execução Fiscal. Carta de citação negativa. Não configuração de dissolução irregular. Dívida de IPI.

AI 0043644-56.2009.4.03.0000

Juiz Federal Convocado David Diniz 329

Recurso Especial. Inadmissibilidade. Posicionamento da Turma julgadora em consonância com o adotado pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.205.946/SP, representativo da controvérsia, no sentido da aplicação de juros de mora, na forma da Lei nº 11.960/09.

REsp ApelReex 0025757-64.2011.4.03.9999

Desembargadora Federal Salette Nascimento 335

Conflito Negativo. Interiorização da Justiça Federal. Razões de ordem pública na criação de novas varas federais que, em geral, sobrepõem-se aos interesses das partes.

CC 0006205-06.2012.4.03.0000

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 338

Avocatória. Ação Civil Pública. Não suspensão de serviço de telefonia móvel, plano pós-pago, sem prévia informação e sem consentimento do usuário. Duplo grau obrigatório.

AVOCAT 0007724-16.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Newton De Lucca 352

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Indeferimento de levantamento de sequestro. Prazo para início da Ação Penal. Ilegalidade da manutenção da medida constritiva.

ACr 0001269-30.2010.4.03.6006

Desembargador Federal Peixoto Junior 357

Requisição de folha de antecedentes e certidões criminais. Matéria de interesse público e processual. Conhecimento da verdade real.

MS 0001448-66.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Luiz Stefanini361

DIREITO TRIBUTÁRIO

IRPJ. Arbitramento de lucro. Delegação de competência ao Ministro da Fazenda para determinar parâmetros do arbitramento.

ApelReex 0022449-05.1996.4.03.6100

Desembargador Federal Nery Júnior371

Recurso repetitivo. Reapreciação da matéria. Compensação. Adoção do entendimento firmado pelo STJ, no julgamento do REsp nº 1.137.738/SP.

AMS 0006972-70.2000.4.03.6109

Desembargadora Federal Regina Costa 378

Execução Fiscal de conselho profissional. Lei nº 12.514/2011. Regime específico.

Ag AI 0005658-63.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Muta 383

SÚMULAS 389

Palavra do Presidente

Passaram-se 22 anos desde que a primeira Revista do TRF3 foi publicada. Sua primeira edição, datada de janeiro/março de 1990, trouxe no sumário uma apresentação do Presidente, os atos de instalação do Tribunal, a biografia dos primeiros Juízes - hoje denominados Desembargadores Federais - e jurisprudência. Certamente uma edição histórica!

A mensagem da primeira edição foi assinada por Milton Luiz Pereira, o nosso primeiro Presidente, que infelizmente nos deixou em 2012. Ele contou um pouco a história desta Corte, as dificuldades iniciais, a localização, na época, no Largo São Francisco, e terminou afirmando que o Tribunal não seria simples referência, “mas o testemunho afirmativo e corajoso de correta aplicação da lei, na permanente busca da justa composição dos litígios, caminho seguro à harmonia social”.

Em 23 anos de existência, o Tribunal mudou, a sociedade mudou, mudaram os juízes, mas o ideal da busca da excelência da prestação jurisdicional continua vivo e atual.

Houve tempos em que a Revista continha apenas jurisprudência, hoje consultada nos computadores, com apenas um clique no

mouse. E, por esta razão, a Revista terá outro formato e conteúdo, dando-se preferência para artigos doutrinários e para jurisprudência comentada.



Incentivo os Juízes Federais Substitutos, Juízes Federais e Desembargadores Federais a escreverem e a enviarem seus artigos para publicação nas próximas edições da Revista, pois o conhecimento deve ser compartilhado. Convido também todos os estudiosos do direito que quiserem colaborar.

Temas atuais serão debatidos por juristas e doutrinadores. Desembargadores Federais e especialistas em direito abordarão vários aspectos de um mesmo tema, incentivando o debate, a análise de pontos de vista divergentes, a capacidade reflexiva e a compreensão e interpretação da realidade em sua totalidade.

Esta edição, por exemplo, traz em debate uma recente decisão do Órgão Especial sobre a arguição de inconstitucionalidade do limite anual individual para dedução de despesas com educação relativo ao imposto de renda pessoa física de 2002 - ano base 2001, previsto no artigo 8º, inciso II, b, da Lei nº 9.250/95.

O tema foi ricamente discutido em sessão de julgamento e o resultado foi de 11 votos a 7, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da expressão “até o limite anual individual de R\$ 1.700,00”, constante do texto da Lei nº 9.250/95.

Essa decisão e inúmeras outras, além de diversos temas poderão ser melhor explorados na Revista. Defensores de diferentes pontos de vista poderão expor aqui seus argumentos.

A ideia é manter um espaço democrático para a defesa de teses.

Ressalto que esta é uma publicação oficial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com periodicidade bimestral.

Desejo uma boa leitura a todos.

NEWTON DE LUCCA

Presidente



Artigos Doutrinários



A Ciência e o Direito

Marcelo Souza Aguiar

Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Professor da Graduação e da Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da PUC-SP. Juiz Federal em Santos.

SUMÁRIO: I - Modelo tradicional da Ciência; II - Limites epistemológicos das Ciências Sociais; III - A Ciência do Direito no quadro das Humanidades.

I - Modelo tradicional da Ciência

A Ciência tem sido caracterizada como conjunto de enunciados que se traduzem, basicamente, em constatações.

Por meio da linguagem científica, os fenômenos naturais e sociais são sistematizados e apresentados como eventos pertencentes a um mundo regido por leis, portanto regulares.

O conhecimento científico se pauta por

um corpo definido de enunciados ligados à noção de verdade, resultante da concordância entre a razão científica comprovada matematicamente, ou no mínimo causalmente, e os acontecimentos no mundo do ser que se tornariam inteligíveis exatamente pela precisão da linguagem científica.

Assim, a Ciência seria constituída de enunciados verdadeiros, ou tidos como tais.

E, como verdades, não se referem



“O astrônomo”, de Jan Vermeer, 1668, óleo sobre tela, 51 x 45 cm, Museu do Louvre, Paris, França

apenas aos eventos passados e presentes, constatados pela correspondência entre a hipótese científica e a sua comprovação empírica atual, por meio da qual são reveladas as leis naturais.

Possuiria também, a Ciência, a força de prever eventos futuros justamente com base nos experimentos do passado e do presente, de molde a permitir, ou se imaginar possa permitir, a reprodução dos fenômenos e, mais importante, a interferência da Ciência no curso da Natureza, como ideal constante da sociedade moderna.

O paradigma da Era Moderna acerca da Ciência tem-na como uma forma de conhecimento que garante um mundo constante.

Diante do Universo e dos fenômenos naturais, que se apresentam em movimento e célere mutação aos olhos da percepção humana, a razão da Ciência fixa os pontos de apoio, os “pólos inamovíveis”.

A propósito são esclarecedoras as observações de Ernest Cassirer:

“Em grego, o próprio termo *episteme* deriva etimologicamente de uma raiz que significa firmeza e estabilidade. O processo científico leva a um equilíbrio estável, a uma estabilização e consolidação do mundo de nossas percepções e pensamentos”.¹

Digamos que diante do “caos das sensações”, a razão científica transforma o “caos” em “cosmos”.

O pensamento científico formula leis que expressam a regularidade dos fenômenos naturais.

As leis da Ciência colocam os fenômenos naturais no âmbito da previsibilidade pautada na ocorrência das causas apreendidas e reveladas pelo cientista. E essas leis são obviamente construídas em uma linguagem própria, a qual articula o mundo das nossas percepções sensoriais.

Ainda a propósito aduz Cassirer que:

“Os nomes científicos não são criados ao acaso; seguem um distinto princípio de classificação. A criação de uma terminologia sistemática coerente não é, de modo algum, um aspecto acessório da ciência, e sim um dos seus elementos inerentes e indispensáveis... A esse respeito parece não haver solução de continuidade entre a linguagem e a ciência. Nossos nomes lingüísticos ou os primeiros nomes científicos podem ser vistos como resultado e produto do mesmo instinto classificatório. O que é feito inconscientemente na linguagem é conscientemente pretendido e metodicamente realizado no processo científico”.²

1 *Ensaio sobre o homem*. Introdução a uma filosofia da cultura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pág. 338.

2 *Idem*, págs. 341/342.

As discussões sobre o significado da Ciência atinam com o problema da metodologia científica, ou seja, a forma de seleção dos princípios, dos conceitos e das práticas efetivas que dão o contorno ao conhecimento científico de molde a que se produza o sistema de conhecimento unitário e organizado dos enunciados com pretensão de veracidade acerca de toda a espécie de eventos ocorridos no Universo, até aonde a mente e a observação humanas alcançam.

Convenciona-se dizer que a cada campo da Ciência corresponde um único método e um único objeto delimitado justamente pelo método empregado.

O método é um conjunto de princípios de avaliação das evidências, destinados a julgar, no processo epistemológico, a existência, ou não, de adequação entre as hipóteses físico-matemáticas, ou causais, propostas e o resultado do experimento científico em que aplicadas as técnicas científicas.

Neste passo, embora se diga que há apenas um método para cada ramo da Ciência, as técnicas poderiam ser variadas dependendo do enfoque do objeto cognoscível, objeto do estudo científico. Por isso, a técnica é o conjunto dos instrumentos, variáveis conforme os objetos e temas.

Sem prejuízo a esse ideal de Ciência ainda em vigor, não escapa ao espírito científico que ainda há vastos campos de fenômenos em relação aos quais não existem noções precisas ou leis estritas que os enunciam.

Regiões há no Universo onde a razão científica ainda não penetrou, mas que, segundo o paradigma clássico das Ciências (Naturais), deverá um dia penetrar, esquadrinhar e explicar, até que o conhecimento científico esbarre, novamente, em outro obstáculo ao entendimento humano.

A História das Ciências Naturais significa a evolução do conhecimento acerca dos fenômenos naturais, na perspectiva de um saber que está sempre à procura da sua

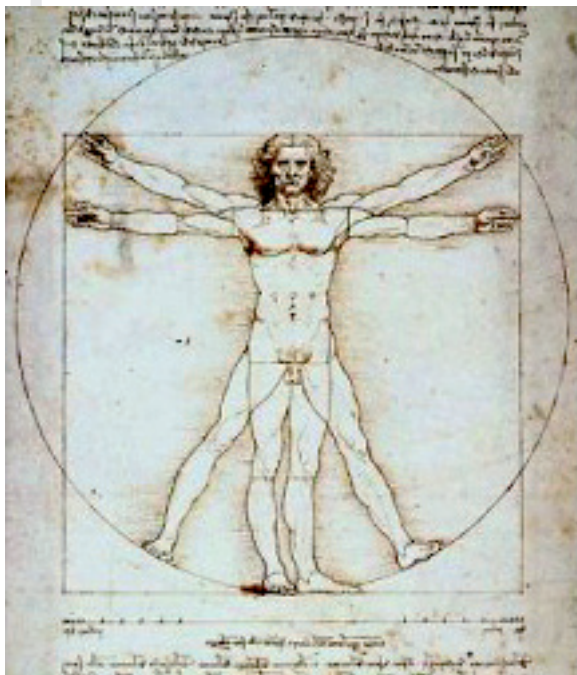
superação, de modo dialético, ou seja, em um processo de conhecimento em que tudo o que fora acumulado não é desprezado, mas sim revisto sob novas bases em virtude das descobertas científicas, as quais, reformulando as conclusões anteriormente aceitas pela comunidade científica, propõem uma maneira diversa de compreender a mecânica de fenômenos naturais universais.

II – Limites epistemológicos das Ciências Sociais

Quanto às Ciências Sociais, haveria uma negação do seu *status* científico, a não ser que se concebessem os fatos sociais como fatos naturais, no modelo, por exemplo, da sociologia acadêmica de Durkheim, na qual, segundo Boaventura de Sousa Santos, “é necessário reduzir os factos sociais às suas dimensões externas, observáveis e mensuráveis. As causas do aumento da taxa de suicídio na Europa do virar do século não são procuradas nos motivos invocados pelos suicidas e deixados em cartas, como é costume, mas antes a partir da verificação de regularidades em função de condições tais como o sexo, o estado civil, a existência ou não de filhos, a religião dos suicidas”.³

Este mestre lusitano, baseando-se em Ernest Nagel, na obra *The Structure of Science*, cita os principais obstáculos à concepção científica das Ciências Sociais: i) elas não dispõem de teorias explicativas que lhe permitam abstrair do real para depois buscar nele, de modo metodologicamente adequado, a prova apropriada; ii) as Ciências Sociais não podem estabelecer leis universais porque os fenômenos sociais são historicamente condicionados e culturalmente determinados; iii) as Ciências Sociais não podem produzir previsões fiáveis porque os seres humanos modificam o seu comportamento em função

3 Um discurso sobre as Ciências. 13ª ed. Portugal, Porto: Edições Afrontamento, 2002, pág. 20.



“O homem vitruviano” de Leonardo da Vinci, 1492, desenho, 34,4 x 24,5 cm, Gallerie dell’Accademia de Veneza, Itália

do conhecimento que sobre ele se adquire; iv) os fenômenos sociais são de natureza subjetiva e como tal não se deixam captar pela objetividade do comportamento; v) as Ciências Sociais não são objetivas porque o cientista social não pode libertar-se, no ato de observação, dos valores que informa a sua prática em geral e, portanto, também a sua prática de cientista.⁴

A leitura de Thomas Kuhn, na sua obra *A Estrutura das Revoluções Científicas*, nos incute a percepção de que as Ciências Sociais manter-se-iam no estágio *pré-paradigmático*. Ou seja, o resultado da pesquisa social não acresceria a esse campo do conhecimento de molde a produzir “um conjunto de ilustrações recorrentes e quase padronizadas de diferentes teorias nas suas aplicações conceituais, instrumentais e na observação”.

E nessa linha de conceituação temos “os paradigmas da comunidade, revelados nos seus manuais, conferências e exercícios

de laboratório. Ao estudá-los e utilizá-los na prática, os membros da comunidade considerada aprendem seu ofício.”⁵

Ocorre, porém, que a propalada exatidão das Ciências Naturais de fato não existe, ou ao menos não existe na forma almejada pela mentalidade científica fundada no paradigma do positivismo científico.

A este respeito Heisenberg e Borh demonstram que não é possível observar ou medir um objeto sem interferir nele, sem o alterar, e a tal ponto que o objeto que sai de um processo de medição não é o mesmo que lá entrou.

Na esteira desta explanação Boaventura de Sousa Santos adverte que:

“a demonstração da interferência estrutural do sujeito no objeto observado, tem implicações de vulto. Por um lado, sendo estruturalmente limitado o rigor do nosso conhecimento, só podemos aspirar a resultados aproximados e por isso as leis da física são tão-só probabilísticas. Por outro lado, a hipótese do determinismo mecanicista é inviabilizada uma vez que a totalidade do real não se reduz à soma das partes em que a dividimos para observar e medir”.⁶

Embora objeções possam ser feitas ao caráter científico das Ciências Sociais, sobretudo pela subjetividade do fator humano que preside as relações sociais, também não há neutralidade do cientista no processo de conhecimento das Ciências Naturais.

A existência de Ciências Sociais, inclusive da Ciência Jurídica, não reside unicamente na possibilidade de fixação de postulados

5 Com relação a idéia de “paradigma” ver Thomas Kuhn, *A estrutura das revoluções científicas*, 5ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2000, em especial págs. 67/76; quanto ao problema atinente à cientificidade das Ciências Sociais, ver págs. 201/216.

6 *Op. cit.*, pág. 26.

4 *Idem*, pág. 20.

expressivos das causas sociais determinantes das relações sociais, mas na possibilidade de diferenciação das várias facetas dos fenômenos sociais, construindo um sistema de pensamento que possa interferir de forma positiva e produtiva no tecido do desenvolvimento social.

Em breve suma, certo conhecimento, natural ou social, é científico não porque seja estruturado por leis que promovam a ilusão da regularidade absoluta do fenômeno natural ou social objeto da investigação, mas porque constitui um conjunto ordenado de princípios que revelam os diversos sentidos das várias faces dos fenômenos naturais e sociais de molde a propiciar uma compreensão do Universo e do homem a ser aplicada na reconstrução do próprio objeto investigado, visando o progresso científico-tecnológico e ético-moral.

III – A Ciência do Direito no quadro das Humanidades

Inicialmente, devemos algumas palavras ao Positivismo Jurídico, por um dos seus magnos arautos, Hans Kelsen.

No alvorecer do Século XX o Direito encontrava-se com a sua pretensão de cientificidade abalada tanto pelo positivismo científico como pela derrocada da doutrina do Direito Natural que por muito tempo foi o alicerce da Filosofia Jurídica e, pois, do Direito.

Nesse panorama, Kelsen propõe a Teoria Pura do Direito calcada na premissa de que, como Ciência, o Direito possuía um único objeto, a norma estatal, e um método, o da pureza, que impediria o sincretismo metodológico, de sorte que a Ciência do Direito não se confundisse com a Filosofia do Direito, a Política do Direito, a História do Direito e a Sociologia do Direito.

O mestre de Viena admitia a amplitude do fenômeno jurídico, mas para que o Direito pudesse ser elevado a uma genuína Ciência do Espírito, era necessário que fosse dotado de certeza e exatidão, dentro do possível, sem

a interferência de fundamentos estranhos ao mundo do dever-ser, ao enfoque racional-dogmático embasado na norma estatal e na idéia de sistema infra-supraordenado, tendo no seu ápice a Constituição eficaz, considerada ou assumida como válida por força da norma hipotética fundamental e eficaz por ser aplicada pelo Tribunal máximo.

De fato, a construção de todo o pensamento científico kelseniano tem a sua força motriz na refutação da doutrina do Direito Natural. No esquema piramidal de Kelsen, no Sistema Jurídico formado pela idéia de fundamento de validade da norma superior, chegando-se até a Constituição, norma máxima, não havia espaço para “normas” de Direito Natural, ou seja, regras da razão e de fundamento absoluto, decorrentes da natureza humana, imutável.

Dizia Kelsen que a norma jurídica somente pode buscar o seu fundamento de validade em outra superior igualmente editada pelo Estado. O Direito Natural, a Moral e a Religião são outras ordens de conduta, distintas, e não constituem a base de validade das normas que integram o Sistema Jurídico como conjunto de normas estatais.

Ao dissertar contra o Direito Natural, Kelsen, a exemplo de muitos dos seus contemporâneos, refutava a própria Filosofia Metafísica, também rejeitada por Augusto Comte.

Daí haver concebido a Ciência do Direito de acordo com os ideais científicos da sua época, ou seja, a existência de um método e de um objeto específicos, definidores do campo de conhecimento. A sua metodologia, visando evitar a confusão da Ciência do Direito com a Ética, a Teoria da Justiça e a Política, não admitia juízo de valor sobre a norma estatal. Ela era válida ou não-válida, conforme fosse, ou não, editada de acordo com a norma superior.

Não cabiam apreciações sobre a justiça ou injustiça da norma, segundo Kelsen, pois tal valoração já havia sido feita pelo legislador no exercício da sua competência haurida da Constituição.

E, enquanto a norma fosse obedecida e a sanção não aplicada, ou fosse descumprida e a sanção aplicada pelo Tribunal, era norma válida e eficaz, ainda que o seu conteúdo pudesse causar repulsa a certos segmentos da comunidade. Não poderia a visão moral ou religiosa de determinadas parcelas da sociedade funcionar como critério de validade da norma, porquanto, desde que o Tribunal reconhecesse a norma como tal e a aplicasse, ela seria o objeto a ser descrito pela Ciência do Direito de acordo com o princípio da imputação - Se A é, então B deve ser.

Muito poderia ser dito sobre o pensamento kelseniano, mas de qualquer modo, concordando ou não com as suas premissas, a sua contribuição para o evoluir da Ciência do Direito é inestimável na medida em que fixou as bases para o que mais tarde se convencionou chamar Dogmática Jurídica, a Ciência do Direito Positivo, o estudo do Direito com base nas normas estatais, buscando os sentidos normativos no contexto do Sistema Jurídico escalonado, tendo por ponto de partida e de chegada, a Constituição.

Também não se pode olvidar a contribuição notável de Norberto Bobbio para o pensamento positivista e para o desenvolvimento da Ciência do Direito, a partir dos seus estudos sobre a estrutura lógica da norma jurídica e, depois, do Sistema Jurídico.

Bobbio recusava as bases da Doutrina do Direito Natural.

Recusava a idéia de um fundamento absoluto do Direito.

Afirmava que o problema do fundamento do Direito variava conforme se tratasse de buscar o fundamento de um *direito que se tem* ou de um *direito que se gostaria de ter*.

No primeiro caso, tratar-se-ia de investigar no ordenamento jurídico positivo se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma; no segundo caso, do direito que se gostaria de ter, buscar-se-ia defender

a legitimidade do direito em questão e convencer o maior número possível de pessoas a reconhecê-lo.

Não negava Bobbio que os Direitos Humanos são desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos. Admitia que encontrar um fundamento estável para os Direitos Humanos é um meio adequado para obter mais amplo reconhecimento.

No entanto, Bobbio advertia que da busca pelo fundamento nasce a ilusão do fundamento absoluto, ou seja, a ilusão de que - de tanto acumular e elaborar razões e argumentos - terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível, ao qual ninguém poderá recusar a própria adesão.

Na concepção de Bobbio, como o era para Kelsen, a noção de fundamento absoluto derruía o edifício construído pela Ciência do Direito ancorada no sistema dito dinâmico, ou seja, no fato de que o Sistema Jurídico é produtor de normas e que as mesmas trazem diferentes conteúdos ao longo do tempo, sendo que o sistema nunca é o mesmo, salvo na sua estrutura piramidal e escalonada tecida em verdadeira trama de competência jurídica.

Para Bobbio, o fundamento absoluto é elemento de imposição, pois é o fundamento irresistível no mundo de nossas idéias, do mesmo modo que o poder absoluto é o poder irresistível (Hobbes) no mundo de nossas ações.

A preocupação do mestre italiano parece residir no fato de que, diante do fundamento irresistível, a mente se dobra necessariamente, tal como o faz a vontade diante do poder irresistível. O fundamento último não pode mais ser questionado, assim como o poder último deve ser obedecido sem questionamentos. Quem resiste ao primeiro se põe fora da comunidade das pessoas racionais, assim como quem se rebela contra o segundo

se põe fora da comunidade das pessoas justas ou boas.

Desse modo, a Ciência do Direito, se fosse calcada no Direito Natural, no fundamento absoluto e imutável da natureza humana, impediria a própria liberdade científica entrevista por Bobbio como condição de possibilidade da Ciência Jurídica conceber um sistema de direitos objeto de ampla discussão e reflexão dos Juristas e da sociedade.

A propósito, ouçamos as observações de Bobbio:

“Essa ilusão foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que supunham ter colocado certos direitos (mas nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem. Mas a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis. Não é o caso de repetir as infinitas críticas dirigidas à doutrina dos direitos naturais, nem demonstrar mais uma vez o caráter capcioso dos argumentos empregados para provar o seu valor absoluto. Bastará recordar que muitos direitos, até mesmo os mais diversos entre si, até mesmo os menos fundamentais - fundamentais somente na opinião de quem os defendia -, foram subordinados à generosa e complacente natureza do homem. Para dar um exemplo: ardeu por muito tempo entre os jusnaturalistas a disputa acerca de qual das três soluções possíveis quanto à sucessão dos bens (retorno à comunidade, a transmissão familiar de pai para filho ou a livre disposição pelo proprietário) era a mais natural e, portanto, devia ser preferida num sistema que aceitava como justo tudo o que se fundava na natureza. Podiam disputar por muito tempo: com efeito, todas as três soluções são perfeitamente compatíveis com a natureza do homem, conforme se considere este último como

membro de uma comunidade (da qual, em última instância, sua vida depende) como pai de família (voltado por instinto natural para a continuação da espécie) ou como pessoa livre e autônoma (única responsável pelas próprias ações e pelos próprios bens). Kant havia racionalmente reduzido os direitos irresistíveis (que ele chamava de inatos) a apenas um: a liberdade. Mas o que é a liberdade?”⁷

É verdade que Bobbio não olvidava a crise dos fundamentos por que passava e passa a Humanidade, atingindo a noção de Ciência e de Ciência do Direito no que tange aos fins do progresso científico.

No entanto, a crise do fundamento na sociedade, com a sua repercussão na Ciência do Direito, como crise do Direito, por mais afinada com os problemas éticos que fosse não legitimaria um fundamento absoluto.

Não se trataria de encontrar o fundamento absoluto, mas de buscar, em cada caso concreto, *os vários fundamentos possíveis*.

Embora a Ciência pudesse não se satisfazer com a contingência, é certo, porém, que a escolha do método possível, no caso do Positismo Jurídico a pureza metódica, representava no mínimo um pressuposto lógico que centrava o estudo do Direito nos enunciados normativos extraídos da interpretação sobre as normas estatais, conferindo ao Direito, como Ciência, uma característica de sistema “fechado”, autoproductor do Direito, pois o Direito era criado estritamente em consonância com as regras do Direito.

Tratava-se de um conhecimento do Direito cuja tarefa era, e é, sistematizar as normas estatais de sorte a conceber um todo coerente de sentido, nos limites do ordenamento jurídico positivo.

Não se admitia norma jurídica, como objeto da Ciência Jurídica, que tivesse o seu

7 A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, págs. 16/17.

fundamento de validade em norma de Direito Natural ou regra de Justiça.

Desse modo, já com o Positivismo Jurídico, o Direito é Ciência na medida em que é concebido como sistema.

O papel do conceito de sistema na Ciência Jurídica é o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.

O pensamento sistemático representa uma determinada concretização histórica do Direito fundada na adequação e unidade conferidas ao ordenamento jurídico.

Mais do que isso, o Sistema Jurídico é a síntese do ordenamento, advinda da captação racional da adequação de conexões valorativas.

A concepção estrutural do Sistema Jurídico baseia-se na coerência dos múltiplos significados normativos que recorrem aos princípios máximos do ordenamento, inscritos no Texto Constitucional.

Assim, hodiernamente, de modo diverso do Positivismo Jurídico, as raízes da Ciência do Direito se apóiam no conceito de Sistema Jurídico ditado pela valoração das conexões de sentidos normativos, de modo a se obter uma totalidade sistemática coerente com os imperativos axiológicos do Direito historicamente determinados.

Do mesmo modo se concebe o caráter científico do Sistema Jurídico.

A propósito, Claus Canaris⁸ cita duas perspectivas do Sistema Jurídico: o Sistema Científico e o Sistema Objetivo. O primeiro representa a Ciência do Direito e se identifica com a Doutrina do Direito, ao passo que o segundo significa o conjunto de normas positivadas, as normas jurídicas.

De fato, não é correto indagar, “Direito

é Ciência?”, como por vezes se ouve e se lê. O Direito é um fenômeno social complexo, um subsistema social. A forma correta de se perguntar, é se o fenômeno jurídico, em uma das suas facetas, é passível de *sistematização científica*. Se em relação ao Direito pode ser concebida e produzida uma espécie de conhecimento dotada de certo grau de estabilidade e de firmeza de sorte a ser adequada aos objetivos de progresso social.

Ainda que tais “objetivos” possam significar, concretamente, o progresso e o bem-estar para um estrato social dominante, não se pode negar que mesmo no âmbito da Ciência do Direito, como Dogmática Jurídica, surge a “idéia” de Direito, como postula Canaris, relativa aos valores fundamentais para a vida em sociedade, ou seja, tendo a Justiça como aspecto central tanto da Ciência Jurídica quanto do Sistema Jurídico.

Com efeito, o caráter ideológico (ideologia como sistema de idéias) de qualquer conhecimento científico é inevitável, ao ponto de Eliseo Verón afirmar que:

“Necessariamente, o ideológico acha-se sempre presente no discurso da ciência: está presente na medida em que o discurso da ciência, como qualquer discurso, está submetido a determinadas condições de produção... Por outras palavras: *num discurso, é o desenvolvimento de seu sistema ideológico que lhe produz a cientificidade*”.⁹

Toda a Ciência que tenha por objeto um fato social estrutura-se e justifica-se, ou seja, obtém o *status* de Ciência, desde que o seu conhecimento não apenas possa ser razoavelmente aceito pela comunidade de cientistas, como forma de compreensão das relações sociais, mas também seja um conhecimento apto a ser aplicado às relações sociais que visa exatamente compreender e explicar.

⁸ *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Portugal, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, págs. 112/114.

⁹ *A produção de sentido*. São Paulo: Cultrix, 1980, pág. 115.

A Ciência do Direito, sendo o Direito um fenômeno social, somente possui sentido na medida em que seja capaz tanto de enunciar os seus conceitos e categorias fundamentais quanto permitir, pela utilização desses mesmos conceitos e categorias, a sua aplicação nas formulações doutrinárias e na construção da Jurisprudência.

Note-se o seguinte exemplo: a Ciência do Direito, concebida como conhecimento e explicação do Direito, como *sistema* de normas positivadas pelo Estado, enuncia o conceito de vigência (ou validade) como a adequação entre a norma jurídica produzida pela instância estatal competente e as normas de grau superior (ou as decisões dos Tribunais que funcionariam como regras) que abrigam os requisitos para que tal norma seja de fato considerada vigente de acordo com os critérios inseridos no próprio Sistema Jurídico; e toda a linguagem técnico-científica acerca do conceito de vigência (ou validade), produzida pela Ciência do Direito, é utilizada pela doutrina jurídica para dizer da vigência ou não de determinada norma jurídica editada pelo poder competente, assim como é adotada pelos juízes e Tribunais para embasar suas decisões.

Desse modo, a validade teórica das Ciências Sociais, inclusive do Direito, não depende exclusivamente de uma hipotética precisão lingüística absoluta, mas de um conjunto de linguagem que possa ser operado e aplicado nas relações entre os conceitos cunhados por determinada Ciência Social e a realidade que tais conceitos albergam e projetam.

Neste diapasão, a “realidade social”, como objeto da Ciência Social, é constituída pela interação dialética (dinâmica espaço-temporal) entre a força dos elementos concretos da vivência social, e a linguagem científica que formula e traduz de forma inteligível tais elementos concretos nos limites da possibilidade da própria linguagem, isto é, nos limites da possibilidade de produção do conhecimento humano.

E este caráter cognitivo-operativo da

Ciência Jurídica é visível no grau de formalização da linguagem que discorre sobre o objeto dessa disciplina.

Bem a propósito Paulo de Barros Carvalho ensina que:

“a disciplina do comportamento humano, no convívio social, se estabelece numa fórmula lingüística, e o direito positivo aparece como um plexo de proposições que se destinam a regular a conduta das pessoas, nas relações de interhumanidade. O objeto da Ciência do Direito há de ser precisamente o estudo desse feixe de proposições, vale dizer, o contexto normativo que tem por escopo ordenar o procedimento dos seres humanos, na vida comunitária... Tomada com relação ao direito positivo, a Ciência do Direito é uma sobrelinguagem ou linguagem de sobrenível. Está acima da linguagem do direito positivo, pois discorre sobre ela, transmitindo notícias de sua compostura como sistema empírico.”¹⁰

A cientificidade das Ciências Humanas não depende da exatidão absoluta dos seus postulados - de resto nem as Ciências Naturais são “exatas” como alhures salientado -, mas da viabilidade desses postulados serem aplicados como um todo unitário dotado de certo sentido e que, assim, propiciem uma relativa compreensão da sociedade e do Homem, ensejando diagnósticos válidos dos problemas humanos e sugerindo soluções.

É verdade, porém, que a incapacidade de a Ciência Humana produzir um conhecimento exato não permite um diagnóstico sempre preciso dos problemas sociais e impede, ou ao menos não garante, a eficácia absoluta das soluções desses problemas sociais.

Todavia, isto não retira o *status* científico das Humanidades.

10 In *Curso de Direito Tributário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, págs. 2/3.

Deveras, o aparato conceitual científico desse campo do saber, como expressão de tipos ideais de compreensão e tradução dos fatos sociais, embora não possa dizer o que a realidade é, ontologicamente, aproxima-se dessa “realidade” mais do que qualquer outra espécie de conhecimento, possuindo um caráter operacional e constituindo um sistema de previsões prováveis (não absolutas) bem como uma capacidade de reprodução e de interferência nos fenômenos sociais que busca descrever e explicar.¹¹

Dessarte, pouco importa que a Ciência do Direito, no seu modelo contemporâneo, como Dogmática Jurídica, não forneça uma única solução válida para determinado conflito jurídico, não apresente uma única interpretação cientificamente válida das normas jurídicas.

O fato de que haja distintas interpretações doutrinárias, que os Tribunais decidam pela adoção de diferentes fundamentos e produzam votos e acórdãos divergentes para o mesmo caso concreto não significa que não haja Ciência do Direito na exata medida em que os argumentos doutrinários assim como os argumentos exibidos nas decisões judiciais devem evidenciar, e de fato evidenciam, raciocínios que no mínimo partem dos conceitos e das categorias tradicionais do pensamento ju-



rídico racional-dogmático.

Amiúde se aplicam conceitos tradicionais do pensamento jurídico-sistemático, como, por exemplo, a hipótese em que tanto a doutrina quanto a jurisprudência adotam as regras clássicas de solução das antinomias aparentes do Sistema Jurídico, decidindo pela prevalência da norma especial sobre a geral (*lex specialis derogat generali*)¹², em um processo de desenvolvimento dos sentidos normativos da ordem jurídica positivada que contribuiu decisivamente para um certo grau de coerência das proposições que

enunciam os conteúdos das normas jurídicas.

Indubitavelmente, não é tarefa fácil lidar com o conhecimento jurídico, pois um dos seus pilares constitutivos radica justamente na valoração, portanto, em larga medida dependente da manifestação de vontade do legislador e do intérprete e aplicador do Direito.

Não se pode olvidar, outrossim, a perspectiva *empírica* do Sistema Jurídico que abrange “constantes factuais, referentes ao mundo-de-fatos e condutas”, sendo que, também no dizer de Lourival Vilanova, “o sistema jurídico é *sistema aberto*, em intercâmbio com os *subsistemas sociais* (econômicos, políticos, éticos), sacando seu conteúdo-de-referência desses subsistemas que entram no sistema-

¹¹ Para uma visão do debate sobre a idéia de Ciência e sobre a cientificidade do Direito, ver Tércio Sampaio Ferraz Junior, *A Ciência do Direito*, São Paulo: Editora Atlas, 1988, págs. 09/17; e também, Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, 8ª ed., Portugal, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, págs. 11/18.

¹² Exemplo de discurso científico do Direito, a propósito da coerência do sistema jurídico, propondo os critérios de solução das antinomias, encontra-se na obra de Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, São Paulo: Polis, 1989, págs. 71/114.

Direito através dos esquemas hipotéticos, os *descritores* de fatos típicos, e dos esquemas consequenciais, onde se dá a *função prescritora* da norma de Direito”.¹³

No entanto, sem a Ciência do Direito que enxerga o fenômeno jurídico como ordem positivada para o regramento das condutas e possui a tarefa de *sistematizar* os enunciados normativos, que elabora os princípios que estruturam a própria Dogmática Jurídica, além de servir de instrumento de construção e ao mesmo tempo de crítica da linguagem jurídica, não se poderia sequer almejar o ideal de *coerência* do Sistema Jurídico, o qual, aliás, se afigura como um dos pressupostos da possibilidade de realização da *Justiça como igualdade*, na sua trilha de propiciar soluções idênticas para os conflitos intersubjetivos da mesma espécie, o que se mostra absolutamente necessário, ainda que não suficiente, para a desejada paz social.

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis, 1989.

_____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Portugal, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASSIRER, Ernest. *Ensaio sobre o homem*. Introdução a uma filosofia da cultura humana. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8ª ed. Portugal, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 1988.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Discurso sobre as Ciências*. 13ª ed. Portugal, Porto: Edições Afrontamento, 2002.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VERÓN, Eliseo. *A produção de sentido*. São Paulo: Cultrix, 1980.

¹³ *As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, págs. 167 e 180.

A moralização da relação processual civil e o sistema de repressão à litigância de má-fé

Eduardo José da Fonseca Costa

Juiz Federal Substituto em Franca - SP. Bacharel em Direito pela USP. Especialista, Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC - SP. Membro do IBDP e da ABDPC. Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Processual.

1. Introdução

Em tempos em que a sociedade mergulha numa profunda crise moral e em que a *celeridade* se torna progressivamente a viga-mestra de toda a principiologia do processo civil, cresce a preocupação em torno do instituto da *litigância de má-fé*. O princípio da celeridade processual é uma norma jurídica cujo conteúdo desejado é a rápida entrega da prestação jurisdicional, norma esta a qual se inspira na crença valorativa de que “justiça atrasada é injustiça qualificada”. Aliás, trata-se de ideal que se pode alcançar através de um sem-número de providências: fazer prevalecer a comunicação oral nas alegações das partes e nas apresentações das provas sobre o julgamento baseado nos registros escritos; restringir a instrução do processo a um mínimo possível de audiências (ou, se possível, a uma única audiência concentrada); impedir as contínuas interrupções no andamento processual moti-



vadas por recursos opostos pelas partes contra as decisões tomadas pelo juiz sobre incidentes surgidos na tramitação da causa; tornar excepcional a atribuição de efeito suspensivo aos recursos; encurtar os prazos processuais; eliminar as formalidades dispensáveis, primando-se pela instrumentalidade das formas; antecipar os efeitos práticos reversíveis das tutelas finais pretendidas.

Entretanto, uma das mais destacadas formas de concretizar-se a celeridade processual é, sem dúvida, o duro combate aos atos protelatórios, de litigância de má-fé e de exercício abusivo do direito de defesa¹. Não há processo civil célere sem que ele esteja caracterizado por limpidez moral. A par de toda a sorte de problemas e limitações de que padece o Judiciário para uma rápida entrega da prestação jurisdicional (falta de juízes e

¹ V. nosso As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 121, p. 275-301, mar. 2005.

servidores públicos, deficiência de capacitação humana, baixo grau de informatização de expedientes, precariedade de instalações, falta de material de trabalho, restrições orçamentárias, etc.), há um fator de desaceleração do processo cuja erradicação depende bastante do Poder Judiciário: a má-fé.

Não obstante, seja por entraves culturais de indesejada tolerância à chicana, seja devido ao inadequado modelo dogmático que tem sido construído em torno das normas de combate à litigância de má-fé, a atuação tímida dos juízes tem infelizmente contribuído para a ineficiência, a ineficácia e a inefetividade do subsistema de repressão à má-fé. O presente trabalho tem como objetivo, portanto, investigar os entraves à boa funcionalidade das regras jurídicas de repressão à litigância de má-fé que se encontram presentes nos discursos normativo, doutrinário e jurisprudencial.

2. A moralização das relações jurídicas

O sistema social global é resultado de uma interação entre diversos subconjuntos semi-autônomos (Política, Religião, Moral, Direito, Ciência, Economia, Estética, Moda, etc.). Sem embargo do relativo grau de insulamento entre esses subsistemas, sabe-se que todos eles se influenciam mutuamente.



Contudo, à medida que os subconjuntos se tornam complexos, seus respectivos modelos teórico-compreensivos tendem a simplificá-los e, portanto, a abstrair as faixas de interpenetração deles com os outros subconjuntos sociais. Quando esse procedimento

de simplificação se radicaliza, surgem as famosas *teorias puras*, que entusiasma no começo, mas sempre descambam no descrédito. Não por outra razão, os economistas têm tentado desenvolver modelos que partam de um subsistema econômico cada vez mais inserido no tecido social íntegro, especialmente na Moral, não obstante a ruptura – difundida por Bernard Mandeville e Adam Smith – da atividade econômica com as leis e preceitos que regem os demais setores sociais.

No caso específico do Direito, há muito se percebeu que parte considerável das suas disfunções se deve ao excessivo isolamento sistêmico a que foi impelido na segunda metade do século XIX e na primeira metade do século XX. Graças a juristas como Hans Kelsen, propalou-se a crença inconsequente de que a Dogmática Jurídica deve “garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa rigorosamente determinar como Direito”².

Daí por que despontam teorias como a *Economic Analysis of Law*, que busca reestruturar a compreensão do fenômeno jurídico em sua interação com a Economia, ou como a do Professor Klaus Gunther, para o qual a racionalidade das normas do Direito deve ser deduzida diretamente das normas morais, conforme a estrutura prescritiva da razão prática, ou ainda como determinadas linhas de estudo a respeito do direito constitucional, em virtude das quais se pretende a difusão de uma hermenêutica constitucional embebida pelas razões materiais próprias da Política.

Como bem diz Menezes Cordeiro:

“As sociedades humanas primitivas comportavam, como é sabido, uma indiferenciação entre as várias ordens normativas hoje distintas, com inclusão da Moral e do Direito. A autonomização deste,

² *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 1.

em sistema, pressupõe, como prévia, a catalogação de actuações jurídicas e postula, como motor, uma autoconsciência organizativa. Compreende-se, nestas condições, que Moral e Direito se cindam em função da História e de imperativos sócio-culturais, mais do que por obediência a naturezas internas particulares: ambas têm existência social, tomam a pessoa como referência e procuram objectivos considerados em termos apreciativos. Os escopos da Moral confluem no esforço da ordenação em que esta se inclua, representando uma cultura e uma organização global. A independência do Direito traduz exigências particulares que, dando a um sector normativo-social um tratamento específico, deixam, o restante, numa situação inorgânica; a presença dessa independência exprime a incapacidade, por parte do Direito, de esgotar todo o ordenamento social; o seu reconhecimento pelos juristas exprime uma distância de regular todo o espaço humano e a admissão de bitolas diferentes das suas e, nessa medida, autónomas. Torna-se compreensível a indiferenciação alcançada quando, abdicando de perspectivas jurídicas, se intente contemplar a normatividade enquanto ideia ou quando se pretenda impor um pensamento totalitário, que não tolere instâncias de controlo exteriores e, como tais, sempre potencialmente críticas; a essa luz, a diferenciação é desejável.”³

De outro lado, a colocação de Direito e Moral em planos distintos e radicalmente separados conduziu a Dogmática a perplexidades atroz, especialmente após os juristas alemães verem-se desarmados pelo positivismo jurídico frente a leis arbitrárias e de teor delitivo editadas pelo III Reich.

Ademais, o sofisticado aparato conceitual desenvolvido pelo Pandectismo nem sempre municiou os magistrados de elementos suficientes para a tomada de decisões adequadas a determinadas situações concretas, razão por que não se pôde evitar o uso de “regras materiais de equidade” ou “preceitos de ética extrajurídica” na solução dos litígios.

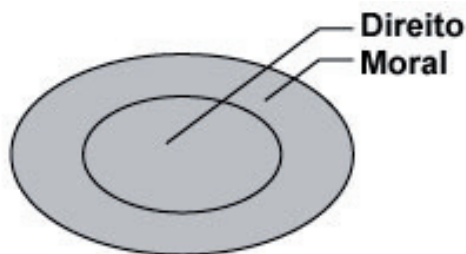
Assim, face à ineficiência de um modelo jurídico essencialmente formalista, alguns flancos da Ciência Jurídica passaram a reconstruir dogmaticamente o Direito sob a influência endógena da Moral, num processo dialético de “reforço jurídico da Moral” e de “reforço moral do Direito”. Mais: houve quem entendesse que o próprio Direito fosse englobado pela Moral, como se desta fosse simples capítulo especializado. Daí Georg Jellinek dizer que “o Direito não é nada além do mínimo ético”.

Aliás, para os adeptos da teoria do *mínimo ético*, todas as normas jurídicas – sem exceção – possuem uma espécie de *validade moral*. Ou seja, a aceitabilidade das regras do Direito é extraída da mesma aceitabilidade que elas ostentam no plano moral. Enfim, o Direito representa o mínimo de preceitos morais que são necessários para o bem-estar da sociedade, de modo que a Moral acaba apresentando uma amplitude maior em relação ao Direito, estando este inserido naquela (não obstante a Moral toda não esteja inserida no Direito).

Aqui, portanto, não se pode sustentar que Moral e Direito são subconjuntos distintos entre si, cada qual dotado de um relativo grau de insulamento. Mais do que se influenciarem mutuamente, a Moral e o Direito têm entre si uma relação de continência: o Direito é uma espécie de *Moral particularizada*, ou seja, é um subconjunto dela. Com isto, os preceitos morais são um elemento indissociável do processo de criação positiva das normas jurídicas. Ao criar uma lei, o legislador deve tomar em conta o mais ético, o mais condizente com a Moral.

3 Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1166-1167.

Portanto, se determinadas normas jurídicas, qualquer que sejam elas, forem modificadas, é porque o Estado acreditou que seria tal mudança mais sensata, mais correta, não se desvinculando jamais da idéia de Moral.



Segundo V. Domingo García Marzá:

“En definitiva, la fuerza jurídica posee carácter legitimador gracias a la relación entre derecho y moral. Esta relación non es algo ‘externo’ al derecho, sino que la tensión entre legalidad y legitimidad entra em El interior mismo del sistema jurídico. Prueba de ello es el hecho de que encontremos, em los Estados constitucionales actuales, una serie de normas de carácter jurídico y moral al mismo tiempo, como principios a los que una determinada constitución debe aproximarse. Esta moralidad legalizada, por utilizar palabras de G. Peces-Barba, conlleva que un ordenamiento jurídico há de legitimarse en virtud de unos principios, cuya validez no depende de que ele derecho positivo coincida con ellos. Son principios generales que, como los derechos fundamentales, las disposiciones sobre la soberania popular, los mecanismos legislativos ..., conforman la base del sistema democrático. Em consecuencia, a la necesaria complementación de la moral por El derecho corresponde ahora la del derecho positivo por la moral. En los Estados de derecho, tanto el legislador y la administración pública, como los jueces, están bajo esta exigencia de legitimación jurídicamente establecida. Esto nos permite

decir, según Habermas, que la moral se establece como derecho positivo y, por tanto, que los procedimientos jurídicos pueden considerarse, a su vez, como discursos morales institucionalizados. En este sentido, por ejemplo, concibe R. Alexy el discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico⁴.

Nesse sentido, merece destaque a dogmática contratual produzida na Alemanha do início do século XX.

Sabe-se que a teoria contratual clássica foi planejada a partir de uma “geometria euclidiana das obrigações”, razão por que a compreensão do fenômeno contratual esteve sempre assentada sob o binômio linear “débito-crédito”. No entanto, hodiernamente, os juristas têm tratado o contrato como um “organismo tridimensional complexo”, no qual a bipolaridade “pretensão à prestação” - “dever de prestar” é circundada por vários outros deveres recíprocos e acessórios, de conteúdo diversificado, que *moralizam* o contato das partes.

Nem poderia ser diferente. Em uma sociedade massificada de riscos complexos, atuamos de *boa-fé* quando tomamos o *cuidado* de não frustrar as expectativas lastreadas na confiança que objetivamente despertamos nas outras pessoas.

Daí por que o conteúdo de um contrato não é integrado somente pelo corpo de cláusulas literalmente reduzidas a um instrumento escrito, mas também – e principalmente – pelos comportamentos reiterados que, dentro do seio cultural em que se inserem as partes, são reconhecidos como *comportamentos sociais típicos*, de quem se obriga além dos termos já alinhados expressamente no documento contratual. Mais do que simples papelucho, o contrato

4 Ética de la justicia. Madri: Editorial Tecnos, 1992, p. 163-164.

é um fenômeno dinâmico de comunicação interativa tão complexo e cambiante como a realidade sócio-cultural dentro da qual se insere⁵.

A relação jurídico-administrativa é outro exemplo cabal de relação jurídica cujo conteúdo é plasmado a partir de uma conjugação de normas de *direito positivo* e normas de *moralidade pública*.

Em outros termos: por força do *caput* do art. 37 da Constituição, o conteúdo das relações jurídicas de direito administrativo não é integrado somente pelo que é impingido por *lei* (princípio da legalidade), mas também – e principalmente – pelo que é imposto pela *moral*, pela *boa-fé* e pelos *bons costumes* (princípio da moralidade).

Aliás, não obstante *positivado* pelo *caput* do art. 37 da Constituição Federal, o princípio da moralidade administrativa sempre esteve imbricado nas múltiplas decisões e nas leis esparsas que há muito “descodificam” o direito administrativo.

De todo modo, trata-se de norma de conduta cuja aplicabilidade bem poderia resultar de uma *necessidade ética essencial*. Afinal de contas, como cunhado pelo gênio Machado de Assis, “enquanto a segurança precisar de uma fechadura, e a boa-fé de um tabelião, os homens lutarão de reino em reino, como de pessoa a pessoa” (*Crônicas*). Daí o motivo pelo qual a doutrina e a jurisprudência entendem que à Administração Pública também se outorga o dever de *cuidado* de não frustrar as expectativas fundadas na *confiança* objetivamente despertada nas outras pessoas, já que elas podem projetar suas vidas excluindo aquilo que confiam que jamais acontecerá⁶.

No caso brasileiro, talvez a mais dramática e premente “onda de moralização” se esteja vendo no direito eleitoral. Por meio de uma espécie de “jurisprudência criativa”, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior Eleitoral – a despeito da ausência de um melhor supedâneo textual para o combate das várias imoralidades, que há muito têm inquinado o nosso processo eleitoral – vêm desenvolvendo construções e interpretações *moralizantes*, especialmente em matéria de fidelidade partidária e inelegibilidade, com o intuito de tornar o sistema jurídico eleitoral cada vez menos uma instância técnica para a manipulação de estratégias antiéticas, mas legais, e cada vez mais uma zona normativa de concretização de lealdade na disputa eleitoral e de fidelidade na ostentação de pautas e programas das legendas partidárias.

3. A moralização da relação processual

Mutatis mutandis, o fenômeno processual tem passado por releitura semelhante. E com maior razão, uma vez que o processo civil tem sido palco de inúmeros joguets e artimanhas. Aliás, poucas têm sido as relações jurídicas nas quais a astúcia e a esperteza reinam tanto quanto no processo.

Sob o ponto de vista semântico, “chicana” e “processo judicial” são dois termos que sempre andam associados na mente dos populares e leigos. Não por outro motivo, existem aqueles que têm a visão (deturpada) de que conhecer o *processo* é saber “ganhar sem ter razão”.

Isto levou Piero Calamandrei a redigir célebre e clássico artigo denominado “Il processo come giuoco”, publicado originariamente em 1950 na *Rivista di diritto processuale civile*, em que pugna por um comportamento ético entre as partes, a fim de que o processo se preste como instrumento da justiça, não como forma de ser dada a vitória ao mais astuto.

Assim sendo, o Código de Processo Civil

5 Para um aprofundamento do tema: MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 527 e ss.

6 Sobre o assunto: MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.



da Áustria foi o diploma pioneiro na imposição de uma conduta ética aos litigantes, cujo § 178 obriga as partes a que digam a verdade de uma forma completa e exaustiva e a que se manifestem sobre as alegações do adversário, expondo os resultados da prova com igual clareza e completude. Seguiu-se a ele o Código Civil alemão, o qual, no seu § 138, mais sucintamente formula o mesmo dever de verdade.

De qualquer modo, seria ingênuo acreditar que o vencedor do “jogo processual” é necessariamente a parte que tem a razão: muitas vezes, o vencedor é aquele que soube melhor expressar argumentativamente os seus interesses, mediante o manejo mais bem sucedido de técnicas discursivas e o cálculo mais bem apurado de riscos em cada “lance processual”.

Deve-se lembrar que, além de apresentar-se como uma dogmática analítica de conceitos e situações jurídicas e como uma hermenêutica, a ciência do processo traz também consigo um aspecto *pragmático*, ou seja,

um aspecto de *técnica instrumental* a serviço de interesses egoísticos.

Assim, é plenamente possível que vença a causa quem tenha melhor domínio sobre essa técnica, definindo melhor as estratégias e conhecendo de antemão os apetrechos mais eficazes para atendê-las. No entanto, não se há de negar que já existe maior moralização a partir do momento em que, no processo, a “ética do ardil” dá lugar à “ética da eficiência técnico-funcional”.

Em outras palavras: é tolerável que a vitória do *sorrrateiro* acabe dando lugar à vitória do *competente*, contanto que essa competência técnica não seja desviada para prática de condutas moralmente imputáveis e processualmente danosas.

Daí por que o processo, sendo uma relação jurídica, não pode deixar de ser uma relação jurídica *moralizada*.

Como bem cunhado por Humberto Theodoro Jr.:

“O Estado e a sociedade, de maneira geral, apresentam-se profundamente empenhados de que o processo seja eficaz, reto, prestigiado, útil ao seu elevado desígnio. Daí a preocupação das leis processuais em assentar os procedimentos sobre os princípios da boa-fé e da lealdade das partes e do juiz. A lei, pois, não tolera a má-fé e arma o juiz de poderes para atuar de ofício contra a fraude processual (art. 129). ‘A lealdade processual é consequência da boa-fé no processo e exclui a fraude processual, os recursos torcidos, a prova deformada, as imoralidades de toda a ordem’ (Echandia). Para coibir a má-fé e velar pela lealdade processual o juiz deve agir com poderes inquisitoriais, deixando de lado o caráter dispositivo do processo civil”⁷.

7 Curso de direito processual civil, v. 1. 7. ed. São Paulo: Forense, 1991, p. 30

Contudo, esse fluxo de moralidade que passa a permear a relação processual não nos permite mais asseverar que o processo é simplesmente uma “relação jurídica de três pólos”, tal como ficou consagrado pela Processualística desenvolvida no final do século XIX e no início do século XX. Não se está mais diante de um simples trinômio estático, constituído pelo autor, pelo Estado-juiz e pelo réu. Enfim, essa velha figura da relação jurídica tripolar é, em verdade, somente uma fotografia episódica em meio ao complexo fluxo de situações jurídicas que caracterizam o *movimento* processual.

Hoje, o processo civil há de ser entendido como um “emaranhado *protéico* de situações jurídicas”, isto é, como uma macro-relação multifacetada e mutável composta por uma seqüência lógico-cronológica de situações jurídicas, cujo (não)-exercício pela parte titular – autor, juiz ou réu – enseja o despertar de novas situações jurídicas, até que o Estado-juiz se coloque na situação final de entregar a tutela jurisdicional. Essas situações jurídico-processuais em turbilhão podem ser classificadas em: a) unissubjetivas (p. ex., capacidade postulatória, capacidade processual); b) intersubjetivas: b.1) unilaterais (p. ex., vinculação do juiz aos termos em que proposta a demanda; ônus processuais); b.2) bilaterais: b.2.1) ativas (ex., imunidade de jurisdição, poderes de instrução do juiz); b.2.2) passivas (p. ex., dever de lealdade, dever de veracidade, dever de urbanidade).

Merecem destaque especial as situações jurídicas processuais bilaterais passivas pré-faladas. Trata-se de *deveres* recíprocos de teor variado que, apesar de engrossarem o já complexo emaranhado de situações jurídicas que caracterizam o processo, *moralizam* os contatos entre os sujeitos do processo (especialmente entre o autor e o réu).

Trata-se, enfim, de desdobramentos do *dever geral de boa-fé processual*, que cria para as partes a necessidade de levarem em consideração a esfera jurídica do adversário e

de se guiarem por comportamentos esperados de um litigante *honesto e leal*.

Nesse sentido, fazem com que o processo assuma a sua vocação *ética* e deixe de ser simples *jogo*, que beneficia os astuciosos, para tornar-se eficiente instrumento público a serviço da pacificação social. Com outras palavras: trata-se de deveres destinados à viabilização técnico-normativa da prestação jurisdicional, sem que haja desagregação entre as partes. Afinal de contas, não se pode aceitar que a deslealdade de uma parte seja o motivo determinante da derrota da outra ou de eventuais prejuízos por esta sofridos.

A bem da verdade, conquanto seja inegavelmente um valor *ético-moral*, a boa-fé sempre constituiu um valor *jurídico*, o qual se positivou em nosso ordenamento vigente como uma *norma-princípio implícita*, que inspira a criação de um sem-número de regras jurídicas (especialmente de regras processuais de repressão à litigância de má-fé) e que, por ser norma jurídica, pode utilizar-se do poder coercitivo do Estado para ser efetivada no plano social.

Embora não aludida de forma expressa no Código de Processo Civil, a boa-fé tem se portado como “princípio geral não-expresso”, ingressando no *corpus* do ordenamento pela via doutrinário-jurisprudencial e permitindo a abertura do sistema de processo civil no Brasil⁸.

Não se trata, portanto, de uma novidade introduzida pelo Código Nacional de Defesa do Consumidor e em 2002 encampada pelo novo Código Civil: a boa-fé objetiva sempre foi princípio subjacente às normas de direito positivo do nosso sistema jurídico e intrajacente à prática judiciária brasileira.

⁸ Sobre a boa-fé objetiva como princípio jurídico implícito ao ordenamento brasileiro: COUTO e SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 6-12.

4. A estruturação dos deveres processuais de boa-fé

O padrão de boa-fé exigido na relação processual civil se consubstancia naqueles comportamentos reiterados que, dentro da realidade sócio-cultural em que se inserem as partes, são reconhecidos como *comportamentos sociais típicos* (que os alemães chamam de “sozialtypische Verhalten”) de um litigante *honesto e leal*.

Quer dizer, determinadas condutas possuem um *significado social típico* de quem litiga com lealdade, motivo por que a atuação processual que discrepe desses arquétipos objetivos será qualificada como *desleal* e sujeitará a parte, portanto, às consequências jurídicas negativas previstas para a prática de litigância de má-fé.

Enfim, a partir do comportamento da parte no processo e das circunstâncias concretas, é possível extrair-se uma “inferência prática”, isto é, um “nexo lógico-experimental” que nos permita concluir empiricamente que a parte age sob má-fé processual “em elevado grau de probabilidade”⁹. Não se trata obviamente de um modelo de pensamento jurídico com o qual os processualistas estejam acostumados.

A inferência objetiva de sentidos juridicamente relevantes, a partir de situações empíricas e de contextos interlocutivos, é recente conquista da Dogmática Jurídica, inspirada pelos modelos pragmáticos desenvolvidos no campo das ciências linguísticas, como a Análise Conversacional, a Etnometodologia, a Sociolinguística Interacional, a Semiótica, etc.¹⁰ Nesse sentido, a litigância de má-fé deixa

de ter um significado desvendado a partir de uma inútil investigação psicológica do *animus* da parte e passa a ser captada a partir das situações criadas pelas partes e dos contextos discursivos concretamente considerados.

Isto significa que a responsabilidade processual pelo descumprimento de deveres processuais de boa-fé é *objetiva*: prescinde-se da perquirição de dolo ou culpa, visto que a conduta é julgada a partir de sua comparação com padrões comportamentais.

Aliás, é inaceitável que os processualistas civis ainda pensem o sistema de repressão à litigância de má-fé sob a égide do postulado da boa-fé *subjetiva*. É provável que este talvez seja o principal fator de ineficiência do sistema, esvaziando o fim moralizante das normas que o compõem e tornando a aplicação delas uma verdadeira *raridade*.

Em pleno século XXI, em que a litigância em juízo se dá em proporções massificadas e em que a litigiosidade explode em números assustadores, não se há de impor ao juiz que investigue o *animus* da parte toda vez que quiser impor-lhe uma sanção por má-fé processual (investigação esta cujo desempenho se mostra difícilíssimo na prática), não obstante a conduta da parte tenha objetivamente causado um atraso irrecuperável ao desfecho processual, seja típico de quem age de má-fé e tenha causado à parte *ex adversa* perdas e danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Imagine-se o caso (bastante corriqueiro no dia-a-dia forense) do réu que, condenado por sentença recorrível mediante apelação dotada de efeito suspensivo, opõe embargos de declaração confessadamente infringentes: o obstáculo à celeridade do processo já está colocado, pois o réu conseguirá protelar a execução da sentença contra ele proferida caso seja confirmada pelas instâncias judiciais superiores, ainda que ele tenha oposto esses embargos “ingenuamente”, desprovido daquela “intenção malévola” que lhe contaminaria o espírito.

9 Sobre os comportamentos sociais típicos e os seus “nexos de conclusão”, p. ex.: PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 760-786.

10 Para um estudo desse tipo no âmbito da ciência processual civil, v. nosso Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 16, n. 61, p. 11-44, jan./mar. 2008.

Posição intermediária é defendida por Helena Najjar Abdo:

“Acredita-se que a posição mais coerente a ser adotada relativamente ao abuso do processo seja, realmente, aquela que se harmoniza com a clara previsão contida no art. 187 do CC. Assim, uma vez que se chegou à conclusão de que o ordenamento brasileiro optou pelo critério objetivo-finalístico no âmbito do processo do direito, o mesmo critério deverá ser adotado para o abuso cometido no âmbito de uma relação jurídica processual. A opção pelo critério objetivo não corresponde, todavia, à afirmação de que a conduta processual abusiva deva ser totalmente desprovida de qualquer caráter doloso ou culposo. Ou seja, eventual dolo ou culpa pode ou não estar presente no ato cometido por qualquer dos sujeitos processuais, sem que isso retire da conduta o seu caráter abusivo. O que a lei dispensa é a perquirição do elemento subjetivo no caso concreto. E, de fato, a disciplina não poderia ser diferente, tendo em vista que o dolo ou a culpa acompanham, muitas vezes, a conduta abusiva. Há casos, inclusive, em que a verificação do desvio de finalidade passa também pela investigação da intenção do agente”¹¹.

Além disso, os deveres processuais de boa-fé comportam conteúdo cambiante e dinâmico. Assim, não se pode exigir que a lei estabeleça um rol *taxativo* de deveres que expressem um arquétipo de condutas processuais honestas e leais.

Quando muito pode a lei processual civil trazer um mero rol *exemplificativo* de condutas que configuram *má-fé* e valer-se de *standards* e *conceitos jurídicos indeterminados* para que o julgador afira a moralidade do comportamento das partes caso a caso. Essa a razão por que os sistemas de combate à litigância de má-fé não podem circunscrever-se a *tipos fechados*, sob pena de não se varrerem todas as possibilidades de deslealdade processual perpetráveis pelas partes¹².

Nesse sentido, as regras sobre litigância de má-fé não se aplicam por subsunção, mas por *sobresunção*. O julgador não encaixa os elementos integrantes do caso concreto nos elementos abstratos descritos previamente numa hipótese de incidência normativa. Ao contrário: a hipótese de incidência é construída *a posteriori* a partir da valoração que o aplicador faz da situação sob análise.

Ou seja, partindo de normas materiais de boa-fé, o aplicador plasma casuisticamente a hipótese de incidência da regra de direito positivo, dando ao subsistema de combate

11 *O abuso do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 120-121. Contra, na jurisprudência: TRF da 4ª Região, 3ª Turma, AC 200070010050907-PR, rel. Juíza Vânia Hack de Almeida, j. 03.10.2006, DJU de 01.11.2006, p. 691: “O reconhecimento da litigância de má-fé depende da análise de elemento subjetivo e da constatação do dolo ou culpa grave, necessários para afastar a presunção de boa-fé que norteia o comportamento das partes no desenvolvimento da relação processual”. V. ainda: STJ, 1ª Turma, RESP 21.549-7-SP, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. DJU 08.11.1993, p. 23.520; STJ, 3ª Turma, RESP 826.698-MS, rel. Ministra Nancy Andri ghi, j. 06.05.2008, DJU 23.05.2008, p. 1. Segundo João Batista Lopes, “cuida-se de responsabilidade subjetiva, decorrente de dolo processual [...]” (*O juiz e a litigância de má-fé*. RT 740, p. 129). No mesmo sentido: IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 213.

12 Pugnando pela taxatividade: TRF – 3ª Região, 9ª Turma, AC 200203990154940-S, rel. Juiz Nelson Bernardes, j. 29.08.2005, DJU 06.10.2005, p. 438; TRF da 4ª Região, 6ª Turma, AG 200504010273114-RS, rel. Juiz Ricardo Teixeira do Valle Pereira, j. 30.08.2005, DJU 08.09.2005, p. 532; STJ, 1ª Turma, RESP 84.835-SP, rel. Ministro Demócrito Reinaldo, j. 03.09.1998, DJU 26.10.1998, p. 22: “Há violação ao art. 17 do CPC, quando se condena a parte por litigância de má-fé: sem lhe dar oportunidade de defesa, sem que haja sido comprovado dano processual quantificável à parte adversa; ou ainda, quando não há o enquadramento preciso da conduta atribuída do improbus litigator nas hipóteses elencadas *numerus clausus*, no art. 17 da Lei Processual vigente”. No mesmo sentido, p. ex., Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery: “Rol taxativo. As hipóteses de caracterização objetiva de litigância de má-fé estão arroladas em *numerus clausus*, taxativamente, norma ora comentada, não comportando ampliação [...]” (Código de Processo Civil comentado. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 288, 2ª coluna).

à litigância de má-fé maior potencial de adaptabilidade e individualização. Daí se vê que esse subsistema não pode aprazer-se de generalizações simplificadoras e raciocínios axiomático-dedutivos.

De qualquer maneira, isso explica a dificuldade enfrentada pelo Poder Judiciário na interpretação-aplicação das regras sobre má-fé processual. Não é por outra razão que o sistema de combate à litigância de má-fé tem operado em níveis insatisfatórios de eficácia, efetividade e eficiência. Nossos juízes estão treinados para a realização de operações conceito-subsuntivas de *conformidade* e *obediência*, o que os lança em profundo desconforto quando se deparam com operações *semi-condicionadas* ou *descondicionadas* de aplicação do Direito.

Na realidade, isso tem raiz na história própria da consolidação da Processualística como um ramo autônomo da ciência jurídica. Originariamente, o pensamento processual não se fez em torno do estudo das *normas*, tomadas uma a uma, na sua individualidade, mas em torno de *institutos* e *conceitos*.

Em verdade, o pensamento da Processualística Civil predominante é do tipo analítico-institucionalista: o jurista do processo debruça-se fundamentalmente sobre núcleos aglutinadores de normas conhecidos como *institutos processuais*, ou seja, sobre normas jurídicas conjuntamente agrupadas em função de um campo específico de incidência no âmbito do processo; enfim, sobre normas processuais que compõem uma determinada unidade material de regulamentação setorial (processo, procedimento, ação, exceção, recurso, jurisdição, competência, etc.).

Dizendo de forma mais precisa, pode-se asseverar que a dogmática analítica processual civil desenvolveu-se mais como uma (a) *dogmática das situações jurídico-processuais*. Sem refinamentos científicos maiores, ficaram ao largo (b) a *dogmática da norma jurídico-processual* (em que são estudados problemas como o da *sanção*, fato

que ganhou maior importância só após a introdução de institutos como a litigância de má-fé e o atentado à dignidade da justiça), (c) a *dogmática do ordenamento jurídico-processual* (em que são estudados problemas como os do direito processual intertemporal, da existência, da nulidade e da anulabilidade dos atos processuais – que ainda é, indubitavelmente, um dos calcanhares de Aquiles da ciência processual civil), (d) a *dogmática das fontes do direito processual* (a qual, aliás, tem tido pouca relevância para a solução de problemas forenses, porque o processo tem basicamente a Constituição Federal e as leis ordinárias federais como suas fontes, muito embora seja um desafio verificar se a jurisprudência é, ou não, uma fonte específica do direito processual civil) e (e) a *dogmática dos fatos jurídicos processuais* (que estuda os atos processuais *stricto sensu* lícitos e ilícitos, os negócios processuais, os atos-fatos processuais lícitos e os fatos processuais *stricto sensu* lícitos e ilícitos).

Aliás, foi como um estudo analítico de que, no século XIX, a Processualística Civil revelou-se pela primeira vez ao mundo como um ramo autônomo da Dogmática. Na esteira desse pressuposto, os juristas de então passaram a transmitir a idéia de que o “processo” nada mais era do que uma relação jurídica complexa de índole protética capaz de ser decomposta em situações jurídicas mais simples (pretensões, ônus, faculdades, imunidades, poderes, sujeições, funções, deveres jurídico-processuais, etc.).

Noutras palavras: a ciência do processo era uma espécie de *investigação anatômica*, em que ao jurista cabia a dissecação desta macro-relação multifacetada e mutável chamada *processo* em uma seqüência lógico-temporal de situações jurídicas, cujo (não)-exercício pela parte titular (autor, juiz ou réu) enseja o despertar de novas situações jurídicas, até que o Estado-juiz se ponha finalmente em situação de entregar a tutela jurisdicional.

Daí por que, sintonizada com a neces-

sidade de segurança jurídica imposta pelo pensamento racionalista burguês, a Dogmática Processual Civil tornou-se uma ciência organizatória de categorias processuais partidas de conceitos-chave como ação, jurisdição e processo, os quais foram explicados como *situações jurídicas* particularizadas.

A *ação* foi captada como “exercício da pretensão à tutela jurisdicional do Estado” (sendo tal *pretensão* uma situação jurídica enfronhada no pólo ativo de uma relação de direito público de natureza pré-processual, hodiernamente constitucionalizada).

A *jurisdição* foi entendida como o “poder-dever estatal de aplicar a lei ao caso concreto por meio de um terceiro imparcial” (*dever* este que se mostra como a situação jurídica passiva correlata à pretensão à tutela jurisdicional).

Por sua vez, o *processo* foi apreendido como a “relação jurídica de direito público que se desenvolve progressivamente entre o Estado e aquele que busca a tutela jurisdicional”. Assim, mais do que especificar a natureza jurídica da ação, da jurisdição e do processo, a dogmática de então intrincou essas três noções dentro duma espécie de “interligação lógico-siamesa”, tornando-as integrantes de um triunvirato regente de toda a Processualística.

Ao mesmo tempo, ganharam evidência os exercícios dogmáticos de diferenciações categoriais entre *ônus* (situação jurídica intersubjetiva unilateral) e *dever processual* (situação jurídica intersubjetiva bilateral); entre a *capacidade de ser parte*, a *capacidade processual* e a *capacidade postulatória* (situações jurídicas unissubjetivas).

Com isso, a ciência do processo afirmou-se e o método analítico consagrou-se como o principal esteio epistemológico de toda a Dogmática Jurídica. Sendo assim, só recebia o título de *processualista* o pesquisador que encarasse o fenômeno processual por meio de separações, distinções, especificações, classificações e sistematizações de

suas partes¹³.

Assim sendo, a Ciência do Processo Civil não se habitou de um conhecimento suficiente para apreender o seu objeto de estudo a partir de uma visão *normativista*, visão esta indispensável para que o sistema de combate à litigância de má-fé possa ser manejado a contento. Não se pode bem aplicar as normas punitivas desse sistema se não se conhece bem a estrutura lógica de suas regras jurídicas, os elementos integrantes de sua hipótese de incidência, a eventual presença de elementos subjetivos, em que termos se estruturam as consequências jurídicas estatuídas, etc.

5. O conteúdo dos deveres processuais de boa-fé

Como já visto, os deveres processuais de boa-fé são rebeldes por natureza a uma enumeração precisa ou descrição definitiva. A bem da verdade, o complexo dos deveres de boa-fé é caracterizado pela marca da *atipicidade*, conquanto o Código de Processo Civil tenha optado pela técnica legislativa de *arrolar* condutas reputadas como litigância de má-fé.

Em um certo sentido, essa opção tem a vantagem de ilustrar para os operadores forenses os exemplos comportamentais reprimidos pelo legislador do processo civil. Assim fazendo, o Código de Processo Civil outorga à comunidade forense parâmetros operativos a partir dos quais se torna possível uma avaliação comparativa das condutas praticadas pelas partes no dia-a-dia.

Por outro lado, a depender do tímido estágio de evolução dogmática da aludida comunidade, essa ilustração de comportamentos pode ser entendida (tacanhamente) como um rol fechado de condutas de litigância de má-fé,

¹³ A respeito da ciência do processo como uma *dogmática analítica de situações jurídicas*, v. nosso Uma arqueologia das ciências dogmáticas do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 16, n. 61, p. 11-44, jan./mar. 2008.

como se o sistema de repressão à litigância de má-fé fosse um subconjunto normativo regido pelo princípio da reserva legal absoluta. Aliás, a jurisprudência dominante e parte considerável da doutrina têm compreendido as normas que regulam o combate à má-fé processual à luz a partir das mesmas referências teóricas que permeiam a dogmática do direito penal.

De qualquer forma, seja entendendo-se que o Código de Processo Civil traz róis fechados de condutas de litigância de má-fé, seja entendendo-se que tais róis são meramente exemplificativos, é possível fazer-se uma diferenciação dos deveres de boa-fé processual em dois grupos ou classes, conquanto seja difícil uma classificação analítica das hipóteses de apresentação desses deveres. Podem ser eles divididos em: a) *deveres de lealdade*; b) *deveres de proteção*.

Os *deveres de lealdade* dizem com sinceridade, franqueza e honestidade. Daí por que não são admissíveis, por exemplo: a exposição mentirosa dos fatos, a formulação de pretensões sabidamente destituídas de fundamento, a produção de provas ou atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito, o descumprimento dos provimentos mandamentais, a criação de embaraço à efetivação de providências judiciais, o emprego de expressões injuriosas, a dedução de pretensão ou defesa contra fato incontroverso, o uso do processo para a consecução de objetivos ilegais, a alteração da verdade dos fatos, a oposição de resistência injustificada ao andamento do feito, a interposição de recursos manifestamente protelatórios, a provocação de incidentes manifestamente infundados, a fraude de execução, a oposição maliciosa à execução, a resistência injustificada a ordens judiciais, a recusa de indicação dos bens penhoráveis, a dedução de pretensões absurdas. Trata-se, enfim, daqueles deveres que, no Código de Processo Civil vigente, encontram-se *exemplificativamente* arrolados nos arts. 14, 15,

17, 340 e 600¹⁴.

Deve-se frisar que nem sempre a prática dessas condutas enseja danos morais ou materiais à parte adversa. Nem por isso deixam de ser censuráveis e puníveis pelo juiz, uma vez que – insista-se – os deveres de boa-fé processual não objetivam tutelar a esfera patrimonial ou moral das partes em litígio, mas a higidez moral que deve permear o desenrolar de toda e qualquer relação processual. Não se pode olvidar, ademais, que as condutas de litigância de má-fé – em especial aquelas imbuídas de propósitos protelatórios – atacam a própria dignidade da justiça, pois impingem demora na entrega da prestação jurisdicional, desprestigiando a reputação o Estado e arranhando, por via reflexa, sua legitimidade. Daí por que não se pode sustentar a tese de que apenas há a cominação de pena ao *improbis litigator* caso tenha havido dano à parte contrária: a litigância de má-fé provoca arranhadura à própria imagem do Estado.

O *improbis litigator* não equivale, necessariamente, à *parte*. Segundo Francisco Glauber Pessoa Alves:

“a expressão litigante não tem conteúdo semântico idêntico ao de parte. Pode com ele se confundir ou não, a depender do caso concreto. Toda e qualquer pessoa que atue como mencionado no art. 17 do CPC é um litigante de má-fé, sendo ou não parte. O art. 16 do CPC indica isso ao afirmar que responderá por perdas e danos tanto o autor, como o réu, o mero interveniente e qualquer outra pessoa que participe da relação processual, e a nova redação do art. 14 do CPC sepulta qualquer opinião contrária. A acepção de interveniente é ampla, não se confundido apenas

14 Para Francisco Glauber Pessoa Alves, é difícil vislumbrar uma situação contrária à ética que não possa ser enquadrada no art. 14 do Código de Processo Civil (Ampla defesa X desvirtuamentos – litigância de má-fé e seu ônus financeiro. *Revista da ESMAFE - 5ª Região*, Recife, n. 4, p. 112-113, 2002).

com a figura de terceiros juridicamente interessados – perceba-se que o art. 16 menciona apenas intervenientes e não terceiros intervenientes. E interveniente é toda pessoa que, de algum modo, atua e intervém no processo movido por algum interesse próprio ou de terceiro. É só ter em mente a atuação de terceiro no processo (aquele que alega essa qualidade, mas na apreciação concreta é absolutamente despedido de fundamento), as testemunhas, o perito, o próprio defensor da parte (excedendo os limites de sua atuação – art. 14 do CPC) e o juiz”¹⁵.

Não há diferença ontológica entre “atos de litigância de má-fé”, “atos atentatórios à dignidade da justiça” e “atos atentatórios ao exercício da jurisdição”: todos consubstanciam desrespeito ao dever processual de lealdade, ferindo, em maior ou menor grau, a dignidade do Estado-juiz.

Não obstante a desnecessidade de haver prejuízo à parte adversa para configurar-se a litigância de má-fé, a inexistência desse prejuízo tem sido a escusa de que o Poder Judiciário se tem valido, em muitos casos, para deixar de punir o *improbis litigator*.

Vejam-se os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA DO MUNICÍPIO - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO DA PARTE ADVERSA - EXCLUSÃO DA MULTA. Descabe conhecer do recurso especial se o tribunal de origem não apreciou os dispositivos de lei federal indicados pelo

recorrente como violados, incidindo, na hipótese, o veto das Súmulas nºs 282 e 356 do STF. Ao usar o direito de recorrer e cumprir o seu dever, não pode a municipalidade ser qualificada de litigante de má-fé, sendo infundada a aplicação de multa prevista no artigo 18 do Código de Processo Civil, caso não comprovado o abuso e o efetivo prejuízo da parte adversa. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.”

(STJ, 1ª Turma, RESP 331.594-SP, rel. Ministro Garcia Vieira, j. 20.09.2001, DJU 29.10.2001, p. 188).

“ADMINISTRATIVO - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS - REAJUSTE REMUNERATÓRIO PREVISTO NA LEI Nº 8.390/91 - CUMULAÇÃO DOS PERCENTUAIS MENSAIS - IMPOSSIBILIDADE - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA.

1 - Esta Corte tem entendido que a incidência dos reajustes de 40%, 75% e 100% sobre os vencimentos dos servidores públicos, de acordo com a interpretação do disposto no art. 2º, da Lei nº 8.390/91, não deve ser feita de forma cumulativa.

2 - Precedentes (MS 2.539/DF e RMS 3.840/DF).

3 - Contudo, improcedente a multa fixada por litigância de má-fé, tendo em vista que não foi oferecida à parte oportunidade de defesa acerca deste tema, nem tampouco sua conduta resultou em prejuízo à parte adversa (cf. REsp 271.484/PR e 76.234/RS).

4 - Recurso conhecido e parcialmente provido apenas para excluir do v. acórdão de origem a condenação por litigância de má-fé, mantendo-o nos demais aspectos.” (STJ, 5ª Turma, RESP 3.656-DF, rel. Ministro Jorge Scartezzini, j. 02.08.2001, DJU 29.10.2001, p. 216)

¹⁵ Ampla defesa X desvirtuamentos – litigância de má-fé e seu ônus financeiro. *Revista da ESMAFE - 5ª Região*, Recife, n. 4, p. 114, 2002. Celso Hiroshi Iocohama dá a esse fenômeno o nome de “amplitude subjetiva da lealdade processual” (*Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 69).

“AUSÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INDENIZAÇÃO DO ART. 18, § 2º, DO CPC. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO E DOS PREJUÍZOS. NULIDADE DE INTIMAÇÃO. INEXISTÊNCIA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. LIMITES DA LIDE. COISA JULGADA. ART. 610 DO CPC.

1. Não há ofensa ao Art. 535 do CPC se, embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou todas as questões pertinentes.

2. A condenação prevista no Art. 18, § 2º, do CPC, pressupõe dolo da parte que litiga de má-fé, além de demonstração inequívoca do prejuízo causado à parte contrária.

3. Sem que haja prejuízo processual, não há nulidade na intimação realizada em nome de advogado que recebeu poderes apenas como estagiário. Deficiência na intimação não pode ser guardada como nulidade de algibeira, a ser utilizada quando interessar à parte supostamente prejudicada.

4. Não é lícito incluir na condenação, em sede de liquidação, valores não postulados na inicial e não mencionados na sentença liquidanda, sob pena de ofensa ao Art. 610 do CPC.”

(STJ, 3ª Turma, RESP 756.885-RJ, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 14.08.2007, DJU 17.09.2007)

“EXECUÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ IMPUTADA À EXEQÜENTE. PREENCHIMENTO UNILATERAL DE CLAROS EXISTENTES NO CONTRATO CELEBRADO. IRRELEVÂNCIA.

- Sem a prova do comportamento malicioso da parte e, ainda, da existência efetiva do dano não se configura a litigância de má-fé.

- Inexistência de contrariedade ao art. 17, incisos II e III, do CPC.

- Recurso especial não conhecido.”

(STJ, 4ª turma, RESP 220.162-ES, rel. Ministro Barros Monteiro, j. 06.02.2001, DJU 09.04.2001, p. 366)

N eles se nota, *data vênia*, absoluta incompreensão a respeito da configuração da hipótese de incidência das regras de repressão à litigância da má-fé: o elemento objetivo descritivo nuclear da *Tatbestand* é o *descumprimento do dever jurídico de lealdade* – e só! –, razão por que eventual existência de prejuízo tão-somente tem relevância para *fins indenizatórios*.

Nisto tem desgraçadamente residido a grande responsabilidade do Poder Judiciário (especialmente dos Tribunais, uma vez que os juízes de primeira instância se mostram sempre mais dispostos a aplicar aludidas regras e, portanto, menos tolerantes à chicana) por uma parte da ineficiência no combate à má-fé processual. Há tanto ou mais reprovabilidade em omitir-se no combate do que em praticar deslealdades processuais. Afinal de contas, elas são reprováveis *per se*, mesmo não causarem qualquer tipo de dano à parte contrária.

Decidindo assim, a jurisprudência consagra uma *regressão ética*, visto que só se move para punir a conduta processual que traga *prejuízos*, ainda que ela seja reprovável em si. Daí se nota o profundo *utilitarismo ético* que marca essa visão jurisprudencial, já que, aqui, a noção de moralidade deixa de ser determinada pela *razão* e passa a ser pelos sentimentos de perda econômica, de arranhadura patrimonial.

Enfim, para os acórdãos acima citados, só existe a litigância de má-fé se houver dano palpável e indenizável. Se a conduta desleal não provocar danos à parte contrária, não haverá qualquer utilidade em punir-se o *improbis litigator*, mesmo que a prática por ele envidada seja essencialmente *injusta*. Ora, decididamente, o processo não é um liame entre dois litigantes “egoístas e esclarecidos”. Marca-se cada vez mais o processo civil com

o carimbo da *cooperação*: ainda que as partes estejam em lados formalmente antagônicos, a relação processual se deve desenvolver por uma colaboração recíproca no desvendamento da verdade fática e pela manutenção de um padrão moral elevado de inter-relacionamento entre o autor e o réu.

Já os *deveres de proteção* visam o resguardo do patrimônio e da pessoa da outra parte. Aqui sim se tutela não somente o dever de moralidade processual puro e simples, mas também – e principalmente – a esfera patrimonial e extrapatrimonial das partes.

No caso específico do Código de Processo Civil vigente, não há propriamente um rol desses deveres, tal como se dá com os deveres de lealdade. Nem há motivo para tanto, uma vez que *qualquer* ato de litigância de má-fé (atípico ou tipificado no Código de Processo Civil), além de ferir um preceito moral, pode trazer eventualmente prejuízos para a parte *ex adversa*. Daí por que todo ato de litigância de má-fé implica violação a um dever de lealdade, mas nem todos eles configuram afronta a um dever de proteção.

No entanto, uma vez que a má-fé processual tenha lesado o patrimônio alheio, deverá o *improbis litigator* sofrer tanto as sanções punitivas previstas para a deslealdade, quanto as sanções reparatórias previstas para as hipóteses de dano. Quantas são as situações em que a resistência injustificada ao andamento de um processo ou a uma ordem judicial provoca danos irreversíveis à esfera patrimonial da parte contrária (que muitas vezes se vê privada de um bem indispensável para o afastamento de uma situação periculante à sua saúde ou à sua integridade física).

Nem se contem os inúmeros casos em que indenizações são aguardadas durante décadas até que se dê o desfecho dos vários recursos protelatórios interpostos pelo devedor (caso em que o credor deixa de contar com o dinheiro para o suprimento de suas necessidades básicas). Lembrem-se, ainda, os casos em que, utilizando-se impunemente da gratui-

dade judiciária e advogando em causa própria, o autor propõe simultaneamente um número incontável de ações infundadas com o único fim de perturbar o sossego do demandado e de obrigá-lo a despendar relevante quantia com a contratação de advogados. Daí a razão por que o art. 16 do Código de Processo Civil acolhe a *cláusula geral* segundo a qual “responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

6. As sanções

O Código de Processo Civil dispõe de um conjugado (lamentavelmente *assistemático*, ressalte-se) de sanções cominadas para o descumprimento dos deveres processuais de deslealdade e de proteção. Teria sido ideal a instituição de uma *regra geral de boa-fé processual*, ou seja, de um dispositivo que previsse uma *multa punitiva* modulável para todo e qualquer caso de deslealdade, e *medidas reparatórias* para casos em que da má-fé adviessem prejuízos à parte contrária. Isto facilitaria a assimilação psíquico-social da regra pela comunidade forense e, por via de consequência, aumentaria a probabilidade de sua efetiva aplicação. Afinal de contas, como diria Pontes de Miranda, na sua obra de juventude *À margem do Direito*, o Direito também é um processo de assimilação e de desassimilação psíquica de normas. Entretanto, infelizmente, não é esse o sistema de que dispomos no Brasil. Aqui, o sistema processual de repressão à litigância de má-fé é caracterizado por indesejável fragmentariedade, em que coexistem vários tratamentos jurídico-normativos diferentes, a depender do tipo de conduta tomada em consideração ou do âmbito processual em que essa conduta é envidada.

Para tutelar a *lealdade processual*, o Código comporta: a) uma *norma genérica de sanção* (art. 18, *caput*) e; b) várias *normas de sanção específicas* (p. ex.: art. 161; art. 196; art. 233; art. 538, parágrafo único; art. 557, § 2º; art. 601, *caput*; art. 740, parágrafo úni-

co). No caso de (a), prevê-se a possibilidade de aplicação, pelo juiz ou pelo tribunal, *ex officio* ou a requerimento, de uma multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

A possibilidade de o juiz condenar o litigante de má-fé independentemente de pedido da parte contrária foi inovação introduzida, no direito processual civil brasileiro, pelas Leis n.ºs 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, que deram nova redação ao *caput* e ao § 2º do art. 18 do Código de Processo Civil. Até então, entendia-se que a condenação por litigância de má-fé pressupunha a existência de pedido da parte contrária (cf., p. ex., STJ, 3ª Turma, RESP 11.530-SP, rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 20.08.1991, DJ 09.09.1991, p. 12.201; STJ, 4ª Turma, RESP 50.142-RS, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.08.1994, DJ 31.10.1994, p. 29.506; STJ, 1ª Turma, RESP 21.549-SP, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 06.10.1993, DJ 08.11.1993, p. 23.520).

No entanto, não nos parece que esse entendimento – hoje superado – já tivesse valia à época, tendo em vista que as regras de combate à litigância de má-fé não apenas tutelam os interesses da parte prejudicada, mas também – e principalmente – o *interesse público primário* ostentado pelo Estado, que proibiu às partes que fizessem justiça pelas próprias mãos (imputando a tal prática a pecha de *crime de exercício arbitrário das próprias razões*) e lhes prometeu a prestação

de uma tutela jurisdicional justa e célere, por intermédio de um procedimento e de uma relação processual marcados pela *moralidade* (a mesma moralidade, aliás, que deve reger toda e qualquer relação em que o Estado esteja imisculido). Ainda que da conduta desleal advenha prejuízos patrimoniais para a parte, nada impede que o juiz imponha ao *improbus litigator* as sanções reparatórias previstas no Código de Processo Civil, já que, a um só tempo, estará tutelando a incolumidade da esfera jurídica da parte contrária e a moralidade dos meios para a outorga da prestação jurisdicional. Assim, em caso de dano, o produto pecuniário das sanções reparatórias é convertido à parte lesada; no entanto, se só houver deslealdade, a multa é convertida ao Estado¹⁶.

Já no caso de (b), prevêem-se punições para casos específicos de má-fé processual (p. ex: multa de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% do valor da causa no caso de cumprimento inexato de provimentos mandamentais – art. 14, parágrafo único; multa não superior a 20% do valor atualizado do débito exequendo em caso de fraude de execução – art. 601, *caput*; multa correspondente a metade do salário mínimo caso nos autos sejam lançadas cotas marginais ou interlineares – art. 161; multa de cinco vezes o salário mínimo caso a parte requeira dolosamente a citação por edital – art. 233; multa não excedente a um por cento do valor da causa, elevada a dez em caso de reiteração, se houver a oposição de embargos de declaração protelatórios – art. 538, parágrafo único; multa equivalente a metade do salário mínimo caso o advogado exceda



16 Nesse sentido: ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ampla defesa x desvirtuamentos – litigância de má-fé e seu ônus financeiro. *Revista da ESMAFE - 5ª Região*, Recife, n. 4, p. 112-112, 2002. Contra, entendendo que a multa deve ser revertida à parte, assim como se dá na indenização: DINA-MARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 67. Celso Hiroshi Iocohama reconhece *de iure condito* que a multa deve destinar-se à parte (Código de Processo Civil, art. 18), embora defenda *de iure condendo* que ela deve ser revertida aos cofres públicos (*Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 241-244).

o prazo sem que devolva os autos e não os devolva em vinte e quatro horas se intimado – art. 196, *caput*; multa não superior a vinte por cento do valor em execução se opostos embargos de devedor manifestamente protelatórios – art. 740, parágrafo único).

Há quem diga que a antecipação de tutela fundada no inciso II do art. 273 do Código de Processo Civil é sanção específica que se impõe no combate ao “abuso do direito de defesa” e ao “manifesto propósito protelatório do réu”. Sem razão, porém. Se de sanção se tratasse, a medida não poderia ser revogada por eventual sentença de improcedência, pois nada impede que a razão esteja com quem litiga de má-fé. Ora, inadmissível é que a sentença de improcedência possua o condão de *anistiar o improbus litigator*. Se no curso do processo for ao réu imposta sanção punitiva ou reparatória, especificamente direcionada à prática de litigância de má-fé, a condenação permanecerá incólume com a sentença de improcedência. Em contrapartida, sobrevivendo a sentença de improcedência, não haverá justificativa para a liminar manter-se, mesmo que ela haja sido concedida contra quem tenha abusado do direito de defesa: não existe motivo para que os efeitos práticos da tutela final pretendida sejam antecipados em favor de quem não tem razão. Na verdade, trata-se de *tutela de evidência*, em que o *fumus boni iuris* é reforçado pelo “abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”¹⁷.

Para a tutela da *lealdade processual*, o Código de Processo Civil vislumbra três formas de reparação: α) uma indenização não superior a vinte por cento sobre o valor da causa, ou liquidada por arbitramento (art. 18, *caput* e § 2º); β) o pagamento de honorários advocatícios (art. 18, *caput*); γ) o ressarcimento das despesas processuais efetuadas

pela parte prejudicada (art. 18, *caput*). Porém, no que diz respeito especificamente a (α), deve-se registrar que, conforme o Enunciado 32 do Centro de Estudos do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, “a penalidade por litigância de má-fé pode ser imposta pelo juiz, de ofício, respeitado o limite de 20% do valor atualizado da causa, mas a indenização dos prejuízos excedente desse limite, dependente de pedido expresso da parte, se submete ao princípio do contraditório e é liquidável por arbitramento”.

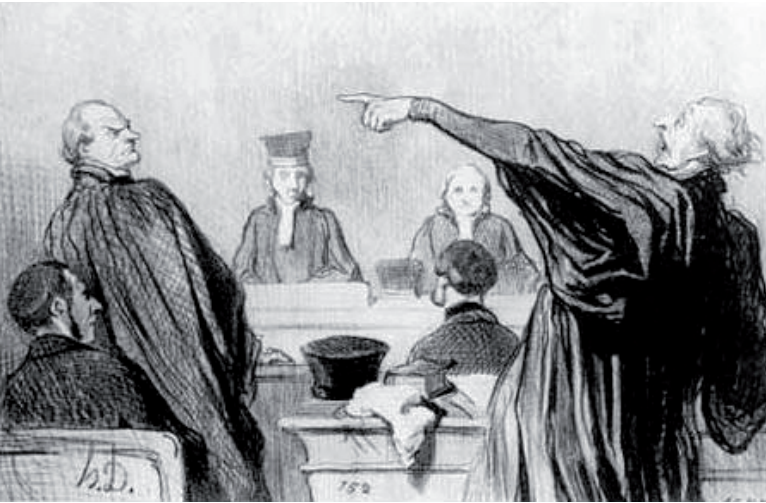
Essa indenização é voltada tanto a danos emergentes quanto a lucros cessantes, tanto a danos materiais quanto a danos morais.

“No caso do processo civil, se as condutas previstas no art. 17 podem gerar danos materiais, podem gerar também danos morais, posto que a parte contrária é atingida no seu direito de ter um processo governado pela probidade, sendo prejudicada muitas vezes pelo descumprimento do princípio da efetividade processual, o que lhe gera uma sofrida ansiedade. E afirmar que a condenação em multa de 1% prevista no art. 18 do CPC seria suficiente para impedir o juiz de fixar a condenação por danos morais seria admitir a possibilidade de a parte atingida ficar prejudicada, sem possibilidade de receber indenização equivalente ao dano sofrido, no próprio processo”¹⁸.

Por força dos princípios da *especiali-*

¹⁷ Para um maior aprofundamento do tema, v. nosso O “direito vivo” das liminares: um estudo pragmático sobre os pressupostos para sua concessão. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141-142.

¹⁸ Cf. ROSAS, Roberto. Dano processual. *Revista do TFR* nº 45, p. 165; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A condenação *ex officio* em indenização por danos morais em face da litigância de má-fé. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 9, p. 82 e ss., dez. 2003. Lembre-se que a Corte Européia de Direitos Humanos, em julgamento proferido no dia 25 de junho de 1987, condenou o Estado Italiano a indenizar uma litigante nos tribunais daquele país por dano moral “derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda” (publicado no periódico *Il Foro Italiano*, parte IV-28, 1987, p. 385-390).



dade e da proibição do *bis in idem*, não pode haver a cumulação de punições específicas entre si, ou de uma punição específica com a punição genérica do art. 18¹⁹.

Contudo, nada impede que a punição genérica ou uma punição específica seja cumulada as preditas sanções reparatórias, uma vez que cumprem finalidades distintas. Da mesma maneira, as *astreintes* (art. 461, § 4º; art. 621, parágrafo único; art. 645, *caput*) podem ser cumuladas com a punição genérica, com uma punição específica, ou com as sanções reparatórias, porquanto não têm índole punitiva ou reparatória, mas coercitiva, tendo em vista que buscam pressionar o devedor ao cumprimento de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa certa²⁰.

Deve-se ressaltar, ainda, que outra conduta do litigante no mesmo processo pode ser objeto de nova punição, fazendo-se incidir mais uma vez a pena do art. 18 ou dando-se azo à incidência de outra sanção mais específica, sem prejuízo da pena imposta pelo

comportamento anterior. Isto elide a crença – sustentada por alguns doutrinadores – de que o momento adequado para a condenação por litigância de má-fé é a *sentença*²¹: as sanções devem ser impostas prontamente, logo após a prática do ato a guerrear-se, sob pena de a demora na punição alimentar o *improbis litigator* de mais audácia.

No mesmo sentido Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa:

“A multa prevista neste artigo é uma sanção punitiva. Para que ela possa ser aplicada conjuntamente com outras sanções é necessário que elas exerçam funções distintas (p. ex., coercitiva ou reparatória). Um mesmo comportamento não pode ser sancionado mais de uma vez com a mesma finalidade. São também punitivas as sanções previstas nos artigos 14 § ún., 161, 196, 233, 538 § ún., 557 § 2º, 601-‘caput’, 740 § ún. e 746 § 3º; logo, não podem ser impostas cumulativamente. Em cada caso concreto, deve ser aplicada a multa mais específica. Dado o caráter genérico da multa prevista no art. 18, sua efetiva incidência fica prejudicada nas situações em que também exista suporte material para a aplicação de punição prevista nos artigos arrolados anteriormente. Todavia, isso não impede que, conjuntamente com as sanções dos arts. 14 § ún., 538 § ún., 557 § 2º, 601-‘caput’, 740 § ún. e 746 § 3º, seja imposta a condenação a indenizar, a pagar honorários advocatícios e

19 Na jurisprudência: STJ, 1ª Seção, ERESP 590.108-PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 13.12.2006, DJU 08.10.2007, p. 202; STJ, 6ª Turma, AGRESP 687.963-SP, rel. Min. Hamilton Carvalho, j. 27.10.2005, DJU 28.11.2005, p. 348; STJ, 1ª Seção, ERESP 510.506-SF, rel. Min. Peçanha Martins, j. 10.11.2004, DJU 17.12.2004, p. 399.

20 Nesse sentido, p. ex.: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 63-68.

21 Sustentando que a sentença é o momento mais adequado: LOPES, João Batista. O juiz e a litigância de má-fé. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 740, p. 132, jun. 1997; COSTA, Caroline Maciel. Litigância de má-fé. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, Brasília, n. 5, p. 51, out./dez. 1998. Para Hélio Apoliano Cardoso, “[...] em princípio, condenação só pode existir em provimento jurisdicional em torno de sentença (ou de acórdão). Não poderá, assim, haver condenação em decisão interlocutória ou em agravo dela decorrente, mesmo porque, em tais casos, a condenação mostra-se maculada pelo vício da surpresa, verdadeiro cerceamento de defesa [...]” (Da litigância de má-fé. *Revista Jurídica CONSULEX*, Brasília, n. 113, p. 41, set. 2001).

a ressarcir despesas previstas neste art. 18, na medida em que se trata de sanção reparatória, ou seja, distinta da punitiva. Tanto a multa como as demais verbas previstas neste art. 18 são cumuláveis com a multa prevista nos arts. 461, § 4º; 621 § ún. e 645-*caput*, que tem distinta finalidade coercitiva. Não existem óbices para que uma outra conduta do litigante no mesmo processo venha a ser objeto de nova punição, fazendo incidir mais uma vez a pena do art. 18 (RT 623/113) ou dando azo à incidência de outra sanção mais específica, sem prejuízo da pena imposta pelo comportamento anterior”²².

A par da cominação de multa e da reparação de danos, o Código de Processo Civil impõe outros tipos de sanção que importam, por exemplo, na *restrição de direitos*. É o caso da sanção que se prevê no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil, segundo o qual a interposição de qualquer recurso pela parte condenada a pagar multa por reiteração de embargos protelatórios fica condicionada ao respectivo pagamento.

Essa mesma regra é encontrada no § 2º do art. 557, que condiciona a interposição de qualquer outro recurso ao depósito da multa ali prevista. No mesmo sentido, vejam-se os arts. 881 e 196, que prevêem, respectivamente, a proibição do réu de falar nos autos até que o atentado seja purgado, e a perda do direito de vista dos autos fora de cartório pelo advogado. Anote-se que a sanção prevista pelo art. 196 também pode ser imposta a membro do Ministério Público e ao representante da Fazenda Pública (Código de Processo Civil, art. 197)²³.

Deve-se registrar, ainda, que os beneficiários da justiça gratuita não são imunes a

todas essas sanções. São eles imunes, quando muito, a pagamento de custas e despesas processuais, nos termos do art. 3º da Lei nº 1.060/50. Ou seja, só estão isentos de incorrer naquelas despesas indispensáveis para que se busque um direito em juízo.

Ora, gozar de benefícios da gratuidade não significa gozar de atestado de pureza moral. Quantos são os casos de litigantes que, embora dispensados do recolhimento das custas, aproveitam-se do livre acesso ao Poder Judiciário para praticarem toda sorte de abusos processuais.

Assim sendo, não só podem, como devem ser condenados nas sanções previstas para a prática de litigância de má-fé (inclusive nas sanções reparatórias, previstas no *caput* do art. 18 do Código de Processo Civil, de pagamento de honorários e de ressarcimento de despesas efetuadas pela parte prejudicada)²⁴.

Finalmente, incabível dizer que todas essas sanções só deveriam ser impostas ao *advogado*, e não à parte, sob a alegação de que seria injusta a responsabilização da parte que não tem domínio sobre os atos do seu patrono.

De acordo com Francisco Glauber Pessoa Alves:

“Cumpro evidenciar que o advogado é um mandatário (Orlando Gomes, Contratos, p. 349) e, como tal, responde pelo excesso (art. 1.300 e ss., do Código Civil – CC), tanto a título doloso como culposos (parágrafo único do art. 32 da Lei nº 8.906/94, e ainda § 4º do art. 14 da Lei nº 8.078/90). Contudo, pelo exercício do mandato para com terceiros será responsável o mandante. Assim é que constituído o advogado, ainda que este opere na mais evidente má-fé, res-

22 *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 145, nota 9 ao art. 18 do Código de Processo Civil.

23 Sobre o tema: ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 238.

24 No mesmo sentido, TRF da 2ª Região, 1ª Turma Especial, AC 200151015249064-RJ, rel. Juíza Márcia Helena Nunes, j. 16.11.2005, DJU 25.11.2005, p. 356: “não há porque eximir o beneficiário de justiça gratuita da multa por litigância de má-fé, porquanto a todos deve ser exigida lealdade processual”.

ponderará o constituinte (= a parte) pelo abuso no que tange ao processo em si. Isso porque o mandante expressamente assumiu o ônus da atuação processual (a cláusula é *ad juditia*). Óbvio que caberá ao segundo buscar a reparação de quem de direito (art. 32 da Lei nº 8.906/94 c. c. 159 do CC), sem prejuízo da apuração técnica pelo órgão de classe competente (art. 34, VI, da Lei nº 8.906/64, bem como o respectivo Código de Ética, arts. 2º, 6º e 20). Entrementes, para fins processuais e perante a parte ou judiciário prejudicados é do mandante a responsabilidade processual pela má-fé.”²⁵

No entanto, é possível que a parte exerça regresso contra seu advogado:

“A norma não sanciona o advogado da parte, de modo que se esta for reputada litigante de má-fé por conduta de seu advogado, terá de indenizar a parte contrária, podendo exercer o direito de regresso contra o advogado. Demandada em ação autônoma de indenização por litigância de má-fé por conduta de seu advogado, a parte poderá denunciar a lide a ele (CPC, 70 III) (Arruda Alvim, CPCC, II, 151)”²⁶.

7. Contempt of Court

Destaque especial, no sistema de combate à deslealdade processual civil, merece o parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil (introduzido pela Lei nº 10.358/2001).

²⁵ No mesmo sentido, TRF da 4ª Região, 1ª Turma, AG 200304010171280-PR, rel. Juíza Maria Lúcia Luz Leiria, j. 10.12.2003, DJU 14.01.2004, p. 166: “Não há como sancionar a conduta do advogado no caso dos autos, determinando a solidariedade deste com seu cliente no pagamento da multa por litigância de má-fé, uma vez que a norma destina-se exclusivamente às partes ou intervenientes no processo”.

²⁶ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 287, 2ª coluna.

Segundo o aludido dispositivo:

“Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...].

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraço à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado.”

Há quem veja aqui uma extensão da figura anglo-saxônica do *Contempt of Court* para o direito brasileiro.

Porém, para aferir-se a consistência dessa afirmação, necessário é que se analise a origem do instituto.

No domínio contratual, as *Courts* inglesas não propiciavam remédios adequados contra o descumprimento, senão a reparação de danos. Assim, em face da indiferença do *common law*, os comuns do povo passaram a recorrer à *justiça do rei*, que fiel à tradição medieval julgava com arrimo na equidade, e não no *strictum ius* da jurisdição ordinária.

Para tanto, o rei era assistido pelo *King's Council*, um grupo de clérigos-juristas. Dentre esses religiosos estava o Chanceler (*Lord Chancellor*), o funcionário principal do reino, guardião da consciência do rei e do seu sinete (razão por que também chamado de *Lord Keeper*).

No começo, o Chanceler selecionava as petições para o rei examiná-las; com a multiplicação das *petitions*, o *Lord Keeper* passou a decidir diretamente.

No final do século XIV, porém, o Chanceler passou a assumir posição autônoma dentro da burocracia judiciária, formando-se a Corte da Chancelaria (*Court of Chancery*). Tratou-se de órgão de jurisdição especial, paralelo e concorrente às *Courts of common law*.

Perpassada pelo espírito do direito canônico, a *Equity* considerava a falta à palavra dada nas convenções jurídicas (*breach of contract*) um pecado possível. Portanto, na medida em que as cortes do *common law* não conferiam tutela aos contratos verbais ou firmados por instrumento particular, a *Court of Chancery* começou a reprimir as “quebras” de palavra (*breach of faith*) com base no princípio da fé jurada (*pacta sunt servanda*).

Para isto lançava mão de duas medidas. Na primeira se dava ao lesado um *writ* para que este exercesse o direito à prestação específica junto aos tribunais da *common law*. Na segunda, o comparecimento do devedor era ordenado a fim de que o litígio fosse resolvido na presença de ambas as partes, sob pena de multa ou de prisão (*writ of subpoena*). Julgado o caso e prolatado o *decree for specific performance* (para as prestações positivas) ou o *decree for injunction* (para as prestações negativas), se o devedor persistisse na inexecução, a desobediência era considerada “desprezo pelo tribunal” (*contempt of court*) e o Chanceler determinava seu aprisionamento, durante o tempo necessário para o devedor arrepender-se e anunciar o seu intento de cumprir a obrigação²⁷.

Em contrapartida, há na doutrina quem

divise que a origem remota da *Contempt of Court* é romana, tendo sido já acolhida nas Ordenações do Reino, mas não preservada pela força dos influxos culturais do movimento liberal do século XVIII.

Quando tratavam das “cartas de sentença” (Livro V, Tít. 128), as Ordenações Filipinas já previam a prisão pelo descumprimento da determinação judicial (“desprezo”, na literalidade do referido texto português, que, não coincidentemente, se traduz para o inglês como *contempt*). Ali já se haveria revelado a fonte romana do instituto do *Contempt of Court* e, em germe, os elementos formadores da hodierna ação mandamental²⁸. Aliás, a mesma norma jurídica é já encontrada nas Ordenações Manuelinas, desta feita contida no Livro V, Título 50²⁹.

De qualquer maneira, a comunidade jurídica passou a deitar os seus olhos sobre o instituto anglo-saxão, em face da necessidade prático-forense de se qualificar a recusa ao cumprimento de uma determinação judicial como um desprezo ao Poder Judiciário a ser sancionado com o encarceramento (“refusal to comply with the order is a contempt of court punishable by imprisonment!”).

Não demorou a que alguns doutrinadores já vislumbassem a possibilidade de se impor aos demandados recalcitrantes expedientes já previstos em nosso sistema jurídico muito semelhantes aos do regime do *Contempt of Court*.

Para parte da doutrina, o ordenamento jurídico nacional nunca foi infenso às benesses desse instituto, já podendo ser ele aplicado pelos nossos juízes³⁰.

27 Cf., v. g., SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 193; TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 83-86; TOMASETTI JR., Alcides. *Execução de contrato preliminar*. São Paulo: USP [tese de doutoramento], 1982, p. 112-119.

28 Sobre o assunto: SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 350.

29 Cf. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4. t. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 247.

30 Nesse sentido: ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 78; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro:

Segundo esta corrente doutrinária, a Constituição Federal de 1988, conquanto vede a prisão por dívida (art. 5º, inciso LXVII), não impede a restrição da liberdade em caso de descumprimento de uma ordem judicial legítima³¹. Assim, seria possível ao juiz prolator de provimento liminar, por exemplo, decretar a prisão do réu que descumprisse a sua determinação. Aliás, se houvesse ofensa a direitos fundamentais da pessoa humana, não se compreenderiam os motivos para a admissão do emprego desse instrumento nos Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha³². Daí a razão pela qual se trataria de expediente *de iure condito*, e não de *iure condendo*, simplesmente.

Trata-se de uma posição doutrinária respeitável, que tenta libertar-se dos quadros restritos da simples exegese – como se o direito processual civil fosse, unicamente, um *dado* que competiria aos juristas examinarem –, para infundir a preocupação maior com os mecanismos *políticos* que dão ao exercício do poder jurisdicional um caráter efetivo, no sentido de capacidade de suscitar a obediência.

Contudo, embora seja defendida a introdução da *Contempt of Court* no processo civil

brasileiro – especialmente porque nosso atual sistema institucionalizado de coerção contra condutas desobedientes tem operado num baixo nível de eficiência e em elevado grau de tensão, má integração e conflito –, o nosso ordenamento ainda não permite que algumas providências de efetivação inerentes ao regime anglo-saxão sejam implantadas, especialmente porque o magistrado brasileiro cível é desprovido de competência *ratione materiae* para decretar prisão pela desobediência às suas determinações (Código Penal, art. 330)³³. Quando muito, ele pode ordenar a extração de peças para oferecimento de denúncia ou abertura de inquérito policial.

Ademais, até antes do advento da Lei nº 10.358/2001, faltava previsão legal para que se pudesse acumular a sanção criminal pelo crime de desobediência com as sanções processuais civis já existentes para caso de descumprimento de decisões mandamentais.

Em verdade, até então tão-só havia indubitavelmente crime de desobediência para quem deixasse de cumprir a decisão judicial no caso de Prefeito, pois expressamente previsto no art. 1º, inciso XIV, do Decreto-lei nº 201/67 (“deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente”).

Por esse motivo, para que o *Contempt of Court* vigorasse no sistema brasileiro, além de atribuir-se competência material para o juiz cível decretar prisões pelas desobediências às suas ordens, fazia-se necessária a instituição por lei (em sen-

Forense, 1999; p. 59; CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada na teoria geral do processo*. v. 1. São Paulo: LTr, 1999, p. 625; FADEL, Sérgio Sahione. *Antecipação da tutela no processo civil*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 71-72; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4. t. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 245 e ss.

31 Cf. ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 23, p. 136-137, jun. 1985; SHIMURA, Sérgio. A eficácia das medidas liminares. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 107; *idem*. Efetivação das tutelas de urgência. *Processo de execução*. Coord.: Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 675-676.

32 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 87-88. No mesmo sentido: FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. t. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 245-257; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 242 e ss.

33 Entendendo tratar-se de crime de desobediência: TALA-MINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 298 e ss.; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Reforma do Código de Processo Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 27. Contra, argumentando que o crime de desobediência é praticado em desfavor da Administração Pública, não podendo ter como sujeito ativo servidor público, mas somente particular: BUENO, Cássio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 350.

tido formal e material) de um tipo penal próprio, sem que fosse exigido o dolo específico, no capítulo dos “Crimes contra a Administração da Justiça” no Código Penal, com uma pena mínima superior a 2 (dois) anos de reclusão e uma pena máxima não inferior a 6 (seis) anos. Logo, crime inafiançável e sem direito à liberdade provisória, de maneira a obstruir a prescrição (da ação penal, retroativa ou superveniente, ou da própria execução)³⁴.

Realmente, sempre existiram julgados que entenderam que o descumprimento de qualquer mandado judicial configuraria crime de desobediência³⁵. Contudo, é vencedor o entendimento de que deve existir expressa previsão legal para que se acumule, *v. g.*, a sanção processual civil (*e. g.*, multa diária) com a sanção penal prevista no art. 330 do Código Penal³⁶.

O último entendimento, aliás, veio recebendo a guarida da jurisprudência:

“Ação revisional de contrato. Tutela antecipada. Descumprimento. Crime de desobediência não configurado. Execução provisória da multa se a determinação judicial comina sanção de natureza civil para seu descumprimento, não se configura crime de desobediência, afigurando-se injustificada a requisição de instauração de inquérito

policial” (TARS, 7ª Câmara Cível, AI nº 197224272–Erexim, rel. Des. Manuel Martinez Lucas, j. 10.12.1997).

Por conseguinte, até antes do advento da Lei nº 10.358/01, não se devia cogitar da *persecutio criminis* a título de desobediência no caso de descumprimento de provimento mandamental, pois: (a) a efetivação dessas decisões pode fazer-se mediante a incidência de multa diária ou a aplicação das regras processuais de execução civil tradicional como “parâmetro operativo”; (b) não havia uma previsão legal para a acumulação das sanções processuais cabíveis e a sanção prevista no art. 330 do Código Penal.

Entretanto, na tentativa de suprir essa omissão legislativa, a Lei nº 10.358/2001 acrescentou o inciso V e um parágrafo único ao art. 14 do Código de Processo Civil, o que possibilita a acumulação da sanção de direito processual civil (*e. g.*, multa diária; execução forçada) com a sanção penal.

No entanto, distancia-se da solução engendrada, originariamente, pelo direito anglo-saxão, pois não se institucionalizou a aplicação de prisão civil à parte recalcitrante pelo juízo civil até o cumprimento da decisão judicial: aqui, escorado no art. 40 do Código de Processo Penal, o juiz cível deve ordenar a extração de peças para o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público ou a abertura de inquérito policial³⁷.

Com isto, tentou-se, certamente, evitar a celeuma que se instalaria em torno da constitucionalidade de uma reforma dessa envergadura, visto que se alegaria tratar-se de prisão por dívida, a qual é proibida pela Convenção Americana dos Direitos do Homem e pela atual Constituição³⁸.

34 Nesse sentido: MACHADO, Agapito. O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 722, p. 394, 1995.

35 Cf. RTJ 92/1095, 95/124; JUTACRIM 75/368, 89/262, 91/142, 96/142; RJD 05/91; RT 448/394, 399/303, 519/416, 633/306, *apud* FRANCO, Alberto da Silva *et alli*. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. v. 1. t. 2. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 3693 e ss.

36 Na jurisprudência: RT 399/283, 412/401, 558/319, 728/562; JUTACRIM 46/353, 77/143, 94/199; na doutrina: FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*. v. 5. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943, p. 552; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 417; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. v. 4. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 187; NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. v. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 302.

37 Cf. ASSIS, Araken de. Execução da tutela antecipada. *Processo de Execução*. Coord.: Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 60.

38 Cf. GRINOVER. Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *Contempt of Court*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 102, p. 219 e ss., abr./jun. 2001.

Ou seja, pretendeu-se inserir um sistema de *Contempt of Court* Penal Indireto (*penal*, porquanto a aplicação da medida restritiva de liberdade não ocorre nos próprios autos processuais, mediante a provocação do interessado, mas em sede de persecução penal; *indireto*, pois não há a prisão imediata do recalcitrante, salvo hipótese de prisão em flagrante: exige-se um procedimento incidental sujeito a rigorosos requisitos e em trâmite perante o juízo criminal), contraposto ao sistema de *Contempt of Court* Civil Direto praticado nos países anglo-saxões.

Note-se, porém, que a extração de peças para oferecimento de denúncia pelo Ministério Público ou a abertura de inquérito policial é medida subsidiária, que somente se aplica quando a imposição de multa diária e a instauração de um procedimento expropriatório se revelarem inaptas para suscitar o cumprimento da obrigação e desestimular os atos de protelação e de chicana praticados pelo devedor.

Portanto, visto que a Constituição Federal proíbe expressamente a prisão por dívida, salvo no caso de obrigação alimentícia (art. 5º, inciso LXVII), poder-se-ia entender que não caberia a prisão civil como mecanismo de compelir o obrigado ao cumprimento das decisões mandamentais, só podendo ser usado em último caso, nas situações em que não se consegue vislumbrar um outro meio de obrigar o réu ao seu cumprimento.

De qualquer maneira, um sistema de

Contempt of Court Criminal Indireto pouco resolve o problema da efetividade do processo civil. Aliás, esse retributivismo que nele se encerra pouco se compadece com os propósitos utilitaristas da ciência processual.

Em primeiro lugar, porque, para o autor, a responsabilidade penal do réu é o que menos importa, eis que o seu interesse imediato é o resguardo da utilidade do processo principal³⁹.

O indiciamento do desobediente não faz com que este se apresse a cumprir a ordem judicial, pois, enquanto a persecução se arrasta claudicante, a esfera jurídica do demandante beneficiário de uma decisão liminar antecipatória continua a ser ameaçada pelo perigo de dano.

O enfoque penal não cria, portanto, uma solução para o deslinde da questão, que continua intocada: como coibir a desobediência à ordem liminar?⁴⁰

Com outras palavras, a imposição da sanção criminal atende o ímpeto revanchista do autor contra o mal que o réu lhe causou (ética retributivista), mas não satisfaz o demandante com a realização específica da prestação a que faz jus (ética utilitarista).

Em segundo lugar, porque, mesmo que se acate a caracterização do delito (como aqui se faz), há de se ver que ele tem pequena repercussão prática, pois a sanção cominada é insignificante (detenção de 15 dias a 6 meses, e multa), propiciando as vantagens da Lei nº 9.099/95 (o que faz com que, muitas vezes, o réu seja perdoado mediante a entrega de uma “sacola de cesta básica” a uma instituição de caridade). É dizer: no campo penal, as conse-

39 Cf. SHIMURA, Sérgio. A eficácia das medidas liminares. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 107.

40 Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liminares: alguns aspectos polêmicos*. *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre liminares*. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 165.

qüências são tão diminutas que não servem de desestímulo à desatenção à ordem judicial⁴¹.

8. Conclusão

A despeito da prodigalidade das normas direcionadas à repressão da litigância de má-fé, o Código de Processo Civil tem sido, nesse aspecto específico, um diploma legal pouco efetivo.

Como se não bastasse a abundância de normas, nelas se prevêm sanções relativamente severas, em geral dosadas com proporcionalidade e razoabilidade. Porém, como já se viu, essa hipertrofia legislativa a respeito do combate à má-fé processual tem contribuído para uma assimilação assimétrica dessas regras pela comunidade forense, o que, em uma certa medida, contribui para que elas sejam pouco ou mal aplicadas.

Daí a conveniência da edição de um dispositivo geral de repressão à litigância de má-fé, que reúna em si todas as suas possibilidades aplicativas e que preveja, de maneira unificante e unificadora, as sanções comináveis e os critérios de sua dosagem.

No entanto, pôde-se verificar que o maior inimigo da efetividade do subsistema processual de combate à má-fé processual tem sido a *tolerância cultural* arraigada no âmbito da classe judiciária (em especial da classe dos juízes dos tribunais superiores).

Aliás, de modo geral, há tempos a Sociologia Jurídica tem se debruçado sobre o problema da efetividade das normas de Direito e constatado que parte significativa desse problema tem as suas raízes em fatores eminentemente culturais.

Segundo Jean Carbonnier:

“C’est encore à susciter cette modestie

que s’emploie la sociologie juridique lorsqu’elle révèle aux lois avec quelle fréquence elles peuvent rester lettre morte. Le droit dogmatique s’intéresse peu à l’application des lois. C’est qu’au fond du cœur il la suppose parfaite. S’il advient que, dans un cas particulier, une loi soit enfreinte, les sanctions qui se déclenchent a lors ne sont que la forme suprême de son application. L’observation sociologique, au contraire, découvre d’innombrables phénomènes d’ineffectivité: beaucoup de lois ne s’appliquent pas ou ne s’appliquent que partiellement – que ce soit par une impuissance inhérente à leur nature, ou par la mauvaise conscience, la tolerance, voire la paresse des pouvoirs publics, ou par la résistance des sujets, soit active, soit passive”.⁴²

As palavras desse jurista-sociólogo são luminosas, porque põem de lado algumas estreitezas mentais que vêm empobrecendo um melhor estudo da efetividade no Direito, especialmente no direito processual civil.

Como bem pude analisar em artigo anterior de minha autoria:

“Quando se discursa a respeito da efetivação das resoluções judiciais, tende-se a restringir o enfrentamento da questão a uma análise dos instrumentos coercitivos, de caráter psíquico ou físico, de atuação direta ou indireta, conjecturados pelo sistema jurídico para serem impostos contra os infratores das normas jurídicas. (...) Ora, se é verdade que a efetividade de uma norma jurídica pode ser reforçada pelo tônus intimidatório que a sanção nela prevista inspira, também é incontestável que a absorção cultural desta norma pela comunidade

⁴¹ Cf. PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 208-209, nota 452.

⁴² *Effectivité et ineffectivité de la règle du droit*. A.S., 1958, p. 511; *idem*. *Sociologie juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1978, p. 366-367.

jurídica – seja pelos jurisdicionados que a respeitam, seja pelos julgadores que a aplicam concretamente – é de vital importância para que a norma jurídica amolde de fato o comportamento de seus destinatários. (...) Os comportamentos há anos se reiteram; a velha cultura já está bem sedimentada; várias estruturas de dominação social já foram cristalizadas. Logo, dentro de uma perspectiva menos dogmática do que sociológica, tanto maior será a resistência às mudanças quanto maiores forem as contradições existentes entre as premissas teóricas que infundiram as novas normas (no caso, a ideologia das tutelas jurisdicionais diferenciadas) e os velhos pressupostos jurídico-teóricos que inspiraram o sistema antigo receptor dessas normas (a saber, a ideologia da ordinariedade formal do processo). De fato, essas resistências se devem à contínua estabilidade experimentada pela maioria das estruturas jurídicas, as quais, a par da constante mudança do cenário social, persistem em preservar a sua ‘identidade’.”⁴³

Daí se vê que a internalização das inovações jurídicas, especialmente no direito processual civil, passa a ser filtrada por intermédio de critérios científicos de relevância próprios, razão por que as novas regras jurídicas tendem a serem interpretadas de acordo com a mentalidade preexistente, o que, não raro, lhes desfigura o *telos* (aliás, nada pode imobilizar mais a função social do subsistema de repressão à litigância de má-fé do que interpretar as suas normas segundo a cultura de tolerância que sempre logrou entorpecer o cotidiano forense brasileiro).

Por isso paira algum pessimismo sobre a aplicação dessas normas pelos Tribunais brasileiros, cujas interpretações, ao invés de serem esculpidas à luz de uma lealdade intollerante a astúcias e artimanhas, ainda têm se curvado à crença subliminar de que o processo é um jogo, no qual vence o mais esperto.

Dentro de uma postura enclausurada, o subsistema de combate à má-fé processual ainda terá de conviver com a falta de penetração dos seus intérpretes, embebidos ainda em um certo conservantismo paralisante.

43 As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 121, p. 275-301, mar. 2005.

Juizados Especiais Criminais e celeridade processual (Juizados Especiais Criminais para crimes de maior potencial ofensivo?)

Roberto da Silva Oliveira

Juiz Federal da Seção Judiciária de São Paulo. Mestre e Doutor em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra.

SUMÁRIO: 1. Juizados Especiais Criminais e celeridade processual. 2. Parâmetro adotado pelo constituinte: gravidade do delito. Artigo 98, inciso I, da Constituição da República. 3. Lei nº 9.099/95 e Lei nº 10.259/2001. 4. Juizados Especiais para crimes de maior potencial ofensivo.

1. Juizados Especiais Criminais e celeridade processual.

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, denominada “Lei dos Juizados Especiais Criminais”, em seu artigo 2º, dispõe que “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade...”, e o artigo 62, da mesma Lei, que “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade...”.

É certo que tal Lei trata tanto dos Juizados Cíveis, quanto dos Criminais, portanto a regra do artigo 2º, já mencionada, seria suficiente para se entender que o legislador pretendeu a afetação daqueles princípios, dentre eles, o da celeridade, a ambos Juizados. Porém, para que não restassem dúvidas, e até de forma redundante, o legislador preferiu reassegurar, no artigo 62, igualmente já citado, no Capítulo III, o qual trata dos Juizados Especiais Criminais, a plena aplicação dos princípios informadores previstos no início da Lei, muito embora não conste, neste último artigo, o princípio da simplicidade, presente no artigo 2º da Lei.

Os princípios da *oralidade*, *simplicidade*, *informalidade* e *economia processual*, do modo adotado pela Lei, convergem, todos eles, em direção ao princípio da celeridade.

O artigo 9º do Código de Processo Penal, no que tange ao inquérito policial tradicional, exige a forma escrita, já o desapego ao procedimento escrito, adotado pela Lei nº 9.099/95, representa celeridade na tramitação, posto que, na fase preliminar, somente há a lavratura de termo circunstanciado, e, no decorrer do processo, há uma limitação à documentação dos atos processuais, priorizando-se os debates, bem assim a composição e a transação.

O princípio da *informalidade*, que inspira um processo desenvolvido sem formalidades consideradas inúteis; o da simplicidade, que se traduz em atos processuais praticados da forma mais simples possível, e o da economia processual, que visa uma concentração do maior número possível de atos processuais numa mesma audiência, traduzem-se em vetores que forçam o rápido fluxo processual.

A adoção de todos estes princípios nos leva à afirmação de que a garantia da celeri-

dade processual se concretiza de forma mais plena no âmbito dos Juizados Especiais, em cotejo com a jurisdição comum.

Os Juizados Especiais já estão contribuindo para a tarefa de modernização e agilização da justiça, que são preocupações legítimas da sociedade.¹

2. Parâmetro adotado pelo constituinte: gravidade do delito. Artigo 98, inciso I, da Constituição da República.

O artigo 98 da Constituição da República, em seu inciso I, consagra a necessidade de criação, pela União, pelo Distrito Federal e pelos Estados, de “juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Quis o legislador constituinte que, nas infrações penais menos graves, as chamadas “infrações penais de menor potencial ofensivo”, consideradas pelo legislador ordinário, como as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial (artigo 61 da Lei nº 9.099/95), o processo fosse célere, indicando a adoção de procedimentos expeditos e o julgamento de recursos não pelos tribunais tradicionais, mas por turmas de juízes de primeira instância.

Todavia, não há razão para se afastar o mesmo ideal de celeridade nos chamados crimes de maior potencial ofensivo, os quais, até com maior razão, deveriam ter sido objeto de previsão pelo legislador constituinte.

3. Lei nº 9.099/95 e Lei nº 10.259/2001.

A Lei nº 9.099/95 veio atender à norma insculpida no artigo 98 da Constituição Federal, criando os Juizados Especiais, mas, no que concerne à Justiça Federal, somente com a edição da Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, que acrescentou parágrafo único no referido artigo da Carta Magna, no sentido de que “Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”, explicitando, assim, a necessidade de implantação de tais Juizados no seio da Justiça Federal, é que se criaram as condições para a edição da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.

Esta Lei prevê, em seus dois primeiros artigos, o seguinte:

“Art. 1º São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Art. 2º Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.”²

A definição de infração penal de menor potencial ofensivo está no artigo 61 da Lei nº 9.099/95:

“Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”³

À luz destes dispositivos legais, verifica-se que são aplicáveis no Juizado Especial

1 SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 128.

2 Redação dada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

3 Redação dada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Federal Criminal, os mesmos princípios norteadores do Juizado Especial instituído pela Lei nº 9.099/95, dentre eles, o da celeridade.

O Código Penal prevê uma série de penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 43 e seguintes, na redação da Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, que podem ser objeto de transação penal (artigo 72 e 76 da Lei nº 9.099/95), proposta e aceita pelo autor do fato em audiência preliminar.

A transação penal, neste diapasão, é materialização da celeridade processual e todos os institutos previstos na Lei nº 9.099/95 tendem à rapidez, como a dispensa de inquérito policial, com adoção de termo circunstanciado, e, ainda, a possibilidade de procedimento sumaríssimo, de que trata o artigo 77 da mencionada Lei.

A transação penal, desde que oferecida pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato e seu defensor, nas hipóteses de infrações penais de menor potencial ofensivo, evita todo o desenrolar de um procedimento criminal, o que ocorria antes da vigência da Lei nº 9.099/95, portanto, é consenso que leva à extrema celeridade da resposta penal.

Com o advento da Lei nº 9.099/95, foi criado um novo procedimento, com vistas à efetividade da administração da justiça penal.

Na verdade, a criação dos Juizados Especiais Criminais possui notável função social, no que se refere às infrações penais de menor potencial ofensivo, nas quais não há necessidade de imposição de pena privativa de liberdade.

A Lei referida tem a finalidade de submeter aquelas infrações a um procedimento especial, observados os princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, ou seja, restritiva de direitos ou multa.

As penas mais graves devem ser reser-

vadas aos criminosos mais perigosos, que cometem crimes que necessitam de reprimenda mais rigorosa.⁴

4. Juizados Especiais para crimes de maior potencial ofensivo.

Partindo da premissa, verdadeira, de que o atual sistema de investigação criminal é obsoleto e de que há uma gama de crimes, de difícil investigação, que está a exigir a adoção de um novo sistema que seja mais eficaz contra a chamada criminalidade de maior potencial ofensivo, surge a idéia da adoção de um Juizado Especial para processo e julgamento de infrações penais de maior repercussão.

Do mesmo modo que o legislador constituinte optou pela celeridade nas chamadas “infrações penais de menor potencial ofensivo”, fica clara, diante da criminalidade do mundo moderno e globalizado, a necessidade do estabelecimento de novo parâmetro para persecução penal de determinados crimes, cuja investigação é prejudicada. Uma vez que o inquérito policial, nos moldes atuais, não atende seu objetivo, de esclarecimento da materialidade delitiva e de sua autoria, no que diz respeito aos citados crimes, o que leva, no mais das vezes, à impunidade.

A mera especialização de varas para processar e julgar crimes contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro, por si só, é insuficiente para fazer frente ao desafio de tornar possível uma justa aplicação da lei penal.

Estes novos Juizados poderiam até ser objeto de Emenda Constitucional, tendente a demonstrar a vontade do povo de que ocorra a necessária celeridade e o afastamento da impunidade nos crimes graves, tais como aqueles praticados contra o sistema financeiro, a lavagem de dinheiro, o tráfico

4 SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 100.

de entorpecentes, os crimes contra o erário público e os crimes praticados por organizações criminosas.

Países como Espanha, Itália, França, Alemanha, México e Argentina já possuem bem sucedidos instrumentos de investigação preliminar que agilizam o trabalho da justiça.

Este novo modelo poderia compreender a continuação da investigação por parte da autoridade policial, mas acompanhada de perto pelo Ministério Público, com apenas uma instrução criminal.

O juiz decidiria sobre alguns aspectos da investigação preliminar, tais como decretação de busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico, fiscal ou bancário, decretação de prisão cautelar e a realização de provas tendentes ao pleno esclarecimento dos fatos objetos da investigação.

A um outro juiz caberia o julgamento da ação penal, a fim de que não haja qualquer violação do sistema acusatório adotado em nosso país.

Para que este Juizado funcionasse, a contento, seria necessária a plena integração entre os diversos órgãos estatais que possam contribuir com a elucidação do ilícito penal: Banco Central do Brasil, Secretaria da Receita Federal, Ministério da Justiça etc., possibilitando o rápido acesso às informações constantes de cada órgão.

Merece destaque a proposta apresentada pelo Superior Tribunal de Justiça nesta linha, a qual já foi objeto de projeto de lei, que tramitou pela Câmara

dos Deputados, atualmente arquivado.⁵

O projeto previa a aplicação da investigação preliminar nos crimes contra a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, a ordem econômica, a administração e o patrimônio públicos, aqueles praticados por organizações criminosas e os de lavagem de dinheiro.

Nada obsta que se acresçam a esta idéia outros crimes, que possam ser considerados de alta lesividade social, tais como aqueles declarados pela Constituição Federal como inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, por exemplo, tráfico ilícito de entorpecentes, tortura e terrorismo (artigo 5º, inciso XLIII); bem como aqueles declarados inafiançáveis e imprescritíveis, quais sejam o racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito (artigo 5º, inciso XLII e XLIV da Carta Magna).

A direção dos atos de investigação fica-

5 Projeto de Lei nº 5.047/2005.



“Assassino ameaçado”, René Magritte, 1927, óleo sobre tela, 150,4 cm × 195,2 cm, Museu de Arte Moderna, New York, EUA

ria com o Ministério Público. Nos países que adotam o juizado de instrução criminal não há um modelo puro, no que se refere à instrução preliminar feita por juiz ou pelo promotor.

Na Espanha, a regra geral é a de que a instrução fica a cargo do juiz instrutor, cuja investigação é prioritária, mas o promotor funciona como um investigador paralelo.

Na França, a instrução preliminar tanto pode ser feita pelo juiz, quanto pelo Ministério Público, dependendo do caso, uma vez que ambos integram a magistratura.

Na Itália e em Portugal, o Ministério Público é incumbido de proceder à investigação preliminar e os atos são considerados como procedimento judicial pré-processual, já que o Ministério Público também integra a magistratura, mas o juiz intervém para praticar alguns atos de garantia e controle.⁶

De acordo com o projeto, incumbiria ao Ministério Público, de ofício ou provocado, realizar a apuração preliminar, impondo aos órgãos da Administração Pública o dever de dar ciência de indícios da prática de crime ao Ministério Público, no decorrer de inquérito administrativo ou procedimento investigatório, podendo ser designado um representante do órgão para acompanhamento da apuração criminal.

A autoridade policial manteria o poder de proceder diligências urgentes, no caso de direto conhecimento da ocorrência da infração penal, devendo encaminhar o material colhido ao Ministério Público.

Ao receber o procedimento investigatório, o Ministério Público ofereceria denúncia, promoveria o arquivamento, instauraria inquérito ou requisitaria a realização de diligências complementares.

Pelo projeto, o Ministério Público pode-

ria praticar, diretamente ou por intermédio da polícia, os atos que normalmente são atribuídos à polícia judiciária.

No caso de urgência e para evitar prejuízo às investigações, o juiz poderia praticar atos de instrução prévia.

Havia previsão do juiz, de ofício, no curso do procedimento administrativo pré-processual, decretar medidas assecuratórias, podendo realizar diligências pessoalmente.

O projeto previa, também, o impedimento ao juiz que promoveu a colheita de provas para processar e julgar a futura ação penal.

Ficaria vedado o arquivamento do inquérito pelo Ministério Público.

No que tange à crítica da figura do “juiz investigador”, tem se justificado a necessidade de retirar o juiz da condição de mero expectador da persecução penal.⁷

Uma coisa é certa, ainda que não se adote o modelo sugerido no projeto, algo deve ser feito, no sentido de uma modificação estrutural que garanta uma eficaz persecução dos crimes de maior potencial ofensivo, uma vez que o crime organizado foi identificado como a principal ameaça à paz mundial no século XXI, no 11º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, ocorrido em Bangkok, Tailândia, em abril de 2005.⁸

Neste evento foram discutidos cinco pontos principais:

- a) medidas efetivas para o combate ao crime organizado transnacional;
- b) cooperação internacional contra o terrorismo e suas conexões com outras atividades econômicas;

6 LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

7 FONSECA, José Arnaldo da. *Juizado de instrução criminal*. Propostas da Comissão de Altos Estudos da Justiça Federal. Brasília: Conselho da Justiça Federal, v. 1, p. 39.

8 Notícia veiculada no site das Nações Unidas, Escritório contra Drogas e Crime, disponível em “http://www.unodc.org/brazil/press_release_2005-04-18a.html”.

c) ameaças e tendências da corrupção no século XXI;

d) crimes econômicos e financeiros: desafios ao desenvolvimento sustentável;

e) cinquenta anos de experiência em medidas-padrão na prevenção ao crime e de justiça criminal.

Paralelamente, foram reunidas seis oficinas de trabalho, que discutiram os seguintes assuntos:

a) fortalecimento da cooperação internacional no cumprimento das leis, incluindo medidas de extradição;

b) reforma da justiça criminal, incluindo a chamada justiça restaurativa;

c) boas práticas na prevenção ao crime, principalmente em relação à violência urbana e aos jovens em situação de risco;

d) combate ao terrorismo, com ênfase nas Convenções Internacionais relevantes e seus protocolos;

e) crime econômico, incluindo a lavagem de dinheiro;

f) crimes virtuais, relacionados à tecnologia da informação.

Bibliografia

FONSECA, José Arnaldo da. *Juizado de instrução criminal*. Propostas da Comissão de Altos Estudos da Justiça Federal. Brasília: Conselho da Justiça Federal, v. 1, p. 39.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Juizados Especiais Criminais*. Saraiva: São Paulo, 1997.



Jurisprudência em destaque

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CÍVEL

0005067-86.2002.4.03.6100

(2002.61.00.005067-0)

Argüente: ISO CHAITZ SCHERKERKEWITZ

Argüida: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA

Classe do Processo: ArgInc 18

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/05/2012

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. LIMITES À DEDUÇÃO DAS DESPESAS COM INSTRUÇÃO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 8º, II, “B”, DA LEI Nº 9.250/95. EDUCAÇÃO. DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL. DEVER JURÍDICO DO ESTADO DE PROMOVÊ-LA E PRESTÁ-LA. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO. NÃO TRIBUTAÇÃO DAS VERBAS DESPENDIDAS COM EDUCAÇÃO. MEDIDA CONCRETIZADORA DE DIRETRIZ PRIMORDIAL DELINEADA PELO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE GASTOS COM EDUCAÇÃO VULNERA O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

1. Arguição de inconstitucionalidade suscitada pela e. Sexta Turma desta Corte em sede de apelação em mandado de segurança impetrado com a finalidade de garantir o direito à dedução integral dos gastos com educação na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física de 2002, ano-base 2001.

2. Possibilidade de submissão da *quaestio juris* a este colegiado, ante a inexistência de pronunciamento do Plenário do STF, tampouco do Pleno ou do Órgão Especial desta Corte, acerca da questão.

3. O reconhecimento da inconstitucionalidade da norma afastando sua aplicabilidade

não configura por parte do Poder Judiciário atuação como legislador positivo. Necessidade de o Judiciário - no exercício de sua típica função, qual seja, averiguar a conformidade do dispositivo impugnado com a ordem constitucional vigente - manifestar-se sobre a compatibilidade da norma impugnada com os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Compete também ao Poder Judiciário verificar os limites de atuação do Poder Legislativo no tocante ao exercício de competências tributárias impositivas.

4. A CF confere especial destaque a esse direito social fundamental, prescrevendo o dever jurídico do Estado de prestá-la e alçando-a à categoria de direito público subjetivo.

5. A educação constitui elemento imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao exercício da cidadania e à livre determinação do indivíduo, estando em estreita relação com os primados basilares da República Federativa e do Estado Democrático de Direito, sobretudo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Atua como verdadeiro pressuposto para a concreção de outros direitos fundamentais.

6. A imposição de limites ao abatimento das quantias gastas pelos contribuintes com educação resulta na incidência de tributos sobre despesas de natureza essencial à sobrevivência do indivíduo, a teor do art. 7º, IV, da CF, e obstaculiza o exercício desse direito.

7. Na medida em que o Estado não arca com

seu dever de disponibilizar ensino público gratuito a toda população, mediante a implementação de condições materiais e de prestações positivas que assegurem a efetiva fruição desse direito, deve, ao menos, fomentar e facilitar o acesso à educação, abstando-se de agredir, por meio da tributação, a esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos na parte empenhada para efetivar e concretizar o direito fundamental à educação.

8. A incidência do imposto de renda sobre despesas com educação vulnera o conceito constitucional de renda, bem como o princípio da capacidade contributiva, expressamente previsto no texto constitucional.

9. A desoneração tributária das verbas despendidas com instrução configura medida concretizadora de objetivo primordial traçado pela Carta Cidadã, a qual erigiu a educação como um dos valores fundamentais e basilares da República Federativa do Brasil.

10. Arguição julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)” contida no art. 8º, II, “b”, da Lei nº 9.250/95.

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, julgar procedente a arguição de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade da expressão “até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)” contida no art. 8º, II, “b”, da Lei nº 9.250/95, devendo os autos retornarem à Turma para o prosseguimento do julgamento da apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 28 de março de 2012.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade acolhida, por maioria, pela Sexta Turma deste C. Tribunal Regional Federal em sede de apelação em mandado de segurança, o qual fora impetrado objetivando garantir o direito à dedução integral dos gastos com educação na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física de 2002, ano-base 2001.

Na origem, sustenta o impetrante conflito hierárquico em relação aos arts. 43 e 44 do Código Tributário Nacional, bem como a inconstitucionalidade, por ofensa aos arts. 6º, 23, V, 145, § 1º, 153, III, e 205 da Constituição Federal, do art. 8º, II, “b”, da Lei nº 9.250/95, art. 1º, *caput*, da Instrução Normativa nº 65/96 e art. 81, *caput* e § 1º, do Decreto nº 3.000/99, os quais impõem ao contribuinte limite à dedução das despesas efetuadas com instrução na declaração de imposto de renda.

Busca, assim, não se sujeitar à regra inserta nos dispositivos impugnados, deduzindo integralmente da base de cálculo do tributo em comento todos os pagamentos relacionados à educação de sua prole e de sua esposa no período citado.

Deferida a medida liminar pleiteada (fls. 40/49), a União agravou da decisão, obtendo determinação para que o autor depositasse em juízo a quantia controvertida (fls. 81/82), providência atendida às fls. 96/98.

A sentença de primeiro grau, refutando a tese de conflito hierárquico com o CTN e de inconstitucionalidade das normas contestadas, julgou improcedente o pedido deduzido na inicial, denegando a segurança.

Em apelação, amparando-se nos mesmos argumentos aventados na exordial, pugna o requerente pela reforma do *decisum*.

Com contrarrazões das partes, o Mi-

nistério Público Federal ofertou parecer pelo improvimento do apelo.

Levado o feito a julgamento perante a E. Sexta Turma desta Corte, foi suscitado o presente incidente de Arguição de Inconstitucionalidade da expressão “até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)” inserta no art. 8º, II, “b”, da Lei nº 9.250/95, nos termos do art. 97 da Constituição, art. 481 e seguintes do CPC e art. 172 e seguintes do RITRF-3ª Região. Manifestando-se a representante do MPF pelo acolhimento, a arguição foi acolhida pela maioria dos membros do órgão fracionário, nos termos do voto da e. Des. Fed. Regina Costa, vencido o Relator (fls. 235/248v).

Encaminhados ao Órgão Especial por redistribuição a esta Relatoria, os autos vieram à conclusão.

À fl. 255, o *parquet* federal opinou pela improcedência da arguição.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Trata-se de arguição de inconstitucionalidade acolhida, por maioria, pela Sexta Turma deste E. Tribunal Regional Federal em sede de apelação no Mandado de Segurança nº 2002.61.00.005067-0, de Relatoria do e. Des. Fed. Lazarano Neto.

Ingressou o impetrante com o presente *mandamus* objetivando garantir o direito à dedução integral dos gastos com educação na declaração do Imposto de Renda Pessoa Física de 2002, ano-base 2001, afastadas as limitações impostas pelo art. 8º, II, “b”, da Lei nº 9.250/95, art. 1º, *caput*, da Instrução Normativa nº 65/96 e art. 81, *caput* e § 1º, do Decreto nº 3.000/99.

Para tanto, alega que os preceitos normativos mencionados, além de conflitarem com os arts. 43 e 44 do CTN, estariam inquinados de vício de inconstitucionalidade por violação aos arts. 6º, 23, V, 145, § 1º, 153, III, e 205 da Constituição da República.

A ementa do julgamento que decidiu pelo acolhimento da presente arguição, de lavra da e. Des. Fed. Regina Costa, foi redigida nos seguintes termos:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. DESPESAS RELATIVAS À EDUCAÇÃO. DEDUÇÃO. LIMITE ANUAL INDIVIDUAL PREVISTO NO ART. 8º, INCISO II, ALÍNEA B, DA LEI Nº 9.250/95. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 172 E SEQUENTES DO RITRF-3ª REGIÃO E ART. 97, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I - O conceito de renda encontra-se delimitado constitucionalmente, traduzindo acréscimo patrimonial, riqueza nova, que vem se incorporar a patrimônio preexistente, num determinado período de tempo (art. 153, III, da Constituição Federal e arts. 43 a 45, do CTN).

II - Ao vedar ao contribuinte o abatimento da integralidade das despesas com instrução própria e de seus dependentes, impedindo-o de deduzir qualquer importância que exceda o limite legal autorizado, o legislador ordinário acabou por subverter o conceito constitucional de renda, sendo de rigor, por conseguinte, a declaração de inconstitucionalidade do art. 8º, II, b, da Lei 9.250/90.

III - A proibição de dedução integral das despesas de instrução efetivamente incorridas pelo contribuinte revela-se incompatível com o dever imposto ao Poder Público, pela Carta da República de 1988, de promover e incentivar a educação, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

IV - Deve ser reconhecida a inconstitu-

cionalidade *incidenter tantum* da expressão ‘até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)’, contida na alínea ‘b’, do II, do art. 8º da Lei 9.250/95, para, por conseguinte, excluir a limitação de deduções com gastos em educação da base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Física.

V - Incidente de arguição de inconstitucionalidade acolhido, a teor do art. 97, da Constituição Federal, art. 481 e seguintes do Código de Processo Civil, bem como do art. 172 e seguintes do RITRF-3ª Região.”

Na Sexta Turma, em virtude do disposto no art. 97 da Carta Maior, art. 481 do CPC e art. 11, parágrafo único, “g”, do Regimento Interno deste Tribunal, bem como em razão da relevância e plausibilidade da questão constitucional suscitada, votei pelo acolhimento da arguição a fim de submeter a este c. Órgão Especial a apreciação do mérito da controvérsia.

A esse respeito, impende destacar não existir decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, tampouco do Pleno ou do Órgão Especial desta Corte Regional, acerca deste ponto, circunstância que, nos termos do art. 481, parágrafo único, do CPC, obstará a submissão da *quaestio juris* a este colegiado.

No entanto, apesar de o Pleno da Corte Maior não haver se manifestado, constata-se existir na recente jurisprudência do Pretório Excelso diversas decisões sobre o tema. Em 08.02.2011, a c. Primeira Turma do STF decidiu, à unanimidade, negar provimento ao agravo regimental interposto em face da decisão monocrática da e. Min. Carmen Lúcia que negara seguimento a recurso extraordinário, o qual, por sua vez, reconheceu a constitucionalidade da fixação de limites dedutíveis referentes a gastos com instrução, consoante ementa que trago à colação:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA.

LIMITES IMPOSTOS À DEDUÇÃO COM EDUCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ATUAR O PODER JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO. PRECEDENTES. JULGADO RECORRIDO FUNDADO EM NORMA INFRACONSTITUCIONAL - LEI Nº 9.250/1995. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

(STF, RE 603060 AgR, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 08.02.2011)

No referido julgamento, assentou-se o órgão fracionário em precedentes do próprio Supremo que acolhem a tese de impossibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se na questão, sob pena de atuar como legislador positivo. Além disso, salientando a necessidade de prévia análise de normas infraconstitucionais (Código Tributário Nacional e Lei nº 9.250/95) para o deslinde da questão constitucional apresentada, o que caracterizaria, ao menos em tese, ofensa indireta à Constituição, a c. Primeira Turma asseverou a inviabilidade de apreciação do tema em sede de recurso extraordinário. Em casos análogos, passaram os Ministros da Suprema Corte a decidir monocraticamente os inconformismos manejados contra decisões de Tribunais que encampam o entendimento de constitucionalidade da limitação à dedução de despesas com instrução.

Entretanto, com a devida vênia ao posicionamento adotado pelo Supremo, entendo não apenas ser possível mas, sobretudo, necessária a manifestação do Judiciário sobre o mérito da questão apresentada, a fim de aferir a conformidade do dispositivo que impõe valor limite a ser dedutível da base impositiva do imposto de renda com a ordem constitucional vigente, consoante as razões a seguir expostas.

Sobre este ponto em particular, consigno desde já que eventual reconhecimento da inconstitucionalidade do preceito questionado não implicaria atuação do Judiciário como

legislador positivo, estabelecendo redução ou isenção de tributos. Ao revés, consubstanciaria legítima intervenção do Poder Judiciário, o qual não estaria inaugurando a ordem jurídica, mas sim suprimindo do ordenamento, no exercício de sua típica função, norma que não guarda pertinência com a Constituição Federal, por comprometer o exercício de direito fundamental que, nos precisos termos do art. 5º, § 1º, tem eficácia plena e imediata.

Passo, então, à análise do mérito da controvérsia.

A Constituição da República de 1988, em diversas normas, assegura a todos, indistintamente, o direito à educação, alçando-o à categoria de direito social fundamental, *in verbis*:

“Art. 6º São direitos sociais a *educação*, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (grifei)

Em seu art. 7º, IV, reforça o compromisso com a educação, dispondo serem “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, *educação*, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. (grifei)

Ao dispor sobre a organização político-administrativa do Estado, a Constituição prescreve no art. 23, V, ser de “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à *educação* e à ciência”. (grifei)

Além disso, o Texto Maior impõe ao Estado, em conjunto com a família e a sociedade, o dever de garantir a educação, a fim de implementar o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205).

Consagra, ainda, em seu art. 208, a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino fundamental e médio em estabelecimentos oficiais, característica tradicional do sistema educacional pátrio e que deriva, também, de princípio aclamado como direito fundamental do homem, nos termos do art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil. Colaciono, a seguir, os dispositivos mencionados:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua

oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.” (grifei)

“Art. 26

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional dever ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos.”

Todavia, conquanto seja a educação direito de todos e dever do Estado, diante da impossibilidade de garantir a todos a efetiva prestação do ensino gratuito em estabelecimento oficiais, permitiu-se a sua exploração pela iniciativa privada, mediante o atendimento dos requisitos previstos no art. 209 da Carta Magna:

“Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

O interessado em frequentar instituições particulares de ensino deve, assim,

submeter-se às condições normais exigidas para estudar em estabelecimentos privados, ou seja, efetuar a contraprestação pelos serviços educacionais, mediante pagamento de mensalidades, além de arcar com as demais despesas inerentes ao ensino.

Em contrapartida, buscando sempre a promoção e a plena efetivação do direito à educação - sobretudo em prol daqueles que dependem de estabelecimentos públicos oficiais - a legislação possibilita aos que utilizam a rede de ensino privado a dedução das despesas realizadas com a instrução própria e de seus familiares em estabelecimentos particulares por meio da técnica de abatimento dos gastos com educação da base de cálculo do imposto de renda de pessoa física. A medida atende aos interesses da própria política educacional estatal, porquanto desonera o ensino público e propicia à Administração melhor alocação de recursos, sempre escassos e insuficientes para atender às necessidades educacionais da população brasileira.

Neste particular reside a controvérsia constitucional sujeita a exame no incidente suscitado, pois, muito embora permita a dedução das despesas com educação, a legislação infraconstitucional, despida de justificativa lógica, econômica ou jurídica, arbitra um determinado valor limite para essa finalidade, sem considerar a essencialidade da atividade educacional, tampouco seu efetivo custo quando transferido esse ônus ao particular.

Eis o teor do art. 8º, II, “b”, da Lei nº 9.250/95, preceito normativo submetido à aferição de conformidade com o texto constitucional na presente arguição:

“Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas:

(...)

II - das deduções relativas:

(...)

b) a pagamentos efetuados a estabelecimentos de ensino relativamente à

educação pré-escolar, de 1º, 2º e 3º graus, cursos de especialização ou profissionalizantes do contribuinte e de seus dependentes, *até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais);*” (grifei)

Dos dispositivos constitucionais transcritos, extrai-se, de modo inquestionável, a elevada importância conferida pela Constituição Federal à educação.

Posto como elemento imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao exercício da cidadania e à livre determinação do indivíduo, o direito à educação guarda estreita relação com os primados basilares da República Federativa e do Estado Democrático de Direito, sobretudo com o princípio da dignidade da pessoa humana, funcionando como verdadeiro pressuposto para a concreção dos demais direitos fundamentais.

O especial destaque emprestado à educação na Carta Política, distinguindo-a sobremaneira dos demais direitos sociais de extração constitucional, advém principalmente dos últimos dispositivos mencionados - arts. 205 e 208 da CF -, os quais, mais do que ressaltar a relevância da educação no desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, prescrevem o dever jurídico do Estado de prestá-la, alçando-a à categoria de direito público subjetivo dos cidadãos.

Esse liame estabelecido expressamente pelo Constituinte Originário, peculiaridade presente também no tocante à saúde (cf. arts. 6º e 196 da CF), revela a absoluta prioridade do Estado na implementação destes direitos, repercutindo também de forma incisiva nos mecanismos disponíveis para se exigir sua efetiva concretização.

Não se pode negar a vocação programática dos preceitos constitucionais que regulam a educação, porquanto enunciam diretrizes e objetivos a serem perseguidos e cumpridos pelos poderes constituídos. Entretanto, ao

consagrar em seu art. 208, § 1º, o direito fundamental à educação com a qualificação de “direito público subjetivo”, a Constituição confere plena eficácia e imediata aplicabilidade à norma, razão porque prescindível ulterior integração normativa para a concretização desse direito, exigível de plano. Essa exegese, aliás, encontra amparo na própria Carta Cidadã ao dispor em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Delineada a educação como direito público subjetivo, surge automaticamente para o Poder Público, sujeito passivo desse direito, o dever jurídico de prestá-la e, como consecutório, põe-se à disposição dos titulares desse direito a faculdade de exigir coercitivamente o adimplemento da prestação correspondente.

A esse respeito, cumpre ressaltar inserir-se o direito à educação, típico direito de viés social conforme consigna expressamente o art. 6º do texto constitucional, juntamente com os direitos econômicos e culturais, na categoria dos direitos fundamentais de segunda geração, cuja concretização demanda, via de regra, atuação positiva do Estado. Esta característica dos direitos fundamentais de segunda geração é usualmente apontada para os distinguir daqueles de primeira geração, compostos pelos direitos individuais e políticos. Isso porque a observância destes últimos, também denominados direitos de liberdade, reclama abstenção do Estado, consubstanciando limites à atuação estatal.

Todavia, embora seja possível divisá-los em categorias distintas, esta partilha de origens históricas não redundará em conflito entre as categorias de direitos. Ao invés de se excluírem, os direitos pertencentes a gerações distintas interpenetram-se e complementam-se reciprocamente. Um dos resultados dessa mútua colaboração é perceptível nas situações em que o atendimento de direitos sociais invoca ação negativa, ou seja, um *non facere*, uma inação estatal, característica imanente aos

direitos fundamentais de primeira geração.

Exemplifica essa hipótese a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “c”, da Constituição, proibindo os entes políticos de instituírem impostos sobre “(...) instituições de educação (...), sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”. Ao vedar a incidência de impostos sobre estabelecimentos de ensino despidos de finalidade lucrativa, impõe a Carta Política óbice insuperável à atuação estatal com o nítido propósito de fomentar e incentivar a educação, direito fundamental de cunho social que incumbe a ele próprio, Estado, concretizar. Assim, ao deixar de agir, e não mediante ação positiva, o Poder Público, deixando de onerar as instituições de ensino enquadradas no dispositivo citado, garante melhores condições de promoção de direito integrante da segunda geração de direitos fundamentais.

A analogia do raciocínio exposto com a questão constitucional posta a deslinde na presente arguição é inevitável. Com efeito, os preceitos constitucionais que descrevem a educação como “direito de todos e dever do Estado” (art. 205), atribuindo-lhe o *status* jurídico de “direito público subjetivo” (art. 208, § 1º), consubstanciam inequívoca limitação ao exercício da competência tributária impositiva conferida aos entes federativos.

Na medida em que o Estado não arca com seu compromisso de disponibilizar ensino público gratuito a toda população, mediante a implementação de condições materiais e de prestações positivas que assegurem a efetiva fruição desse direito - como construção de escolas, contratação de professores, distribuição de material didático etc - deve, ao menos, fomentar e facilitar o acesso à educação, abstando-se de agredir, por meio da tributação, a esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos na parte empenhada para efetivar e concretizar esse direito.

Assim, conquanto a educação consubstancie espécie de direito social, normalmente

implementado mediante uma atividade positiva, um *facere* do Estado, a adequada universalização e promoção deste direito demandaria, neste particular, inércia estatal, consistente na inação do legislador, ou seja, no não exercício de sua competência tributária impositiva.

A não incidência de tributação sobre as verbas despendidas com educação pelos contribuintes possui, portanto, aptidão de produzir os mesmos efeitos da imunidade inscrita no art. 150, VI, “c”, da Constituição, atuando como incentivo à promoção de um direito fundamental e auxiliando o Estado em tarefa que ele, notoriamente, não consegue desempenhar de forma satisfatória por si só.

Em artigo sobre a relação das imunidades tributárias e o direito à educação, Pedro Augustin Adamy sintetiza, com distinta clareza, o entendimento delineado, ressaltando que “os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais - como é o caso da educação - reclamam, no mais das vezes, uma prestação positiva do Estado. Contudo, visto em relação com as imunidades e com base nos dispositivos constitucionais atinentes, o direito à educação possui, também, um caráter negativo-defensivo. Assim, a proteção e concretização do direito social à educação poderá se dar também por meio de um *non facere* estatal. A garantia de *não ação* por parte do Estado, especialmente no que concerne à impossibilidade de instituição de tributos, confere maior efetividade ao direito à educação”. (As imunidades Tributárias e o Direito Fundamental à Educação, Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 19, nº 96, RT, 2011, pp. 101/132)

Com efeito, visa a tributação arrecadar recursos a fim de custear as atividades e serviços estatais direcionados a promover a consecução dos objetivos impostos pela Carta Magna, exemplificados em seu art. 3º (“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar

a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”), bem como a concretização dos direitos fundamentais por ela albergados.

Entretanto, a imposição de limites ao abatimento das quantias gastas pelos indivíduos na efetivação do direito à educação, resultando na incidência de tributos sobre essas despesas, acaba por produzir efeito inverso, obstaculizando o exercício desses direitos.

Constata-se, por conseguinte, não configurar a política de deduções das despesas com educação da base impositiva do imposto sobre a renda favor fiscal ou qualquer outro tipo de beneplácito concedido pelo Estado aos contribuintes. Trata-se, na verdade, de efetiva medida concretizadora de objetivo primordial traçado pela Carta Cidadã, a qual erigiu a educação como um dos valores fundamentais e basilares da República Federativa do Brasil.

Ao deixar de tributar os valores gastos com instrução, o Estado fomenta a educação, facilitando o acesso e promovendo a efetivação desse direito social. Não configura, portanto, simples matéria submetida aos critérios de opção política do Congresso Nacional, pois, antes disso, consubstancia assunto afeto a uma das mais importantes diretrizes delineadas pelo Poder Constituinte Originário, integrante do núcleo básico e intangível de direitos fundamentais albergado pela Constituição de 1988.

O direito à educação, por ser direito fundamental - assim entendido como aquele insito a todos os indivíduos em razão da própria natureza de pessoa humana que ostentam - de eminente essencialidade, porquanto imprescindível para o desenvolvimento e fruição dos demais direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna, não se sujeita aos arbítrios do Legislador, tampouco aos critérios de conveniência e oportunidade do Executivo, os quais

podem apenas ampliar seu o alcance, jamais reduzi-lo ou suprimi-lo.

Seguindo o escólio de J. J. Gomes Canotilho, oportuno destacar, nesse aspecto, a influência do intitulado Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, vetor hermenêutico e guia do Estado na busca pela execução dos objetivos precípuos estatuídos pela Lei Maior, sobretudo quando relacionados com a tutela de direitos fundamentais. Explica o autor, sobre o postulado, que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”. (*Direito Constitucional*, 6ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1993, p. 227)

Assim, se a Constituição da República estabelece ser dever do Estado prover educação, correspondendo a esta obrigação a possibilidade de se exigir a implementação material dos pressupostos básicos para a plena fruição deste direito, avulta-se a inconstitucionalidade da norma que veda ou restringe a dedução das despesas com instrução da base de cálculo do imposto de renda.

Ao fazer incidir a exação sobre os valores despendidos para assegurar a concretização do direito à educação, o Estado - que, repita-se, não cumpre seu mister constitucional de garantir a todos, de forma plena e satisfatória, acesso ao ensino público gratuito de qualidade - onera, pela via da tributação indireta, o exercício deste direito fundamental social, enquanto deveria, consoante dispõe o Texto Maior, incentivar e prover a efetivação desse direito. Flagrante, assim, o vilipêndio às diretrizes e objetivos mais caros eleitos pelo Constituinte, bem como a violação das normas constitucionais que consagram o direito à educação.

Não bastassem os argumentos até aqui aventados, análise do conceito de renda e da significação do princípio da capacidade contributiva - por meio dos quais se podem projetar as balizas postas ao legislador no tocante à determinação da base impositiva do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza - reforça ainda mais a incompatibilidade da norma impugnada com a Constituição Federal.

Buscando esclarecer a questão de forma objetiva e a fim de evitar digressões impertinentes, considerar-se-á o termo “proventos de qualquer natureza” espécie da qual a palavra “renda” constitui o gênero, possibilitando-se, assim, concentrar a argumentação nos aspectos mais relevantes da discussão.

Embora estabeleça em seu art. 153, III, competir à União “instituir impostos sobre: (...) III - renda e proventos de qualquer natureza”, a Carta Magna não traz em seu bojo, de forma expressa, a definição de renda. Atendendo aos limites constitucionalmente estabelecidos, o Código Tributário Nacional trata do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza em seus arts. 43 e 44, prevendo as hipóteses de incidência do referido tributo e sua base de cálculo:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

(...)

Art. 44. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.”

Exegese do dispositivo constitucional referido em conjunto com o CTN revela,

assim, consistir a renda no acréscimo patrimonial experimentado pela pessoa, física ou jurídica, e que se agrega a seu patrimônio em certo lapso, representado pelo recebimento em pecúnia como retribuição de serviços de qualquer natureza.

No mesmo sentido, o C. Supremo Tribunal Federal já consignou não ser “possível a afirmativa no sentido de que possa existir renda ou provento sem que haja acréscimo patrimonial, acréscimo patrimonial que ocorre mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso (...)” (RExt nº 117.887-6/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 11.02.93)

Doutrinadores de relevo defendem, ainda, a existência de conceito constitucional, ainda que implícito, de renda, extraível da própria Constituição mediante análise sistêmica de suas normas e princípios, ratificando a definição proposta acima. Conquanto não haja convergência acerca de todos os elementos básicos que integrariam o conceito pressuposto de renda, todos o atrelam, inafastavelmente, à ideia de incremento patrimonial.

Nesta linha, José Artur Lima Gonçalves, ressaltando que o “texto constitucional serviu-se da técnica de referir-se ao critério material da regra-matriz de incidência tributária para o fim de proceder à repartição de competência tributária impositiva”, assevera não estar à disposição do legislador ordinário a delimitação do conceito de renda.

Prossegue o autor salientando a impossibilidade de se admitir raciocínio contrário, sob pena de se “conferir ao legislador infraconstitucional competência para bulir com o âmbito das próprias competências tributárias impositivas constitucionalmente estabelecidas, o que é - para quem aceita o pressuposto básico do escalonamento hierárquico da ordem jurídica - impossível. A própria Constituição fornecerá, portanto, ainda que de forma implícita, haurível de sua compreensão sistemática, o conteúdo do conceito de renda por ela - Constituição - pressuposto.” (*Imposto*

Sobre a Renda, pressupostos constitucionais, 1ª ed., 2ª tiragem, Malheiros, São Paulo, 1997, pp. 170/171.)

Assim, diante do contorno mínimo do significado do termo posto pela Constituição, a atuação do legislador ordinário no exercício de suas competências tributárias fica inarredavelmente vinculada e limitada ao conteúdo dessa definição de extração constitucional, sobretudo no que diz respeito à determinação do critério material da hipótese de incidência e da base de cálculo da exação incidente sobre a renda auferida pelos contribuintes.

Não possui o legislador infraconstitucional, em decorrência, ampla e irrestrita margem de liberdade para definir o conceito de renda para fins de tributação, somente podendo fazer incidir o gravame sobre os acréscimos patrimoniais experimentados pelos contribuintes, assim considerados como os valores remanescentes após as deduções relacionadas às despesas com o atendimento das necessidades básicas da pessoa, sobretudo e primordialmente aquelas que o próprio Estado se incumbe de prover.

Roberto Quiroga Mosquera, apoiado nas lições do ilustre doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello, defende também a prevalência da noção constitucional de renda:

“Bandeira de Mello aponta que as normas infraconstitucionais não podem conferir aos termos ‘renda’ e ‘proventos’ uma conotação ou denotação transbordantes do sentido admissível na inteligência normal e daqueles demarcados constitucionalmente. Ressalta ainda o ilustre jurista que, caso fosse negada essa assertiva, de que as significações das normas jurídicas de hierarquia inferior devem adequar-se às significações de ‘renda’ e ‘proventos’ presentes no Texto Supremo, os preceptivos constitucionais teriam valência nula, isto é: não se prestam a cumprir sua única e específica função: demarcar, na qualidade de regras superiores, o campo de

liberdade do legislador, assim como de todos os regramentos, atos e intelecções sucessivos. Deveras, se o legislador ou o aplicador da regra pudessem delinear, a seu talante, o campo de restrições a que estão submetidos, através da redefinição das palavras constitucionais, assumiriam, destarte, a função de constituinte.” (*Renda e Proventos de Qualquer Natureza* - O imposto e o conceito constitucional, Dialética, 1996, p. 40).

Logo, diante da inviabilidade de se dissociar a definição de renda da ideia de acréscimo patrimonial experimentado em determinado período, conclui-se que a tributação sobre a renda deve respeitar a conceituação pressuposta inserta no Diploma Fundamental, pois, caso contrário, não estaria configurada a hipótese constitucionalmente prevista da referida exação.

Demais disso, não se pode olvidar a repercussão do princípio da capacidade contributiva - fundamental postulado informador da tributação por meio de impostos - sobre o tema. Assim dispõe o art. 145, § 1º, da CF:

“Art. 145. (...)

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

Impende ressaltar, primeiramente, a distinção feita pela doutrina entre capacidade contributiva objetiva e subjetiva. Consoante discorre Regina Helena Costa em sua obra dedicada ao princípio, enquanto aquela traduziria mera “manifestação de riqueza”, orientando a “atividade de eleição, pelo legislador, de eventos que demonstrem aptidão para concorrer às despesas públicas”,

esta última referir-se-ia “a um sujeito individualmente considerado”, ou seja, “expressa aquela aptidão de contribuir na medida das possibilidades econômicas de determinada pessoa. Nesse plano, presente a capacidade contributiva *in concreto*, aquele potencial sujeito passivo torna-se efetivo, apto, pois, a absorver o impacto tributário”. (*Princípio da Capacidade Contributiva*, 1ª ed., Malheiros, São Paulo, 1993, p. 26)

Embora não haja consenso acerca do significado do termo, pode-se conceituar a capacidade contributiva, com enfoque em seu viés subjetivo - pertinente para o deslinde da questão constitucional apresentada -, como a aptidão concreta de cada indivíduo de suportar a tributação.

A partir dessa acepção e trazendo o debate para o campo do imposto sobre a renda de pessoa física, mediante a aferição da capacidade contributiva de determinado sujeito pode-se distinguir a parcela da renda por ele auferida que traduz verdadeira manifestação de riqueza daquele montante do qual não pode dispor livremente, porque afetado com o atendimento de suas necessidades básicas, ligadas à manutenção e desenvolvimento de seu núcleo familiar.

Decorrendo diretamente do emprego do princípio da igualdade no campo tributário e funcionando como legítimo critério de distinção entre pessoas que se encontram em situações jurídicas díspares, a aplicação do postulado da capacidade contributiva, no que tange aos impostos, atua como verdadeira baliza à atuação do Estado no exercício de suas competências tributárias e também garante a esfera de direitos subjetivos dos contribuintes.

Acerca deste ponto, precisa a abordagem de Roque Antonio Carrazza, salientando que “o princípio da igualdade exige que a lei, tanto ao ser editada, quanto ao ser aplicada: a) não discrimine os contribuintes que se encontrem em situação jurídica equivalente; b) discrimine, na medida de suas desigualdades, os contri-

buintes que não se encontrem em situação jurídica equivalente. No caso dos impostos, estes objetivos são alcançados levando-se em conta a capacidade contributiva das pessoas (físicas ou jurídicas)”. (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, 11ª ed., Malheiros, São Paulo, p. 66)

A utilização do princípio da capacidade contributiva possibilita, portanto, avaliar em cada contribuinte, mediante a análise dos elementos subjetivos pertinentes, aquilo que se denomina “renda tributável”, ou seja, a quantia excedente de renda auferida por cada sujeito, legítimo fator indicativo da capacidade de suportar a incidência de impostos. Além disso, permite garantir respeito ao mínimo vital, na medida em que a tributação apenas incide sobre a parcela de renda que ultrapassa as despesas essenciais do próprio contribuinte e de sua prole.

E, por meio da aferição da capacidade contributiva de determinado indivíduo, delimita-se também o campo de atuação do legislador, o qual não pode, a pretexto de fixar a base de cálculo de certo imposto, deixar de considerar em que medida cada pessoa pode contribuir, desprezando, assim, a capacidade individual de figurar como sujeito passivo da relação jurídico-tributária.

Após concluir “que a norma que impõe a observância da capacidade contributiva traduz-se num autêntico princípio” dotado de aplicabilidade imediata e eficácia plena, porquanto consectário do princípio da igualdade, Regina Costa aborda com argúcia as implicações decorrentes do postulado, destacando o fato de tratar-se “de regra geral e abrangente que vem condicionar toda a atividade legiferante no campo tributário, quer na eleição das hipóteses de incidência (no nosso sistema, observadas as regras-matrizes já postas pela Constituição), quer no estabelecimento dos limites mínimo e máximo dentro dos quais a tributação pode atuar, quer, ainda, na graduação dos impostos atendendo às condições pessoais dos sujeitos passivos”. (*op. cit.*, pp. 32 e 49/50).

Sob este enfoque específico, a limitação ou proibição à dedução das despesas com instrução da base de cálculo do imposto de renda mostra-se igualmente incompatível com o sistema normativo, fazendo o tributo recair sobre o contribuinte sem que seja considerada sua situação concreta e particular, pois o abatimento será, evidentemente, ficto, não correspondendo ao verdadeiro valor gasto com educação.

Conjugando-se esses fatores acima examinados - a natureza de direito público subjetivo do acesso ao ensino público e gratuito, o dever do Estado de disponibilizar estabelecimentos com essas características, a existência de conceito constitucional de renda, fundado na ideia de acréscimo patrimonial, e a observância obrigatória do princípio da capacidade contributiva pelo legislador infraconstitucional - a inconstitucionalidade da norma que impõe limites à dedução evidencia-se de forma irretorquível.

Com efeito, os valores despendidos com o atendimento de necessidades básicas, sobretudo aquelas constitucionalmente assim elegidas e garantidas pela Constituição mediante a imposição do dever jurídico do Poder Público em prestá-las, não podem servir de parâmetro para a incidência do imposto de renda, porquanto, além de traduzirem inequívoco decréscimo patrimonial, referem-se a direitos cuja implementação incumbe ao Estado assegurar de forma universal e gratuita.

O exercício de direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República não pode ser, em hipótese alguma, obstado ou dificultado em função do exercício das competências tributárias inerentes aos entes políticos, também disciplinadas constitucionalmente, razão pela qual inviável admitir que as quantias empenhadas na concretização de direitos dessa espécie sejam atingidas pela tributação.

As despesas efetuadas pelo contribuinte com sua educação e de seus dependentes, mais que mera perda de disponibilidade

econômica e jurídica, dizem respeito a gastos efetuados para a satisfação de necessidades fundamentais que deveriam ser supridas pelo Estado, em decorrência de expresso mandamento constitucional. Logo, não podem, a toda evidência, ser consideradas para efeito de apuração da base de cálculo do imposto sobre a renda de pessoa física.

Não é recente a advertência de doutrinadores e juristas no sentido de a supressão ou o estabelecimento de limites às deduções de despesas desse jaez resultar na incidência da exação sobre parte importante e essencial da renda do indivíduo acerca da qual não há qualquer disponibilidade, pois, antes mesmo de integrar definitivamente o patrimônio do contribuinte, se consuma com a satisfação de suas necessidades existenciais para cuja concretização sequer deveria concorrer de forma direta, além do montante já recolhido ao erário por meio de pagamento de tributos.

Sacha Calmon Navarrrro Coelho, ao analisar o imposto de renda das pessoas físicas, alerta que “a eliminação de grande parte das deduções trabalha contra o princípio da capacidade contributiva na faixa dos iguais em rendimentos, mas desiguais nas despesas não supérfluas”. (*Comentários à Constituição de 1988* - Sistema Tributário, 1990, p. 206)

Na mesma linha, Carrazza assevera ser “preciso que a legislação autorize, às pessoas que auferem rendimentos, certas deduções, que lhes garantam a subsistência e a de seus dependentes (deduções com estudos, alimentação, vestuário etc.)”. Elucidando a posição manifestada, expõe o autor:

“Admitamos que duas pessoas têm exatamente os mesmos rendimentos brutos. A primeira, porém, é solteira, não tem dependentes e goza de boa saúde. Já, a outra, casada, tem filhos em idade escolar e, ainda por cima, despende grandes quantia com o tratamento da saúde do cônjuge. *Se a lei não permitir que esta última deduza do imposto de renda*

a pagar todos estes gastos, o imposto passará a ser sobre rendimentos, ferindo, assim, o princípio da capacidade contributiva.

O imposto de renda não pode ser transformado num mero imposto sobre rendimentos, o que ocorre quando a lei não permite abatimentos de despesas necessárias do contribuinte. Ao contrário, a lei deve - em atenção ao princípio da capacidade contributiva - garantir que a renda tributável seja obtida subtraindo-se, da renda global, os gastos necessários do contribuinte, máxime os representados por seus encargos familiares.” (op. cit., p. 80) (grifei)

Assim, na medida em que se limita o abatimento integral de todas as despesas com educação, o legislador desconsidera o dever jurídico estatal de concretizar a educação e subverte o conceito constitucional de renda, impingindo a incidência do imposto sobre valores não integrantes do patrimônio do contribuinte. Transgride, portanto, os limites materiais da norma jurídica tributária, bem como afronta o princípio da capacidade contributiva.

Interessante notar que a norma impugnada guarda em si patente contradição, pois, não obstante reconhecer a não tributabilidade das despesas com educação - a exemplo do tratamento dispensado pela Constituição ao estabelecer a imunidade das instituições de ensino sem fins lucrativos -, estabelece ínfimo limite de dedução, atribuindo efeitos jurídicos distintos à mesma despesa realizada pelo contribuinte.

A conformidade do raciocínio exposto com a ordem jurídica vigente é irrefutável, encontrando paralelo no próprio estatuto que abriga o dispositivo vergastado. A disciplina atribuída aos gastos com saúde - também consagrada como direito social fundamental e cuja prestação gratuita consubstancia dever do Estado - pelo art. 8º, II, “a”, da Lei nº 9.250/95, permitindo-se a dedução

integral dos “pagamentos efetuados, no ano-calendário, a médicos, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionais e hospitais, bem como as despesas com exames laboratoriais, serviços radiológicos, aparelhos ortopédicos e próteses ortopédicas e dentárias”, tem de ser empregada no tocante às despesas com instrução, autorizando-se, sem quaisquer limites, o abatimento de todas as quantias despendidas na realização e concretização do direito à educação, em atenção à máxima *ubi eadem ratio ibi eadem jus* (onde há a mesma razão deve ser aplicado o mesmo direito).

Assim, não se afigura legítima a atuação do Poder Público que, visando suprir a ânsia arrecadatória do Estado, eleva a qualquer custo a base impositiva do imposto de renda, excluindo ou restringindo, sem razão plausível, a possibilidade de se deduzir as despesas efetuadas com a realização do direito à educação para fins de apuração da base de cálculo do imposto de renda.

Ademais, não se pode deixar de constatar que a limitação fixada gera outra consequência nefasta, ao passo que restringe ainda mais o acesso da população de menor poder aquisitivo ao ensino particular. Isso porque o irrisório limite estabelecido, absolutamente incompatível com os valores cobrados por qualquer estabelecimento privado de educação, redundaria na impossibilidade fática de as classes menos favorecidas, mediante a escolha de instituições particulares cujas mensalidades não ultrapassem a quantia limítrofe imposta, ficarem a salvo da incidência de tributos sobre o montante empenhado na consecução desse propósito.

Desta feita, o art. 8º, II, “b”, da Lei nº 9.250/95, ao restringir, de modo drástico e despidido de qualquer critério informador, a dedução das despesas com educação por ocasião da apuração da base de cálculo do imposto sobre renda de pessoa física atua em direção oposta à apontada pelo Constituinte Originário.

rio, menoscabando um dos objetivos primordiais inscritos na Constituição da República, incidindo, por conseguinte, em insuperável vício de inconstitucionalidade.

Ante o exposto, voto por julgar procedente a arguição de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade da expressão “até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)” contida no art. 8º, II, “b”, da Lei nº 9.250/95, devendo os autos retornarem à Turma para o prosseguimento do julgamento da apelação.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA - Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO: Em sessão realizada em 28/03/2012 o Órgão Especial desta Corte, por maioria, julgou *procedente* a arguição de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade da expressão “até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)” contida no artigo 8º, II, “b”, da Lei nº 9.250/95, devendo os autos retornarem à Turma para o prosseguimento do julgamento da apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MAIRAN MAIA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. JOHONSOM DI SALVO, SÉRGIO NASCIMENTO, REGINA COSTA, LÚCIA URSAIA, MÁRCIO MORAES, DIVA MALERBI, MARLI FERREIRA, RAMZA TARTUCE, PEIXOTO JÚNIOR e NEWTON DE LUCCA (Presidente). Vencidos os Des. Fed. ALDA BASTO, ANDRÉ NEKATSCHALOW, PAULO FONTES, BAPTISTA PEREIRA, ROBERTO HADDAD, SALETTE NASCIMENTO e CECÍLIA MARCONDES, que julgavam improcedente a arguição de inconstitucionalidade.

Declaro o meu voto.

Ab initio, é de clareza solar que os juízos que versam sobre inconstitucionalidade - le-

gitimados no art. 97 da Constituição - nem de longe tornam as Cortes Especiais dos Tribunais de Apelação (estaduais e regionais) “legisladores positivos” quando as mesmas se limitam a pronunciar a inconstitucionalidade total ou parcial de dispositivos da legislação comum, sem concomitante edição de regras substitutivas.

A rejeição do Judiciário como legislador positivo em sede de arguição de inconstitucionalidade foi muito bem delineada em 18/5/1994, pelo plenário do STF na ADI-MC nº 1.603 (rel. Min. Celso de Melo), nos termos seguintes:

“A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador.”

Portanto, quando não há risco - como ocorre aqui - da criação de uma regra positiva de conduta que substitui o discurso legal acusado de ofensa a Magna Carta, não há que se falar no impedimento da Corte (ou Órgão) Especial em desempenhar sua missão constitucional legitimada no art. 97 já mencionado.

Passo ao mérito da questão *sub judice*.

Entende o poder público, a teor da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, artigo 8º, inciso II, “b”, com redação dada pela Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007, art. 3º; Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - Regula-

mento do Imposto sobre a Renda (RIR/1999), art. 81; Instrução Normativa SRF nº 15, de 6 de fevereiro de 2001, art. 39, que as despesas com gastos de educação efetuados com o próprio contribuinte ou com outro dependente ou alimentando, têm um *limite* (atualmente de R\$ 2.830, 84).

O tema desperta múltiplos interesses, sendo certo que existe em tramitação o *Projeto de Lei nº 7.475/10, do deputado José Chaves (PTB-PE), que permite a dedução integral dos gastos com educação do Imposto de Renda*. Esse projeto de lei determina a supressão de expressões da Lei nº 9.250, de 1995, com a nova redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007.

Sucede que o limite imposto pela lei significa *tributação de despesa* e não de renda, pois como apontam com rigor as entidades que se debruçam em estudos a respeito de tributação, essa pífia dedução não paga sequer a carga tributária incidente sobre as mensalidades de escolas particulares.

A limitação da dedução dos gastos com educação a um teto prefixado fere diversos princípios constitucionais, como o princípio da isonomia, da capacidade contributiva, dignidade humana e o direito à educação. Até porque não é verdade que todos os que encaminham filhos, ou se encaminham, para escolas particulares são as pessoas mais bem postas neste país.

Esse argumento é uma falácia e a prova disso é a existência do Programa FIES, instituído com o alarde de sempre pelo Poder Executivo, gerido hoje pela Caixa Econômica Federal e pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, no sentido de emprestar dinheiro a pessoas pobres para que custeiem ensino superior prestado por entidades privadas.

O ensino público no Brasil, acessível a todos com certo grau de qualidade, como manda a Constituição, com raríssimas exceções, é uma farsa. O Poder Executivo não

garante ensino público com qualidade - às vezes não garante ensino *nenhum* - o que leva um número elevado de famílias a se socorrerem do ensino privado; a existência do ensino privado é tão interessante ao Poder Público que o mesmo fomenta o nascimento de escolas de 2º e 3º graus, assegurando-lhes favores fiscais - a demonstrar a *falência do ensino gratuito*.

Ninguém paga escola privada por “luxo”; faz-se por necessidade.

Os gastos com a instrução não podem ser tidos como sinais de riqueza (e mesmo que isso fosse verdade, a tributação continuaria inconstitucional porque não existe imposto sobre o “luxo” ou as grandes fortunas), e sim demonstram que o contribuinte busca garantir para si e para os seus o *direito constitucional à educação* que lhe é negado pelo Estado.

Logo, ao impedir a dedução integral das despesas com educação o Estado Fiscal pratica perversa violação ao conceito constitucional de renda e ofende o direito constitucional ao direito fundamental a educação.

Como a saúde em regra deve também ser prestada pelo Poder Público, como direito constitucional do cidadão, e não o é, a União, sem hipocrisia, não cogita de limite para dedução com esses gastos, ou seja, eles podem ser abatidos integralmente da renda bruta.

Até por isso não se compreende a penalização através do imposto de renda daquelas famílias que buscam, junto aos cerca de 35.000 estabelecimentos de ensino que se ocupam de educação de 1º a 3º grau, a satisfação de um direito constitucional básico (educação) que o Poder Público não lhe estende.

Pelo exposto, acompanho o eminente relator para julgar *procedente* a presente arguição e declarar a inconstitucionalidade da expressão “até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)” contida no artigo 8º, II, “b”, da Lei nº 9.250/95, devendo os autos retornar à Turma para o prosseguimento do julgamento da apelação.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM
DI SALVO

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA: Trata-se de mandado de segurança objetivando, em síntese, assegurar, ao Impetrante, o direito à dedução integral das despesas efetuadas com a educação dos seus dependentes na Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física, ano-base 2001, sem a limitação imposta pelo art. 8º, inciso II, *b*, da Lei nº 9.250/95.

Por ocasião do julgamento da apelação interposta pelo Impetrante, após o voto do Senhor Relator, Desembargador Federal Lazarano Neto, suscitei o incidente de arguição de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal, o qual foi acolhida pela 6ª Turma (fls. 236/248).

Distribuído ao Órgão Especial, foi sorteado Relator o Desembargador Federal Mairan Maia.

Em sessão realizada no dia 28.03.2012, o Órgão Especial, por maioria, julgou procedente a arguição de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator (fls. 264/274).

Às fls. 276/277, a declaração de voto do Desembargador Federal Johonsom di Salvo.

Passo a declarar o meu voto.

Inicialmente, reitero os termos de minha manifestação de fls. 240/241, mediante a qual suscitei o incidente de arguição de inconstitucionalidade do art. 8º, inciso II, alínea *b*, da Lei nº 9.250/95 perante a 6ª Turma, por ofensa ao princípio constitucional da capacidade contributiva (art. 145, § 1º) e, também, ante a violação ao exercício do direito fundamental à educação, cujo dever de promoção incumbe, também, ao Estado, nos termos do

art. 205, da Constituição da República.

Aduzo constituir diretriz do regime jurídico do Imposto sobre a Renda a dedução das *despesas necessárias* à manutenção da pessoa, seja física, seja jurídica.

E, indubitavelmente, as despesas efetuadas com a educação do contribuinte e de seus dependentes enquadram-se no conceito de despesas necessárias, como expressamente o afirma a Constituição da República ao arrolar as necessidades vitais básicas para efeito de fixação do salário-mínimo, incluindo, dentre elas, a educação (art. 7º, inciso IV).

Isto posto, acompanho o Senhor Desembargador Federal Relator para julgar procedente a arguição de inconstitucionalidade suscitada.

É o voto.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA

DECLARAÇÃO DE VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA: Trata-se de arguição de inconstitucionalidade da expressão “até o limite anual individual de R\$ 1700,00” contida no Art. 8º, inciso II, *b*, da Lei 9.250/95, em autos de mandado de segurança preventivo, impetrado com vistas a assegurar ao impetrante o direito de deduzir integralmente as despesas efetuadas com a educação de seus dependentes na Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física, ano-base 2001.

O E. Relator proferiu voto acolhendo a arguição.

No entanto, acompanho a divergência, pelos fundamentos que passo a declarar.

O Judiciário, quando declara a inconstitucionalidade de fragmento de norma, inaugurando no sistema normativo, atua de forma anômala, como legislador positivo, usurpan-

do, assim, competência de outro Poder.

Regra positiva de conduta não se confunde com regra de conduta positiva. A interpretação que, a pretexto de inconstitucional, suprime do texto normativo expressão, sem a qual se impõe ao Poder Público estender um *non facere* a situação não contemplada pelo legislador (abster-se de tributar parte de uma despesa não prevista), corresponde à criação de uma regra positiva de conduta. Não se trata, aqui, conforme votou a maioria, de criação autorizada de uma regra negativa de conduta pelo Poder Judiciário (Por exemplo, excluir do ordenamento jurídico um tributo inconstitucional). Ao suprimir a expressão em comento, o Judiciário estará inovando no sistema normativo, porquanto criando uma regra positiva de conduta negativa (imposição de uma obrigação de não fazer a situação diversa, imprevista pelo legislador).

A inconstitucionalidade de fragmentos de norma somente poderá ser declarada quando um único dispositivo possa ser decomposto em mais de uma norma.

Destarte, incidindo o imposto de renda sobre a renda, a introdução pelo Judiciário de comando que permite ao contribuinte deduzir despesa não autorizada acaba por desvirtuar este Poder de seus balizamentos, pois retirar o limite de dedução das despesas com educação é o mesmo que retirar de uma determinada norma condicional a condição sem a qual a norma não teria sido criada pelo legislador. Em resumo, a dedução de despesas com educação está prevista em lei de forma limitada, com base no conjunto dos contribuintes e respeitado o princípio da igualdade (todos os que tiveram gastos com educação até o limite legal estão sendo tratados igualmente pela legislação), e a instituição pelo Judiciário de uma segunda norma, dedução da integralidade da despesa, invade função do Legislativo, que não a adotou em razão do princípio constitucional da progressividade do imposto de renda.

A propósito da vedação do Judiciário em atuar como legislador positivo:

“IPI - Açúcar de Cana - Lei 8.393/1991 (art. 2º) - Isenção fiscal - Critério espacial - Aplicabilidade - Exclusão de benefício - Alegada ofensa ao princípio da isonomia - Inocorrência - Norma legal destituída de conteúdo arbitrário - Atuação do judiciário como legislador positivo - Inadmissibilidade - Recurso improvido. (...) A exigência constitucional de lei em sentido formal para a veiculação ordinária de isenções tributárias impede que o Judiciário estenda semelhante benefício a quem, por razões impregnadas de legitimidade jurídica, não foi contemplado com esse ‘favor legis’. A extensão dos benefícios isençionais, por via jurisdicional, encontra limitação absoluta no dogma da separação de poderes. Os magistrados e Tribunais, que não dispõem de função legislativa - considerado o princípio da divisão funcional do poder -, não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, isenção tributária em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem desse benefício de ordem legal. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional que lhe recusa a própria Lei Fundamental do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só deve atuar como legislador negativo. Precedentes.” (AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, Segunda Turma, DJE de 28-3-2008)

“A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula

constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765, *v. g.*), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.” (MS 22.690, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-4-1997, Plenário, DJ de 7-12-2006.) Vide: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 31-10-2008)

“(…) O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente

divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador.” (ADI-MC 1063 DF Relator(a): CELSO DE MELLO Julgamento: 18/05/1994 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 27-04-2001 PP-00057 EMENT VOL-02028-01 PP-00083 RTJ VOL-0178-1 PP-00022)

De outro vértice, o Estado funda-se na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, para a consecução de seus objetivos fundamentais (construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza e marginalização, redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos), necessita arrecadar recursos por meio da tributação.

A educação, assim como a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, é direito social fundamental (Art. 6º da CF).

Impõe ainda a Constituição Federal que o trabalhador deve receber por seu trabalho, no mínimo, um salário fixado em lei capaz de atender suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

O princípio da capacidade contributiva constitui um limite material à tributação: apenas quando houver efetiva manifestação de capacidade contributiva, poderá haver tributação.

A não incidência de alíquota sobre uma determinada base-de-cálculo, no caso, R\$ 1.566,61 mensal, para o ano-base de 2011, tem por escopo não tributar o campo de despesas havidas como o mínimo vital.

Observe-se que nem todas as despesas eventualmente realizadas pelos contribuintes por insuficiência ou ineficiência do Estado em garantir os direitos previstos nos Arts. 6º

e 7º, IV, da CF (moradia, alimentação, lazer, vestuário, higiene, segurança) foram admitidas pelo legislador como dedutíveis (aluguéis e prestações para aquisição de casa própria, por exemplo). Até mesmo em relação à saúde, despesas com medicamentos, por exemplo, permaneceram excluídas.

Se as despesas com educação não podem ser consideradas rendas (mas decréscimo patrimonial), as despesas com moradia, alimentação, lazer, vestuário, higiene e segurança, também não o poderiam (também representam decréscimo patrimonial), e a continuar a linha de raciocínio traçada pelo impetrante e votos majoritários proferidos pelos eminentes pares, a ausência ou ineficiência do Estado em todas essas áreas, representando o malogro do Estado no cumprimento de suas metas expressas na Constituição Federal, por si só, justificaria, não apenas o não pagamento de IR sobre despesas com educação, mas o não pagamento de tributo sobre todas as despesas por todos os cidadãos e, em última análise, a prescindibilidade do Estado.

A ausência de razoabilidade não reside na imposição de tetos para as deduções de despesas com os direitos previstos nos Arts. 6º e 7º, IV, da CF; ao contrário, incorre em irrazoabilidade o Judiciário ao excluir tais limites legais, como se contribuintes que efetuam gastos com mensalidades escolares em valor superior a R\$ 1.000,00 por mês, como é o caso do impetrante, equiparassem-se, em termos de capacidade contributiva, àqueles que possuem gastos mensais mais modestos.

A grosso modo, embora não se questione a superioridade da qualidade de determinadas moradias, também um direito social fundamental, tal qual a educação, caso o legislador ordinário venha a prever deduções nesta área (como, por exemplo, o Projeto de Lei 2.254/11), seria impensável que aluguéis ou prestações de verdadeiras mansões acabassem integralmente dedutíveis.

Ainda que se argumente que o princípio da capacidade contributiva visa a proteger da tributação do imposto de renda as despesas com necessidades básicas, nas quais não se incluiriam, por exemplo, moradias suntuosas, não cabe ao Judiciário, dado que as mensalidades escolares estipuladas pela iniciativa privada, com base nos princípios da livre concorrência e da oferta e demanda, não são uniformes ou necessária e exclusivamente vinculadas com a qualidade do ensino, aferir o valor a partir do qual outras necessidades, que não as básicas, no caso, educação, estariam nele incluídas.

Logo, a limitação das despesas atende ao princípio da capacidade contributiva e da progressividade.

Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - REJEITADA A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA - LIMITAÇÃO DE DESPESAS DEDUTÍVEIS COM EDUCAÇÃO - LEI 9.250/95, ART. 8º, II, ‘B’ E IN 65/96, ART. 6º - CONSTITUCIONALIDADE - PRETENSÃO DO CONTRIBUINTE ILEGÍTIMA - DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA 1. Quanto à alegação de ilegitimidade ativa, insubsistente, pois, conforme disposto na Súmula 630, do STF, ‘a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria’. 2. Igualmente aplicável, à espécie, o teor da Súmula 629, do STF, no sentido de que ‘a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes’, assim restando afastada a preliminar de ilegitimidade ativa ‘ad causam’. 3. O Estado Democrático de Direito, inaugurado a partir de 1988 (art. 1º ‘caput’, C.F.), de par com a consagração, em moldes merecidamente dilargados, do amplo acesso à educação e à conquista de valores culturais (arts. 6º, 205 e 215, C.F., ‘in exemplis’), pri-

mordial ao desenvolvimento da nação, abrigou, dentre outros, o dogma da legalidade, em figurino genérico, para todos (art. 5º, 'caput' e inciso II, C.F.) e, de modo específico, para a própria Administração Pública, na prática de seus atos peculiares (art. 37, 'caput'). 4. Nesse sentido e de maneira também localizada, o Sistema Tributário Nacional contemplou, ao plano das denominadas 'regras de estrutura' (Paulo de Barros Carvalho), o princípio da estrita legalidade tributária, o qual exige a presença de lei para a exigibilidade ou aumento da receita derivada denominada 'tributo', o que encontra previsão normatizadora no art. 3º, C.T.N. (art. 9º, Lei 4.320/64). 5. Incumbe seja destacado centrar-se a insurgência em tela em face da Lei nº 9.250/95, publicada no D.O.U. de 27.12.95, a qual, ao cuidar do Imposto de Renda das Pessoas Físicas, fixou, em seu art. 8º, inciso II, alínea 'b', ditame no sentido de admitir decorra a base de cálculo ('elemento quantitativo da regra-matriz de incidência', Paulo de Barros Carvalho) de referido imposto da diferença, além de outros, entre a soma das deduções relativas 'a pagamentos efetuados a estabelecimentos de ensino relativos à educação pré-escolar, de 1º, 2º e 3º graus, cursos de especialização ou profissionalizantes do contribuinte e de seus dependentes, até o limite anual individual de R\$ 1.700,00'. 6. Dedicase o debate sobre o previsto a respeito das exclusões traçadas pelo art. 6º da Instrução Normativa SRF nº 65/96, publicada no D.O.U. de 09.12.96. 7. Afigura-se imperioso se saliente sobre o trabalho analítico que o Direito exige, quando se busca a respeito da ocorrência ou não de incompatibilidade vertical entre as normas postas no núcleo do ordenamento jurídico vigente. 8. Para se acoiar de ilegal ou de inconstitucional um texto, conforme o parâmetro traçado, apresenta-se fundamental se verifique sobre a consonância entre o mesmo e seu 'fundamento de validade' ou 'engate lógico' (Hans Kelsen) imediatamente superior.

9. Constata-se ter a referida lei fixado limite pecuniário, individual e anual, por contribuinte e dependentes, com a dedução da base de cálculo dos pagamentos efetuados a estabelecimentos de ensino relativamente à educação, desde a pré-escola até o terceiro grau/ensino superior, cursos de especialização ou profissionalizantes, diploma aquele que, publicado em 27.12.95, fixou seu termo inicial de força vinculante a partir de 01.01.96 (art. 1º), ou seja, determinou recairia sobre os fatos a serem praticados a partir de um termo futuro, ano-base de 1996, cujo reflexo se daria no exercício de 1997, quando da apuração dos resultados da declaração de ajuste de cada sujeito passivo direto (contribuinte, C.T.N., art. 121, parágrafo único, I). 10. Inafastável poderia mencionada norma vir a acarretar aumento indireto do enfocado tributo, na medida em que limita o 'quantum' a ser deduzido da base de cálculo daquela exação, para os que realizaram gastos anuais superiores à cifra de R\$ 1.700,00. 11. Contrastada a Lei em tela com os princípios tributários pertinentes, resulta não estar a mesma a os transgredir, em absoluto. 12. Surpreende-se, sim, a presença da observância aos princípios da: - estrita legalidade, a partir do instrumento introdutório primário eleito ('lei', art. 150, I a ocasionar, como destacado, em tese, aumento da carga tributária para os que venham a realizar gastos, para os fins previstos pelo art. 8º, II, 'b', em montante superior, individualmente, ao estabelecido por aquele cânone; anterioridade do exercício financeiro (art. 150, III, 'b'), pois, publicada em 1995, somente fixou sua força vinculante a partir de 01.01.96; irretroatividade (art. 150, III, 'a'), vez que, vigente em 27.12.95 (art. 41), somente se dedicou a incidir sobre fatos ocorridos após aquele advento. 13. No tocante ao dogma da capacidade contributiva, recomendado e encartado no § 1º do art. 145, C.F., insta preluzir-se consistir o mesmo numa decorrência do princípio da igualdade (art. 150, inciso

I) - este correspondente à clássica noção de dispensa de tratamento igual aos que se encontrem em situação equivalente e, desigual, aos diferentes - aplicável a tributos classificados como diretos, como o caso do Imposto de Renda Pessoa Física, os quais permitem aferir-se sobre a situação subjetiva de cada contribuinte, através do exame de seus signos de riqueza, de acúmulo patrimonial. 14. Ao ter o art. 8º, II, 'b', da Lei 9.250/95, firmado limite à dedução com as despesas ali elencadas, expressou os pontos extremos em que o Estado reconheceria o cabimento da redução tributante a partir de gastos daquele matiz, tratando, sim, a todos os situados em situação equânime com igualdade. 15. Como o ilustra a doutrina, afrontada restaria a observância à capacidade contributiva acaso se voltasse a lei para tributar, de modo exacerbado, a classe paupérrima do País, conhecendo-se seus signos de riqueza e de miséria, e, para dispensar de incidência ou amenizá-la, com base nos mesmos elementos identificadores, a classe economicamente rica, dotada de acervo patrimonial substancial. 16. O item sob apreço (despesas com estabelecimentos de ensino, relativamente à educação pré-escolar, de 1º, 2º e 3º graus/ensinos fundamental, médio e superior, cursos de especialização ou profissionalizantes) corresponde a um dos elementos identificadores da realidade subjetiva de cada contribuinte, dentre outros também permissivos da identificação de seu perfil patrimonial, como, ilustrativamente, os pagamentos efetuados a médicos e congêneres (art. 8º, II, alínea 'a'), a quantia de R\$ 1.080,00, por dependente (alínea 'c'), as contribuições sociais para a Previdência Social (alínea 'd') e privada (alínea 'e'), bem como sob a rubrica de pensão alimentícia (alínea 'f'), tudo a denotar preocupação em se aferir sobre a realidade de dispêndios dos potenciais contribuintes. 17. Se a capacidade contributiva se assenta sobre a igualdade, em nada a agrediu o texto combatido, ao dispensar

tratamento equivalente a todos que se encontrassem diante dos mesmos gastos, pela mesma previstos. 18. O exame detido na I. N. mencionada aponta não ter a mesma excedido, como instrumento introdutório secundário de normas tributárias (C.T.N., arts. 96 e 100, inciso I, recepcionados, art. 34, parágrafo quinto, A.D.C.T.), o quanto previsto pela Lei nº 9.250/95, reproduzindo o art. 8º, inciso II, alíneas 'a' e 'b', em sua quase inteireza, o que também demonstra a inexistência de incompatibilidade vertical entre os dois textos. 19. As exclusões arroladas pelo art. 6º revelam o intuito de exemplificar casos não-compreendidos pela alínea 'b' do inciso II do art. 8º, Lei 9.250/95, ou seja, dispêndios que não são 'pagamentos efetuados a estabelecimentos de ensino, relativamente à educação pré-escolar, de 1º, 2º e 3º graus, cursos de especialização ou profissionalizantes', nos estritos termos da lei tributária sob comento. 20. Considerando-se incumbir à lei tanto a tributação como sua dispensa (art. 5º, I, C.F., e art. 97, incisos I, II e VI, C.T.N.), nenhum excesso ou extrapolação à previsão legal em testilha praticou a I.N. citada, ao que se observa no exame em curso. Precedentes. 21. A se persistir no tema do limite pecuniário às deduções, de se ilustrar, poder-se-ia conceber-se insurgência quanto ao valor firmado para cada dependente, então da ordem de R\$ 1.080,00, sob o argumento de que o Texto Constitucional consagra proteção especial à família, à filiação, à criança e ao adolescente, o que também afrontaria a noção antes elucidada. 22. Deve advir a observância à capacidade contributiva da fixação de regras legais claras, objetivas e uniformes para o conjunto dos contribuintes, o que se observa respeitado, no presente caso, ao ter fincado a lei diversos parâmetros aferidores da realidade de riqueza patrimonial dos declarantes do I.R., sem diferenciá-los, enquanto situados em condições iguais. 23. Acesta-se a insurgência em curso diante de manifestação do próprio órgão

legislativo do Poder Soberano, a revelar ter sido, sim, observada a imprescindível legalidade, na disciplina do imposto debatido, aí inserida autorização legal para o retratado potencial aumento da carga tributária, a partir da interferência na apuração da base de cálculo pertinente, para os entes que reunirem gastos anuais superiores a R\$ 1.700,00, para si e ou para seus dependentes, isoladamente, nos fins previstos pelo art. 8º, II, 'b', Lei 9.250/95 (art. 150, I, C.F.). 24. Nenhuma ilicitude, pois, perpetrada pela Administração a respeito, de todo ilegítimo o pleito ajuizado em Primeiro Grau, impondo-se a denegação da segurança. 25. Provimento à apelação e à remessa oficial, reformando-se a r. sentença, para denegação da segurança, ausente sujeição honorária, face à via eleita." (AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 196943 Processo: 1999.03.99.114809-o UF: SP Órgão Julgador: JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA C Data do Julgamento: 12/11/2010 Fonte: DJF3 CJ1 DATA: 09/12/2010 PÁGINA: 1190 Relator: JUIZ CONVOCADO SILVA NETO).

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA - IRPF. BASE DE CÁLCULO. DESPESAS COM INSTRUÇÃO. DEDUÇÃO. LIMITE. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Todo o cidadão é titular do direito à educação e tem o Estado e a família como responsáveis pelo dever contraposto ao seu direito. 2. O sistema tributário vem disciplinado pelo Texto Constitucional, entretanto, em capítulo distinto daquele

em que a Constituinte regulou o direito à educação. 3. O imposto de renda, nos termos do art. 43 do CTN, tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica da renda e pode alcançar o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos. 4. Se a atividade relativa à tributação não está vinculada com o exercício do direito à educação, não há qualquer impedimento de cunho constitucional capaz de obstar a atuação do legislador no que tange à fixação do limite dedutível por conta dos gastos com instrução. 5. Em estrito cumprimento do disposto no § 6º do art. 150 da Magna Carta, não pode o Judiciário estabelecer isenção ou redução de tributo, sob pena de usurpação de funções. 6. O Estado, por meio dos recursos oriundos da tributação, deve alcançar os seus fins, inclusive o de oferecer educação de boa qualidade aos seus cidadãos. Se, porém, não cumpre a contento essa função, tal fato não está relacionado com a pretensa dedução do imposto de renda e muito menos lhe serve de fundamento. 7. Agravo retido não conhecido e apelação desprovida." (AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 316833 Processo: 2003.61.00.011534-6 UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data do Julgamento: 24/09/2009 Fonte: DJF3 CJ1 DATA: 06/10/2009 PÁGINA: 223 Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES).

Ante o exposto, julgo improcedente a arguição de inconstitucionalidade.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA

“É uma visão inovadora e arrojada, com viés humanista da tributação, escorada, que está, nos traços do neoconstitucionalismo, um movimento, ou um método de análise do direito em que os valores jurídicos são aqueles colocados na Constituição, por isso o brilhantismo do acórdão, em nosso modesto ponto de vista”.

Camila Vergueiro Catunda

“Esta decisão representa um valioso precedente para a matéria e carrega, para futura discussão a ser travada no Supremo Tribunal Federal, um notável exemplo de erudita e ponderada deliberação do TRF3 sobre tema tão controverso”.

Douglas Camarinha Gonzales e Victor Polizelli

“a cidadania organizada necessita saber do lídimo serviço prestado pela Corte da Terceira Região e estender suas demandas – alcançando, entre outras, a exclusão da dedução de remédios (e há fármacos de custo elevadíssimo) e equipamentos de saúde de uso permanente, na certeza que de há juízes constitucionais capazes de jurisdicionar com equidade e desassombro.”.

Marcio Pugliesi

Em destaque**Camila Vergueiro Catunda**

Mestre em Direito Tributário - PUC/SP. Advogada em São Paulo. Conselheira do CTM - Município de São Bernardo do Campo. Professora do IBET, do IGA-IDEPE, do IBDT, da PUC/Cogee, da FAAP, da FGV-Law, do IICS-CEU, da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, da Universidade São Judas, da Faculdade de Direito Damásio de Jesus e da EPD.

Bastante delicado é o assunto tratado da Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0005067-86.2002.4.03.6100, pois, de longa data, os contribuintes reivindicam a inconstitucionalidade de dispositivos normativos que limitam as deduções dos gastos com educação na apuração do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF).

O caso concreto, objeto de análise do Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, está delimitado temporalmente ao período 2001/2002 de apuração do IRPF, bem como às partes que interagiram no processo, tendo em vista o pedido constante do Mandado de Segurança impetrado pelo particular. Entretanto, cada palavra que foi dita para motivar a declaração de inconstitucionalidade da alínea “b”, inciso II do artigo 8º da Lei Federal nº 9.250/1995 para o referido período, deveria ser utilizada para afastar as alterações posteriores desse dispositivo, quiçá, para estimular o legislador a revogar disposição limitadora tão descabida.

A discussão travada entre o contribuinte e o Fisco Federal visou assegurar ao primeiro o direito de deduzir integralmente os gastos despendidos com educação, consigo e com seus dependentes, durante o período de apuração do Imposto de Renda Pessoa Física 2001/2002, tendo em vista a regra limitadora de R\$ 1.700,00, por ano e por indivíduo, contida no citado dispositivo normativo, que assim dispunha à época dos fatos:

“Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas:

(...)

II - das deduções relativas:

(...)

b) a pagamentos efetuados a estabelecimentos de ensino relativamente à educação pré-escolar, de 1º, 2º e 3º graus, cursos de especialização ou profissionalizantes do contribuinte e de seus dependentes, até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)”.

Sustentou o contribuinte, em suma, a violação ao conceito de renda contido no texto Constitucional e no CTN, ao princípio da capacidade contributiva, bem como ao seu direito fundamental à educação.

Chama a atenção neste julgado a discussão sobre o direito fundamental à educação, deveras, o prestígio que foi dado a essa garantia fundamental do indivíduo, colocada, nas palavras do relator do julgado, Desembargador Federal Mairan Maia, cujo voto conduziu o acórdão, “como elemento imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao exercício da cidadania e à livre determinação do indivíduo”, de “estreita relação com os primados basilares da República Federativa e do Estado Democrático de Direito, sobretudo com o princípio da dignidade da pessoa humana, funcionando como verdadeiro pressuposto para a concretização dos demais direitos fundamentais”.

A análise do problema foi além do embate entre o Fisco e o contribuinte, da delimitação do conceito de renda, da discussão meramente tributária, pois ela partiu exatamente de onde deve romper análises relacionadas ao exercício da competência tributária: os direitos fundamentais dos cidadãos (ou do Homem).

É uma visão inovadora e arrojada, com viés humanista da tributação, escorada, que está, nos traços do neoconstitucionalismo, um movimento, ou um método de análise do direito em que os valores jurídicos são aqueles colocados na Constituição, por isso o brilhantismo do acórdão, em nosso modesto ponto de vista.

O neoconstitucionalismo propõe que a Constituição seja compreendida como “norma que irradia efeitos por todo o ordenamento ju-

rídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado”¹.

Da leitura do voto condutor do acórdão destaca-se a necessidade de análise do texto normativo no contexto da estrutura do Estado Democrático de Direito instituída pela Constituição Federal de 1988, pois, como ensina Paulo de Barros Carvalho², “não há texto sem contexto”.

O acórdão demonstra o quão superado está o exame do texto normativo de forma estanque e segregada, de acordo com a literalidade do texto das questões que são postas para apreciação do Poder Judiciário. Em outras

palavras, não é porque a matéria de fundo é tributária que os demais valores que permeiam o ordenamento jurídico não devem ferir a análise de tal assunto.

No acórdão analisado, as considerações feitas para demonstrar que a educação é um direito

público subjetivo e que, portanto, permeia o exercício da própria competência tributária, delimitando-a negativamente, demonstram a preocupação de nosso Judiciário em avaliar o texto constitucional de forma integrada, pois não há um “direito” para o exercício da tributação e outro que assegura garantias aos cidadãos, há um direito uno, interligado por uma grande rede de valores.

A ideia dos direitos fundamentais dos cidadãos, dentre os quais está o direito à educação, tem origem na luta dos cidadãos contra os desmandos do poder no final do

“destaca-se a necessidade de análise do texto normativo no contexto da estrutura do Estado Democrático de Direitos instituída pela Constituição Federal de 1988, pois, como ensina Paulo de Barros Carvalho, ‘não há texto sem contexto’.”

1 VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, n. 09, p. 68, jan./jun. 2007. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre_Rufino_do_Vale.pdf.

2 In *Fundamentos jurídicos da incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18.

século passado, dentre eles também aqueles decorrentes de exigências tributárias.

Todo estudioso do direito tributário, quando se depara com a história da arrecadação no curso da civilização, constata que foi a opressão fiscal e a sanha arrecadatória para abastecer os cofres perdulários do Estado que ensejaram revoltas e a necessidade de reformas nesse delicado setor, ao longo dos anos³. Reformas essas que vieram pautadas, também, nos direitos que se reputam inerentes ao homem para que ele possa viver dignamente e exercer sua cidadania.

Como bem ressalta o Juiz Federal Renato Lopes Becho, “a reação aos atentados aos direitos humanos havidos no século passado não ficou restrita aos quadrantes filosóficos. A reação penetrou profundamente no universo do direito. E não apenas no discurso. A dogmática dos direitos humanos se fez acompanhar por ações concretas de proteção do homem frente ao Estado e ao abuso de autoridade”.⁴

E, o que fez o referido acórdão foi reconhecer que o direito à educação enquanto direito público subjetivo do cidadão, assegurado constitucionalmente e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵ assinada pelo Brasil, inerente à própria existência humana, delimita o campo tributário do Imposto de Renda, como não poderia deixar de ser.

Ora, se ao cidadão brasileiro é assegurado o direito a uma educação digna, se o Estado não consegue promovê-la e, por isso, o cidadão tem que recorrer a instituições privadas pagando para isso, nada mais

adequado e consentâneo com o exercício da competência tributária do que demarcá-la de modo a atingir somente o que efetivamente seja acréscimo patrimonial do contribuinte para fins de aplicação do inciso III do artigo 153 da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido muito bem afirmou o Ministro Carlos Velloso no julgamento do RE nº 117.887/SP (STF, Pleno – j. 11/02/1993):

“não me parece possível a afirmativa no sentido de que possa existir renda ou provento sem que haja acréscimo patrimonial, acréscimo patrimonial que ocorre mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso.”

O aspecto de que o conceito de renda, constitucionalmente fixado⁶, está atrelado com a intercorrência de acréscimo patrimonial, ficou muito claro no acórdão em comento, pois somente pode sofrer a incidência do Imposto de Renda o que é acréscimo patrimonial e não o que é despesa, como brilhantemente afirmou o Ministro Luiz Gallotti no RE nº 71.758/GB (STF, Pleno – j. 14/06/1972):

“(…)

Como sustentei muitas vezes, ainda no Rio, se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição. (...)

É, no Direito, o chamado ‘poder diabólico das ficções’. Mas, dizer que despesa é renda jamais ocorreu a ninguém, nem poderia ocorrer por contrariar a essência das coisas. E isto, penso eu, a lei não pode fazer, como não pode mudar o sexo das pessoas, conforme foi dito em relação ao todo-poderoso Parlamento da Grã-Bretanha. (...)”

3 ADAMS, Charles. *In For good and evil – The impact of taxes on the course of civilization*. 2. ed. Nova York: Madison Books, 2001, ps. 451/453.

4 *In Filosofia do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250.

5 De acordo com as Nações Unidas existem no total 30 Direitos Humanos que estão normalmente agrupados e são chamados, simplesmente, de Direitos Humanos, sendo que nesta lista consta em seu item 26 o direito à educação (26. The Right to Education). Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=uCnIKEOtbf>.

6 Seguindo a linha dos Professores Roque Antonio Carrazza e José Artur Lima Gonçalves citados no acórdão.

Não se está aqui a propugnar que toda e qualquer despesa do cidadão-contribuinte pode ser deduzida da base de cálculo do IRPF, o que se afirma é que as despesas que estão atreladas ao mínimo vital para a existência digna do Homem, dentre as quais se reputa inserir o direito subjetivo à educação, estas sim não podem dar ensejo à exigência do imposto. É o que em outras palavras foi reconhecido no acórdão em comento no voto da Desembargadora Federal Regina Helena Costa:

“Em outras palavras, não é porque a matéria de fundo é tributária que os demais valores que permeiam o ordenamento jurídico não devem ferir a análise de tal assunto”.

“induidosamente, as despesas efetuadas com a educação do contribuinte e de seus dependentes enquadram-se no conceito de despesas necessárias, como expressamente o afirma a Constituição da República ao arrolar as necessidades vitais básicas para efeito de fixação do salário-mínimo, incluindo, dentre elas, a educação.”

Ora, ao inviabilizar a dedução da despesa total com educação, a alínea “b”, inciso II do artigo 8º da Lei Federal nº 9.250/1995:

- sob o aspecto tributário, faz incidir o IRPF sobre o que não é acréscimo patrimonial, como bem ressaltado no voto do Desembargador Federal Johonsom di Salvo, segundo o qual “o limite imposto pela lei significa tributação de despesa e não de renda, pois como apontam com rigor as entidades que se debruçam em estudos a respeito de tributação, essa pífia dedução não paga sequer a carga tributária incidente sobre as mensalidades de escolas particulares”; e

- sob o aspecto do direito fundamental à educação, restringe-o, já que, como também destacou o Desembargador Federal Johonsom di Salvo em seu voto: “ninguém paga escola

privada por ‘luxo’; faz-se por necessidade. Os gastos com a instrução não podem ser tidos como sinais de riqueza (e mesmo que isso fosse verdade, a tributação continuaria inconstitucional porque não existe imposto sobre o ‘luxo’ ou as grandes fortunas), e sim demonstram que o contribuinte busca garantir para si e para os seus o direito constitucional à educação que lhe é negado pelo Estado. Logo, ao impedir a dedução integral das despesas com educação o Estado

Fiscal pratica perversa violação ao conceito constitucional de renda e ofende o direito constitucional ao direito fundamental a educação”.

Desta forma, é afortunada que a comunidade jurídica e o cidadão comum devem receber a orientação fixada neste Tribunal na Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0005067-86.2002.4.03.6100.

Ao contrário do que foi suscitado no voto-vencido do Desembargador Federal Baptista Pereira, reputa-se não ter havido o cometimento de nenhum excesso pela Corte. Deveras, o Judiciário exerceu sua função nos estritos limites que o sistema lhe impõe, pois como bem ressalta o Juiz Federal Renato Lopes Becho⁷, aos magistrados não cabe “uma atuação ativa, no sentido de não ser esperado deles que ponham as normas do sistema jurídico, no sentido de colocação de normas inaugurais de direitos”, contudo, “eles possuem o dever significativo de retirar desse sistema as normas que não sejam compatíveis com a finalidade de amplo respeito aos direitos do homem, nas relações particulares e diante do Estado”.

⁷ *Idem*, ps. 239/240.

E afastar uma regra que contraria a garantia de somente ser tributado pelo IRPF o acréscimo patrimonial, bem como o direito subjetivo constitucional à educação, tal como

a contida na alínea “b” do inciso II do artigo 8º da Lei Federal nº 9.250/1995, é outorgar ao direito, especificamente no âmbito tributário, sua função social.



Douglas Camarinha Gonzales

Juiz Federal. Mestre em Direito de Estado pela USP. Especialista em Direito Empresarial pela PUC/PR. Especialista em Direito Penal pelo IBCCRIM/ Universidade Coimbra. Ex-Professor do Curso de Pós-Graduação (Lato Sensu) da Uninove.

Victor Polizelli

Advogado Tributarista em São Paulo. Doutorando e Mestre em Direito Financeiro pela USP. Professor Assistente do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito Tributário da Faculdade de Direito da USP. Graduado em Ciências Contábeis pela FEA-USP. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da USP.



Deve-se limitar a dedução das despesas com educação na Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física?

O Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal desta 3ª Região respondeu à pergunta acima com um vigoroso “não”¹.

O tema foi a Plenário em sessão do último dia 28 de março em razão de incidente de Arguição de Inconstitucionalidade e, após duas horas de intensos debates, 11 dos 18 desembargadores federais que compõem o Órgão Especial entenderam que a imposição de limites para a dedução das despesas com educação vulnera o *princípio da capacidade contributiva* e ofende o *conceito constitucional de renda*, pois resulta na tributação do *mínimo existencial*, isto é, de valores que são direcionados ao atendimento de necessidades básicas da pessoa humana.

Eis a ementa do referido acórdão:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. LIMITES À DEDUÇÃO DAS DES-

PESAS COM INSTRUÇÃO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 8º, II, ‘B’, DA LEI Nº 9.250/95. EDUCAÇÃO. DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL. DEVER JURÍDICO DO ESTADO DE PROMOVÊ-LA E PRESTÁ-LA. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO. NÃO TRIBUTAÇÃO DAS VERBAS DESPENDIDAS COM EDUCAÇÃO. MEDIDA CONCRETIZADORA DE DIRETRIZ PRIMORDIAL DELINEADA PELO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE GASTOS COM EDUCAÇÃO VULNERA O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

1. Arguição de inconstitucionalidade suscitada pela e. Sexta Turma desta Corte em sede de apelação em mandado de segurança impetrado com a finalidade de garantir o direito à dedução integral dos gastos com educação na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física de 2002, ano-base 2001.
2. Possibilidade de submissão da *questio juris* a este colegiado, ante a inexistência de pronunciamento do Plenário do STF, tampouco do Pleno ou do Órgão Especial desta Corte, acerca da questão.
3. O reconhecimento da inconstitu-

¹ A *Arguição de Inconstitucionalidade Cível* foi julgada no processo 0005067-86.2002.4.03.6100 (2002.61.00.005067-0) e a íntegra do acórdão foi publicada nesta edição da *Revista do TRF3*.

cionalidade da norma afastando sua aplicabilidade não configura por parte do Poder Judiciário atuação como legislador positivo. Necessidade de o Judiciário - no exercício de sua típica função, qual seja, averiguar a conformidade do dispositivo impugnado com a ordem constitucional vigente - manifestar-se sobre a compatibilidade da norma impugnada com os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Compete também ao Poder Judiciário verificar os limites de atuação do Poder Legislativo no tocante ao exercício de competências tributárias impositivas.

4. A CF confere especial destaque a esse direito social fundamental, prescrevendo o dever jurídico do Estado de prestá-la e alçando-a à categoria de direito público subjetivo.

5. A educação constitui elemento imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao exercício da cidadania e à livre determinação do indivíduo, estando em estreita relação com os primados basilares da República Federativa e do Estado Democrático de Direito, sobretudo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Atua como verdadeiro pressuposto para a concreção de outros direitos fundamentais.

6. A imposição de limites ao abatimento das quantias gastas pelos contribuintes com educação resulta na incidência de tributos sobre despesas de natureza essencial à sobrevivência do indivíduo, a teor do art. 7º, IV, da CF, e obstaculiza o exercício desse direito.

7. Na medida em que o Estado não arca com seu dever de disponibilizar ensino público gratuito a toda população, mediante a implementação de condições materiais e de prestações positivas que assegurem a efetiva fruição desse direito, deve, ao menos, fomentar e facilitar o acesso à educação, abstando-se de agredir, por meio da tributação, a esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos na parte empenhada para efetivar e concretizar o direito fundamental à educação.

8. A incidência do imposto de renda

sobre despesas com educação vulnera o conceito constitucional de renda, bem como o princípio da capacidade contributiva, expressamente previsto no texto constitucional.

9. A desoneração tributária das verbas despendidas com instrução configura medida concretizadora de objetivo primordial traçado pela Carta Cidadã, a qual erigiu a educação como um dos valores fundamentais e basilares da República Federativa do Brasil.

10. Arguição julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)' contida no art. 8º, II, 'b', da Lei nº 9.250/95."

(Órgão Especial do TRF3, ArgInc 0005067-86.2002.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal Mairan Maia, Data do Julgamento 28/03/2012, DJE 11/05/2012)

Esta decisão representa um valioso precedente para a matéria e carrega, para a futura discussão a ser travada no Supremo Tribunal Federal, um notável exemplo de erudita e ponderada deliberação do TRF3 sobre tema tão controverso.

O objetivo deste breve estudo é o de analisar criticamente alguns dos pontos mais controversos da decisão para o fim de enriquecer o panorama jurídico-político do assunto. Não se pretende, com isso, oferecer exame definitivo sobre o tema, ainda *sub judice*, mas tão somente apresentar alguns argumentos adicionais e contrapontos em prol da dialética esclarecedora do debate.

1. A questão processual: limites à atuação do Judiciário como legislador positivo.

Conforme bem destaca o acórdão do TRF3, a constitucionalidade dos limites à dedução dos gastos educacionais já havia sido suscitada no STF, porém, o órgão fracionário (Primeira Turma) tangenciou o

tema sob a justificativa de que tal medida implicaria atuação do Poder Judiciário como *legislador positivo* (RE 603.060).

Fiel às questões arguidas no recurso, consignamos, *ab initio*, que o feito em análise não deve ser obstado pela premissa invocada. Pois o pleito concreto busca tutela mandamental que desobstrua impedimento legal do impetrante para o regular desfrute do direito à educação, norma de hierarquia constitucional. Assim, tem-se como tarefa singular do Judiciário conferir a norma aplicável ao caso concreto, à luz dos mandamentos constitucionais vertentes ao caso.

Sob essa diretriz, não há que se falar em dicção positiva de legislador, mas tão somente de juízo estrito de constitucionalidade *incidenter tantum*, firmado sob a égide do controle difuso – na forma do art. 97 da Constituição Federal.

Ora, se a norma fundamental de nosso ordenamento jurídico tem atribuição imperativa e hierarquia rígida, somente com o controle dos atos normativos ter-se-á sua legítima vigência. Logo, o juízo de aferição de inconstitucionalidade incidental realizado pela Corte é legítimo exercício de proteção das normas constitucionais, tarefa inerente ao Judiciário – até como forma de equilíbrio dos Poderes – restando ultrapassado o argumento de se tratar de atividade do Poder Legislativo.

O caso em apreço não inova normativamente a ordem jurídica para o fim de dar vida a nova norma, apenas afere juízo de constitucionalidade sobre norma infraconstitucional para desobstruir (e não criar) direito constitucional – legítima e inafastável atribuição

da judicatura.

Tal assertiva fora descrita com maestria pela Declaração de Voto do Desembargador Federal Johonsom di Salvo, ao ponderar que no caso concreto não há risco de se criar regra de conduta inovadora.

É assente que a declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo legal pode ser *total* ou *parcial*. No primeiro caso, o Judiciário deverá ter encontrado uma relação de dependência entre as partes constitucionais e inconstitucionais do dispositivo legal tão grande, de modo que não seja possível vislumbrar a possibilidade de o texto normativo sobreviver integralmente. A seu turno, a declaração de inconstitucionalidade *parcial* é

aquela em que o reconhecimento da inconstitucionalidade de um fragmento do dispositivo legal e, portanto, a sua eliminação, não afetará a subsistência autônoma do texto legal remanescente².

É bem verdade que o STF, em algumas decisões, abstém-se de decretar a *inconstitucionalidade parcial*

por entender que tal medida desvirtuaria de sentido o texto legal supérstite. Esse desvirtuamento poderia resultar na criação de um novo comando normativo que não corresponda à intenção do legislador do dispositivo combatido. Contudo, temos que a linha limítrofe entre a atuação jurisdicional e legislativa é justamente a manutenção do núcleo mandamental da norma, tal como fixado na primeira parte do artigo em estudo (art. 8º, II, b, da Lei nº 9.250/1995 – já que

O caso em apreço não inova normativamente a ordem jurídica para o fim de dar vida a nova norma, apenas afere juízo de constitucionalidade sobre norma infraconstitucional para desobstruir (e não criar) direito constitucional – legítima e inafastável atribuição da judicatura”.

² Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública...* 25. ed., atual. e complementada de acordo com as Emendas Constitucionais, a legislação vigente e a mais recente jurisprudência do STF e STJ por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 348-353.

foi reconhecida como inconstitucional justamente a restrição firmada pelo legislador “até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)”.

Eis o texto integral do artigo para melhor visualizar o contexto (norma já revogada e reformulada por leis posteriores que simplesmente atualizaram o valor do limite válido para cada ano-calendário):

“Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas: [...]

II - das deduções relativas: [...]

b) a pagamentos efetuados a estabelecimentos de ensino relativamente à educação pré-escolar, de 1º, 2º e 3º graus, cursos de especialização ou profissionalizantes do contribuinte e de seus dependentes, até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)”.

O voto dissidente chama a atenção para outros julgamentos do STF em que a inconstitucionalidade deixou de ser declarada sob a justificativa da proibição de atuação do Judiciário como legislador positivo. Todavia, os casos em que tal fundamento foi adotado não parecem propriamente comparáveis com o tema do limite à dedução das despesas com educação.

Tomam-se aqui dois exemplos: a decisão proferida na ADI-MC 1.063 (sobre as eleições de 1994) e o julgamento do AI em AgR 360.461 (sobre a fixação de alíquotas e o critério da essencialidade).

No primeiro caso, a declaração de inconstitucionalidade de fragmentos do § 1º do art. 8º da Lei nº 8.713/1993 desvirtuaria de sentido o núcleo do dispositivo legal enfocado caso excluísse a expressão “Deputado Federal, Estadual ou Distrital”. Tal interpretação discriminaria os Senadores. Deveras, esse caso representa avanço sobre os sujeitos da norma, o que ensejaria a função jurisdicional sobre a função legisladora.

Da mesma forma, no segundo caso, a discussão sobre alíquotas do IPI e o critério da essencialidade – em que o contribuinte fabricante de determinado produto (e. g. papel higiênico), reclama que a tributação de IPI deveria ser reduzida e equiparada à de outro produto similar (e de essencialidade similar) – também envolve ampliação analógica da norma.

Porém, o caso em questão *data maxima venia* apresenta-se com os contornos próprios de uma análise jurisdicional de constitucionalidade do dispositivo supragrifado, pois o que se pleiteia não é a criação de uma norma inexistente (o que aconteceria se o pedido fosse para deduzir despesas de alimentação, lazer, segurança) e tampouco a desoneração por equiparação (deduzir despesas com cursos de ioga dada a grande semelhança com as despesas de educação).

O legislador autorizou a dedução das despesas de educação. Resta aferir se os limites, tal como apontados pela norma, são constitucionais. Assim, não vislumbramos in casu aviltamento ao núcleo linguístico da lei para se falar em inovação inaugural da ordem jurídica – forma de se presumir a jurisdição como legislador positivo.

2. O mérito: por que não se deve limitar a dedução de despesas com educação?

O acórdão proferido pelo Órgão Especial do TRF3 aborda diversos temas constitucionais relevantes para o deslinde da matéria. Neste item da análise, ressaltam-se os principais pontos da decisão, com apontamentos adicionais sobre argumentos que permeiam a discussão.

2.1. Educação como um direito público subjetivo.

A decisão comentada ressalta a função do Estado em “fomentar e facilitar o acesso à educação, abstendo-se de agredir, por meio

da tributação, a esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos na parte empenhada para efetivar e concretizar o direito fundamental à educação”.

Não há dúvidas quanto à posição constitucional do direito à educação e sua importância para a dignidade e o desenvolvimento pessoal de cada indivíduo. Esse é realmente um dos vetores principiológicos que orienta a interpretação do texto infraconstitucional (a Lei nº 9.250/1995) e permite concluir pela sua inconstitucionalidade, uma vez que impõe limitação a direito previsto constitucionalmente.

Todavia, destaca-se que a decisão do TRF3 parece conferir uma leitura ampla ao texto constitucional insculpido no art. 208, § 1º da Constituição Federal quando, no voto do Exmo. Desembargador Federal Mairan Maia, se qualifica a educação como um “direito público subjetivo” sem qualquer restrição.

Uma interpretação literal deste parágrafo tenderia a qualificar como tal apenas a educação básica (prevista no inciso I). Um exercício de interpretação histórico-sistemática incluiria também o ensino médio (previsto no inciso II), pois a redação original deste artigo da Constituição falava de “obrigatoriedade” e “gratuidade” também para este nível educacional e, ademais, a característica de “universalidade” parece remeter às mesmas qualidades. A interpretação da Constituição em conjunto com a legislação infraconstitucional (Lei nº 9.394/1996, art. 5º) também restringiria o alcance de tal direito público subjetivo ao ensino fundamental. Porém, as modificações constitucionais recentes (EC nº 59/2009) fizeram incidir a previsão constitucional de *direito público subjetivo* também sobre o ensino médio e a pré-escola, pois o conceito de educação básica é mais abrangente que o de educação fundamental³.

A interpretação dada pelo Tribunal parece não criar distinções aos direitos à educação. E aqui seria cabível questionar: o acesso à universidade seria também um direito público subjetivo? Ou seja, o inciso V do art. 208 da Carta Magna estaria também alcançado por tamanha proteção constitucional?

Posto que tal alcance do direito público subjetivo à educação seja difícil de sustentar, a conclusão final do celebrado acórdão do TRF3 não parece sair prejudicada. Tanto porque a norma impugnada não divisa juridicamente a dedução do ensino fundamental ou universitário, ao tratar de forma simples o direito à dedução dos gastos com educação pré-escolar, de 1º, 2º e 3º graus e cursos de especialização ou profissionalizantes. Logo, o Acórdão ateuve-se aos limites da norma.

De qualquer sorte, a qualificação de direito público subjetivo não é de todo necessária para que se conclua pela essencialidade do direito à educação e por sua posição como um direito social fundamental componente do mínimo existencial, sobretudo em face da força jurídica conferida ao direito à educação pela Carta Republicana e ao princípio da capacidade contributiva.

2.2. Capacidade contributiva (mínimo vital) e conceito constitucional de renda.

O direito à educação é um direito social fundamental do indivíduo e, respeitados determinados requisitos, deve ser oferecido diretamente pelo Estado ou, quando menos, deve o Estado fomentar e facilitar o acesso à educação abstendo-se de agredir, por meio da tributação, o patrimônio dos cidadãos que for empenhado para efetivar e concretizar esse direito. Este é o raciocínio central da decisão que concluiu pela inconstitucionalidade da imposição de limites à dedução de despesas com educação.

Temos, assim, que a Corte Federal andou bem ao efetivamente reconhecer o direito

3 Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à educação e o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e*

à educação, em seu exponencial explicitado pela Carta Republicana de 1988. Para tanto, vale mencionar o *status* do direito à educação, já contemplado desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu art. XXVI, diretriz sufragada pelo texto constitucional.

A Constituição vigente faz diversas menções ao direito à educação para que de forma programática expresse sua valorização, tanto aos entes federados como à própria sociedade, seja ao catalogá-lo como direito social (art. 6º), ao condicionar a aplicação de investimento aos entes federados (art. 212 e 35, III), seja na instituição de imunidade às instituições com fins não lucrativos (art. 150, VI, c). Tais diretrizes constitucionais projetam força jurídica ao legislador. Dentre as citadas, vale mencionar o próprio art. 205 da Constituição que inaugura o tratamento específico do tema (grifei):

“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.”

Como se denota do preceito constitucional, fiel a uma interpretação sistemática e coerente ao texto da Carta Magna, cabe ao Estado e a sociedade a promoção, o incentivo e a colaboração para se implementar a educação ao povo brasileiro. Tal exortação constitucional finca efeitos jurídico-políticos a todos os entes federados e à própria sociedade, de

sorte que vincula o legislador, o administrador e o julgador a conferir aos comandos da legislação, da administração e da judicatura seus sólidos contornos jurídicos.

Assim, resta pertinente a lição de José Afonso da Silva, repisada por Luís David Araújo⁴, ao divisar as normas constitucionais e apontar que a tarefa do legislador infraconstitucional para melhor regulamentá-

“Não há dúvidas quanto à posição constitucional do direito à educação e sua importância para a dignidade e o desenvolvimento pessoal de cada indivíduo. Esse é realmente um dos vetores principiológicos que orienta a interpretação do texto infraconstitucional (a Lei nº 9.250/1995) e permite concluir pela sua inconstitucionalidade, uma vez que impõe limitação a direito previsto constitucionalmente”.

las deverá partir da premissa constitucional sobre o assunto. Logo, o substrato programático jungido pelo constituinte à educação, surte os seguintes efeitos:

a) estabelece um dever para o legislador ordinário;

b) condiciona a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou os atos que a ferirem;

c) constitui sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação de normas jurídicas;

d) condiciona a atividade discricionária da Administração Pública e do Judiciário.

Na esteira de tais apontamentos, podemos dizer que as disposições constitucionais referentes ao direito à educação vinculam o caráter programático de sua tributação, em estreita sintonia com o mandamento constitucional de promoção e incentivo à educação, de sorte que a dedutibilidade dos gastos com a educação é uma diretriz – eis a interpretação que até aqui ressoa como tranqüila.

4 Em coautoria com Vidal Serrano Nunes. In: *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20/21. Também nesse sentido, SILVA, José A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 153/155.

Resta saber se a imposição do limite lançado como ínfimo tornaria sem valia seu *status* constitucional.

Ora, como o direito não pode ser interpretado divorciado da realidade, com seu viés econômico resplandecido no século XXI, temos que o valor limite de dedutibilidade fora legitimamente reconhecido como aquém do mínimo razoável⁵. Ratificamos, pois, o entendimento sobretudo porque a técnica utilizada pelo legislador desdobra-se sobre a base de cálculo do montante tributável - ao contrário de outras técnicas que concedem deduções diretas como no caso de doações a projetos culturais e desportivos - de forma que não irá a União subsidiar integralmente os gastos com a educação, pois o contribuinte terá que suportar, ainda assim, mais de 2/3 (dois terços) dos gastos com a educação. Assim, o acesso das populações mais carentes a uma educação mais privilegiada resta obstado pela União, regra que positiva orientação na contramão do princípio da capacidade contributiva do imposto, em sua feição subjetiva.

O louvável acórdão do TRF3 associa este raciocínio à noção (aceita pelo STF) de que há um conceito constitucional de renda previsto na Constituição e também às diretrizes que decorrem do princípio da capacidade contributiva para concluir que existe um espaço no qual não é dado ao legislador infraconstitucional atuar. A manifestação de riqueza tributável pelo imposto de renda só se concretiza a partir de um dado montante e este é o valor de rendimentos que sobrar

após a dedução de despesas relacionadas às necessidades básicas da pessoa.

Este montante mínimo de valores que deve ser deixado a salvo da tributação é denominado de *mínimo vital* ou *mínimo existencial*. Conforme leciona Fernando Zilveti, a Constituição Federal não contém uma conceituação explícita do mínimo existencial – a exemplo do que fazia a Constituição de 1946 com relação aos impostos sobre consumo⁶ – de modo que a constatação da sua existência é um esforço de interpretação sistemática, que integra a diretiva que demanda a tributação conforme a capacidade econômica do contribuinte (art. 145, § 1º da Constituição), com outros mandamentos constitucionais⁷.

A visão de doutrinadores e também da jurisprudência em estudos de direito comparado é a de que a consideração

do mínimo necessário para a sobrevivência se concretiza pela combinação do limite de isenção com as deduções fiscais⁸. Ou seja, a dedução de despesas com a educação complementa o mínimo existencial da faixa de isenção do imposto de renda, ao permitir que o contribuinte reduza a sua tributação pelo imposto de renda neste montante.

A conclusão contrária, ou seja, de que a

“Porém, as modificações constitucionais recentes (EC nº 59/2009) fizeram incidir a previsão constitucional de ***direito público subjetivo*** também sobre o ensino médio e a pré-escola, pois o conceito de educação básica é mais abrangente que o de educação fundamental”.

5 Sem prejuízo de que nova legislação firme limite razoável de dedução, em sintonia com a realidade econômica vivida pelo País.

6 Cujo art. 15, § 1º estava assim redigido: “§ 1º - São isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica”.

7 Cf. ZILVETI, Fernando Aurelio. *Princípios de Direito Tributário e a capacidade contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 213-224.

8 Cf. ZILVETI, *op. cit.* (nota 7), p. 206-213. TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário (Steuerrecht)*. 18. ed., vol. I. Tradução de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 494-498.

faixa de isenção já contém o mínimo existencial e, portanto, que a dedução de despesas com educação é mero favor fiscal, é raciocínio difícil de sustentar. Se a faixa de isenção esgota a noção de mínimo existencial, então por que se permite a dedução ilimitada de despesas com a saúde?

Se a saúde compõe o mínimo existencial (sobre isso ninguém tem dúvidas) e a saúde não está contida no mínimo existencial, então, é lícito concluir que o mínimo existencial não se esgota na faixa de rendimentos que é deixada a salvo da tributação. A partir daí a pergunta passa então a ser: por que foram impostos limites à dedução de despesas com educação? E, mais ainda, por que o abatimento de gastos com a saúde é ilimitado e o de gastos com educação não é?

Nesse passo, andou bem a decisão do TRF3 ao explicitar que a política de deduções de despesas com educação não configura favor fiscal. Ademais, admitir a dedução de gastos com educação sem limites é medida que concretiza o princípio da capacidade contributiva em seu sentido *subjetivo*, reportando-se a um sujeito individualmente considerado⁹.

2.3. Existem justificativas plausíveis para a limitação da dedução de despesas com educação?

A decisão do TRF3, ora comentada, apresenta alguns dos argumentos que justificariam a imposição de limites à dedução dos gastos com educação. Esses pensamentos são abordados neste tópico, em conjunto com outras razões que normalmente são discutidas em estudos acadêmicos, especialmente em outras jurisdições. Para que tais argumentos sejam abordados em profundidade, a comparação com os gastos de saúde é bastante apropriada.

A noção de um “mínimo vital”, ou seja,

de que uma parcela dos rendimentos da pessoa física deve ser deixada livre de tributação, está associada com uma premissa geral da tributação do imposto de renda, que é a de somente tributar o “consumo”. A capacidade contributiva se revela exatamente naquela fatia dos rendimentos que estiver efetivamente livre para ser consumida e se transformar em bem-estar material¹⁰.

Neste ponto poder-se-ia afirmar que a exclusão de despesas médicas é justificada pelo fato de que elas não causam “bem-estar” adicional. Pelo contrário, tais despesas servem apenas para devolver ao contribuinte o nível de saúde (e, portanto, de bem-estar) anterior¹¹.

Além disso, afirma-se que as despesas com saúde são involuntárias e tal fato mais do que justifica a permissão de uma dedução na apuração do imposto de renda¹². Ninguém escolhe ficar doente e ter que se submeter a tratamentos médicos, internações etc. Esta característica reforça a desvinculação da despesa médica com o “consumo” ou “bem-estar”. Ela, de fato, representa um gasto necessário e involuntário, voltado à própria preservação da pessoa humana e à reconstituição do *status quo*.

Essas duas características (ausência de bem-estar associado à despesa médica e involuntariedade) são justificativas válidas para a ausência de limites para a dedução dos gastos com a saúde. O que dizer então dos gastos com educação? Eles conferem bem-estar ao indivíduo que frequenta uma instituição de ensino? Seria possível dizer que os gastos

9 Sobre o tema, vide COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias – Teoria e análise da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86-91.

10 Cf. HOLMES, Kevin. *The concept of income – A multidisciplinary analysis*. Países Baixos: IBFD, 2001, p. ix-x.

11 Cf. ANDREWS, William D. *Personal deductions in an ideal income tax*. In: 86 *Harvard Law Review*, 309 (1972). Reproduzido em CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M.P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati, Ohio: Anderson, 1997, p. 277-282.

12 Cf. TURNIER, William J. *Evaluating personal deductions in an income tax – The ideal*. In: 66 *Cornell Law Review*, 262 (1981). Reproduzido em CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; McCOUCH, Grayson M.P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati, Ohio: Anderson, 1997, p. 277-282.

com educação são voluntários ou, ao contrário, seria cabível afirmar que um indivíduo, vivendo na sociedade atual, poderia escolher não ter educação e, ainda assim, firmar-se apropriadamente e com dignidade?

É difícil sustentar que as características das despesas médicas não estejam também presentes nas despesas com educação. A educação não é uma forma de consumo equivalente, *e. g.*, a uma ida ao cinema ou a um jogo de futebol. É uma despesa involuntária em medida bastante substancial, pois a ausência de formação educacional representa um enorme risco à própria manutenção do indivíduo. Não se pode, portanto, afirmar que os gastos com escolas privadas sejam, ou não, uma manifestação de capacidade contributiva, pois tais gastos representam o mínimo vital.

O máximo que se poderia identificar como elemento diferencial é o fato de que a

Na esteira de tais apontamentos, podemos dizer que as disposições constitucionais referentes ao direito à educação vinculam o caráter programático de sua tributação, em estreita sintonia com o mandamento constitucional de promoção e incentivo à educação, de sorte que a dedutibilidade dos gastos com a educação é uma diretriz – eis a interpretação que até aqui ressoa como tranqüila.

presença de educação está fortemente associada à percepção de melhores salários no futuro. Mas tal constatação não afastaria o direito à dedução tributária de tais gastos, pois os gastos com educação são uma forma de investimento que trarão rendimentos (tributáveis) no futuro. Se o Governo vai tributar futura-

mente os melhores salários obtidos com a educação, então se verifica mais uma justificativa para permitir sua dedução, uma vez que – fazendo-se o paralelo com a tributação de pessoas jurídicas – os investimentos que estão associados à geração de receita são dedutíveis por uma razão de neutralidade. Esse raciocínio (de que a educação gera receita no futuro) não justifica, portanto, o estabelecimento de um teto para a dedução de gastos educacionais. Quando muito, poder-se-ia estabelecer um mecanismo de capitalização e depreciação, que permitiria conciliar despesas dedutíveis com as receitas futuras¹³.

¹³ Cf. McNULTY, John K. *Tax policy and tuition credit legislation: federal income tax allowances for personal costs of higher education*. In: 61, *California Law Review*, 1 (1973). Reproduzido em CARON, Paul L.; BURKE, Karen C.; MCCOUCH, Grayson M.P. *Federal income tax anthology*. Cincinnati, Ohio: Anderson, 1997, p. 339-342.



Marcio Pugliesi

Doutor e Livre Docente em Direito-USP, Doutor em Filosofia - PUC-SP. Doutor em Educação - PUC-SP. Professor da PUC-SP, membro do Departamento de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da PUC-SP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia e Teoria Geral do Direito. Autor de livros na área de Filosofia, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito. Líder de pesquisa do CNPq e coordenador do GEDAIS-PUC-SP/CNPq. É engenheiro, arquiteto, administrador e advogado.

Der Kreis der »öffentlichen« Verwaltung umfaßt nun in seinem weitesten Sinne dreierlei: Rechtsschöpfung, Rechtsfindung und das, was an öffentlicher Anstaltstätigkeit nach Abzug jener beiden Sphären übrig bleibt:

»Regierung«, wollen wir hier sagen.

Max Weber¹.

A adoção, desde 1988, de uma Constituição rígida (i. e., capaz de resistir às tentativas de sua alteração) e que incorpora um rol de direitos e garantias fundamentais representa a instauração de um processo sócio-histórico real de constitucionalização da ordem jurídica, processando-se essa de forma gradual segundo fatores específicos da organização dos modos de produção e de transformação correspondente da sociedade.

A garantia jurisdicional da Constituição por sua vez assegura que a rigidez acarreta uma eficaz hierarquia normativa e uma efetiva imposição da Constituição sobre a lei. Ainda, certos textos legais não podem ser derogados ou modificados por lei, somente pela Constituição. Isto é, espera-se que a su-

premacia da Carta Magna seja reconhecida mesmo em condições de *lege ferenda*.

Por outra parte, essas garantias seriam inanes se não houvesse o reconhecimento, pelo menos tácito, da força normativa vinculante da Constituição, ou seja, de que todos os enunciados da Constituição sejam compreendidos e aceitos, seja qual for sua estrutura ou seu conteúdo, como normas jurídicas aplicáveis e impositivas. Eliminam-se, dessarte, as chamadas normas programáticas², simples indicação de programas ou recomendações políticas não jurisdicionalmente asseguradas, que – efetivamente – encobrem, como apontou Grau, a predisposição de indicar o direito, sem garanti-lo e, ainda mais danosamente, elidir o esforço de obtê-lo.

A par disso, numa sociedade que se dirige a um Estado constitucional democrático de Direito, necessita-se esfugir da interpretação literal em favor de uma compreensão extensiva, a fim de que do texto constitucional possam ser obtidos normas e princípios

¹ Weber, Max. *Wirtschaft und gesellschaft – grundriss der verstehenden soziologie*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1922, p. 388. Tradução livre: O círculo da administração pública, em seu sentido mais amplo, inclui três coisas: a criação da lei, a aplicação da lei, e o que resta da atividade dos institutos públicos, após a dedução dessas duas esferas, o que chamaremos de governo.

² Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras. Conforme se vê em BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Tomo II. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 489. E, também, em sentido outro: GRAU, Eros Roberto. *A Constituição Brasileira e as normas programáticas*. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro: Forense, 1985. E GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

implícitos. Visto que, como bem observou Santiago Nino³:

“Teriam que ser feitas tentativas mais sérias de reformular o sistema jurídico, num sentido mais econômico, substituindo amplos conjuntos de enunciados, muitos deles redundantes, por princípios independentes com consequências equivalentes.”

Um dos motes mais relevantes seria considerar-se, como amplamente já se o faz, a aplicação direta de normas constitucionais, isto é, todos os magistrados, em todos os casos, poderiam aplicar as normas constitucionais, não só nas relações de Direito Público, em relação de subordinação, mas, bem assim, naquelas em que se mantivessem as condições de coordenação. Ou seja, a hermenêutica teria como referência a interpretação das leis em conformidade com a Constituição, excluindo-se toda e qualquer acepção que seja incompatível com essa. Fato, por sua vez, decorrente da consideração de que os princípios constitucionais seriam marcos delimitadores da juridicidade.

Essa postura geral acarreta situações outras e de relevo no domínio político, vez que os atores políticos poderão passar a argumentar e defender suas opções políticas e de governo segundo cânones constitucionais. Além disso, os conflitos políticos entre as diferentes instituições governamentais passariam a dirimir-se jurisdicionalmente com aplicação de normas constitucionais, em lugar de disputas no sigilo burocrático dos gabinetes ministeriais, como sói acontecer. Por outra parte, os juízes não mais se sentiriam constrangidos ao julgar as chamadas questões políticas, uma vez que decidiriam sob a égide da constitucionalização da ordem jurídica.

Não se produz com esse entendimento,

como os juspositivistas de plantão advogariam, uma crise ao próprio Estado de Direito, com a debilitação das exigências normativas defluentes do governo das leis e rumando para o governo das elites intelectuais e judiciais. Não se particulariza o Direito, nem se o transforma em um direito de conjuntura ao se aplicar os princípios constitucionais: o que se abandona é o direito da simples subsunção, do dedutivismo fácil que escorraça a efetiva razão – aquela que se debruça sobre os princípios e deles busca estabelecer a decisão que cause o mínimo de dano dado o conflito em andamento. A autonomia das pessoas e a segurança jurídica não são afetadas pela busca consistente da decisão mais equilibrada, em particular quando o norte das decisões é dado pela Lei Maior.

O abandono do paradigma juspositivista, aquele modelo que supõe a existência de normas gerais e fechadas que afastam a necessidade de valoração ou apreciação pragmática (análise de consequências de sua aplicação), pelo modelo que admite a existência de princípios como marcos da juridicidade do sistema, não introduz o arbítrio, mas a efetiva jurisprudência, a possibilidade de ponderar sobre os efeitos da decisão, sobre as consequências do decidido, sobre a satisfação que a magistratura deve à sociedade. Os princípios dão sentido ao sistema normativo e, portanto, às normas, ao estabelecerem os contornos de toda juridicidade. O que desatende aos princípios põe-se, de imediato, fora da juridicidade dessa determinada sociedade.

Os conflitos normativos se resolvem, então, não por análise de compatibilidade lógica e exclusão de uma delas, mas por um processo que incorpora, além dos critérios de prevalência da autoridade superior (*lex superior*); da vontade posterior (*lex posterior*) e da vontade específica (*lex specialis*); aquele da coerência valorativa que avalia o ajuste do âmbito de aplicação das normas conflitantes, acarretando a avaliação desse conflito normativo a partir dos princípios implicados.

3 SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. Trad. Ilza Maria Gasparotto. Rev. Denise Matos Marinho. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 404.

Não se nega que há regras e que, há raciocínios subsuntivos, mas há, ainda, princípios [que exigem a ponderação (operação ainda mais básica que a subsunção)] conducentes à formulação de regra que permita resolver o caso. A mudança fundamental repousa no fato de que a lealdade às regras é ampliada pela lealdade aos princípios e a seus propósitos de proteção ou promoção de direitos.

Outra mudança essencial e já sublinhada na epígrafe a este artigo repousa na abolição, pelo próprio propósito do governar, da distinção forte entre o processo de produção normativa e a aplicação das normas produzidas. O ato de aplicar representa, também, produzir. Com isso se afasta a pré-concepção de que apenas o legislador produz, num governo segundo a lei, o Direito e ao juiz cabe não a vontade, mas o conhecimento. De fato, o raciocínio político do legislador mantém-se *sub constitutione*, visto que a lei não é criação *ex novo*, mas concretização ou desenvolvimento dos princípios constitucionais; e a razão jurídica apresenta vieses políticos e éticos (em sua dimensão pragmática) ao se comprometer com os princípios e direitos constitucionais. Nem todo o Direito, portanto, se apoia em fontes – há normas cuja validade se lastreia em razões materiais, em seu conteúdo e que são inderrogáveis, pois se isso se desse haveria transformação do próprio sistema jurídico.

Transita-se da *juris-dictio*, dizer o Direito para o caso, para a *juris-prudentia*, compreender o Direito para o caso. O juiz diante do caso não apenas diz o Direito, mas o constrói, pois quanto menos regrado é esse caso, mais justificação exige. O magistrado faz-se mais responsável, visto que se o texto legal se encontra no campo da cultura, a norma concretizada encontra seu espaço nos

lindes da civilidade e isso implica, realmente, as condições do bem viver.

O jurista torna-se, embora sempre o tenha sido, participante de prática social muito complexa, o Direito, e compromete-se com sua constante melhoria para que a civilização, de que é partícipe, possa cumprir seus compromissos e garantias, vez que a existência, a estrutura e os conteúdos do Direito dependem essencialmente das crenças de seus operadores e que o constroem/reconstroem, num trabalho sisífico, numa prática social dotada de sentido (dado por essas mesmas crenças), mas pouco passível de descrição pormenorizada e completa. O Direito existindo por força da existência de conflitos sociais requer mais justificativas que descrições.

Se, no dizer de Villa⁴, o núcleo do positivismo jurídico repousa sobre duas teses: a ontológica e a metodológica – sendo a primeira a de que todos os fenômenos que se põem sob a designação

de “lei” são a lei positiva e o produto normativo de decisões e/ou ações humanas são dependentes do ponto de vista cultural ou daquele ético-político e a segunda, aquela metodológica, envolvendo a questão de postura não valorativa e de interpretação pautada apenas em conceitos. Pode-se notar que, da mesma maneira que o juspositivismo destronou o jusnaturalismo, as considerações estabelecidas neste artigo são suficientes para afastar o juspositivismo como postura acertada para a prática do Direito. De fato, como já se apontou em outro lugar, a busca da compreensão dos textos, incluso os normativos, supõe muitos outros requisitos de um ponto de vista semântico-pragmático e o recurso metodológico do círculo hermenêutico que visa compreender

“Nem todo o Direito, portanto, se apoia em fontes - há normas cuja validade se lastreia em razões materiais, em seu conteúdo e que são inderrogáveis, pois se isso se desse haveria transformação do próprio sistema jurídico.”

4 VILLA, Vittorio. *Costruttivismo e teorie del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1999, p. 25-33.

um texto – incluso aquele da “realidade” – envolve o sujeito e reduz a possibilidade de qualquer objetividade nesse transcurso. O sujeito tem sua sócio-historicidade como limitante de qualquer universalização idealista e a função de compreender torna-se processo. A pré-estrutura de compreensão haurida por intermédio de representações sociais traz consigo o lastro da história da sociedade e da biografia (essa história do sujeito) e sendo um ter-prévio (*Vorhabe*), ou uma visão prévia (*Vorsicht*) ou, ainda, uma concepção prévia (*Vorgriff*) ainda assim, não será universal, nem social, mas limitada pelo alcance do hermeneuta.

Por esse motivo, nesta conjectura, dá-se à compreensão, o seguinte percurso:

a) domínio de enunciados constatativos representantes das informações disponíveis aptas a circunscrever a situação (*Vorhabe*);

b) domínio de enunciados, mesmo conjecturais, que exponham as estratégias possíveis e disponíveis para o caso. Tais enunciados são passíveis de detalhamento e se conformam a um senso de realidade intersubjetivo a fim de conferir credibilidade à atuação e às ações anunciadas (*Vorsicht*);

c) domínio de enunciados – quase sempre conjecturais – exprimindo os efeitos das ações empreendidas (por vezes, apenas comunicativas) em conformidade com as estratégias e decorrentes de “a” e “b” mercê de conexões de caráter lógico ou probabilístico;

d) enunciados avaliativos defluentes de um critério geral de êxito (referido à situação) e aplicado aos enunciados presentes em “c”;

e) proposições normativas que permitem formar os enunciados de “c”;

f) proposição de preferência entre os enunciados expressos em “d”;

g) proposição normativa enunciando a norma segundo a qual “f” pode ser formulada;

h) proposição geral que estabeleça a base de compreensão e que se reveste, via de

regra, da seguinte forma: “A estratégia escolhida garantirá o alcance da condição exposta por aquela norma preferencial, em geral, buscando reduzir ao mínimo o prejuízo possível à compreensão”. Esclarece-se, assim, a necessidade de escolha e essa refletirá, para que a decisão faça sentido, a utilidade, em sentido técnico, da parte optante. Nesse sentido será, sempre, um enunciado performativo, uma vez que constrangerá o agir (mesmo que apenas comunicativo (o que inclui a possibilidade de inação e omissão);

i) enunciado que expresse o resultado, depois do processo indutivo indicado, delimitado a partir de “h” e dos precedentes e que estabelece o vínculo da compreensão a um processo de execução;

j) a proposição final, da responsabilização pelo vínculo à estratégia (ou estratégias), em que, explícita ou implicitamente, se assumem as consequências dessa(s) estratégia(s) adotada(s) para efeito de lograr a compreensão.

Como resultado performático, a compreensão sempre alterará o texto a fim de produzir a ação mais consentânea, segundo o sentido apreendido para o caso.

Sendo assim, e tomando em consideração os respeitabilíssimos votos dos desembargadores federais, no caso da Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0005067-86.2002.4.03.6100 (2002.61.00.005067-0), tendo como arguente Iso Chaitz Scherkerkewitz e como arguida a União Federal (Fazenda Nacional), com relatoria do eminente Desembargador Federal Mairan Maia, com a seguinte.

EMENTA

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA FÍSICA. LIMITES À DEDUÇÃO DAS DESPESAS COM INSTRUÇÃO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 8º, II, ‘B’, DA LEI Nº 9.250/95. EDUCAÇÃO. DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL. DEVER JURÍDICO DO

ESTADO DE PROMOVÊ-LA E PRESTÁ-LA. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO. NÃO TRIBUTAÇÃO DAS VERBAS DESPENDIDAS COM EDUCAÇÃO. MEDIDA CONCRETIZADORA DE DIRETRIZ PRIMORDIAL DELINEADA PELO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE GASTOS COM EDUCAÇÃO VULNERA O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.”

Para efeito de se ver no algoritmo apresentado acima o processo argumentativo seguido na produção da decisão.

a) circunscrição da situação:

“1. Arguição de inconstitucionalidade suscitada pela e. Sexta Turma desta Corte em sede de apelação em mandado de segurança impetrado com a finalidade de garantir o direito à dedução integral dos gastos com educação na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física de 2002, ano-base 2001.”

b) enunciação das estratégias disponíveis e possíveis para o caso:

“2. Possibilidade de submissão da *questão juris* a este colegiado, ante a inexistência de pronunciamento do Plenário do STF, tampouco do Pleno ou do Órgão Especial desta Corte, acerca da questão.

3. O reconhecimento da inconstitucionalidade da norma afastando sua aplicabilidade não configura por parte do Poder Judiciário atuação como legislador positivo. Necessidade de o Judiciário – no exercício de sua típica função, qual seja, averiguar a conformidade do dispositivo impugnado com a ordem constitucional vigente – manifestar-se sobre a compatibilidade da norma impugnada com os direitos fundamentais constitucionais

mente assegurados. Compete também ao Poder Judiciário verificar os limites de atuação do Poder Legislativo no tocante ao exercício de competências tributárias impositivas.”

c/d/e) enunciados exprimindo os efeitos das ações empreendidas em conformidade com as estratégias; bem assim avaliativos [defluentes de um critério geral de êxito (referido à situação)], com apresentação de proposições normativas que permitem formar estes enunciados:

“4. A CF confere especial destaque a esse direito social fundamental, prescrevendo o dever jurídico do Estado de prestá-la e alçando-a à categoria de direito público subjetivo.

5. A educação constitui elemento imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao exercício da cidadania e à livre determinação do indivíduo, estando em estreita relação com os primados basilares da República Federativa e do Estado Democrático de Direito, sobretudo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Atua como verdadeiro pressuposto para a concreção de outros direitos fundamentais.

6. A imposição de limites ao abatimento das quantias gastas pelos contribuintes com educação resulta na incidência de tributos sobre despesas de natureza essencial à sobrevivência do indivíduo, a teor do art. 7º, IV, da CF, e obstaculiza o exercício desse direito.”

f/g/h) proposição de preferência entre os enunciados e a normativa que garante sua formulação e proposição geral que estabelece a base de compreensão, esclarecendo, assim, a necessidade da escolha e essa refletirá, para que a decisão faça sentido, a utilidade, em sentido técnico, da opção feita:

“7. Na medida em que o Estado não arca com seu dever de disponibilizar ensino público gratuito a toda população, mediante a implementação de condições materiais e de prestações positivas que assegurem a efetiva fruição desse direito, deve, ao menos, fomentar e facilitar o acesso à educação, abstendo-se de agredir, por meio da tributação, a esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos na parte empenhada para efetivar e concretizar o

direito fundamental à educação.

8. A incidência do imposto de renda sobre despesas com educação vulnera o conceito constitucional de renda, bem como o princípio da capacidade contributiva,

expressamente previsto no texto constitucional.

9. A desoneração tributária das verbas despendidas com instrução configura medida concretizadora de objetivo primordial traçado pela Carta Cidadã, a qual erigiu a educação como um dos valores fundamentais e basilares da República Federativa do Brasil.”

i/j) enunciado que expresse o resultado, depois do processo indutivo indicado e que estabelece o vínculo da compreensão a um processo de execução levando à proposição final, da responsabilidade pelo vínculo à estratégia (ou estratégias), em que, explícita ou implicitamente, se assumem as consequências dessa(s) estratégia(s) adotada(s) para efeito de lograr a compreensão:

“a cidadania organizada necessita saber do lídimo serviço prestado pela Corte da Terceira Região e estender suas demandas – alcançando, entre outras, a exclusão da dedução de remédios (e há fármacos de custo elevadíssimo) e equipamentos de saúde de uso permanente, na certeza que de há juízes constitucionais capazes de jurisdicionar com equidade e desassombro.”

“10. Arguição julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)’ contida no art. 8º, II, ‘b’, da Lei nº 9.250/95.”

Ao elaborar seu voto, o eminente relator segue o mesmo processo estratégico e a longa, embora sintética, exposição dos fundamentos representa caso paradigmático da exposição feita acima ao oferecer defesa ao ataque pos-

sível dos juspositivistas (que de fato assim agiram) e revisão intensa e extensa dos motivos da decisão. A seleção da doutrina e o metódico encadear das razões a fim de produzir compreensão dos motivos do voto indicam a cautela necessária para minimizar o dano causado pelo conflito em julgamento.

Perfila o mesmo posicionamento o voto do e. Desembargador Federal Johnsonsomi Salvo que, após afastar a possível inquinação de atividade legiferante ao Poder Judiciário no caso, enfaticamente aduz:

“A limitação da dedução dos gastos com educação a um teto prefixado fere diversos princípios constitucionais, como o princípio da isonomia, da capacidade contributiva, dignidade humana e o direito à educação. Até porque não é verdade que todos os que encaminham filhos, ou se encaminham, para escolas particulares são as pessoas mais bem postas neste país.

Esse argumento é uma falácia e a prova disso é a existência do Programa FIES, instituído com o alarde de sempre pelo Poder Executivo, gerido hoje pela Caixa

Econômica Federal e pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, no sentido de emprestar dinheiro a pessoas pobres para que custeiem ensino superior prestado por entidades privadas.

O ensino público no Brasil, acessível a todos com certo grau de qualidade, como manda a Constituição, com raríssimas exceções, é uma farsa. O Poder Executivo não garante ensino público com qualidade – às vezes não garante ensino *nenhum* – o que leva um número elevado de famílias a se socorrerem do ensino privado; a existência do ensino privado é tão interessante ao Poder Público que o mesmo fomenta o nascimento de escolas de 2º e 3º graus, assegurando-lhes favores fiscais – a demonstrar a *falência do ensino gratuito*. Ninguém paga escola privada por ‘luxo’; faz-se por necessidade.”

Um acréscimo a essa meridiana clareza do texto acima será sempre desmascarar o interesse efetivo subjacente a esse direito: a produção de quadros de mão de obra adequados atrairá ao país maiores e mais concentrados investimentos. Ao aplicar em educação o particular torna-se parceiro do Estado ao viabilizar a instalação de empresas

de foco tecnológico e o potencial desenvolvimento nacional. Esse direito à educação traz consigo a viabilização do país para efeito de novos investimentos nessa sistemática capitalista de produção.

Nota-se que os votos divergentes se referem à possível inovação, pelo Poder Judiciário, no sistema normativo – o que seria vedado pela tripartição dos poderes. Deixando de perceber, entretanto, que a redução do texto legal à condição de norma concretizada significará sempre a produção de novidade. Ademais o controle de constitucionalidade é função específica do Judiciário e a salvaguarda do cidadão ante, por exemplo, os ímpetos arrecadatórios insopitáveis de um governo ansioso por saldar custos crescentes pelo gigantismo de seu aparato.

A decisão em comento se refere a caso específico e a um único exercício fiscal, mas seu alcance será permanente – a cidadania organizada necessita saber do lúdico serviço prestado pela Corte da Terceira Região e estender suas demandas – alcançando, entre outras, a exclusão da dedução de remédios (e há fármacos de custo elevadíssimo) e equipamentos de saúde de uso permanente, na certeza que de há juízes constitucionais capazes de jurisdicionar com equidade e desassombro.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO CÍVEL
0000503-31.2007.4.03.6119
(2007.61.19.000503-4)

Apelante: BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS
Apelada: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA – INFRAERO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO
Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DAVID DINIZ
Classe do Processo: AC 1472820
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/05/2012

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INFRAERO. FURTO DE MERCADORIAS EM TERMINAL DE CARGAS. CULPA EXCLUSIVA DA EMPRESA AÉREA SEGURADA. ATUAÇÃO ESTATAL NÃO COMPROVADA.

1 - Mantida a sentença de improcedência da ação ordinária aforada por Companhia Seguradora contra a Empresa Brasileira de Infra Estrutura Aeroportuária - INFRAERO, visando obter, regressivamente, o ressarcimento dos valores pagos à Cia. Aérea segurada a título de indenização pelo furto de mercadorias acobertadas por contrato de seguro aeronáutico celebrado entre esta e a apelante, verificado nas dependências do Aeroporto Internacional de São Paulo.

2 - Ausência de qualquer elemento de prova no sentido de que a INFRAERO tivesse recebido de volta a carga para rearmazenagem. Restrita a prova relativa ao retorno da carga ao aeroporto ao boletim de ocorrência lavrado pela Cia. Aérea, bem como ao documento fornecido pela SATA, empresa responsável pelo transporte da carga no interior do Aeroporto, mas ambos sem apontar qualquer interveniência da INFRAERO na operação.

4 - A prova testemunhal coligida permitiu segura convicção de que tanto o desembarque como o transporte da carga no interior do aeroporto foi acompanhado pelos funcionários da Cia. Aérea Varig, os quais decidiram o local onde esta permaneceria armazenada até o dia seguinte, quando seria reembarcada em outro voo. Tais funcionários trabalhavam no turno anterior ao da testemunha arrolada pela apelante e tiveram atuação direta nos fatos envolvendo o desaparecimento da carga, daí ser imputável unicamente a estes a negligência desencadeadora do furto ocorrido.

4 - Conclusão de que, após o desembarque da carga, ocorrido às 16:35 horas do dia 28 de janeiro de 2005, esta ficou sob a responsabilidade exclusiva da Cia. Aérea, à qual cabia solicitar à INFRAERO o seu rearmazenamento mas, ao contrário, optou ela, sob sua conta e risco, por armazenar parte da carga no depósito *stand-by* até o dia seguinte.

5 - 2 - Reconhecido não haver prova de fato administrativo que pudesse embasar a responsabilidade objetiva da INFRAERO pelo extravio da carga. Conjunto probatório uníssono e convergente no sentido da negligência exclusiva da Cia. Aérea no armazenamento da carga como causa eficaz para o evento danoso verificado, de modo a afastar a existência de atuação estatal, seja comissiva ou omissiva, para o resultado ilícito, um dos pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado.

6 - Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 10 de maio de 2012.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

Trata-se de apelação interposta por Bradesco Auto/Re Cia. de Seguros S/A contra sentença que julgou improcedente o pedido deduzido na ação ordinária aforada contra a Empresa Brasileira de Infra Estrutura Aeroportuária - INFRAERO, visando obter, regressivamente, o ressarcimento dos valores pagos à segurada Varig S/A Viação Aérea Riograndense a título de indenização pelo extravio das mercadorias acobertadas por contrato de seguro aeronáutico celebrado entre esta e a apelante.

Segundo a inicial, a Varig S/A Viação Aérea Riograndense foi contratada para o transporte internacional de um lote de 17 volumes contendo películas de filme pertencente à empresa Kodak Argentina, viagem aérea do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos - SP, para a Cidade de Buenos Aires, na Argentina. Em 28 de janeiro de 2005 a mercadoria foi embarcada em aeronave da transportadora mas após decolagem esta teve de retornar ao aeroporto por problemas técnicos, com a que a mercadoria foi descarregada e remanejada para o terminal de cargas da INFRAERO. No dia seguinte, foi constatado o sumiço de três volumes do lote segurado. Em razão de tais fatos, a apelante pagou à Cia. Aérea segurada o valor de R\$ 22.377,73 a título de cobertura do sinistro verificado. A apelante postula o ressarcimento dos valores pagos à segurada, invocando a responsabilidade objetiva da INFRAERO como depositária da carga extraviada no interior de seu armazém, ante a negligência na sua custódia.

A sentença julgou improcedente o pedido, reconhecendo não se verificar na hipótese a responsabilidade objetiva da INFRAERO prevista no art. 37, § 6º da Constituição Federal, na qualidade de empresa pública federal administradora dos aeroportos em regime de concessão estatal. Entendeu não ter restado demonstrado nos autos que o extravio da carga tivesse decorrido da conduta comissiva ou omissiva da ré, pois o documento de fls. 78 aponta o recebimento dos volumes pelo despachante aduaneiro, mas não houve a indicação da oitiva deste, a qual se fazia necessária a fim de comprovar a integridade física da carga no instante da sua liberação, do que se presume tenha esta sido recebida em sua totalidade, daí não se poder falar em falha do dever de segurança ou de guarda por parte da INFRAERO.

Nas razões recursais, sustenta a apelante que a instrução probatória demonstrou que a carga não saiu das dependências da INFRAERO após o desembarque. Afirma que o documento de fls. 100 comprova o retorno da carga ao solo, enquanto a prova testemunhal demonstrou que a carga foi levada para o antigo armazém da empresa aérea Transbrasil, sob responsabilidade da INFRAERO desde o ano de 2005, de forma a evidenciar a responsabilidade desta como depositária das mercadorias neste armazenadas. Invoca ainda o testemunho no sentido de que parte da carga foi levada para o terminal da Transbrasil em razão dos demais terminais

de exportação se encontrarem lotados à época. Invoca a responsabilidade objetiva na espécie, pois a apelante foi vítima de ato administrativo da ré.

Nas contra-razões, a INFRAERO alega ter entregue à Varig as mercadorias, conforme solicitação do agente de cargas dessa empresa e recibo do despachante aduaneiro, sem qualquer ressalva no ato do seu recebimento. Alega ter cessado aí sua responsabilidade pela carga, passando esta à transportadora nos termos do art. 750 do Código Civil e art. 245 do Código Brasileiro de Aeronáutica. Afirma que a posterior movimentação da carga ao terminal de cargas da INFRAERO é feito pelas Cias. Aéreas, por meio das suas contratadas, de forma que ausente qualquer omissão ou negligência imputável à apelada.

É o relatório.

À douda revisão.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora):

A apelação não merece provimento.

Busca a apelante o ressarcimento dos valores pagos à Cia. Aérea Varig S/A por força de contrato de seguro aeronáutico entre elas celebrado, em decorrência de sinistro verificado em carga acobertada por referida apólice, consistente no furto ocorrido enquanto esta se encontrava armazenada no terminal de exportação administrado pela INFRAERO no Aeroporto Internacional de Guarulhos, em São Paulo.

Como prova do furto, a apelante invoca o Boletim de ocorrência de fls. 23, lavrado por representante da Cia. Aérea, segundo o qual, no dia 28.01.2005, uma carga contendo 17 volumes foi embarcada em aeronave da Varig com destino a Buenos Aires, Argentina. A aeronave retornou ao aeroporto por problemas técnicos, com o que a carga foi descarregada da aeronave a pedido da Cia. Aérea e removida pela empresa SATA para o terminal de exportação da INFRAERO. Consta ainda do B. O. que a carga foi removida em etapas ao terminal de exportação, mas parte dela foi erroneamente transferida para o terminal de cargas da Transbrasil. Consta ainda que na mesma data foi realizada conferência física, constatando-se a ausência de parte da carga contendo 3 volumes do lote. Em buscas realizadas no terminal, localizou-se o *pallet* em que os volumes estavam acondicionados jogado em um local do terminal conhecido como lixão.

Nenhum reparo merece a sentença recorrida, ao reconhecer não haver prova de fato administrativo que pudesse embasar a responsabilidade objetiva da INFRAERO pelo extravio da carga.

Tal decorre do fato de que a prova documental produzida em nenhum momento demonstrou que a carga tivesse retornado à custódia da INFRAERO após o desembaraço aduaneiro verificado.

O documento de fls. 58 comprova ter a INFRAERO entregue a carga objeto do AWB nº 183-30613166 à Cia. Aérea para o seu transporte ao exterior às 14 horas do dia 28.01.2005, constando recibo aposto pelo agente de cargas da empresa, bem como do despachante aduaneiro credenciado.

Tal documento permite concluir que a carga foi integralmente entregue à Cia. Aérea em

conformidade com as características de peso e volume descritas no AWB referido, cessando aí a responsabilidade da INFRAERO por sua custódia.

Não há nos autos qualquer elemento de prova no sentido de que a INFRAERO tivesse recebido de volta a carga para rearmazenagem. A prova relativa ao retorno da carga ao aeroporto está restrita ao boletim de ocorrência lavrado pela Cia. Aérea, bem como ao documento fornecido pela SATA (fls. 101), empresa responsável pelo transporte da carga no interior do Aeroporto, mas ambos sem apontar qualquer interveniência da INFRAERO na operação.

A testemunha arrolada pela ré, Josias Ramos da Silva, servidor da INFRAERO responsável pela entrega da carga à Varig, afirmou que, em havendo retorno da carga, a companhia aérea pode solicitar à INFRAERO seu rearmazenamento. Em seguida afirma, *in verbis* (fls. 103):

“... Não havendo rearmazenamento, na hipótese de retorno da carga, esta costuma ser guardada em um armazém antigo da Transbrasil, onde fica em ‘stand by’ sob responsabilidade da companhia aérea respectiva.

(...) Quando a companhia aérea solicita o rearmazenamento da carga, ela entrega a INFRAERO uma carta contendo essa solicitação. A INFRAERO, então, entrega a companhia aérea um documento comprovando o rearmazenamento - DAE Documento de Arrecadação e Exportação - ocorrendo ainda o recolhimento de uma taxa de armazenamento em favor da INFRAERO. Ao retirar a carga rearmazenada, a companhia aérea, juntamente com a INFRAERO, fazem a conferência respectiva, inclusive física.”

Mais adiante, é peremptório:

... “Quando a mercadoria retorna, o funcionário da companhia aérea é quem determina se ela será guardada no galpão ‘stand by’ ou armazenado pela INFRAERO.” ...

Ora, do documento de fls. 100, emitido pela empresa de transportes SATA, constata-se que a carga foi retirada da aeronave às 16:35 horas do dia 28 de janeiro, ao passo que a testemunha da autora, o empregado da VARIG Gentil Cezar, supervisor de cargas responsável pela elaboração do boletim de ocorrência, iniciou seu expediente às 23 horas do mesmo dia 28.01.05, conforme declarou em Juízo a fls. 105:

“No dia 28 de janeiro de 2005, a partir das 23:00 horas, eu estava trabalhando no terminal de cargas da Varig como supervisor de cargas e soube que a mercadoria mencionada na inicial foi embarcada em aeronave da Varig com destino a Buenos Aires. Em virtude de problemas de manutenção na aeronave, houve seu retorno para o aeroporto e o cancelamento do voo. A carga foi então descarregada da aeronave e encaminhada parte para os terminais de carga da INFRAERO, parte para os terminais de carga da Transbrasil. (...) Os preparativos do embarque da carga foram feitos pelo turno de trabalho anterior ao meu e a constatação do sumiço de parte da mercadoria me foi comunicada pelo pessoal da segurança da VARIGLOG na madrugada do dia 29 de janeiro de 2005. Naquela madrugada foram realizadas buscas no meu turno e no posterior. (...) *Como o embarque e o reposicionamento da mercadoria foram feitos no turno anterior ao meu, não tive participação nessas atividades.*” (grifo nosso).

Mais adiante afirmou:

“O pessoal da SATA é o responsável pelo carregamento e descarregamento da aeronave, momento em que fica um funcionário da VARIG, nos vôos da empresa, verificando a ordem de carregamento e descarregamento das mercadorias. (...)”

E continua a mesma testemunha:

“(...) Em casos de retorno de mercadoria, após retirada da aeronave para posterior reembarque, a carga segue para o terminal sem que seja feito controle pela INFRAERO (...). Quando ocorre o retorno de mercadoria, não há controle pela INFRAERO, pois esta ao entregar a mercadoria a companhia aérea, se considera desonerada da responsabilidade pela carga, ainda que esta esteja em suas dependências. Quando a mercadoria de exportação retorna para o Terminal de cargas, por se tratar de mercadoria já liberada pela Receita Federal, o pessoal da SATA a encaminha diretamente ao terminal, na área de cargas liberadas, sem que haja uma conferência.”

A prova testemunhal coligida permitiu segura convicção de que tanto o desembarque como o transporte da carga foi acompanhado pelos funcionários da Cia. Aérea Varig, os quais decidiram o local onde esta permaneceria armazenada até o dia seguinte, quando seria reembarcada em outro vôo. Tais funcionários trabalhavam no turno anterior ao da testemunha arrolada pela apelante e tiveram atuação direta nos fatos envolvendo o desaparecimento da carga, daí ser imputável unicamente a estes a negligência desencadeadora do furto ocorrido.

Conclui-se, portanto, que após o desembarque a carga, ocorrido às 16:35 horas do dia 28 de janeiro de 2005, esta ficou sob a responsabilidade exclusiva da Cia. Aérea Varig, à qual cabia solicitar à INFRAERO o seu rearmazenamento mas, ao contrário, optou ela, sob sua conta e risco, por armazenar parte da carga no depósito *stand-by* até o dia seguinte.

Desta forma, o conjunto probatório é uníssono e convergente no sentido da negligência exclusiva da Cia. Aérea no armazenamento da carga como causa eficaz para o evento danoso verificado, de modo a afastar a existência de atuação estatal, seja comissiva ou omissiva, para o resultado ilícito, um dos pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado, consoante o julgamento proferido no RESP nº 944884 (Rel. Min. Francisco Falcão, DJE 17/04/2008):

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 186 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE EM PRESÍDIO. ESGANADURA. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO. *ONUS PROBANDI* DO ESTADO. RESPONSABILIDADE CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO FIXADA NA SENTENÇA *A QUO*. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

(*omissis*)

4. A responsabilidade objetiva do Estado em indenizar, decorrente do nexo causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado ao particular, prescinde da apreciação dos elementos subjetivos (*dolo* e culpa estatal), posto que referidos vícios na manifestação da vontade dizem respeito, apenas, ao eventual direito de regresso, incabível no caso concreto.

5. *In casu*, as razões expendidas no voto condutor do acórdão hostilizado revelam o descompasso entre o entendimento esposado pelo Tribunal local e a jurisprudência desta Corte, no sentido de que nos casos de dano causado pelo Estado, se aplica o art. 37, § 6º da Constituição Federal, que versa acerca da responsabilidade objetiva do Estado.

6. Deveras, consoante doutrina José dos Santos Carvalho Filho: ‘A marca da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do

agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado com pressupostos da responsabilidade objetiva (...), sendo certo que a caracterização da responsabilidade objetiva requer, apenas, a ocorrência de três pressupostos: a) fato administrativo: assim considerado qualquer forma de conduta comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público; b) ocorrência de dano: tendo em vista que a responsabilidade civil reclama a ocorrência de dano decorrente de ato estatal, *latu sensu*; c) nexo causal: também denominado nexo de causalidade entre o fato administrativo e o dano, conseqüentemente, incumbe ao lesado, apenas, demonstrar que o prejuízo sofrido adveio da conduta estatal, sendo despidendo tecer considerações sobre o dolo ou a culpa.

7. A responsabilidade objetiva do Estado, uma vez caracterizada no caso concreto, impõe ao lesado tão somente demonstrar a ocorrência do fato administrativo (esganadura por colega de cela), do dano (morte da vítima) e nexo causal (que a morte da vítima decorreu de errôneo planejamento da segurança no presídio).
(*omissis*)”

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO à apelação.

É como VOTO.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0000649-80.2008.4.03.6105
(2008.61.05.000649-6)

Apelante: DIVINA APARECIDA GUADAGNINI
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA
Classe do Processo: AC 1560924
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/05/2012

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. VEÍCULO DA AUTORA. RESTRIÇÃO JUNTO AO DETRAN DETERMINADA POR JUIZ TRABALHISTA. ART. 133 DO CPC. INÉRCIA DA PARTE AUTORA.

1. O Código de Processo Civil abre apenas ensejo à responsabilização de magistrado nas hipóteses do art. 133, o que evidentemente incorreu nos autos.
2. Competia à autora comprovar, como terceiro interessado naqueles autos trabalhista, que era indevida a constrição em bem de sua propriedade, já registrado em seu nome à época da decisão judicial.
3. O ato praticado era decorrência do dever legal de decidir e julgar, não se podendo dele fazer surgir responsabilidade civil do Estado.
4. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 03 de maio de 2012.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora): Cuida-se de recurso de apelação interposto por DIVINA APARECIDA GUADAGNINI em autos de ação Ordinária promovida em face da União Federal objetivando a reparação por danos morais em decorrência de ato praticado por Juiz do Trabalho.

A sentença julgou improcedente a ação, condenando a autora ao pagamento de honorários fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), devidamente corrigido, e ante a concessão de assistência judiciária gratuita, sobrestou o pagamento até que ocorra mudança na situação financeira.

Em razões de apelação aduz a recorrente ter ocorrido erro judiciário do magistrado trabalhista, pois este determinou o bloqueio de um veículo que não pertencia mais a uma das

partes e que incumbia ao magistrado pesquisar para “saber se não existia novo proprietário, deixando evidenciado assim que o judiciário não foi cauteloso e causou assim o dano”. Pede a reforma da sentença.

Com contrarrazões de apelação subiram os autos.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora): A recorrente adquiriu um veículo em junho de 2005, tendo procedido à sua transferência em julho de 2006, ocasião em que verificou que o mesmo se encontrava bloqueado por força de determinação judicial em autos de ação trabalhista, ocorrida na Comarca de Jataí/GO, tendo sido procedido tal bloqueio em setembro de 2005.

Que o devedor naqueles autos pagou sua dívida tendo o veículo sido desbloqueado em 05/12/2007, mas a recorrente já havia perdido o negócio.

Não procede a irresignação da apelante.

Com efeito, o exercício regular de direito não comporta indenização.

Pela documentação acostada aos autos, verifica-se que o MM. Juízo trabalhista determinou a expedição de ofício ao Bacen para bloqueio de todos os valores encontrados em nome da empresa Franco Fabril Alimentos Ltda.; a todos os Cartórios de Registro de Imóveis para a indisponibilização de todos e quaisquer imóveis pertencentes aos requeridos e ainda a expedição de mandado de arresto de todos os bens que compunham o acervo patrimonial da empresa sediada em Jataí e Cachoeira Alta; determinou ainda a expedição de ofícios ao Detran/GO para a averbação da restrição nos veículos automotores de propriedade dos reclamados.

O Código de Processo Civil abre apenas ensejo à responsabilização de magistrado nas hipóteses do art. 133, o que evidentemente incorreu nos autos.

Com efeito, ao proferir decisões vale-se o magistrado dos elementos que colige diretamente dos autos. Tem que dar decisão à vista dos elementos.

Ora, se efetivamente o veículo não mais pertencia à empresa ou a seus administradores não é de ser imputado ao magistrado qualquer ato ilícito, posto que a decisão liminar teve caráter genérico, ainda que determinado “veículos de *propriedade dos reclamados*”.

Não ocorreu qualquer ato doloso, fraudulento ou culposos que seja do magistrado.

Competia à autora comprovar, como terceiro interessado, naqueles autos trabalhista que era indevida a constrição em bem de sua propriedade, já registrado em seu nome à época da decisão judicial.

Não há nos autos qualquer prova nesse sentido.

Para a fixação de responsabilidade civil é necessária a existência comprovada do nexo de causalidade, relação de causa e efeito entre o ato perpetrado e o prejuízo experimentado pela vítima.

O ato praticado era decorrência do dever legal de decidir e julgar, não se podendo dele

fazer surgir responsabilidade civil do Estado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença proferida.

É como voto.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0025814-47.2008.4.03.6100

(2008.61.00.025814-3)

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 204/207

Interessado: MUNICÍPIO DE ITAPECERICA DA SERRA - SP

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 16ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO DOMINGUES

Classe do Processo: ApelReex 1559580

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/05/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 557, DO CPC - FISCALIZAÇÃO DO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA - NECESSIDADE DE RESPONSÁVEL TÉCNICO FARMACÊUTICO - ESTABELECIMENTO DENOMINADO FARMÁCIA POPULAR - LEI 10.858/2004 E DECRETO 5.090/2004.

- A Lei 10.858/2004 dispõe que o “Programa Farmácia Popular” tem por objetivo fornecer medicamentos a preço de custo ou a preços bem menores daqueles em regra, praticados pelas farmácias e drogarias. Regulamentação promovida pelo Decreto nº 5.090/2004.

- Observa-se que a “farmácia popular” pratica atividades típicas de drogaria, motivo pelo qual se faz obrigatório seu registro perante o Conselho Regional de Farmácia, bem como a assunção de responsabilidade técnica por profissional farmacêutico, o que por conseguinte legitima o Conselho Profissional respectivo a aplicar-lhe as penalidades cabíveis pelo descumprimento da legislação pertinente.

- Reconsideração. Provimento à apelação do Conselho Regional de Farmácia e manutenção do o auto de infração imposto à parte autora.

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, reconsiderar a r. decisão de fls. 204/207 e dar provimento à apelação do Conselho Regional de Farmácia, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de maio de 2012.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): Trata-se de agravo legal interposto pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo, contra a decisão que, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, negou seguimento a sua apelação.

Sustenta o Agravante, em síntese, que a questão em tela deve ser analisada pela interpretação sistemática dos arts. 4º, 15 e 19, da Lei nº 5.991/73, 24, da Lei nº 3.820/60 e Lei nº 10.858/2004, os quais permitem concluir pela necessidade de assistência profissional farmacêutica em estabelecimento denominado farmácia popular.

Pleiteia o provimento do recurso, a fim de que seja reconsiderada a decisão impugnada (fls. 204/207).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator): Assiste razão ao agravante.

A Lei nº 5.991, de 17.12.1973, que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, em seu art. 15, determinou a obrigatoriedade de profissional técnico responsável nas farmácias e drogarias, nestes termos:

“Art. 15 - A farmácia e a drogaria terão, obrigatoriamente, a assistência de técnico responsável, inscrito no Conselho Regional de Farmácia, na forma da lei.

§ 1º - A presença de técnico responsável será obrigatória durante todo o horário de funcionamento do estabelecimento.”

Tal lei, ainda, em seu artigo 4º, estabeleceu os conceitos de drogaria, farmácia e dispensário de medicamentos, diferenciando-os da seguinte forma:

“Art. 4º - Para efeitos desta lei, são dotados os seguintes conceitos:

.....

X - Farmácia - estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficinais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;

XI - drogaria - estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais;

XIII - Posto de medicamentos e unidades volantes- estabelecimento destinado à venda de medicamentos industrializados em suas embalagens originais e constantes de relação elaborada pelo órgão sanitário federal, publicado na imprensa oficial, para atendimento a localidades desprovidas de farmácia ou drogaria.

XIV - Dispensário de medicamentos - setor de fornecimento de medicamentos industrializados, privativo de pequena unidade hospitalar ou equivalente;”

Nota-se dos conceitos acima transcritos que o dispensário de medicamentos é mero setor de fornecimento de medicamentos industrializados, em sua embalagem original, diverso da farmácia onde pode ocorrer a manipulação de medicamentos, e neste caso, portanto, imprescindível a presença de um técnico responsável, com conhecimentos especializados.

Ademais, o fornecimento nos dispensários de medicamentos em hospitais de pequeno porte e clínicas médicas aos pacientes internados, decorre de estrita prescrição médica, dispensando-se assim, a presença de um profissional farmacêutico.

No caso destes autos, porém, discute-se a exigência do profissional farmacêutico em outro tipo de estabelecimento, aquele denominado “Farmácia Popular”.

Em 13.04.2004 foi editada a Lei nº 10.858, a qual instituiu o programa de disponibilização de medicamentos a preço de custo. Veja-se:

“Art. 1º - Esta Lei trata da disponibilização de medicamentos pela Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz, mediante ressarcimento, visando a assegurar à população o acesso a produtos básicos e essenciais à saúde a baixo custo.

Parágrafo único - Além da autorização de que trata o *caput* deste artigo, a Fiocruz poderá disponibilizar medicamentos produzidos por laboratórios oficiais da União ou dos Estados, bem como medicamentos e outros insumos definidos como necessários para a atenção à saúde.”

Com a regulamentação promovida pelo Decreto nº 5090/2004, foi instituído o Programa Farmácia Popular do Brasil:

“Art. 1º Fica instituído o Programa ‘Farmácia Popular do Brasil’, que visa a disponibilização de medicamentos, nos termos da Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004, em municípios e regiões do território nacional.

§ 1º A disponibilização de medicamentos a que se refere o *caput* será efetivada em farmácias populares, por intermédio de convênios firmados com Estados, Distrito Federal, Municípios e hospitais filantrópicos, bem como em rede privada de farmácias e drogarias.

§ 2º Em se tratando de disponibilização por intermédio da rede privada de farmácia e drogarias, o preço do medicamento será subsidiado.”

Trata-se de uma política pública implementada pelo Ministério da Saúde, por meio de convênio com a Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz, a qual disponibiliza medicamentos, mediante ressarcimento, visando a assegurar à população o acesso a produtos básicos e essenciais à saúde a baixo custo.

Depreende-se dos documentos acostados aos autos, bem como do disposto nas Leis nº 5991/73 e 10.858/2004, que são diferentes os conceitos de posto de medicamentos, dispensário de medicamentos de Unidade Básica de Saúde e o de farmácia popular.

Observa-se da literal interpretação da Lei 10.858/2004 e do Decreto nº 5.090/2004 que o “Programa Farmácia Popular” tem por objetivo fornecer medicamentos a preço de custo ou a preços bem menores daqueles em regra, praticados pelas farmácias e drogarias.

Mas, não é feita nenhuma distinção entre as farmácias ou drogarias que se inserem no conceito tradicional e aquelas que estarão no programa.

Ademais, o próprio Ministério da Saúde, que expede normas complementares para o Programa Farmácia Popular, dispõe sobre a necessidade do estabelecimento se registrar no Conselho Regional de Farmácia e de manter responsável técnico farmacêutico prestando a assistência farmacêutica para sua clientela. (Manual Básico para o Programa Farmácia Popular do Brasil - http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/05_0568_M.pdf).

No mesmo sentido, a Portaria nº 184 de 03.02.2011 editada pelo Ministério da Saúde regulamentou as condições para o ingresso no Programa Farmácia Popular do Brasil (PFPB):

“Art. 14. Poderão participar do PFPB as farmácias e drogarias que atenderem aos seguintes critérios:

VI - farmacêutico responsável técnico com Certificado de Regularidade Técnica (CRT) válido e emitido pelo Conselho Regional de Farmácia (CRF).”

Conclui-se que o único diferencial existente entre o estabelecimento denominado “farmácia popular” e uma drogaria é de natureza econômica, uma vez que na drogaria o paciente apresenta receituário médico e paga o preço comercial pelo produto, enquanto que nas farmácias populares a venda do mesmo produto é feita a preço de custo, o que não dispensa a necessidade do paciente receber orientação profissional.

A corroborar esse entendimento, verifica-se, ainda, que o Decreto 5.090/2004 prevê que o programa pode ser executado tanto por intermédio de convênios com entes públicos e filantrópicos, como pela rede privada de farmácias e drogarias, onde o preço do medicamento será subsidiado.

Observa-se que a “farmácia popular” pratica atividades típicas de drogaria, motivo pelo qual se faz obrigatório seu registro perante o Conselho Regional de Farmácia, bem como a assunção de responsabilidade técnica por profissional farmacêutico, o que por conseguinte legitima o Conselho Profissional respectivo a aplicar-lhe as penalidades cabíveis em caso de descumprimento da legislação pertinente.

Desta forma, entendo pertinente a aplicação do disposto no artigo 15 da Lei nº 5.991/73 aos estabelecimentos denominados “farmácia popular”, que se submetem à fiscalização do Conselho Regional de Farmácia com a obrigação de manter responsável técnico.

Em face de todo o exposto, reconsidero a decisão de fls. 204/207 e dou provimento à apelação do Conselho Profissional, para manter a exigência de contratação de farmacêutico pela parte autora e para manter o auto de infração aplicado. Revogo a tutela antecipada.

Condeno o Autor em honorários advocatícios, que arbitro, com fulcro no art. 20, § 4º do CPC, em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

É como voto.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0002588-30.2010.4.03.6104
(2010.61.04.002588-9)

Apelante: GRANEL QUÍMICA LTDA.
 Apelada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTOS - SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
 Classe do Processo: AC 1676917
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/06/2012

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. MERCADORIA (NAFTA) APREENDIDA. PENA DE PERDIMENTO. EMPRESA INVESTIDA NA QUALIDADE DE DEPOSITÁRIA. INGRESSO DA MERCADORIA NO PATRIMÔNIO DA UNIÃO. VENDA EM LEILÃO. TARIFA DE ARMAZENAGEM DEVIDA PELA UNIÃO.

1. Não há entre a Receita Federal do Brasil e a ora apelante, contrato de armazenagem que regulasse o pagamento de tarifa de armazenagem em caso de apreensão de mercadorias. Apesar da inexistência de negócio jurídico, o ato que formaliza o vínculo existente entre as partes é a lavratura do termo de guarda fiscal, no qual foi a autora, como já mencionado anteriormente, investida na qualidade de depositária da mercadoria apreendida.
2. Na ausência de instrumento contratual regulador da armazenagem da mercadoria apreendida, há que se analisar a utilização dos tanques pertencentes à ora apelante pela União à luz do instituto da requisição administrativa, modalidade de restrição do Estado sobre a propriedade privada, consistente em procedimento unilateral e auto-executório, que independe da aquiescência do particular.
3. Na forma do art. 5º, XXV da Constituição Federal, “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.
4. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, requisição administrativa é “o ato pelo qual o Estado, em proveito de um interesse público, constitui alguém, de modo unilateral e auto-executório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe transitoriamente o uso de uma coisa *in natura* obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida efetivamente acarretar ao obrigado” (Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 25ª edição, pág. 891. São Paulo. Malheiros. 2008.).
5. No caso em tela, o interesse público está presente diante da necessidade de armazenamento da mercadoria apreendida em local seguro e apropriado, de modo a evitar eventual risco de saturação do ambiente com vapor e provocar explosão.
6. A Receita Federal do Brasil, em atenção à necessidade de manter a NAFTA apreendida adequadamente armazenada, investiu a apelante na qualidade de depositária até posterior destinação da mercadoria, o que veio a ocorrer com a arrematação da mercadoria por meio da realização de leilão, em 18/09/09 (Edital de Leilão CTMA nº 0817800/000007/2009 - fls. 120/216).

7. É certa a existência de um contrato de armazenagem originário, firmado entre a ora apelante e a empresa importadora, o qual previa a remuneração pelo serviço prestado. No entanto, no presente caso, devido à lavratura do auto de infração e à apreensão das mercadorias, não houve prosseguimento do despacho aduaneiro. Com a ulterior aplicação da pena de perdimento, a mercadoria ingressou no patrimônio da União, tendo sido, posteriormente, nos idos de 2009, arrematada em leilão, com ingresso do valor da arrematação nos cofres do ente público.

8. A partir do momento em que foi decretado o perdimento da mercadoria apreendida, com o seu ingresso no patrimônio da ora apelada, deveria a União arcar com as despesas decorrentes do seu armazenamento, sendo válido ressaltar, neste ponto, que o pleito veiculado na presente ação é limitado, no tempo, ao período compreendido entre 01/09/08 a 15/10/09.

9. Isto porque o já transcrito inciso XXV do art. 5º da Constituição Federal estabelece que, em caso, de dano, a requisição administrativa é passível de indenização.

10. O dano encontra-se presente na medida em que se viu a ora apelante, empresa que atua no ramo de armazéns de grãos líquidos, impedida de utilizar seus tanques durante 4 anos devido ao depósito, em seu interior, da NAFTA apreendida, por determinação da Secretaria da Receita Federal, sendo certo que poderia a União ter determinado a remoção da mercadoria para o depósito público, cobrando de quem de direito as despesas que suportou.

11. Admitir que a União determinasse a alguém a armazenagem da NAFTA apreendida até o seu ulterior leilão sem que, para tanto, fosse paga a devida remuneração, seria o mesmo que permitir o enriquecimento sem causa do referido ente público.

12. Conquanto a hipótese dos autos não verse acerca de apreensão e perdimento devido ao abandono, na forma do § 1º do art. 31 do Decreto-lei nº 1.455/76, há que se levar em consideração a semelhança entre ambas as hipóteses, de modo que o dispositivo acima citado possa ser utilizado como argumento adicional em defesa da tese aqui exposta. Para tanto, deve-se levar em consideração que a razão de ser desta norma é fixar à União o dever de remunerar o depositário em função da guarda de mercadoria apreendida sujeita a perdimento e posterior venda em leilão, não sendo relevante se tal fato decorre do abandono ou do cometimento de infração aduaneira.

13. Apelação a que se dá parcial provimento para condenar à União ao pagamento da tarifa de armazenagem da mercadoria apreendida, objeto do Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0817800/01476/05, no período compreendido entre 01/09/08 e 15/10/09, valor este a ser determinado em liquidação de sentença, com incidência de juros, a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 e cálculo conforme Resolução CJF nº 134/2010, invertendo-se, por fim, os ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 31 de maio de 2012.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de apelação em ação ordinária na qual pretende a autora obter provimento que condene a ré ao pagamento, em seu favor, das tarifas de armazenagem da mercadoria apreendida (Termo de Apreensão nº 0817800/01476/05) durante o período compreendido entre 01/09/08 a 15/10/09, conforme os valores estipulados entre a autora e sua contratante (Braspontex Comércio Exterior Ltda.), acrescidas de multa e atualização monetária, bem como com a incidência de juros legais de 1% ao mês, contados desde a apreensão da carga e devidos até o efetivo pagamento.

A ação foi proposta em 22/03/10, tendo sido atribuído à causa o valor de R\$ 968.701,74.

A União apresentou contestação e juntou documentos às fls. 288/366.

Réplica às fls. 369/381.

A sentença julgou o pedido improcedente, condenando a requerente ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 20.000,00, na forma do § 4º do art. 20 do CPC.

A autora opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Apelou a autora requerendo a reforma da sentença.

Sem a apresentação de contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de apelação em ação ordinária na qual pretende a autora obter provimento que condene a ré ao pagamento, em seu favor, das tarifas de armazenagem da mercadoria apreendida (Termo de Apreensão nº 0817800/01476/05) durante o período compreendido entre 01/09/08 a 15/10/09, conforme os valores estipulados entre a autora e sua contratante (Braspontex Comércio Exterior Ltda.), acrescidas de multa e atualização monetária, bem como com a incidência de juros legais de 1% ao mês, contados desde a apreensão da carga e devidos até o efetivo pagamento.

Alega a autora, em síntese, atuar no ramo de armazém geral, tendo sido contratada pela importadora Braspontex Comércio Exterior Ltda., recebendo em seu depósito carga líquida (NAFTA solvente), de acordo com o estabelecido no contrato de armazenagem nº 9929/05.

Em razão da prática de ilícito aduaneiro, a União, por meio da Inspeção da Alfândega do Porto de Santos, em março de 2005, apreendeu a mercadoria armazenada e decretou o seu perdimento (Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0817800/01476/05), ato no qual foi a autora investida na qualidade de depositária da mercadoria apreendida até ulterior deliberação.

Segundo afirma, a União jamais levou a efeito qualquer pagamento pela armazenagem, ficando a autora sem receber remuneração pelo depósito forçado, uma vez que a contratante (importadora), a partir de 01/09/08, se recusou a continuar arcando com tais custos.

Segue a autora narrando que somente em 18/09/09 a carga acautelada foi leiloada (edital de leilão CTMA nº 0817800/000007/2009, processo nº 11128.004483/2009-48), tendo sido arrematada por duas empresas, que pagaram as quantias de R\$ 617.073,00 e R\$ 1.464.000,00, sem que qualquer valor tenha sido repassado à requerente para fazer frente ao tempo em que a carga ficou armazenada sem remuneração.

Aduz a autora que, em nome da fiscalização, se viu obrigada, por mais de 4 anos, a realizar a guarda fiscal da carga apreendida, sem que tenham sido liberados seus tanques e/ou recebesse a respectiva remuneração pelo depósito. Sustenta que com a privação do uso de seus tanques ficou impossibilitada de auferir rendimentos com a sua atividade comercial.

Assim, entende ser ilegal o ato perpetrado pela ré, na medida em que, mesmo após ter arrecadado vultosa quantia advinda do leilão da carga apreendida, sequer se dignou a ressarcir os custos por ela suportados.

Aduz a União, em sua defesa, a inexistência de vínculo contratual entre a autora e a Receita Federal do Brasil, bem como que aquela submeteu seus tanques a alfandegamento desta por ato voluntário, devendo, portanto, assumir os ônus decorrentes dessa opção, concluindo que o fato de ter sido a NAFTA apreendida configura um risco inerente à atividade por ela desenvolvida.

A sentença merece reforma.

A autora é empresa que tem por objeto social o armazém de graneis líquidos, dentre os quais, produtos alfandegados.

Por meio do contrato de armazenagem nº 9929/05, a autora ajustou com a empresa Braspontex Comércio Exterior Ltda. a recepção, movimentação e armazenagem de aproximadamente 2.200 metros cúbicos de NAFTA em tanques de aço de carbono, localizados no seu terminal situado na Ilha Barnabé, em Santos (fl. 34).

Ocorre que a Braspontex foi autuada pela Secretaria da Receita Federal sob a alegação de falsificação ou adulteração de documento necessário ao embarque/desembarque de mercadoria estrangeira/interposição fraudulenta na importação (fls. 51/52).

Com a lavratura do Auto de Infração e Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0817800/01476/05, a mercadoria em questão foi apreendida, tendo sido a autora investida na condição de depositária desta (fl. 53).

Com efeito, como alegado pela União em sede de contestação, não há entre a Receita Federal do Brasil e a ora apelante, contrato de armazenagem que regulasse o pagamento de tarifa de armazenagem em caso de apreensão de mercadorias.

Ressalte-se, oportunamente, que, apesar da inexistência de negócio jurídico, o ato que formaliza o vínculo existente entre as partes é a lavratura do termo de guarda fiscal, no qual foi a autora, como já mencionado anteriormente, investida na qualidade de depositária da mercadoria apreendida.

Outrossim, na ausência de instrumento contratual regulador da armazenagem da mercadoria apreendida, há que se analisar a utilização dos tanques pertencentes à ora apelante pela União à luz do instituto da requisição administrativa, modalidade de restrição do Estado sobre a propriedade privada, consistente em procedimento unilateral e auto-executório, que independe da aquiescência do particular.

Na forma do art. 5º, XXV da Constituição Federal, “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, requisição administrativa é “o ato pelo qual o Estado, em proveito de um interesse público, constitui alguém, de modo unilateral e auto-executório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe transitoriamente o uso de uma coisa *in natura* obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida efetivamente acarretar ao obrigado” (Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 25ª edição, pág. 891. São Paulo. Malheiros. 2008.).

No caso em tela, o interesse público está presente diante da necessidade de armazenamento da mercadoria apreendida em local seguro e apropriado, de modo a evitar eventual risco de saturação do ambiente com vapor e provocar explosão.

Assim, a Receita Federal do Brasil, em atenção à necessidade de manter a NAFTA apreendida adequadamente armazenada, investiu a apelante na qualidade de depositária até posterior destinação da mercadoria, o que veio a ocorrer com a arrematação da mercadoria por meio da realização de leilão, em 18/09/09 (Edital de Leilão CTMA nº 0817800/000007/2009 - fls. 120/216).

Pois bem. É certa a existência de um contrato de armazenagem originário, firmado entre a ora apelante e a empresa importadora, o qual previa a remuneração pelo serviço prestado. No entanto, no presente caso, devido à lavratura do auto de infração e à apreensão das mercadorias, não houve prosseguimento do despacho aduaneiro. Com a ulterior aplicação da pena de perdimento, a mercadoria ingressou no patrimônio da União, tendo sido, posteriormente, nos idos de 2009, arrematada em leilão, com ingresso do valor da arrematação nos cofres do ente público.

Entendo que, a partir do momento em que foi decretado o perdimento da mercadoria apreendida, com o seu ingresso no patrimônio da ora apelada, deveria a União arcar com as despesas decorrentes do seu armazenamento, sendo válido ressaltar, neste ponto, que o pleito veiculado na presente ação é limitado, no tempo, ao período compreendido entre 01/09/08 a 15/10/09.

Isto porque o já transcrito inciso XXV do art. 5º da Constituição Federal estabelece que, em caso, de dano, a requisição administrativa é passível de indenização.

Ora, o dano encontra-se presente na medida em que se viu a ora apelante, empresa que atua no ramo de armazéns de grãos líquidos, impedida de utilizar seus tanques durante 4 anos devido ao depósito, em seu interior, da NAFTA apreendida, por determinação da Secretaria da Receita Federal, sendo certo que poderia a União ter determinado a remoção da mercadoria para o depósito público, cobrando de quem de direito as despesas que suportou.

Ademais, admitir que a União determinasse a alguém a armazenagem da NAFTA apreendida até o seu ulterior leilão sem que, para tanto, fosse paga a devida remuneração, seria o mesmo que permitir o enriquecimento sem causa do referido ente público.

Diga-se, ainda, que o § 1º do art. 31 do Decreto-lei nº 1.455/76 e estabelece no seguinte sentido:

“Art. 31. Decorrido o prazo de que trata a letra ‘a’ do inciso II do artigo 23, o depositário fará, em 5 (cinco) dias, comunicação ao órgão local da Secretaria da Receita Federal, relacionando

as mercadorias e mencionando todos os elementos necessários à identificação dos volumes e do veículo transportador.

§ 1º. Feita a comunicação de que trata este artigo dentro do prazo previsto, a Secretaria da Receita Federal, com os recursos provenientes do FUNDAF, efetuará o pagamento, ao depositário da tarifa de armazenagem devida até a data em que retirar a mercadoria.”

Conquanto a hipótese dos autos não verse acerca de apreensão e perdimento devido ao abandono, há que se levar em consideração a semelhança entre ambas as hipóteses, de modo que o dispositivo acima citado possa ser utilizado como argumento adicional em defesa da tese aqui exposta. Para tanto, deve-se levar em consideração que a razão de ser desta norma é fixar à União o dever de remunerar o depositário em função da guarda de mercadoria apreendida sujeita a perdimento e posterior venda em leilão, não sendo relevante se tal fato decorre do abandono ou do cometimento de infração aduaneira.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação da autora para condenar à União ao pagamento da tarifa de armazenagem da mercadoria apreendida, objeto do Termo de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0817800/01476/05, no período compreendido entre 01/09/08 e 15/10/09, valor este a ser determinado em liquidação de sentença, com incidência de juros, a partir da citação, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 e cálculo conforme Resolução CJF nº 134/2010, invertendo-se, por fim, os ônus da sucumbência.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0013947-86.2010.4.03.6100

(2010.61.00.013947-1)

Agravante: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO - IFSP

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 345/347vº

Apelante: VAGNER LUIS DA SILVA

Apelado: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO - IFSP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR

Classe do Processo: AMS 331293

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/05/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, NOS TERMOS DO ART. 557, § 1º-A, DO CPC, DEU PROVIMENTO À APELAÇÃO - SERVIDOR PÚBLICO - LICENÇA PARA ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE - ART. 84, § 2º DA LEI Nº 8.112/90 - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS - ATO VINCULADO - AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS APTOS À REFORMA DA DECISÃO - RECURSO IMPROVIDO.

1. Agravo Legal contra decisão que, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento à apelação.
2. O requisito primordial, previsto na norma do artigo 84 da Lei nº 8.112/90, para a concessão da licença para acompanhamento de cônjuge é o deslocamento para outro ponto do território nacional ou exterior, ou ainda, para exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.
3. Direito à licença configura direito subjetivo do servidor, uma vez atendidos os requisitos legais, a licença deve ser concedida, inexistindo margem de discricionariedade por parte da Administração em sua concessão.
4. Ausência de argumentos aptos à reforma da decisão.
5. Recurso 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 Legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de maio de 2012.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Trata-se de Agravo Legal interposto pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo - IFSP contra a decisão monocrática de fls. 345/347vº, que, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, deu provimento à apelação interposta pelo impetrante.

O agravante sustenta ser incabível a aplicação do disposto no art. 557, § 1º-A, do CPC ao caso em questão, pois a r. sentença não está em “manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Alega que, no caso, não cabe a concessão de licença remunerada para acompanhar o cônjuge, pois o pedido de licença do apelante, professor do IFSP, decorre do fato de sua esposa ter tomado posse em cargo da Universidade Federal da Uberlândia. Não se trata de remoção do cônjuge, pois a mesma não foi deslocada para outro ponto do território, e sim de posse em cargo público. Logo, incabível a licença pleiteada.

Afirma, também, que o termo “poderá” contido no *caput* do art. 84 da Lei nº 8.112/90 denota que a concessão da licença para acompanhamento de cônjuge somente será concedida consoante a discricionariedade da administração, estando a Administração Pública atrelada ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Por fim, sustenta que o indeferimento da licença para acompanhamento de cônjuge de modo algum implica violação ao princípio constitucional da proteção da entidade familiar (art. 226 da CF). A uma, porque esse princípio não possui natureza absoluta, não podendo prevalecer sobre outros princípios como os da legalidade, moralidade e eficiência. A duas, porque o agravante poderia ter lançado mão de outro instrumento administrativo (remoção), que produziria o mesmo efeito prático.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa.

Desembargadora Federal Vesna Kolmar - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Trata-se de Agravo Legal interposto pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo - IFSP, contra a decisão proferida por esta Relatora, que, nos termos do art. 557, § 1º, do CPC, deu provimento à apelação, deferiu o pedido de antecipação da tutela recursal para o fim de conceder ao apelante licença para acompanhamento de cônjuge e exercício provisório no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro, desde que para atividade compatível com o seu cargo, nos termos do art. 84, § 2º, da Lei nº 8.112/90.

Todavia, os argumentos expendidos no agravo legal, ora em análise, não são suficientes a modificar o entendimento explanado na decisão monocrática recorrida, que adoto como razões de decidir do presente agravo, a seguir:

“Trata-se de apelação interposta pelo impetrante contra a r. sentença proferida pela MMª. Juíza Federal da 4ª Vara de São Paulo/SP, que julgou improcedente o pedido, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC, denegando a segurança.

Sustenta o apelante, em síntese:

a) o único requisito exigido para a concessão da licença prevista no § 2º do art. 84 da Lei nº

- 8.112/90 é o deslocamento do cônjuge para outro ponto do território nacional, ou seja, sua mudança de domicílio, sendo prescindível, portanto, o motivo em que se funda o deslocamento;
- b) o fato de estar em estágio probatório em nada interfere na concessão da licença, como, aliás, reconheceu a própria autoridade coatora;
- c) o referido dispositivo deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 226 da Constituição Federal, de modo a preservar a unidade familiar;
- d) atendidos os requisitos legais, a concessão da sobredita licença configura direito subjetivo do servidor público, não cabendo, pois, qualquer juízo de discricionariedade por parte da Administração;
- e) o interesse público consiste no atendimento das regras constitucionais e legais, o que, no caso dos autos, significa a concessão da licença pleiteada administrativamente.

Pleiteia seja dado provimento ao recurso, a fim de que seja concedida licença para acompanhamento de cônjuge, com exercício provisório dentro do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro, nos termos do art. 84, § 2º, da Lei nº 8.112/90; sucessivamente, com base no art. 289 do CPC, caso não se entenda pelo exercício provisório dentro do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro, que o exercício provisório se dê em entidade da Administração Federal situado em Uberlândia ou cidade contígua, em atividade compatível com seu cargo (fls. 262/285).

Contrarrazões pelo apelado (fls. 322/327).

O Ministério Público Federal, por seu representante, opinou pelo provimento do recurso (fls. 330/334).

Às fls. 342/343, o apelante reitera o pedido de antecipação da tutela recursal para que seja concedida licença remunerada para acompanhamento de cônjuge, com exercício provisório dentro do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro, nos termos do art. 84, § 2º, da Lei nº 8.112/90; ou, sucessivamente, com base no art. 289 do Código de Processo Civil, que o exercício provisório se dê em entidade da Administração Federal situada em Uberlândia ou cidade contígua, em atividade compatível com seu cargo.

É o relatório.

Decido.

Aplico o disposto no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, que autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Trata-se de mandado de segurança, impetrado por Vagner Luís da Silva em face do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo, objetivando a imediata concessão de licença para acompanhamento de cônjuge com exercício provisório dentro do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro, em razão do deslocamento da sua esposa ao Estado de Minas Gerais, com o objetivo de tomar posse no cargo de professora Adjunta Nível 1 na Universidade Federal de Uberlândia.

Alega, em síntese, que:

- a) ocupa o cargo de professor do quadro permanente do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo e, em 14/12/2009 foi removido do *campus* de Cubatão para o *campus* São João da Boa Vista, sendo que residia com sua esposa no município de Piracicaba;
- b) em 14 de dezembro de 2009 sua esposa tomou posse no cargo de professora adjunta nível 1 do quadro permanente de pessoal docente da Universidade Federal de Uberlândia e diante disso requereu a concessão de licença remunerada para acompanhamento de cônjuge e exercício provisório no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro.

A r. sentença merece reforma.

A licença por motivo de afastamento de cônjuge inclui-se dentre os direitos e vantagens dos

servidores públicos e está disciplinada no art. 84, § 2º da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, *in verbis*:

‘Art. 84. Poderá ser concedida licença ao servidor para acompanhar cônjuge ou companheiro que foi deslocado para outro ponto do território nacional, para o exterior ou para o exercício de mandato eletivo dos Poderes Executivo e Legislativo.

§ 1º A licença será por prazo indeterminado e sem remuneração.

§ 2º No deslocamento de servidor cujo cônjuge ou companheiro também seja servidor público, civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá haver exercício provisório em órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo’. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Da leitura do dispositivo acima transcrito depreende-se que o servidor público pode licenciar-se por prazo indeterminado, para acompanhamento de cônjuge ou companheiro deslocado para outro Estado da federação ou para o exterior, licença essa que será remunerada quando o cônjuge ou companheiro deslocado também for servidor público, civil ou militar, e ao licenciado for concedido exercício provisório em atividade compatível com seu cargo.

A despeito do termo ‘poderá’ contido no *caput* da norma em comento, a jurisprudência pátria firmou-se no sentido de que, por configurar um direito subjetivo do servidor, uma vez atendidos os requisitos legais, a licença deve-lhe ser concedida, inexistindo, pois, qualquer margem de discricionariedade por parte da Administração em sua concessão.

A propósito, confira-se o seguinte precedente do E. Superior Tribunal de Justiça:

‘AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. LICENÇA ACOMPANHAMENTO CÔNJUGE PREVISTA NO ART. 84 DA LEI 8.112/90. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. PODER-DEVER POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte assentou o entendimento de que o artigo 84 do Estatuto do Servidor Público Federal tem caráter de direito subjetivo, uma vez que se encontra no título específico dos direitos e vantagens, não cabendo, assim, juízo de conveniência e oportunidade por parte da Administração.

2. Basta que o servidor comprove que seu cônjuge deslocou-se, seja em função de estudo, saúde, trabalho, inclusive na iniciativa privada, ou qualquer outro motivo, para que lhe seja concedido o direito à licença por motivo de afastamento de cônjuge.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.’

(AGA 200900289112 - AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 1157234 - Relator CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP - SEXTA TURMA - DJE 06/12/2010).

Por oportuno, cumpre ressaltar que, diferentemente da remoção para acompanhamento de cônjuge servidor deslocado no interesse da Administração, prevista no art. 36, inc. II, *a*, da Lei nº 8.112/90, no caso da licença, ainda que remunerada, a sobredita lei não impôs qualquer razão específica para o deslocamento do cônjuge, ou seja, não fez qualquer restrição ao licenciamento decorrente de deslocamento voluntário, ocorrido em razão de posse em cargo público, exigindo apenas e tão somente a alteração de domicílio do cônjuge para a implementação do direito.

Desse modo, e considerando que o art. 84 da aludida lei deve ser interpretado em consonância com o princípio da proteção da família albergado no art. 226 da Constituição Federal, tenho por preenchidos os requisitos legais para a concessão da licença tal como pleiteada.

Com efeito, o agravante é servidor público federal, professor de ensino básico e tecnológico do Instituto Federal de Educação, Ciências e Tecnologia de São Paulo - *Campus* de São João

da Boa Vista, e pretende licenciar-se para acompanhar sua esposa que se deslocou para o Estado de Minas Gerais a fim de tomar posse no cargo público de professora Adjunta nível 1 do quadro permanente de pessoal docente da Universidade Federal de Uberlândia, bem como exercer provisoriamente suas atividades no Instituto Federal de Educação, Ciências e Tecnologia do Triângulo Mineiro.

A respeito da matéria, em circunstância análoga à dos presentes autos, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, cujo acórdão restou sintetizado na seguinte ementa:

‘AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA POR MOTIVO DE AFASTAMENTO DO CÔNJUGE. ART. 84 DA LEI Nº 8.112/90. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DIREITO SUBJETIVO DO SERVIDOR. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Preenchidos os requisitos legais, o servidor faz jus ao gozo da licença a que se refere o art. 84 da Lei nº 8.112/90 - Licença por Motivo de Afastamento do Cônjuge. Precedentes. Agravo regimental desprovido.’ (AGRESP 200702028970, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, 01/09/2008)

Esta Corte também já se manifestou nesse sentido, por ocasião de julgamento de caso idêntico a dos autos, cuja ementa passo a transcrever:

‘ADMINISTRATIVO: MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA PARA ACOMPANHAMENTO DO CÔNJUGE. I - O comando inserto na norma do artigo 84 da Lei 8.112/90 elege o simples deslocamento do cônjuge ou companheiro como o fato gerador do direito, não fazendo nenhuma exceção no que tange à sua relação empregatícia ou funcional, bem como no que diz respeito a se foi por vontade própria do servidor ou no interesse da Administração. II - Ao contrário da licença para tratar de interesses particulares (artigo 91), que impõe taxativamente ser “a critério da Administração”, “não estar em estágio probatório” e por “prazo de até três anos consecutivos”, a licença para acompanhar o cônjuge não impõe restrição, mas sugere o exercício do direito quando implementado, no caso, com o deslocamento. III - Apelação e remessa oficial improvidas.’ (AMS 200661150008172, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, 23/04/2009).

Assim, tendo em vista a jurisprudência firmada sobre o tema, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento à apelação.

Defiro o pedido de antecipação da tutela recursal para o fim de conceder ao apelante licença para acompanhamento de cônjuge e exercício provisório no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro, desde que para atividade compatível com o seu cargo, nos termos do art. 84, § 2º, da Lei nº 8.112/90.

Decorrido o prazo recursal, certifique-se o trânsito em julgado desta decisão e, após, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intime-se”.

Por esses fundamentos, nego provimento ao Agravo Legal.

É o voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

- Sobre a concessão de licença a servidor público para acompanhamento de cônjuge, veja também o seguinte julgado: AMS 2006.61.15.000827-5/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecília Mello, publicada na RTRF3R 95/322.

APELAÇÃO CÍVEL (AMS)

0015003-57.2010.4.03.6100

(2010.61.00.015003-0)

Apelante: DALTON TRIA CUSCIANO

Apelados: FUNDAÇÃO JORGE DUPRAT FIGUEIREDO DE SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO - FUNDACENTRO, OSANA BRANDINO DE MORAES E INSTITUTO NACIONAL DE EDUCAÇÃO CETRO - INEC

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES

Classe do Processo: AMS 334094

Publicação do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/06/2012

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE ANALISTA EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA/ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - FUNDACENTRO. PROVA DE TÍTULOS. AUTENTICAÇÃO DAS CÓPIAS APRESENTADAS. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. CUMPRIMENTO. OBRIGATORIEDADE.

A jurisprudência pátria, há tempos, já firmou entendimento no sentido de que a atuação do Poder Judiciário, em certames seletivos e concursos públicos, deve restringir-se ao controle da legalidade e da observância das regras contidas no respectivo edital, sendo inviável qualquer análise acerca dos critérios de correção e das notas atribuídas em cada etapa, sob pena de ofender ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF/1988).

O C. Supremo Tribunal Federal decidiu que “não cabe ao poder judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, que é o compatível com ele, do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas (assim no MS 21176, Plenário, e RE 140.242, 2ª Turma)” (RE 268.244/CE, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, j. 9/5/2000, DJ de 30/6/2000).

A exigência de autenticação cartorária das cópias dos títulos apresentados pelos candidatos não se mostra desarrazoada nem desproporcional, pois, decerto, considerando a acirrada concorrência que envolve os concursos públicos e, ainda, que os mesmos devem estar revestidos de publicidade, transparência, lisura e segurança jurídica, é plenamente aceitável que se exija a autenticidade dos documentos que serão considerados como titulação para a atribuição de pontos às notas finais dos candidatos, influenciando sobremaneira na classificação e até na nomeação daqueles aprovados no certame.

Ao promover a sua inscrição no concurso, estava o impetrante plenamente ciente das regras estipuladas pelo edital e da sua vinculação aos seus ditames. E o edital, como sabido, é lei tanto para a Administração quanto para o candidato, de modo que a inscrição no certame implica concordância com as regras nele contidas, que não podem ser dispensadas pelas partes.

Há que se considerar o que consta do edital, em seu item 10.4 (fls. 164), no sentido de que os documentos de titulação deveriam ser “apresentados em cópias reprográficas autenticadas”, sendo que a cláusula referida foi impressa em cor diferenciada e realçada, dentro de uma caixa destacada do seu conteúdo, não havendo justificativa para que o candidato considere-se isento do seu cumprimento.

Não se verifica, no edital, qualquer ressalva quanto à exigência em tela no tocante aos artigos

científicos publicados. Ao contrário, a regra do item 10.4, de autenticação das cópias, está destacada antes da especificação das espécies de títulos aceitos para pontuação e diz respeito a todos eles, sem distinção alguma.

A mera assinatura do “formulário para entrega de títulos”, constante do Anexo III do edital, e que obrigatoriamente deveria acompanhar os títulos apresentados, não é suficiente para atestar a sua autenticidade, pois não equivale à autenticação obtida em cartório de registro de documentos. O preenchimento desse formulário é apenas mais uma regra que deve ser cumprida pelo candidato, e que, de forma alguma, o exonera das demais normas contidas no edital. Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de maio de 2012.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por DALTON TRIA CUSCIANO, visando obter provimento jurisdicional que determine a atribuição dos pontos relativos aos títulos apresentados pelo impetrante à banca examinadora do concurso público veiculado pelo Edital nº 1/2010, destinado ao provimento de cargo de Analista em Ciência e Tecnologia - Assistência Jurídica, da Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho - FUNDACENTRO, do Ministério do Trabalho e Emprego.

Afirmou o impetrante que foi prejudicado na contagem de pontos na prova de títulos, pois três dos títulos por ele apresentados à banca examinadora não foram considerados, em razão de terem sido apresentados em cópias não autenticadas. Requeru a concessão da segurança para que fossem aceitos os títulos e atribuídos os pontos de direito, reclassificando-o em primeiro lugar no certame.

A medida liminar foi parcialmente deferida, para determinar a suspensão dos efeitos da homologação do resultado final do concurso público em questão, tão somente no tocante ao cargo de Analista em Ciência e Tecnologia - Assistência Jurídica, com a consequente suspensão da nomeação e posse da candidata classificada na primeira posição, até final julgamento da ação.

A candidata Osana Brandino de Moraes, classificada em primeiro lugar no concurso, foi devidamente citada, tendo comparecido aos autos e oferecido informações, assim como as impetradas FUNDACENTRO e Instituto Nacional de Educação Cetro - INEC.

Na sentença, o MM. Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido e denegou a segurança.

Apela o impetrante, sustentando, em breve síntese, que: *a)* na prova objetiva do concurso em questão, aberto para preenchimento de apenas uma vaga, obteve a maior nota dentre todos os candidatos, qual seja, 78,33 pontos, sendo que a segunda colocada foi a Sra. Osana

Brandino de Moraes, com 71,67 pontos; b) após a análise dos títulos, foram conferidos 12,00 pontos à candidata Osana Brandino, que totalizou 83,67 pontos, logrando o primeiro lugar no concurso, enquanto que o ora apelante obteve apenas 4,00 pontos, resultando num total de 82,33, tendo sido classificado em segundo lugar; c) foi prejudicado na contagem de pontos em razão da não aceitação de três títulos, relativos a trabalhos científicos publicados, que foram apresentados em cópias simples; d) não haveria de se exigir autenticação de obras de doutrina que, por si só, já possuem ampla publicidade, podendo ser verificadas a qualquer tempo; e) todos os artigos apresentados contêm número de identificador de publicação - ISSN e ISBN - fornecido pelo Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia, que registra todas as obras publicadas no país, sendo desnecessária, portanto, a autenticação; f) os títulos entregues estavam acompanhados de declaração de autenticidade dos documentos juntados, assinada pelo apelante, em formulário fornecido pela própria comissão de concurso, o que bastaria para atestar a sua autenticidade; g) jamais se contestou a autenticidade de qualquer dos documentos e títulos apresentados.

Apresentaram contrarrazões a União, o Instituto Nacional de Educação Cetro - INEC e Osana Brandino de Moraes. Regularmente processado o feito, subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do apelo.

É o relatório.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator):

De acordo com o pleito deduzido na inicial, o impetrante pretende obter ordem que determine a atribuição dos pontos relativos aos títulos apresentados à banca examinadora do concurso público destinado ao provimento de cargo de Analista em Ciência e Tecnologia - Assistência Jurídica, afastando-se a decisão da Comissão de Concurso que recusou os documentos em razão da ausência de autenticação cartorária nas cópias apresentadas.

A sentença objurgada, que denegou a ordem, não merece reforma. Vejamos.

É certo que a jurisprudência pátria, há tempos, já firmou entendimento no sentido de que a atuação do Poder Judiciário, em certames seletivos e concursos públicos, deve restringir-se ao controle da legalidade e da observância das regras contidas no respectivo edital, sendo inviável qualquer análise acerca dos critérios de correção e das notas atribuídas em cada etapa, sob pena de ofender ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF/1988).

Nesse sentido, o C. Supremo Tribunal Federal decidiu que *“não cabe ao poder judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, que é o compatível com ele, do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas* (assim no MS 21176, Plenário, e RE 140.242, 2ª Turma)” (RE 268.244/CE, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, j. 9/5/2000, DJ de 30/6/2000, grifos meus).

Também é esse o posicionamento encontrado no E. Superior Tribunal de Justiça, sendo oportuno trazer à colação o seguinte julgado:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. PRETENSÃO DE ANULAR

QUESTÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO.

1. A *quaestio* posta em debate cinge-se à verificação do direito líquido e certo do recorrente de ver anulada uma questão da prova objetiva do concurso Público para admissão nas Atividades Notariais de Registro do Estado do Rio Grande do Sul, a pretexto de a mesma não possuir alternativa correta.

2. Segundo o entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, bem como no do Supremo Tribunal, *é vedado ao poder judiciário o reexame dos critérios usados pela banca examinadora na elaboração, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos, devendo limitar-se ao exame da legalidade do procedimento administrativo e da observância das regras contidas no respectivo edital*. Precedentes.

(...)"

(RMS 20.984/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, j. 3/11/2009, DJe de 12/11/2009, grifos meus)

Portanto, ao Judiciário cabe apenas perquirir a legalidade e constitucionalidade dos atos praticados pela Administração, sem, contudo, adentrar o juízo da oportunidade e conveniência, a fim de que seja preservada a autonomia administrativa dos órgãos públicos.

Sendo o edital ato administrativo, em regra, sua apreciação pelo Judiciário é vedada, uma vez que, como mencionado, não lhe cabe avaliar o mérito dos atos administrativos, ressaltando-se os casos em que tal ato seja ilegal ou inconstitucional, hipótese que, a meu ver, não ocorre no caso presente.

Com efeito, a exigência de autenticação cartorária das cópias dos títulos apresentados pelos candidatos não se mostra desarrazoada nem desproporcional, pois, decerto, considerando a acirrada concorrência que envolve os concursos públicos e, ainda, que os mesmos devem estar revestidos de publicidade, transparência, lisura e segurança jurídica, é plenamente aceitável que se exija a autenticidade dos documentos que serão considerados como titulação para a atribuição de pontos às notas finais dos candidatos, influenciando sobremaneira na classificação e até na nomeação daqueles aprovados no certame.

Nesse sentido destaco os seguintes julgados, que manifestam entendimento pela legalidade da exigência de autenticação cartorária dos documentos para comprovação de títulos, em certame público:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O INGRESSO NOS SERVIÇOS DE TABELIONATO E DE REGISTRO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. PROVA DE TÍTULOS. IMPOSSIBILIDADE DE COMPUTAR O TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO À FRENTE DE TABELIONATO OU REGISTRO PÚBLICO. MEDIDA CAUTELAR NA ADI Nº 3.580/MG. ALTERAÇÃO PARA ADEQUAÇÃO AO DECIDIDO PELO STF SEM PADECER O EDITAL DE NENHUMA ILEGALIDADE. RESTRIÇÃO PARA PONTUAÇÃO A TÍTULO DE APROVAÇÃO EM CONCURSOS PARA DESEMPENHO DE CARREIRAS JURÍDICAS À LUZ DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E ISONOMIA. COMPROVAÇÃO DE APROVAÇÃO EM CERTAME CONFORME AS PRESCRIÇÕES DO EDITAL.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Medida Cautelar na ADI nº 3.580/MG, vislumbrou a presença dos requisitos autorizadores e concedeu a medida liminar pleiteada ao argumento de que a contagem de tempo de serviço prestado como notarial ou de registro afrontava o princípio da isonomia, e suspendeu a eficácia do inciso I do art. 17 da Lei estadual mineira

nº 12.919, de 29 de junho de 1998, e da expressão ‘e apresentação de temas em congressos relacionados com os serviços notariais e registrares’, constante do inciso II do mesmo dispositivo legal. Logo, a pretensão quanto ao cômputo do tempo laborado na qualidade de titular do Registro Civil e de Pessoas Naturais do Distrito de Nova Esperança, em Montes Claros/MG deve ser elidida.

2. O edital não padece de ilicitude por adequar-se ao julgamento do STF, que afastou a valoração de títulos obtidos com tempo de serviço à frente de serventia de tabelionato ou de registro. Precedente: RMS 24.228/MG, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 27 de setembro de 2007.

3. A aprovação nos concursos para os cargos de técnico judiciário do Tribunal Regional do Trabalho do Estado de Minas Gerais e de coordenador de processo legislativo da Câmara Municipal de Belo Horizonte/MG não pode ser levada em consideração na prova de títulos, na medida em que tais cargos não estão previstos na exaustiva lista das funções integrantes da carreira jurídica previstas no edital (item VII.2 e VII.3, às fls. 170-172).

4. A aprovação no certame para a função de advogado da empresa Minas e Participações S/A - MGI é desinfluyente para a prova de títulos, porque o edital exige, no respeitante aos cargos de advogado ou procurador, que sejam exercidos através das pessoas jurídicas de direito público da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (item VII. 2, às fls. 170-171), e a MGI é pessoa jurídica de direito privado organizada como sociedade anônima, como pode-se conferir às fls. 179-182.

5. À luz dos princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia, que devem informar o concurso público, vislumbra-se ser válido o Edital nº 1/2005, para o ingresso nos serviços de tabelionato e de registro no Estado de Minas Gerais.

6. *O item VII.2 do Edital nº 1/2005 (fl. 172) exige apresentação de original ou cópia autenticada de certidão expedida pela entidade que tenha promovido o certame ou publicação oficial que comprove a aprovação em todas as etapas do processo seletivo. Dessa forma, os pontos atribuídos à recorrida Elizabeth Borges Dias em razão da aprovação para advogado do Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Divinópolis/MG devem ser excluídos da prova de títulos em razão do não cumprimento da condição imposta no dispositivo supra.*

7. Recurso ordinário parcialmente provido.”

(ROMS 200900143612, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 16/10/2009, grifos meus)

“ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - PROVA DE TÍTULOS - EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL - ATRIBUIÇÃO DE PONTOS - AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS E CÓPIAS AUTENTICADAS - EXIGÊNCIA PREVISTA NO EDITAL.

I - A Administração, observados, por óbvio, os limites preconizados em lei, possui plena liberdade para fixar em seus concursos os critérios de avaliação que tenham como escopo selecionar os candidatos de melhor qualificação técnica, estabelecendo, para isso, requisitos que se mostrem convenientes ao interesse público, respeitada a isonomia entre os concorrentes.

II - *A autenticação cartorária das cópias dos documentos comprobatórios da titulação dos candidatos revela-se como uma exigência lícita firmada pela Administração, podendo ser enxergada, numa perspectiva mais ampla, como um mecanismo assecuratório da lisura do certame, porquanto reduz a possibilidade de apresentação, por parte dos concorrentes, de cópias reprografadas eventualmente contrastantes com o documento original.*

III - Recurso desprovido.”

(AMS 200651010099554, Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER, TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data: 22/05/2007 - Página: 213, grifos meus)

Ao promover a sua inscrição no concurso, estava o impetrante plenamente ciente das regras estipuladas pelo edital e da sua vinculação aos seus ditames. E o edital, como sabido, é lei tanto para a Administração quanto para o candidato, de modo que a inscrição no certame implica concordância com as regras nele contidas, que não podem ser dispensadas pelas partes.

E, no tocante à questão posta neste *mandamus*, há que se considerar o que consta do edital, em seu item 10.4 (fls. 164), no sentido de que os documentos de titulação deveriam ser “*apresentados em cópias reprográficas autenticadas*”. Ressalte-se que a cláusula referida foi impressa em cor diferenciada e realçada, dentro de uma caixa destacada do seu conteúdo, não havendo justificativa para que o candidato considere-se isento do seu cumprimento.

O argumento do apelante no sentido de que a exigência de autenticação cartorária deve ser relevada para as cópias referentes a trabalhos científicos não procede. Isso porque, não se verifica, no edital, qualquer ressalva quanto à exigência em tela no tocante aos artigos científicos publicados. Ao contrário, a regra do item 10.4, de autenticação das cópias, está destacada antes da especificação das espécies de títulos aceitos para pontuação e *diz respeito a todos eles, sem distinção alguma*.

Nem se alegue que a mera assinatura do “formulário para entrega de títulos”, constante do Anexo III do edital, e que obrigatoriamente deveria acompanhar os títulos apresentados, seria suficiente para atestar a sua autenticidade. Com efeito, o simples fato de que tal formulário contém a declaração do candidato de que as cópias são autênticas não equivale à autenticação obtida em cartório de registro de documentos, a menos que o edital assim permitisse, o que, como vimos, não é o caso.

Ademais, o preenchimento desse formulário é apenas mais uma regra que deve ser cumprida pelo candidato, e que, de forma alguma, o exonera das demais normas contidas no edital.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

Direito Ambiental



APELAÇÃO CÍVEL
0205472-68.1998.4.03.6104
(2004.03.99.038520-9)

Apelantes: QUIMAR AGÊNCIA MARÍTIMA LTDA. E MARINE PIONEER SHIPPING LIMITED

Apelados: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SANTOS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: AC 987432

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/04/2012

EMENTA

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DERRAMAMENTO DE ÓLEO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA AGÊNCIA MARÍTIMA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. AGENTE POLUIDOR. EVENTO DANOSO. NEXO CAUSAL. LAUDO PERICIAL. EXISTÊNCIA ANTERIOR DE ELEMENTO POLUIDOR NO LOCAL. IRRELEVÂNCIA. VALOR MONETÁRIO DA INDENIZAÇÃO. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. DESCABIMENTO DA CONDENAÇÃO EM CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A Carta Magna consagrou o regime da responsabilidade civil objetiva das pessoas físicas ou jurídicas pela prática de conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, sem prejuízo das respectivas sanções penais e administrativas (art. 225, § 3º, da Constituição e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81).

2. No caso vertente, em 16/10/1996, durante uma operação de descarga, o navio da ré despejou no mar aproximadamente 50 (cinquenta) litros de óleo combustível do tipo IFO 180.

3. O dano causado ao meio ambiente restou plenamente comprovado, por meio de perícia judicial, consistente na poluição advinda do derramamento de óleo no mar, o que gerou um desequilíbrio ecológico, ocasionando inúmeros efeitos deletérios às espécies e ao ecossistema locais, restando igualmente evidente o impacto para as comunidades costeiras, pelo que foi imposta às rés a obrigação de repará-lo.

4. Não afasta a responsabilidade do poluidor, nem descaracteriza o dano ocorrido, o fato de se tratar o local atingido de área já degradada, sendo, portanto, irrelevante a existência anterior de elemento poluidor no local.

5. No que concerne ao valor da indenização, na presente hipótese, esta deverá ser apurada por meio de liquidação por arbitramento, nos termos do disposto nos arts. 475-C e 475-D, do CPC, utilizando-se os seguintes parâmetros para a fixação do *quantum* devido: 1) a quantidade de óleo derramado; 2) o grau de vulnerabilidade da área atingida; 3) a toxidade do combustível derramado; 4) sua persistência no meio ambiente; e 5) a estimativa da mortalidade de organismos, em casos análogos.

6. Ao valor da indenização devem ser acrescidos juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano ou 0,5% (meio por cento) ao mês (arts. 1.062, 1.063 e 1.064, do antigo Código Civil), até dezembro/2002. A partir de 01/2003, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, há que se observar o seu art. 406, de sorte que os juros serão contados, a partir de então, com base na Taxa SELIC, excluído qualquer outro índice de correção ou de juros de mora.

7. No tocante aos índices de correção monetária a serem utilizados, de rigor a observância do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, do Conselho da Justiça Federal, de 21 de dezembro de 2010, desde a data do arbitramento do valor da indenização.

8. Sem condenação em custas e honorários advocatícios, nos termos do Art. 18, da Lei nº 7.347/93 e de Precedente do E. STJ.

9. Apelação da ré Quimar Agência Marítima LTDA. improvida. Apelação da ré *Marine Pioneer Shipping Limited* parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da ré Quimar Agência Marítima LTDA. e dar parcial provimento à apelação da ré *Marine Pioneer Shipping Limited*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 19 de abril de 2012.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelações em ação civil pública, ajuizada com o objetivo de obter a condenação das rés ao pagamento de indenização pelo dano causado ao meio ambiente, em decorrência do lançamento ao mar de óleo oriundo da embarcação, o navio N/M *Dorado*, de bandeira cipriota, acrescida das custas, honorários e demais despesas processuais cabíveis, assim como incidência de correção monetária até a data do efetivo pagamento, requerendo que o *quantum* da indenização seja fixado por arbitramento, a ser feito por especialista da Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental (CETESB), devendo seu produto ser revertido ao Fundo para a Reconstituição de Bens Lesados, instituído pela Lei nº 7.347/85, ou ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, regulamentado pelo Decreto nº 407/91.

Alega a parte autora, em síntese, que, durante uma operação de descarga realizada em 16/10/1996, o aludido navio lançou ao mar aproximadamente 50 (cinquenta) litros de óleo combustível do tipo IFO 180, o que configura dano ecológico e agressão ao meio ambiente, aduzindo que o representante legal da ré no Brasil assumiu expressamente a responsabilidade pelo evento, tendo esta, portanto, legitimidade passiva *ad causam* para responder pelo dano causado, em virtude de sua responsabilidade objetiva como proprietária da embarcação, nos termos do art. 14, da Lei nº 6.938/81.

A parte autora requereu a realização de prova pericial e a intimação da União Federal para integrar a lide na qualidade de assistente, o que foi deferido.

O laudo técnico da perita da CETESB foi apresentado em 17/08/2000 (fls. 339/361).

O r. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, extinguindo o feito, com resolução de mérito, nos termos no art. 269, inciso I, do CPC, condenando as rés, solidariamente, ao pagamento de

indenização a ser apurada em liquidação por arbitramento, nos termos do art. 606, do CPC, bem como ao pagamento de custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Apelou a ré *Marine Pioneer Shipping Limited*, pleiteando a reforma do julgado, alegando, em breve síntese, inexistir comprovação de quem seja o efetivo causador do dano, ou mesmo que tenha havido real prejuízo à biota, requerendo, subsidiariamente, a exclusão da condenação em honorários sucumbenciais.

Apelou também a ré Quimar Agência Marítima LTDA., requerendo, preliminarmente, o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva para figurar na presente ação e, quanto ao mérito, a improcedência desta, haja vista não ter sido demonstrado, nem a autoria do derramamento de óleo, nem os efetivos danos causados ao meio ambiente.

Com contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

Opinou o Ministério Público Federal, como *custos legis*, pelo improvimento das apelações.

Tratando-se de matéria fática, os autos devem ser encaminhados ao revisor, nos termos do art. 34, inciso III, do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Inicialmente, afasto a preliminar aduzida pela ré Quimar Agência Marítima LTDA. de ilegitimidade passiva para figurar na presente ação.

Já é entendimento pacificado nesta C. Turma, que o agente marítimo é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, respondendo solidariamente com o armador pelos danos causados ao meio ambiente, quando assume expressamente a responsabilidade.

Consta nos autos termo de responsabilidade entregue pelo agente marítimo à Capitania dos Portos do Estado de São Paulo (fl. 39), apresentando-se como representante dos armadores, devendo, portanto, ser considerado parte passiva legítima para responder aos termos desta demanda.

Transcrevo a seguir recentes ementas de julgados do E. STJ e desta C. Turma, corroborando o até aqui expendido, *in verbis*:

“DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. PORTE DE REMESSA E RETORNO. RECOLHIMENTO. QUALQUER AGÊNCIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. DANO AMBIENTAL. VAZAMENTO DE ÓLEO. AGENTE MARÍTIMO. ASSUNÇÃO ESPONTÂNEA DA RESPONSABILIDADE. SOLIDARIEDADE FRENTE À ARMADORA.

(...)

3. O agente marítimo que assume espontaneamente a responsabilidade pelos danos ambientais eventualmente causados por embarcação responde solidariamente com a armadora por vazamento que resulta no derramamento de óleo em águas marítimas.

4. Recurso especial a que se nega provimento.”

(STJ, REsp 945.593/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 02/02/2011)

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DERRAMAMENTO DE GASOLINA NO MAR. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. LEGITIMIDADE ATIVA DA AGÊNCIA MARÍTIMA. ART. 515, 3º, CPC. IMPRESCRITIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO POLUIDOR. AMBIENTE DEGRADADO. IRRELEVÂNCIA. PROVA INEQUÍVOCA DO DANO E DO NEXO CAUSAL. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. DESCABIMENTO DA CONDENAÇÃO EM CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO PROVIDA. I - A agência marítima representante do navio é responsável por danos causados por este, conforme termo de responsabilidade que firmou. Legitimidade passiva reconhecida.

II - Exame do mérito em razão de o processo estar em condições de imediato julgamento. Aplicação do art. 515, § 3º, do CPC.

III - A obrigação de reparação do dano ambiental é imprescritível, consoante orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

IV - A Constituição da República consagra o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como interesse difuso das presentes e futuras gerações, prevendo a responsabilidade civil objetiva das pessoas físicas ou jurídicas pela prática de conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, sem prejuízo das respectivas sanções penais e administrativas. V - Demonstrada a ocorrência do dano e do nexo de causalidade, não resta afastada a responsabilidade do poluidor nem descaracteriza o dano ocorrido o fato de tratar-se de ambiente já degradado. Precedentes.

VI - Condenação ao pagamento de indenização ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, a ser fixada em liquidação por arbitramento.

VII - Descabimento de condenação em custas e honorários advocatícios, a teor do art. 18 da Lei nº 7.345/85. Precedentes do STJ.

VIII - Remessa Oficial não conhecida. Apelação provida.”

(TRF 3ª Região, Proc. 94.03.071908-7/SP, Sexta Turma, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, decisão unânime, j. 24/11/2011, D. E. de 2/12/2011) (grifei)

Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva, passo à análise do mérito.

A ação civil pública vem a lume, por meio da disciplina da Lei nº 7.347/85, como o mais importante instrumento de tutela jurisdicional coletiva, na medida em que: *os institutos do processo civil ortodoxo não mais atendem à necessidade de hoje, no campo dos direitos difusos e coletivos*. (Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Marcelo Abelha Rodrigues e Rosa Maria Andrade Nery. *Direito Processual Ambiental Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 119).

Por outro lado, a Carta Magna consagrou o regime da responsabilidade civil objetiva das pessoas físicas ou jurídicas pela prática de conduta ou atividade lesiva ao meio ambiente, sem prejuízo das respectivas sanções penais e administrativas (art. 225, § 3º, da Constituição da República e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81).

No caso vertente, conforme laudo acostado aos autos em 17/08/2000, elaborado pela perita Íris Regina Fernandes Poffo, bióloga da CETESB e inscrita no CRB/SP sob o nº 6544.01, referindo-se ao Relatório de Vistoria da Secretaria do Meio Ambiente do Município de Santos/

SP, em 16/10/1996, durante uma operação de descarga, o navio N/M *Dorado*, de bandeira cipriota, despejou no mar por volta de 50 (cinquenta) litros de óleo combustível do tipo IFO 180.

O dano ambiental é incontroverso, a teor do laudo pericial elaborado, evidenciando-se o nexo de causalidade entre a ação do agente e o evento danoso.

É importante frisar, portanto, que o dano causado ao meio ambiente restou plenamente comprovado, por meio da referida perícia judicial, consistente na poluição advinda do derramamento de óleo no mar, que, indubitavelmente, gera um desequilíbrio ecológico, ocasionando inúmeros efeitos deletérios às espécies e ao ecossistema locais, assim como evidente impacto para as comunidades costeiras, impondo-se às rés a obrigação de repará-lo em face da prática do evento poluidor.

Sob outro giro, não afasta a responsabilidade do poluidor, nem descaracteriza o dano ocorrido, tratar-se o local atingido de área já degradada. Mostra-se irrelevante a existência anterior de elemento poluidor no local, pois como bem assevera Álvaro Luiz Valery Mirra:

“Até porque se se pudesse falar em ‘anterioridade’, ela deveria beneficiar a boa qualidade do meio ambiente, que sem dúvida precedeu toda a instalação fonte de danos e agressões ambientais, sendo de todo inadmissível pretender que a existência e a repetição de emissões poluentes em certo local, mesmo ao longo de seguidos anos, determine a sorte de toda uma região e comprometa indefinidamente, para o futuro, o destino do meio ambiente e da qualidade de vida da população.”

(*Ação Civil Pública e Reparação do Dano ao Meio Ambiente*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004, p. 116)

O montante indenizatório deve constituir reprimenda idônea a repercutir na esfera patrimonial do poluidor apta a desestimular a reiteração de eventuais condutas lesivas ao meio ambiente.

O ressarcimento monetário da lesão ambiental, como bem assevera Édis Milaré, *cumpre dois objetivos principais: dar uma resposta econômica aos danos sofridos pela vítima (o indivíduo e a sociedade) e dissuadir comportamentos semelhantes do poluidor ou de terceiros.* (*Direito do Ambiente - A Gestão Ambiental em foco*. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. São Paulo: RT, 2007, p. 818).

Destarte, no que concerne ao valor da indenização, na presente hipótese, esta deverá ser apurada por meio de liquidação por arbitramento, nos termos do disposto nos arts. 475-C e 475-D, do CPC, conforme entendimento adotado pelo E. STJ, cuja ementa transcrevo a seguir:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO MEIO AMBIENTE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, II, CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA DO PREJUÍZO. EXTENSÃO DO DANO A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO.

1. Não houve violação do artigo 535, II, do CPC, já que o Tribunal de origem expressamente atestou a ocorrência do dano ambiental.

2. Constatado o prejuízo ao meio ambiente, nada obsta que o magistrado determine que a extensão do dano seja apurada em processo de liquidação por arbitramento, com o objetivo de fixar o quantum indenizatório, exatamente o que ocorreu na espécie.

3. Recurso especial não provido.”

(STJ, REsp 1.138.907/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em

27/10/2009, DJe 11/11/2009) (grifei)

Os parâmetros a serem utilizados para a fixação do *quantum* devido na referida liquidação deverão ser os seguintes:

1) a quantidade de óleo derramado: 50 (cinquenta) litros; 2) o grau de vulnerabilidade da área atingida; 3) a toxidade do combustível derramado: óleo do tipo IFO 180; 4) sua persistência no meio ambiente; e 5) a estimativa da mortalidade de organismos, em casos análogos.

Ao valor da indenização devem ser acrescidos juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano ou 0,5% (meio por cento) ao mês (arts. 1.062, 1.063 e 1.064, do antigo Código Civil), até dezembro/2002. A partir de 01/2003, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, há que se observar o seu art. 406, de sorte que os juros serão contados, a partir de então, com base na Taxa SELIC, excluído qualquer outro índice de correção ou de juros de mora.

No tocante aos índices de correção monetária a serem utilizados, de rigor a observância do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, do Conselho da Justiça Federal, de 21 de dezembro de 2010, desde a data do arbitramento do valor da indenização.

Nesse sentido, trago à colação ementa de julgado deste E. Tribunal, *in verbis*:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO. DANO MORAL. CEF. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

(...)

2. Em ações condenatórias, propostas a título de indenização por danos morais, devem ser aplicados os termos do Capítulo IV, ‘Ações condenatórias em geral’, do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, do Conselho da Justiça Federal, de 21 de dezembro de 2010.

3. Portanto, são devidos juros moratórios de 6% (seis por cento) ao ano, observado o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil de 1916, até a entrada em vigor do novo Código Civil, quando, então, deve-se aplicar a regra contida no art. 406 deste último diploma legal, a qual corresponde à Taxa Selic, ressaltando-se a não-incidência de correção monetária, pois é fator que já compõe a referida taxa (STJ, REsp nº 200700707161, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 16.02.11).

4. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (STJ, Súmula nº 54), ainda que omissa o pedido inicial ou a condenação (STF, Súmula nº 254). Insta observar que não se aplica o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10.09.97, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 29.06.09, voltado unicamente às condenações impostas à Fazenda Pública.

5. Por sua vez, a correção monetária incidirá a partir da data do arbitramento (STJ, Súmula nº 362), mesmo que omissa o pedido exordial ou a sentença (Manual de Cálculos, Capítulo IV, item 4.1.2), devendo ser observados os seguintes critérios de atualização monetária em liquidação de sentença: a) aplica-se o Manual de Cálculos, ‘Ações Condenatórias em Geral’ (Lei nº 6.899/81); b) não incidem os expurgos inflacionários, mas tão-somente os índices oficiais previstos no Manual de Cálculos; c) a TR deve ser substituída pelo INPC, como ressaltado pelo próprio Manual de Cálculos (ADIn nº 493); d) a partir de 11.01.03, incide somente a Selic (NCC, art. 406 c. c. o art. 84, I, da Lei nº 8.981/95), que por cumular atualização monetária e juros, impede a incidência destes a título moratório ou remuneratório.

6. Embargos de declaração conhecidos como agravo. Agravo parcialmente provido”.

(TRF3, AC 794241, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, QUINTA

TURMA, j. 10/10/2011, TRF3 CJ1 DATA: 19/10/2011)

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. JUROS DE MORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

(...)

5. Tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios são devidos em 6% (seis por cento) ao ano, a partir do evento danoso, observando-se o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil/1916 até a entrada em vigor do novo Código, quando, então, submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma.

6. Evidente a existência de sucumbência recíproca no caso em tela, pois o autor requereu a condenação da ré em danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes), morais e estéticos e a sentença, refutando o primeiro pedido, concedeu, conjuntamente, os dois últimos.

7. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.”

(TRF3, AgRg no REsp 847.899/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 19/04/2011)

Esse também é o entendimento adotado pela Corte Especial, conforme transcrição de ementa a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. DANOS MORAIS. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. SÚMULA 54/STJ. PERCENTUAL DE 0,5% AO MÊS ATÉ O CC/2002 E DE 1% APÓS O REFERIDO DIPLOMA. ART. 406 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. APLICABILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Esta Corte de Justiça já firmou entendimento que, nos caso de responsabilidade extracontratual, os juros de mora devem ser fixados no percentual de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir do evento danoso até o advento do Novo Código Civil, quando serão calculados nos termos de seu art. 406.

2. Recurso improvido.”

(STJ, AgRg no Ag 694.895/RJ, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 28/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 287)

Por fim, acolho o pedido para que se afaste a condenação das rés em custas e honorários advocatícios, tendo em vista o que dispõe o art. 18, da Lei nº 7.347/93 e o seguinte precedente do E. STJ, conforme transcrição de ementa, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR.

1. ‘Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do *Parquet*. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o *parquet* beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública’ (EResp 895.530/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.09).

2. Recurso especial provido.”

(STJ - REsp 1.099.573, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, publ. DJE DATA: 19/05/2010)

Em face de todo o exposto, *nego provimento à apelação da ré Quimar Agência Maríti-*

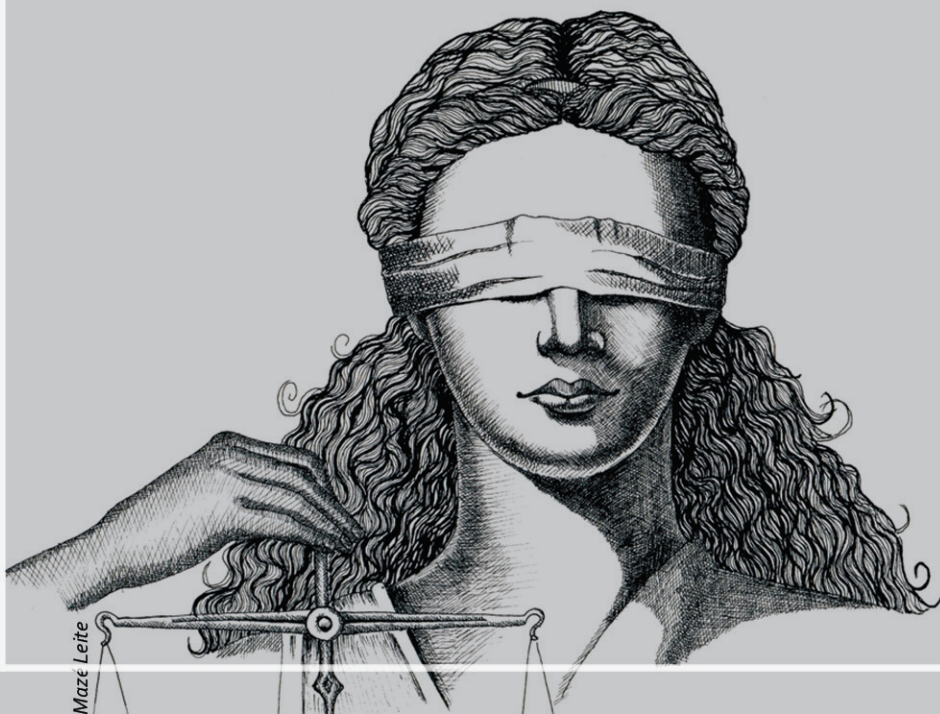
ma LTDA. e dou parcial provimento à apelação da ré Marine Pioneer Shipping Limited, tão somente para afastar a condenação em custas e honorários advocatícios.

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

- Sobre a responsabilidade civil objetiva em caso de derramamento de óleo no mar, veja também os seguintes julgados: AC 97.03.086417-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Salette Nascimento, publicada na RTRF3R 53/76; AC 96.03.067409-5/SP, Relatora Desembargadora Federal Salette Nascimento, publicada na RTRF3R 64/207 e AC 0016662-21.1999.4.03.0399/SP, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto, publicada na RTRF3R 101/358.

Direito Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0006042-59.2002.4.03.6181
(2002.61.81.006042-3)

Apelante: ANTONIO GERALDO GOTTSCHALG DUARTE
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI
Revisora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA SILVIA ROCHA
Classe do Processo: ACr 40928
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/05/2012

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO FURTO. FUNCIONÁRIO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PECULATO DE USO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ÂNIMO DEFINITIVO VEZ QUE O ACUSADO TERIA RESSARCIDO O PREJUÍZO CAUSADO. AFASTADA. RESSARCIMENTO INTEGRAL NÃO COMPROVADO. DOSIMETRIA DA PENA. MANTIDA NOS TERMOS DA SENTENÇA. ATENUANTE DECORRENTE DA REPARAÇÃO DO DANO. NÃO RECONHECIDA. PENA DE MULTA REDUZIDA DE OFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO.

I - Tratando-se de apropriação de valores, no caso, dinheiro, não há que se falar em peculato de uso, pois este pressupõe, para sua configuração, seja a coisa infungível.

II - Depreende-se do conjunto probatório que a Caixa Econômica Federal teve um prejuízo total de R\$ 53.325,91 (cinquenta e três mil, trezentos e vinte e cinco reais e noventa e um centavos) e não há prova nos autos de que o apelante tenha ressarcido o prejuízo. Pelo contrário, as testemunhas judiciais relatam que não houve o alegado ressarcimento.

III - A majoração da pena-base deve ser mantida nos mesmos termos da sentença recorrida, pois, além de ter causado prejuízo para a Caixa Econômica Federal, o apelante causou problemas para inúmeros cidadãos, os quais pagavam tempestivamente suas contas, referentes a plano de saúde, tributos etc, e depois eram tidos como inadimplentes. Sem falar na senhora que teve atendimento médico recusado pelo plano de saúde, justamente pelo fato de o apelante ter estornado o pagamento do seu boleto bancário.

IV - Não faz jus o apelante ao reconhecimento da atenuante genérica prevista no art. 65, III, "b", parte final do Código Penal, pois não fez prova de que reparou o dano causado à empresa pública federal, e a prova dos autos demonstra o contrário, ou seja, que a Caixa Econômica Federal teve um prejuízo total de R\$ 53.325,91 (cinquenta e três mil, trezentos e vinte e cinco reais e noventa e um centavos).

V - O apelante subtraiu valores, através de 37 operações irregulares, as quais foram praticadas no período de 28.01.1999 a 14.12.1999, ou seja, num período superior a 10 (dez) meses, razão pela qual deve ser mantido o percentual de 1/3 (um terço) para majoração da pena, em razão da continuidade delitiva.

VI - Reduzida, de ofício, a pena de multa, que deve ser fixada proporcionalmente à pena privativa de liberdade aplicada.

VII - Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e, de ofício, reduzir a pena de multa para 21 (vinte e um) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de maio de 2012.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo réu ANTONIO GERALDO GOTTSCHALG DUARTE, contra a r. sentença de fls. 235/239, que julgou parcialmente procedente o pedido da denúncia (recebida em 06.09.06 - fls. 105), para condená-lo como incurso no art. 312, § 1º, do Código Penal, a uma pena de 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, e pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Segundo narra a denúncia, *verbis*:

“No ano de 1999, na agência da Caixa Econômica Federal localizada no Itaim, o denunciado subtraiu em proveito próprio quantias em dinheiro em poder daquela instituição financeira, valendo-se da facilidade que lhe proporcionava a qualidade de funcionário e mediante falsificação de documento particular e subtração de documento confiado à guarda de funcionário público.

A fraude foi apurada em processo administrativo que se iniciou a partir de reclamações de clientes que haviam pago determinadas contas e, ainda assim, o débito continuava em aberto com as empresas credoras. Apurou-se que o denunciado, ao receber, em razão de seu cargo de Caixa Executivo da Caixa Econômica Federal, valores de clientes dessa instituição financeira relativos a pagamento de contas, realizava estorno imediato desses valores e os subtraía do movimento contábil da agência.

Foram apuradas no processo administrativo 23 operações irregulares praticadas pelo acusado, devidamente descrita a fls. 231/235 do Apenso I e que causaram um prejuízo à Caixa Econômica Federal no montante de R\$ 12.715,71.

Posteriormente, foram apuradas outras 14 operações irregulares praticadas pelo acusado, devidamente descritas a fl. 584/587 do Apenso II e que causaram um prejuízo à Caixa Econômica Federal no montante de R\$ 46.034,82 atualizados em 2002.

Para dificultar a verificação da fraude, o acusado subtraía os documentos, por ele estornados, relativos aos pagamentos efetuados pelos clientes da agência. O próprio acusado entregou no processo administrativo 22 desses documentos, que ele mantinha em sua residência. Ainda com o intuito de dificultar a verificação das irregularidades, o acusado, em alguns casos,

fraudava fitas da auditoria, suprimindo os pagamentos por eles estornados mediante processo de corte e colagem.

O denunciado, em seu interrogatório de fls. 86/87, confessou a prática delituosa, esclarecendo como procedia e que agiu sozinho, sem nenhuma colaboração, pois necessitava de dinheiro para pagar suas dívidas, não deixando dúvidas sobre a autoria e a materialidade delitiva.”

Inconformado, apela a defesa de Antonio Geraldo, em cujas razões (fls. 245/248) pleiteia, em síntese:

a) a absolvição, por ausência de dolo, em razão da caracterização do peculato de uso de coisa fungível, tendo em vista que o apelante subtraiu os valores em dinheiro da Caixa Econômica Federal, mas não de modo definitivo, e sim momentâneo, pois os devolveu posteriormente;

b) subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal;

c) a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, “b”, parte final, do Código Penal, porquanto o apelante restituiu os valores subtraídos à instituição financeira, reduzindo-se a pena abaixo do mínimo legal;

d) que seja aplicado o aumento mínimo de 1/6 (um sexto) em razão da continuidade delitiva;

e) a fixação do regime inicial aberto;

f) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de

Contrarrazões do Ministério Público Federal (fls. 250/253), nas quais requer a manutenção da sentença condenatória.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República, em seu parecer (fls. 267/270), opina pelo desprovimento do recurso interposto pela defesa.

Feito submetido à revisão, conforme previsão regimental.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): A defesa não impugna a materialidade e autoria do delito, as quais restam incontroversas. Alega, entretanto, que o apelante subtraiu os valores em dinheiro da Caixa Econômica Federal, não com ânimo definitivo, mas com a intenção de devolvê-los, tanto que assim o fez. Assim, pede a absolvição em razão da caracterização do peculato de uso.

Como bem salientado pelo Ministério Público Federal (fls. 251), a eventual devolução da quantia em dinheiro não extingue a punibilidade do crime previsto no art. 312, § 1º, do Código Penal, vez que tal pleito não tem acolhimento no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, a doutrina e a jurisprudência são dominantes no sentido de que não existe peculato de uso de coisa fungível.

Nesse sentido, decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“PENAL. PECULATO. ATENDENTE DE FRANQUIA INTERNA DE AGÊNCIA DE COR-

REIOS. FUNCIONÁRIO PÚBLICO POR EQUIPARAÇÃO. APROPRIAÇÃO DE VALORES. COISA FUNGÍVEL. PECULATO DE USO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA EVIDENCIADA NA DESCRIÇÃO DA DENÚNCIA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. INEXISTÊNCIA DO REQUISITO DA VOLUNTARIEDADE. 1. Tendo o réu exercido função pública, desempenhando atividades específicas da Empresa de Correios e Telégrafos, equiparase a funcionário público, nos termos do artigo 327, § 1º, do Código Penal. 2. Tratando-se de apropriação de valores, no caso, moeda, não há que se falar em peculato de uso, pois este pressupõe, para sua configuração, seja a coisa infungível. 3. A continuidade delitiva está evidenciada na descrição da denúncia, tendo sido corretamente aplicada na sentença. 4. Ausente o requisito da voluntariedade, inviável o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 16 do Código Penal. 5. Apelação improvida”. (ACr 199970090032856 - Rel. Des. Fed. Fábio Bittencourt da Rosa - DJ 10/10/2001).

Além disso, a defesa sequer fez prova do ressarcimento integral dos valores subtraídos e o conjunto probatório demonstra exatamente o contrário. Senão vejamos.

A testemunha Isabel Sobral, em seu depoimento judicial (fls. 140/141), relata que:

“(…) Um dia a depoente estava no térreo da agência e atendeu uma Senhora que estava com um boleto pago de um convênio médico, cujo atendimento fora recusado sob a justificativa de que não havia sido pago. A depoente examinou o boleto e viu que a autenticação era boa. Foi verificar o movimento do dia e constatou que de fato havia ocorrido o pagamento, quando conversou com Antonio Geraldo e ele rapidamente quis apanhar o documento e procedeu a nova autenticação. A depoente achou estranho o comportamento de Antonio e verificou posteriormente a fita e constatou que a primeira autenticação havia sido estornada. Naquele mesmo dia outros clientes compareceram à Agência para reclamar de fatos semelhantes. Recorda-se de um outro cliente que havia pago o IPTU, embora constasse o não pagamento nos sistemas da Prefeitura. A depoente tentou verificar as fitas do caixa de Antonio, mas as fitas dele haviam sumido. A depoente tentou verificar os relatórios, mas páginas do relatório também haviam sumido. Estes relatórios dizem respeito a todos os estornos e autorizações do dia. A depoente levou os fatos ao conhecimento do Gerente Geral, que fez uma reunião com a depoente, com José Eduardo e com Antonio Geraldo, quando Antonio confessou o que havia feito. Antonio estornava os pagamentos feitos em seu caixa e procurava estornar pagamentos de tributos os quais o cliente demoraria para perceber que não foram pagos, como IPTU e Imposto de Renda. O pagamento estornado relativo ao boleto de plano de saúde é que acabou por gerar uma reclamação quase que imediata do cliente. Antonio trouxe alguns documentos que tinha em sua casa, mas conforme as pessoas iam aparecendo e reclamando puderam verificar que havia muito mais coisa do que havia admitido. O prejuízo causado estava em torno de quinze a vinte mil reais. *A CEF teve que ressarcir os clientes desses valores, que foram contabilizados num código especial. Antonio não chegou a indenizar a CEF. Antonio não apresentou nenhuma justificativa para os seus atos.*” Grifei.

Também a testemunha José Eduardo Martins, em seu depoimento judicial (fls. 142/143), disse que:

“O depoente conhece o réu e recorda-se dos fatos. Trabalhavam na mesma agência e o réu exercia as funções de caixa e o depoente as funções de escriturário. Recorda-se que tudo começou quando um cliente que havia pago um seguro saúde e ao utilizá-lo estava sendo

questionado pela empresa seguradora do não pagamento, compareceu à Agência e reclamou. Este cliente havia efetuado o pagamento da prestação, mas Antonio Geraldo estornara o citado valor e embolsara o recurso. O levantamento retroagiu a um período de um mês e constataram diversas ocorrências. O réu procedia da mesma maneira: recebia dos clientes e estornava os valores. Alguns dias depois, o réu efetuava o pagamento com juros e multa. *No entanto, foi apurado que nem todos os valores apropriados foram pagos posteriormente com juros e multa. Antonio Geraldo chegou a admitir os fatos. Ele não ressarciu a CEF. A CEF teve que ressarcir alguns clientes. (...)* Grifei.

Ademais, depreende-se do conjunto probatório (fls. 618 do volume II dos autos apensados) que a Caixa Econômica Federal teve um prejuízo total de R\$ 53.325,91 (cinquenta e três mil, trezentos e vinte e cinco reais e noventa e um centavos) atualizados até 28.02.2002, que não foi ressarcido pelo apelante.

Inafastável, portanto, a condenação do apelante.

Passemos à dosimetria da pena.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o magistrado sentenciante majorou a pena-base de 2 (dois) anos para 4 (quatro) anos de reclusão e, para tanto, bem fundamentou, *verbis*:

“Fixo a pena-base acima do mínimo, em 4 (quatro) anos de reclusão, considerando: (I) as circunstâncias do crime, uma vez que o acusado estornava valores que eram regularmente recolhidos pelos clientes da instituição financeira no pagamento de contas bancárias e os apropriava; e (II) as consequências do crime, levando em conta o prejuízo causado para a empresa pública federal, no valor de R\$ 53.325,91 (cinquenta e três mil, trezentos e vinte e cinco reais e noventa e um centavos), atualizado até fevereiro de 2002 (folha 618 do volume II dos autos apensados).”

A majoração da pena-base deve ser mantida nos mesmos termos da sentença recorrida, pois, além de ter causado prejuízo para a Caixa Econômica Federal, o apelante causou problemas para inúmeros cidadãos, os quais pagavam tempestivamente suas contas, referentes a plano de saúde, tributos etc, e depois eram tidos como inadimplentes. Sem falar na senhora que teve atendimento médico recusado pelo plano de saúde, justamente pelo fato de o apelante ter estornado o pagamento do seu boleto bancário.

Por tais razões, deve ser a pena-base mantida em 4 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, não existem agravantes.

Foi reconhecida a atenuante da confissão, motivo pelo qual a pena foi reduzida em 1/6 (um sexto), passando a ser fixada em 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 16 (dezesesseis) dias-multa.

Por sua vez, não faz jus o apelante ao reconhecimento da atenuante genérica prevista no art. 65, III, “b”, parte final do Código Penal, pois o apelante não fez prova de que reparou o dano causado à empresa pública federal, e a prova dos autos (fls. 618 do volume II dos autos apensados) demonstra o contrário, ou seja, que a Caixa Econômica Federal teve um prejuízo total de R\$ 53.325,91 (cinquenta e três mil, trezentos e vinte e cinco reais e noventa e um centavos) atualizados até 28.02.2002.

Por fim, na terceira fase da dosimetria da pena, em razão da continuidade delitiva, o

magistrado sentenciante majorou a pena em 1/3 (um terço), “eis que as apropriações indevidas foram feitas através de várias ações - 37 (trinta e sete) vezes”.

Em seu apelo, a defesa postula a majoração da pena no percentual mínimo de 1/6 (um sexto).

Compulsando os autos, verifico que o apelante subtraiu valores, através de 37 (trinta e sete) operações irregulares, as quais foram praticadas no período de 28.01.1999 a 14.12.1999 (fls. 231/235 do Apenso I e fls. 584/587 do Apenso II), ou seja, num período superior a 10 (dez) meses, razão pela qual deve ser mantido o percentual de 1/3 (um terço) para majoração da pena, que fica, definitivamente, fixada em 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Reduzida, de ofício, a pena de multa, que deve ser fixada proporcionalmente à pena privativa de liberdade aplicada.

Fica mantido o regime inicial semiaberto, pois a pena aplicada supera 4 (quatro) anos, bem como as circunstâncias judiciais são desfavoráveis, nos termos do art. 33, § 2º, “b” e § 3º, do Código Penal.

Não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois a pena aplicada supera quatro anos de reclusão, não preenchendo, o apelante, os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Diante do exposto, nego provimento à apelação e, de ofício, reduzo a pena de multa para 21 (vinte e um) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

- Sobre o crime de peculato cometido mediante apropriação de valores por funcionário da Caixa Econômica Federal, veja também os seguintes julgados: ACr 96.03.084850-6/SP, Relator Juiz Federal Pedro Lazarano, publicado na RTRF3R 67/331 e ACr 95.03.026067-1/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicado na RTRF3R 67/380.

APELAÇÃO CRIMINAL
0004733-66.2003.4.03.6181
(2003.61.81.004733-2)

Apelantes: JUSTIÇA PÚBLICA E JOÃO CARLOS DE SOUSA FREITAS
Apelados: OS MESMOS
Extinta a punibilidade: WALFRIDO DE SOUSA FREITAS E JOÃO CÂNDIDO MACHADO DE MAGALHÃES
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: ACr 42089
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2012

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ADVOGADO ACUSADO DE LEVANTAR NUMERÁRIO DEPOSITADO PELA UNIÃO EM PRECATÓRIO DESTINADO A SEU CLIENTE. ALEGAÇÃO DE QUE HOVE ESTELIONATO CONTRA A UNIÃO, UMA VEZ QUE, AO TEMPO DO LEVANTAMENTO, O CLIENTE JÁ ERA FALECIDO. VANTAGEM PATRIMONIAL QUE NÃO SE QUALIFICA COMO ILÍCITA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSOS PREJUDICADOS.

1. Para configurar-se o delito de estelionato, deve ser ilícita a vantagem patrimonial obtida.
2. Configura, em tese, o crime de apropriação indébita a conduta do advogado que levanta depósito judicial efetuado em nome de seu cliente e não o repassa aos herdeiros deste.
3. A apropriação indébita praticada contra particular é crime de competência da Justiça Estadual. Sentença declarada nula. Recursos prejudicados.

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, desclassificar a conduta descrita na denúncia, enquadrando-a no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal. Por conseguinte, reconhecer a incompetência da Justiça Federal, declarar a nulidade da sentença de primeiro grau e, nos termos do artigo 383, § 2º, do Código de Processo Penal, determinar o envio dos autos ao Juízo de Direito do Foro Criminal da Comarca de São Paulo, competente para processar e julgar o fato. Ficam, destarte, prejudicados os recursos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 24 de abril de 2012.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelações interpostas por João Carlos de Souza Freitas e pelo Ministério Público Federal, em face de sentença proferida pela MM. Juíza Federal Substituta da 9ª Vara Criminal de São Paulo, SP, que condenou o réu como incurso nas disposições do art. 171, § 3º, do Código Penal, a 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a serem cumpridos inicialmente em regime aberto, e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Consta da denúncia que, “em 22 de maio de 1975, Manoel Antonio da Costa outorgou procuração (fls. 18) aos advogados Walfrido de Sousa Freitas e João Cândido Machado de Magalhães para que fosse movida ação ordinária contra a União Federal, a fim de se obter aposentadoria” (f. 2).

Narra, também, a exordial acusatória que Manoel Antonio da Costa conferiu aos outorgados, no referido instrumento, poderes para receber e dar quitação, sendo a respectiva demanda distribuída em 7 de julho de 1975 e julgada procedente em fevereiro de 1983.

Ainda de acordo com a denúncia, “os valores correspondentes aos cálculos de liquidação homologados foram recebidos, mediante precatórios” (f. 2), da seguinte maneira: em 15 de abril de 1998, por João Cândido Machado de Magalhães, a quantia de Cr\$ 362.539,60; em 8 de abril de 1992, por Walfrido de Souza Freitas, a quantia de Cr\$ 5.247.455,95; em 24 de março de 1993, ainda por Walfrido de Souza Freitas, a quantia de Cr\$ 44.563.898,19; e, em 4 de julho de 1995, pelo acusado - filho de Walfrido - a quantia de R\$ 9.839,00.

Extraí-se, outrossim, da petição ministerial que, “conforme certidão de óbito acostada às fls. 17, o autor da ação Manoel Antonio da Costa faleceu em 30 de julho de 1990, ou seja, dois anos antes do segundo levantamento efetuado por seus patronos”, de sorte que tais valores, “incluindo-se o levantado em 15.04.1988, nunca chegaram às mãos do autor ou de seus herdeiros” (f. 3).

Expõe, igualmente, a acusação que: 1) “os poderes conferidos por Manoel da Costa foram substabelecidos em 1992, ou seja, após o falecimento do autor, e com reserva de iguais poderes, por Walfrido de Sousa Freitas ao seu filho João Carlos de Sousa Freitas que, por sua vez, os substabeleceu, em outubro de 2002, a Kátia Pires Nascimento (fls. 61)” (f. 3); 2) “descobertos os fatos, os herdeiros do segurado notificaram os fatos ao Ministério Público Federal, que requisitou a instauração de inquérito policial” (f. 4); 3) “após se omitirem dolosamente por mais de treze anos, Walfrido de Souza Freitas e seu filho João Carlos de Souza Freitas, pressionados pela instauração de investigação policial, apresentaram à autoridade policial cópia (não há demonstração de que a mesma tenha sido devidamente protocolada e distribuída) de ação de prestação de contas datada de 04 de junho de 2003 (fls. 82/89)” (f. 4); 4) “há indícios nos autos de que o presente não se trata de caso isolado, mas integrava um modus operandi ardiloso e continuado” (f. 4).

Por fim, descreve a inicial acusatória que, diversamente das condutas datada de 15 de abril de 1988, 8 de abril de 1992 e 24 de março de 1993, acima mencionadas, os fatos ocorridos em 4 de julho de 1995, imputados ao acusado, não foram atingidos pela prescrição.

O Ministério Público Federal, em suas razões recursais, pugna pela reforma da sentença, com base nas seguintes alegações:

a) a pena-base deve ser exasperada, porquanto: 1) “considerando o valor do prejuízo experimentado pela União, de R\$ 9.839,00 (fls. 314 - data de 04/07/1995), com o salário mínimo vigente da época (R\$ 100,00), conclui-se pelo grave desfalque patrimonial do ente público. Em uma rápida contagem, o prejuízo sofrido pela União foi de aproximadamente 100 (cem) salários mínimos” (f. 643); 2) “apesar de o prejuízo ter sido da União, o cliente de João Carlos, Manoel Antonio da Costa, era uma pessoa idosa, cuja vulnerabilidade é patente e presumida” (f. 643-644), sendo que, se estivesse vivo na época dos fatos, contaria com 80 (oitenta) anos de idade;

b) as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são desfavoráveis ao réu, o que torna inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, ainda, impõe a fixação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Em suas razões recursais, a defesa pugna, preliminarmente, pela nulidade do processo, aduzindo que: 1) a conduta imputada ao réu não se enquadra no tipo previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, porquanto ele não cometeu qualquer delito em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência; 2) considerando-se que o fato ocorreu em 4 de julho de 1995 e que o art. 171 do Código Penal traz como preceito secundário pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, a pretensão punitiva encontra-se extinta pela prescrição retroativa.

Quanto ao mérito, a defesa pleiteia a reforma da sentença, com base na reiteração do quanto tratado nos embargos de declaração oportunamente opostos, bem como nas seguintes alegações:

a) não restou suficientemente comprovada a existência da agravante tipificada no parágrafo 3º do artigo 171 do Código Penal, na medida em que: 1) não há provas de que os funcionários da Justiça Federal foram induzidos em erro, “pois foi o d. Juízo da 8ª Vara Criminal que indeferiu o requerimento da União a qual pedia a atualização do Instrumento de mandato do Sr. Manoel Antonio da Costa” (f. 694); 2) a União não sofreu qualquer prejuízo com a conduta do réu, porquanto deveria, realmente, cumprir a decisão judicial de pagamento dos benefícios;

b) não houve o “dolo subjetivo” na conduta do apelante (f. 695);

c) a sentença não fez qualquer referência aos elementos constitutivos do crime de estelionato, quais sejam, meio fraudulento, erro, vantagem ilícita e lesão patrimonial;

d) a testemunha de f. 432-433, que trabalhava no escritório do acusado, afirmou ter efetuado, a pedido dos advogados, pesquisa junto à Prefeitura do Município de São Paulo, a fim de localizar o endereço de Manoel Antonio da Costa “para pagamento de um crédito judicial”, não obtendo, entretanto, êxito na busca, sendo que as testemunhas ouvidas à f. 442-443 e 462-462 prestaram informações no mesmo sentido, o que não foi devidamente considerado pelo MM. Juiz de primeira instância;

e) a prestação de contas de f. 87-94, com data de 4 de março de 2003, não deve ser considerada extemporânea, tendo em vista: 1) a existência de “dúvida a quem prestá-las, se à União ou se ao Espólio de Manuel Antônio da Costa, cujo inventário somente foi aberto em 14 de abril de 2003, isto é, 12 anos, 8 meses e 14 dias de seu óbito” (f. 698); 2) a dificuldade na localização de Manoel Antônio da Costa; 3) que “não havia nenhum pedido de abertura de inventário de seus bens, indicativo de sua morte, conforme se vê a fls. 111/114, tendo sido aberto somente em 14-04-2003” (f. 699); 4) que sua realização só foi possível após a ratificação, operada pelo espólio de Manoel Antonio da Costa, dos atos e procedimentos judiciais praticados pelos acusados.

Ambas as partes apresentaram contrarrazões.

Em petição avulsa de f. 726-727, a defesa alega que a sentença “possui erro material formal pois ao fixar a pena, não fixou sob a pena mínima (base), mesmo tendo o réu elucidado que era réu primário pois não possuía nenhuma condenação em seu nome”, pleiteando que tal questão seja apreciada por ocasião do julgamento do apelo.

Nesta instância, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da e. Procuradora Regional da República Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, opina pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): A denúncia assim descreve os fatos:

“Consta dos autos do incluso inquérito policial nº 2-1252/03 que, em 22 de maio de 1975, Manoel Antonio da Costa outorgou procuração (fls. 18) aos advogados Walfrido de Sousa Freitas e João Cândido Machado de Magalhães para que fosse movida ação ordinária contra a União Federal, a fim de se obter aposentadoria .

Na aludida procuração, Manoel conferia aos nominados ‘poderes especiais para ... receber e dar quitação’, tendo sido a ação proposta e distribuída em 07 de julho de 1975 (fls. 19/23), e julgada procedente em fevereiro em fevereiro de 1983 (fls. 23/24).

Os valores correspondentes aos cálculos de liquidação homologados foram recebidos, mediante precatórios, pelos advogados João Cândido Machado de Magalhães, Walfrido de Sousa Freitas e João Carlos de Souza Freitas, filho de Walfrido, conforme demonstrado na tabela a seguir:

Data	Valor	Beneficiário	Fls.
15.04.1988	Cz\$ 362.539,60	João Cândido M. de Magalhães	28
08.04.1992	Cr\$ 5.247.455,95	Walfrido de Souza Freitas	36
24.03.1993	Cr\$ 44.563.898,19	Walfrido de Souza Freitas	38
04.07.1995	R\$ 9.839,00	João Carlos de Souza Freitas	305

Ocorre que, conforme certidão de óbito às fls. 17, o autor da ação Manoel Antonio da Costa faleceu em 30 de julho de 1990, ou seja, dois anos antes do segundo levantamento efetuado por seus patronos.

Portanto, os valores acima, incluindo-se o levantado em 15.04.1988, nunca chegaram às mãos do autor ou de seus herdeiros” (f. 2-5).

Uma leitura atenta da exordial acusatória conduz à conclusão de que, na verdade, a vantagem patrimonial obtida não era ilícita.

Com efeito, em nenhum momento se afirma que a União não devia a importância depositada. Longe disso, o que se deduz é que, ao entender do Ministério Público Federal, o valor levantado pelo réu era efetivamente devido, só que pertencia aos herdeiros de Manoel Antônio

da Costa e não ao réu. Em outras palavras, o parquet sustenta que a vantagem seria ilícita porque não seria devida ao réu, mas aos aludidos herdeiros.

Data venia, a expressão “vantagem ilícita”, constante do artigo 171 do Código Penal, pressupõe que a vítima do estelionato sofra um desfalque patrimonial indevido.

Não é isso, porém, o que se colhe dos fatos descritos na denúncia, pois o próprio Ministério Público Federal afirma que o dinheiro seria devido aos herdeiros de Manoel Antônio da Costa.

O que a denúncia narra, na verdade, não é um crime de estelionato contra a União, mas um delito de apropriação indébita (Código Penal, artigo 168, § 1º, inciso III) que teria sido praticado contra os herdeiros de Manoel Antônio da Costa.

Deveras, a qualidade de “indevida” não é da vantagem, mas da apropriação. A vantagem patrimonial era lícita; a apropriação, pelo réu, é que pode ter sido indevida.

Assim, o caso é de, com fundamento no artigo 383 do Código de Processo Penal, dar nova classificação jurídica aos fatos descritos na denúncia.

Ante o exposto, desclassifico a conduta descrita na denúncia, enquadrando-a no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal. Por conseguinte, reconheço a incompetência da Justiça Federal, declaro a nulidade da sentença de primeiro grau e, nos termos do artigo 383, § 2º, do Código de Processo Penal, determino o envio dos autos ao Juízo de Direito do Foro Criminal da Comarca de São Paulo, competente para processar e julgar o fato. Ficam, destarte, prejudicados os recursos.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0000526-20.2006.4.03.6116
(2006.61.16.000526-0)

Apelante: APARECIDO DE OLIVEIRA
 Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
 Origem: JUÍZO FEDERAL 1ª VARA DE ASSIS - SP
 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE
 Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
 Classe do Processo: ACr 353779
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/05/2012

EMENTA

PENAL - ARTIGO 171, PARÁGRAFO 3º DO CP NA FORMA TENTADA - INGRESSO EM JUÍZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - PRELIMINARES SUSCITADAS PELO APELANTE REJEITADAS - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO DEMONSTRADAS - DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA NÃO CARACTERIZADA - POTENCIALIDADE LESIVA CORRETAMENTE DEMONSTRADA - CRIME POSSÍVEL - ARTIGO 59 CÓDIGO PENAL - CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL - PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - POSSIBILIDADE - ARTIGO 14, II DO CÓDIGO PENAL - PERCENTUAL DE DIMINUIÇÃO PELA TENTATIVA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL - ARTIGO 33, § 3º CP - RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA A SER ANALISADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS - NÃO OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO - RECURSO DA DEFESA IMPROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

1. Cerceamento de defesa. O instituto da “emendatio libelli” não foi aplicado nestes autos, não havendo como falar-se em cerceamento de defesa.
2. Inépcia da inicial. Exordial acusatória se mostrou detalhada na descrição do fato delituoso imputado ao acusado, preenchendo os pressupostos previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal, não padecendo da eiva apontada pelo apelante. Preliminares rejeitadas.
3. A autoria e a materialidade do delito restaram devidamente comprovadas pelo Laudo do Exame Mecanográfico (fls. 53/56). Também conclui-se, com clareza, tratar-se de falsificação quando da simples análise comparativa do documento original e da cópia utilizada para perpetrar o delito (fls. 57/58).
4. Possibilidade real de obtenção de vantagem ilícita. Certidão adulterada, que foi apresentada ao Juízo para interposição da ação e poderia ter sido, também, considerada pelo INSS para concessão do benefício.
5. Atipicidade do fato criminoso não configurada. Réu que atua como advogado da vítima no processo previdenciário que deu origem ao feito ora em comento, tendo sido a documentação da autora por ele analisada pessoalmente.
6. Desistência voluntária não caracterizada. O agente não interrompeu a execução do delito voluntariamente, não se caracterizando o instituto.
7. Inocorrência de crime impossível. INSS e Juízo sem a ciência de que a certidão adulterada

não tinha informação sobre os pais da requerente, contrariamente ao que constou no documento adulterado.

8. Circunstância judicial prevista no artigo 59, do Código Penal, desfavorável ao apelante. Agiu com acerto o juiz ao fixar a pena em patamar acima do mínimo legal, em razão de uma culpabilidade mais grave por ser o réu advogado, até porque, sendo advogado militante na comarca onde perpetrou a conduta criminosa, com muito mais vigor lhe seria exigível, no exercício da advocacia, uma atuação conforme as regras sociais de boa conduta e os ditames legais, dado conhecer a legislação, tendo ele violado dever ético-moral inerente à sua profissão.

9. Tratando-se de crime na modalidade tentada, deve ser aplicada a regra contida no artigo 14, II, parágrafo único do CP, diminuindo a pena em 1/3 (redução mínima), pois somente o último passo do “iter criminis” percorrido pelo acusado, a consumação, não foi atingido.

10. A pena deve ser fixada em patamar que retribua de forma adequada a ofensa ao bem jurídico tutelado, bem como possibilite a ressocialização do acusado.

11. Pedido de reconhecimento da continuidade delitiva entre outros delitos que foram processados e julgados em feitos diversos deverá ser direcionado ao Juízo das Execuções Penais, após o trânsito em julgado das ações penais.

12. No que diz respeito a prescrição da pretensão punitiva estatal, não ocorreu. É que a pena concretizada na sentença, de 02 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, prescreve em 08 anos, a teor do artigo 109, inciso IV do Código Penal, e tal lapso de tempo não se ultimou entre a data do fato (08/07/2003 - fl. 02) e a data do recebimento da denúncia (10/04/2006 - fl. 141), nem entre esta data e a da publicação da sentença (21/08/2008 - fl. 475), e, muito menos, entre esta última data até o presente momento.

13. Preliminares rejeitadas. Recurso improvido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes os acima indicados, ACORDAM os Desembargadores da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, nos termos do relatório e voto da Senhora Relatora, constantes dos autos, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, por unanimidade, em rejeitar as preliminares suscitadas e negar provimento ao recurso de APARECIDO DE OLIVEIRA, mantida na íntegra a decisão de primeiro grau.

São Paulo, 21 de maio de 2012.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

RELATÓRIO

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

Trata-se de APELAÇÃO CRIMINAL interposta por APARECIDO DE OLIVEIRA em face de decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Assis - SP, que o condenou como incurso no artigo 171, § 3º c. c. artigo 14, inciso II, do Código Penal, a pena de 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, fixando cada dia-multa no valor de 1/20 (um vigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizados monetariamente quando do efetivo

pagamento, com a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária mensal no valor de R\$ 100,00 (cem reais), pelo mesmo período da pena corporal substituída e na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, pelo mesmo período da pena corporal substituída, em regime de oito horas semanais, a ser cumprida em entidade pública ou privada, a ser designada pelo Juízo das Execuções Penais (fls. 461/471).

Consta da denúncia que:

“(...) no dia 08 de julho de 2003, em Paraguaçu Paulista/SP, o denunciado ajuizou ação visando a concessão de benefício previdenciário de Aposentadoria por Idade, mediante o cômputo de trabalho rural, ou benefício assistencial de prestação continuada, instruindo-a com documento falso, tentando obter, para outrem, vantagem indevida, por meio da indução do Juízo a erro, em prejuízo do patrimônio do Instituto Nacional do Seguro Social.

Segundo se apurou, no ano de 2003, Maria José de Oliveira Santos procurou o denunciado, advogado militante no âmbito desta Subseção Judiciária, objetivando conseguir se aposentar. Para tanto, Maria José forneceu ao denunciado a sua Certidão de Casamento, documento em que consta a profissão de seu marido como ‘Operário’, com vistas a subsidiar o pedido de aposentadoria a ser efetuado (conf. Auto de Exibição e Apreensão de fl. 128 e Certidão de Casamento Original encartada à fl. 129).

Fato é que, na ação previdenciária retrocitada, que tramitou perante a 2ª Vara Judicial da Comarca de Paraguaçu Paulista/SP, fora constatado que a cópia reprográfica da Certidão de Casamento da autora do pleito, Maria José de Oliveira, encontrava-se adulterada no campo em que consta a profissão de seu marido, Gumercindo Santos, estando consignado ‘Lavrador’, enquanto na Certidão original consta ‘Operário’ (fls. 24 e 129).

O denunciado utilizou-se do documento falso para instruir a ação, com o fito de atestar que Maria José havia exercido labor na zona rural, de molde a preencher o requisito de carência legal para o deferimento do benefício previdenciário de Aposentadoria por Idade em favor da autora, visando induzir o Juízo a erro, o qual somente não se operou por circunstâncias alheias à sua vontade, tendo em vista o despacho exarado pelo d. Juiz de Direito da sobredita Vara Judicial requisitando a Certidão de Casamento original ao Serviço de Registro Civil (fl. 70). Do exposto, o Ministério Público Federal denuncia APARECIDO DE OLIVEIRA como incurso no art. 171, § 3º c. c. o art. 14, II, ambos do Código Penal (...) (fls. 02/03) (os destaques são no original).”

Decisão do Juízo da 1ª Vara da Comarca de Paraguaçu Paulista/SP, declarando a incompetência absoluta do Juízo Estadual e remetendo os autos à Justiça Federal da Comarca de Assis (fls. 134/135).

A denúncia foi recebida em 10/04/2006 (fl. 141).

O réu, ora apelante, foi interrogado (fls. 223/229). Apresentou defesa prévia e arrolou testemunhas (fls. 231/238).

Manifestação do Ministério Público Federal às fls. 242/244, propugnando pela superação das matérias lançadas em defesa prévia com o prosseguimento da ação penal.

Decisão da MM. Juíza “a qua”, acolhendo a manifestação ministerial suso citada, para superar as matérias suscitadas em defesa prévia e determinar o prosseguimento do feito (fl. 246)

Foram ouvidas as testemunhas de acusação (fls. 279/282).

As testemunhas de defesa foram ouvidas às fls. 307/310.

A MM. Juíza “a qua” homologou o pedido de desistência da oitiva de uma testemunha de defesa e deu por encerrada a instrução dos autos, conforme decisão acostada à fl. 313.

A defesa requereu a realização de nova perícia ou que fosse levado a efeito nos autos o laudo pericial, bem como a intimação dos peritos para responderem aos quesitos formulados às fls. 318/320. Em sua resposta de fls. 323/324, o Ministério Público Federal propugnou pelo indeferimento do pedido.

A MM. Juíza de primeiro grau indeferiu o pedido formulado pela defesa do réu (fls. 325/326).

Em alegações finais, a acusação pediu a condenação do réu nos termos da denúncia (fls. 427/435), enquanto a defesa do réu pugnou pela sua absolvição (fls. 439/458).

A sentença condenatória foi prolatada às fls. 461/471, e publicada em 21/08/2008 (fl. 475).

Em razões de apelação (fls. 490/509), a defesa pretende, preliminarmente:

a) - nulidade do processo por cerceamento de defesa em virtude da *emendatio libelli*, uma vez que foi condenado pela prática do crime de estelionato previdenciário, sendo que lhe foi dada oportunidade somente de defender-se do crime de uso de documento falso narrado na peça acusatória de fls. 02/03;

b) - nulidade do processo por inépcia da peça acusatória, por não descrever pormenorizadamente a conduta imputada ao acusado;

Já, no mérito, alega a defesa, em apertada síntese:

1. a inexistência de possibilidade de obtenção de vantagem ilícita, o que afasta a aplicação do artigo 171, § 3º;

2. a ocorrência da desistência voluntária (artigo 15 do CP), uma vez que houve desistência do pedido de benefício previdenciário;

3. a ocorrência de crime impossível (art. 17 do CP), por absoluta ineficácia do meio empregado, pois o próprio juiz da causa tinha dúvida, desde o início do feito, quanto a utilização de cópia adulterada nos autos, e prova disso é o fato de ele ter requisitado o documento original, junto ao Cartório de Registro Civil;

4. a atipicidade material da conduta, por não constituir o fato imputado ao réu infração penal, por não terem sido causados lesão ou perigo concreto de lesão a vítima (não houve prejuízo aos cofres do INSS).

Caso mantida a condenação, alternativamente requer:

1. a redução da pena-base aplicada, por se tratar o réu de pessoa primária e de bons antecedentes;

2. a elevação do *quantum* de diminuição da pena pela tentativa, de 1/3 (um terço) para 2/3 (dois terços);

3. a unificação dos vários processos contra ele promovidos, com o reconhecimento da continuidade delitiva, havendo um histórico de continuidade delitiva entre as condutas idên-

ticas imputadas nas denúncias deste e dos demais feitos a que responde, elencados a fl. 502.

Com as contra-razões (fls. 520/528), subiram os autos a esta Egrégia Corte Regional, onde a Procuradoria Regional da República opinou pelo improvimento do recurso (fls. 561/568).

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):

Inicialmente verifico que as alegações de *cerceamento de defesa* e de inépcia da denúncia são matérias preliminares ao mérito e assim serão analisadas.

Primeiramente, no que tange a preliminar de *cerceamento de defesa*, é de ser repelida de plano.

Como bem asseverado pelo Douto Juízo de 1ª Instância, o réu não se defende da capitulação legal, mas dos fatos narrados na denúncia. De fato, a “*emendatio libelli*” citada não ocorreu nos presentes autos. E ainda que tivesse ocorrido, o instituto citado pressupõe que não se traga aos autos nenhum elemento novo, motivo pelo qual não se justificaria a repetição de toda a instrução penal, se fosse o caso. Importante ressaltar, ainda, que o apelante é formado em Direito, não podendo alegar desconhecimento desta regra de Processo Penal.

Quanto à preliminar de *inépcia da inicial*, melhor sorte não aguarda o recorrente.

Na verdade, a exordial acusatória se mostrou detalhada na descrição do fato delituoso imputado ao acusado, preenchendo os pressupostos previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal, não padecendo da eiva apontada pelo apelante. De fato, ali restou consignado que o réu solicitou à neta de sua patrocinada diversos documentos que lhe foram entregues, inclusive a certidão de casamento. Narra, ainda, a denúncia que, de posse de referidos documentos, utilizou-os para ingressar em Juízo com ação na qual os acostou, só que agora em sua forma adulterada.

Houve, portanto, a descrição de fatos que tipificam as infrações penais, com todas as suas circunstâncias, não sendo necessário que haja menção minuciosa da conduta do agente.

Como se observa, a conduta do acusado foi descrita na denúncia de forma clara e suficiente, o que lhe propiciou exercer, com plenitude, a sua defesa.

É evidente, portanto, que a denúncia preenche os requisitos previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal, vez que descreve claramente a conduta imputada ao réu, o nexo causal entre essa conduta e a infração penal, não padecendo de qualquer eiva de nulidade.

Como demonstração da aptidão da peça acusatória, está a presença de defesa eficiente produzida pelo acusado nos autos, de elementos que permitiram ao julgador a formação de sua convicção sobre a ocorrência do delito - o que “*in casu*” se verifica - além de propiciar ao acusado, como acima já se aludiu, o conhecimento prévio das condutas delituosas a ele imputadas e as circunstâncias em que elas se realizaram, possibilitando-lhe o exercício da ampla defesa.

E, sob esse aspecto, viu-se que, em nenhum momento, restaram violados os princípios da ampla defesa ou de seu corolário, qual seja, o do respeito ao contraditório, haja vista os argumentos substanciais ofertados pela defesa nos autos.

Como bem assinalado na sentença, a fl. 422:

“(...) A defesa do réu, em suas alegações finais (439/458), requereu a improcedência da acusação, sustentando preliminarmente que a conduta do acusado é atípica, uma vez que alega que fotocópia sem autenticação não pode ser objeto material de crime de uso de documento falso. Alegou, ainda, se tratar de crime impossível, uma vez que havia a ineficácia absoluta do meio utilizado, pois alega que em nenhum momento o representante da autarquia federal foi levado a incorrer ou manter-se em erro. Sustentou impossibilidade do concurso material entre os crimes do artigo 304 e 171, § 3º c. c. artigo 14, II, todos do Código Penal. Alegou nulidade da sentença, uma vez que feriu-se o princípio da ampla defesa quando não se ofertou prazo para a defesa arrolar testemunhas e juntasse provas diversas, quando do aditamento da denúncia com nova capitulação de tentativa de estelionato. Alegou falta de potencialidade de causar dano. Alegou ainda que todas as condutas caracterizam continuidade delitiva, requerendo a unificação de todos os processos que possuem a mesma matéria. Alegou ainda que o laudo pericial foi inconclusivo, não comprovando a existência do dolo, assim como nenhuma outra prova o fez. Alegou inexistência de perícia técnica. Alegou ainda falta de autenticação dos documentos, falta de prova e que o crime menos grave deve ser absorvido pelo mais grave. Sustentou inexistência de dolo. Requereu, ainda, em caso de eventual condenação, a redução da pena de um a dois terços. Requereu a absolvição do advogado. (...)”

Resta rejeitada, portanto, tal preliminar.

Rejeitadas as preliminares argüidas pelo apelante, passo a análise do mérito recursal da defesa.

Consta dos autos que o réu Aparecido de Oliveira, em 08 de julho de 2003, na Comarca de Paraguaçu Paulista, perante a 2ª Vara Estadual, fez uso de documento falso. Segundo se apurou, o acusado é advogado militante na citada comarca, sendo que, antes do ajuizamento da ação, a patrocinada entregou diversos documentos a ele, inclusive sua certidão de casamento. Quando o acusado ingressou em Juízo, instruiu os autos daquele processo com cópia da certidão de casamento de sua patrocinada já adulterada, já que o recebera sem qualquer falsificação.

Verifica-se que a autoria e a materialidade do delito restaram devidamente comprovadas pelo Laudo do Exame Pericial Documentoscópico (fls. 121/125), que conclui “... a) O documento descrito no Capítulo ‘Peça de Exame’ - cópia reprográfica de Certidão de Casamento (fls. 24 do IP), *não é cópia autêntica* do documento descrito no Capítulo ‘Padrão de Confronto’ - original de Certidão de Casamento. b) Os citados documentos são Certidões de Casamentos de Gumerindo Santos e Maria José de Oliveira, que foram emitidos em épocas diferentes, constatando-se alteração na cópia reprográfica às fls. 24, mais precisamente na ‘profissão’ do cônjuge varão ‘Lavrador’ e no original doc. fls. 115 ‘Operário’...”, ou seja, o documento foi adulterado. Também conclui-se com clareza tratar-se de falsificação quando se procede a uma simples análise comparativa do documento original com as cópias utilizadas para perpetrar o delito (fls. 27, 81 e 118).

Com efeito, os depoimentos colhidos durante a instrução processual, aliados aos demais

elementos de prova, confirmam, de forma precisa e harmônica, a ocorrência dos fatos e a responsabilidade do apelante. É o que se observa, por exemplo, do testemunho de Maria José de Oliveira Santos, constante a fls. 279 dos autos, *in verbis*:

“(...) Conheço o acusado desde moleque. Fiquei sabendo da acusação. Na ocasião em que o réu entraria com a ação para mim exibi ao réu meu RG, CPF e Certidão de Casamento. Entreguei a segunda via da certidão de casamento ao acusado, uma vez que o original estava muito rasgado. Na certidão de casamento constava a profissão de meu marido como sendo ‘operário’ e a minha ‘doméstica’. ÀS REPERGUNTAS DA ACUSAÇÃO, RESPONDEU: O réu não me informou quando entregaria meus documentos. (...)”

No mesmo sentido e corroborando o quanto descrito na denúncia, vale trazer à colação o testemunho levado a efeito por Gumerindo Santos, às fls. 280 *in verbis*:

“(...) Conheço o réu desde moleque. Conheço Maria José, que é minha esposa. Fiquei sabendo da acusação, mas não comentei sobre os fatos com o réu. Minha esposa procurou o acusado porque queria se aposentar. Na ocasião foram exibidos documentos como RG, Certidão de Casamento, dentre outros.

Na minha certidão de casamento constava a profissão como sendo ‘operário’. Isso porque, na época eu trabalhava numa fábrica de óleo. Cheguei a trabalhar também no meio rural. No fim minha esposa não se aposentou. O acusado disse que entraria com a ação, mas eu nunca recebi qualquer comunicado nesse sentido. ÀS REPERGUNTAS DA ACUSAÇÃO, RESPONDEU: Minha esposa entregou ao réu a certidão de casamento original. Sei que o réu trabalha com seus filhos e não posso afirmar exatamente para quem minha esposa entregou o documento. ÀS REPERGUNTAS DA DEFESA, RESPONDEU: Quando do casamento minha esposa trabalhava como costureira e sempre morou no sítio. (...)”

O próprio apelante, em seu interrogatório durante o procedimento inquisitorial (fls. 111/112), confirma, de forma incontestada, a materialidade e autoria do delito, *in verbis*:

“(...) Segundo o artigo 293 do Código Penal Brasileiro que trata-se de Falsificação de Papéis Públicos, os documentos que podem ser considerados como tais estão estampados neste artigo e, não está inserido Certidão de Casamento ou Nascimento ou Certificado de Reservista. É que o artigo 384 do CPC dispõe que as Certidões obtidas por outros processos de repetição, dos documentos particulares, valem como Certidões, porém, sempre que o escrivão portar por fé a sua conformidade com o original. O artigo 296 do Código Penal exige que para que a conduta seja típica, prova incontestada do dolo por inexistência de forma culposa ou seja não se pune por forma culposa, e por outro lado é incontestada o prejuízo sofrido pelo agente passivo, e no presente caso seria impossível isto ocorrer. É que após a juntada dos documentos num processo igual a este seria necessário além da prova documental a oitiva de testemunhas sem contar que antes, na fase de contestação, o INSS já teria que ter se manifestado acerca dos documentos juntados. Superado tal fase o processo ainda seria remetido do Tribunal Regional Federal por ser obrigatório a revisão o que tornaria impossível à autora ou autor obter êxito num processo de aposentadoria. Por outro lado existe diversas súmulas que demonstram que é impossível a Concessão de qualquer benefício quando não estejam presentes: início de prova material e depoimentos seguros de que a autora ou autor exercer atividade na qualidade de rurícola ‘Súmula 149 do STJ’. A eventual utilização de cópia reprográfica de documento, não

autenticada não configura Ação Penal com potencial de causar danos a fé pública, objeto tutelado pelo artigo 304 do Código Penal. Por outro lado trata-se de crime impossível segundo a Doutrina e Jurisprudência que nos ensina que o falso, se não for apto a ludibriar o homem médio, configura-se crime impossível, em razão de o meio utilizado ser absolutamente inidôneo. Assim, as fotocópias e outras reproduções mecânicas quando não autenticadas, não são documentos por sua inaptidão probatória. Assim sendo, tendo em vista tudo que foi exposto espera e requer trancamento do inquérito policial por tratar-se de crime impossível. (...)”

Vê-se, da prova aqui reproduzida, que a autoria do delito restou totalmente comprovada, até porque, em seu interrogatório colhido na fase policial, em momento algum tentou o acusado furtar-se da acusação do cometimento dos fatos que lhe são imputados. Apresenta apenas argumentos jurídicos, segundo os quais, em sua opinião, não teria cometido crime. Frise-se, novamente, que em momento algum o réu refuta o cometimento do delito.

É certo que o réu ofereceu versão diferente em sede de interrogatório judicial. Todavia, a prova técnica produzida nos autos, aliada aos depoimentos colhidos, confirma, de forma precisa e harmônica, a ocorrência dos fatos e a responsabilidade do ora apelante.

Do exame de tais provas, que formam um conjunto coeso, chega-se à conclusão inextinguível de que o apelante agiu com dolo em sua conduta, não sendo crível qualquer alegação em sentido contrário.

Ressalte-se que o depoimento do réu em Juízo está em contradição com as demais provas dos autos, como se demonstra a seguir. Em seu depoimento judicial (fls. 223/229), o acusado afirma o seguinte:

“(...) que está sendo processado criminalmente por outras demandas criminais envolvendo fatos similares aos descritos na denúncia; que não se recorda das testemunhas arroladas pela acusação; que os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros; que nas ações previdenciárias não tem como fraudá-las se não for com a participação do agente público, no caso do INSS; que não tinha intenção de fraudar o INSS; que para conseguir um benefício previdenciário em Juízo tem audiências, tem que apresentar a documentação, depois ainda passa pelo Tribunal e *quando vai implantar o benefício do INSS ainda exige que o autor apresente toda a documentação, novamente, e no original*; que na verdade tudo aconteceu por uma falha do interrogando, que confiou em duas pessoas que trabalhavam para ele; que disse para estas duas pessoas que precisavam apressar as ações para acabar logo, porque cada dia mais apareciam mais pessoas procurando seus serviços; que tinha e tem até hoje escritório nas cidades de Yepê, Rancharia e Paraguaçu Paulista, sendo que na época também tinha em João Ramalho, Lutécia, Borá e Oscar Bréssane; que disse para estas duas pessoas que o ajudavam que além do salário também pagaria uma gorjeta; que eles preparavam as petições iniciais e a documentação; que a noite o interrogando dava uma olhada e só assinava a primeira e a última folha da petição inicial; que reconhece como falha sua o fato de que não conferia a documentação; que desconfiou que alguma coisa estava errada quando os dois disseram que iam embora; que quando desconfiou e descobriu o que eles andaram fazendo com os documentos relatou o fato para o juízes e promotores de Yepê e Rancharia e desistiu das ações previdenciárias; que inclusive chegou a desistir de ações previdenciárias que nem precisaria de tal desistência porque estava desconfiado de que todas elas estavam com problemas; que também no período de 21 de junho a 28 de junho de 2002 ficou internado no Hospital e Maternidade de Assis, porque é diabético e na época tinha feito uma cirurgia no pé que não

sarava; que demorou um ano para sarar completamente; que nesse período ficou um pouco afastado do serviço, pois ficou um bom tempo sem poder dirigir; que seu médico era o Dr. Manfio, com consultório na Avenida Otto Ribeiro; que nenhum processo continuou e nunca recebeu nada por eles; que teve que tirar o dinheiro do bolso para pagamento de xérox, autenticações, expedição de segunda via de certidão, etc., mas nada recebeu; que sua falha foi pegar pessoas de má índole para trabalhar com ele; que uma dessas pessoas foi embora para o Mato Grosso ou São Paulo, de nome Everaldo Mendonça; que inclusive esta pessoa, antes de sair do escritório do depoente, pegou algumas folhas de cheque da conta bancária do depoente, de um banco aqui na Avenida Rui Barbosa, cujo nome não se recorda no momento e falsificando a assinatura do correntista pagou despesas de viagens, dívidas que tinha na cidade, etc.; que as pessoas que receberam tais cheques procuraram o depoente para receber o valor do cheque e o depoente efetuou pagamento para limpar o seu nome; que os cheques não foram depositados pelos credores, sendo que parece que só tinha um carimbo; que tem os cheques consigo; que Everaldo escreveu o nome do depoente igualzinho ele costumava assinar; que só percebeu que Everaldo tinha pego tais cheques quando o juiz o alertou sobre a adulteração de documento em uma ação previdenciária, na primeira, ocorrido em setembro de 2002, que tramitava na segunda Vara da cidade de Paraguaçu Paulista; que então foi dar uma olhada e percebeu que ele tinha levado as folhas de cheque; que a outra pessoa é Alessandro José Brasão, sendo que ele foi embora mas voltou e atualmente está morando em Paraguaçu Paulista; que estas duas pessoas não eram advogados, mas ficavam nos escritórios do depoente, localizados naquelas cidades já nominadas, ajudando-o; que em Oscar Bréssane e em todas aquelas cidades em que o interrogando tinha escritório - as quintas, sextas e sábados e em revezamento entre eles - iam Everaldo e o Alessandro arrecadar os documentos dos trabalhadores; que eles iam uma semana antes e orientavam quais documentos eram necessários para a propositura da ação; que eles entregavam para os trabalhadores uma relação de quais documentos eram necessários para a ação de aposentadoria por idade, por invalidez, por tempo de serviço, etc.; que na semana seguinte eles voltavam para arrecadar a documentação; que era por isso que dava para trabalhar com as duas pessoas acima referidas; que inclusive Alessandro Brasão foi ameaçado por uma pessoa desconhecida, dentro de um monza vermelho, sem placas, com três homens dentro, sendo que um deles disse à Alessandro para ele se cuidar porque sabem onde ele mora e Alessandro correu para ele se cuidar porque sabem onde ele mora e para que ele parasse de entregar o primo deles à Justiça; que Alessandro correu contar para o interrogando; que o interrogando não sofreu nenhuma ameaça; *que especificamente em relação a Maria José de Oliveira Santos, não se lembra de tal pessoa, não lembra se a atendeu e nem lembra que tipo de ação foi proposta; que nem lembra se esteve na audiência relativa ao processo da mesma; que não se recorda de Gumercindo Santos, também não se lembrando se o atendeu;* que normalmente quem ia até o escritório, em geral, eram os filhos e a mãe; que não sabe informar qual das duas pessoas, Everaldo ou Alessandro, arrecadou os documentos de Maria José; que não sabe informar nada sobre a ação de tal segurada; que no começo conseguia acompanhar as ações, mas depois começou a se perder e hoje já não lembra mais de nada; que chegou a contratar o Dr. Orlando para ajudá-lo mas ele mudou-se para São Paulo; *que não teve como ver nada acerca da ação de Maria José de Oliveira Santos; até porque chegou atrasado à esta audiência;* que aqui em Assis estão tramitando as ações criminais envolvendo trabalhadores de Oscar Bressane e Paraguaçu Paulista, pois as ações criminais envolvendo fatos ocorridos em Lutécia e Oscar Bressane estão indo para Marília; que é certeza que não recebeu a documentação de Maria José; que na época estava com quase 300 ações para montar, todas documentos em envelopes; que as pessoas interessadas levavam os documentos já em cópia e entregava para os meninos;

que colocavam tais documentos em envelopes; que as pessoas interessadas compareciam no local onde o interrogando atendia, sendo que em todas àquelas cidades acima referidas tinham um local onde efetuavam o atendimento aos segurados; que a Prefeitura de Oscar Bressane cedeu uma sala dentro do prédio da prefeitura para que o interrogando atendesse os segurados; que em Lutécia foi o Vereador Laudemir Leate que cedeu um sala no escritório de representação política; que em João Ramalho tinha um 'escritorinho'; que também em Rancharia e Iepê tinha um pequeno escritório; que em Nantes teve uma família que cedeu sua casas por um sábado e um domingo para que o interrogando atendesse os segurados; que em Nantes trabalhou durante uma semana visitando Sindicatos; às vezes batendo de porta em porta, informando que estava ali para propor ações previdenciárias de todos os tipos e que voltaria na semana seguinte para arrecadar os documentos dos interessados e que estivessem dentro das características apresentadas pelo interrogando; que então marcou para o sábado e domingo no local cedido pela família; que visitou inclusive outras cidades para conhecer a realidade das mesmas e então, se estivessem dentro das sua expectativa procurava um local para atender os segurados ou montava um escritório; que geralmente chegava até a montar um escritório por um mês para cumprir o estatuto da ordem; que em Iepê fez um trabalho com 4 ou 5 pessoas, visitando as pessoas de porta em porta, durante mais ou menos 5 dias; que depois montou um escritório na Avenida São Paulo, onde chegava a formar filas com 100, 80 ou 60 pessoas até diminuir; que o interrogando realizava o atendimento dos interessados, mas como eram muitos não dava para explicar longamente os benefícios; que as pessoas levavam os documentos que tinham e também o RG, onde dava uma olhada por cima, verificava a idade e então entregava uma lista de documentos para que o interessado entregasse no próximo dia; que quando olhava os documentos apresentados pelos interessados o interrogando já tinha uma idéia de qual o benefício o interessado fazia jus e então entregava uma lista dos documentos que eles teriam que apresentar; que o interrogando ficava mais assinando as iniciais e vendo se faltava algum documento para a propositura das ações; que nem sempre era o interrogando que realizava o atendimento, contando com a ajuda de outras pessoas, que os dois rapazes mencionados eram experientes e atenciosos com os segurados, ajudando o interrogando neste atendimento; que além dos dois rapazes também ajudavam a filha do depoente e outra moça do seu escritório, de nome Patrícia; que sua filha se chama Shandia; que o mesmo procedimento adotou na cidade de João Ramalho e Rancharia; que toda sexta e sábado o interrogando comparecia na cidade de Rancharia e Iepê, o que ainda faz até hoje; que João Ramalho não visita mais, mas na época chegou a ir uma ou duas vezes no máximo, naquela cidade, de sexta e sábado; que lá em João Ramalho é uma cidade pequena e só tem 20 processos 'correndo'; que o juiz de João Ramalho, Iepê e Rancharia, por conta destes problemas narrados na denúncia passaram a exigir que fosse feito primeiramente o pedido administrativo, e depois o judiciário; que recorreu destas sentenças e agora é que o tribunal está começando a julgar; que ainda tramitam 250 ações em Rancharia e 150 em Iepê; que houve a desistência do processo de Maria José, pois desistiu de todas as ações nas quais teve problema com a documentação; que aquelas ações que chegaram a ir para audiência, com problemas na documentação, pediu desculpas ao Juiz e pediu desistência antes de ser denunciado; que houve casos em que o INSS não concordou com o pedido de desistência e a ação andou um pouco e depois o juiz extinguiu sem julgamento de mérito; que começou a desconfiar dos dois, Everaldo e Alessandro, quando disseram que iam sair do escritório e ir embora, então, o interrogando começou a prestar mais atenção na documentação e em tudo que tinha no escritório, pois começou a sumir coisas como livros; que o interrogando também ficou preocupado, achando que eles iam entrar com uma ação trabalhista; que eles não chegaram a entrar com a ação, mas o interrogando pagou um dinheiro para os dois, de acordo

com o tempo de serviço que eles tinha; que Alessandro era registrado em carteira com a função de auxiliar de escritório. Que chegou a chamar alguns segurados para que eles levassem os documentos originais; que chamou os segurados, em geral, sendo que alguns já estavam bravos porque já estavam sendo chamados na delegacia; que naqueles que encontrou problemas, especialmente nas cidades de Iepê e Rancharia, deu tempo de desistir da ação na hora certa, antes de citar o INSS, e por isso nem chegou a ser denunciado; que os maiores problemas se davam nas certidões de casamento e nos certificados de reservista; que neste último documento, quando o trabalhador falava que era lavrador, os dois ajudantes do interrogando colocavam a mão ou a máquina a profissão de lavrador, que como a petição inicial era padronizada não dava para perceber quando eles alteravam a documentação; que nenhuma dos segurados recebeu benefício previdenciário. Após prosseguir ao interrogatório. A MM^a. Juíza, na forma do art. 188, do Código de Processo Penal, indagou do interrogando se restou algum fato para ser esclarecido, disse: ‘que quer acrescentar que nunca teve intenção de ganhar dinheiro sem ser com seu próprio suor; que nunca pensou que ia acontecer um fato desses na sua vida, que pode inclusive leva-lo a perder a sua carteira da OAB; que como pessoa perdeu inclusive a alegria de viver; que era uma pessoa respeitada entre os colegas e hoje não tem mais nada, sendo que tem, inclusive, vergonha de ir ao Fórum; que tem dois filhos que fazem direito e eles dizem que têm vergonha do pai’. Às *reperguntas pelo MPF*, disse: ‘que as cópias dos documentos eram entregues pelos próprios segurados, sendo que a procuração também já era devolvida assinada; que teve casos que a documentação já foi entregue pelo segurado adulterada, inclusive, com a autenticação do cartório; que não se recorda o nome destes segurados que entregaram a documentação já adulterada; *que em nenhuma ocasião chegou a reter documentos originais dos segurados em seu escritório; que em algumas vezes ficaria com o documento original do segurado para poder extrair cópias, mas logo no dia seguinte devolvia os documentos originais*; que as cidades de Borá e João Ramalho não tinham cartório, então trazia os documentos para Paraguaçu Paulista para tirar as cópias e autenticar; que isso normalmente acontecia quando os documentos eram muito velhos, como certidões de casamento e certificado de reservista, pois eram muito dobrados; que o Everaldo e o Alessandro também não retiveram documentos originais porque o escritório não permitia, pois se entregassem um documento hoje amanhã o segurado já ia procurar; que inclusive a polícia foi ao seu escritório de Paraguaçu e não achou nada; que em Paraguaçu tinha uma equipe, aliás a mesma equipe já mencionada, que ia nas favelas e nos bairros mais simples, de porta em porta, conversar com os moradores, munidos de uma prancheta com fichas de triagem, onde anotavam todas as informações para um eventual pedido de benefício; que se fosse a hipótese de LOAS já vinha na ficha de triagem as anotações sobre quem morava na casa, quem trabalhava, qual a renda *per capita*; que lembra até que tinha a seguinte pergunta: ‘como é a casa do entrevistado?’; e sua equipe de maneira bem simples anotava a descrição da casa, dos móveis, veículos, etc.; que para o benefício de idade rural, constavam nesta ficha de entrevista: ‘Trabalhou na lavoura? Desde quando? Trabalhou com o marido na lavoura ou só? Quais os documentos que possui comprovando o trabalho rural? O marido possui algum documento comprovando trabalho rural?’; que aí o entrevistador anotava todas as informações e dizia quais os documentos que o interessado possuía; que tal ficha de entrevista ia para o interrogando dava uma analisada na ficha e então emitia uma cartinha para o interessado comparecer ao escritório e apresentar a documentação; que aí é que ficou uma ‘brechinha’, pois às vezes constava que no passado o marido tinha trabalhado de ‘lavrador’ na carteira reservista; que acredita que foi assim que aconteceu; que não havia o pagamento prévio para a proposição das ações; que na verdade, quando promovia uma ação declaratório de tempo de serviço, por exemplo, de um professor, funcionário público, entre outras pessoas que podiam arcar

com os honorários, fixava um valor de honorários em contrato e normalmente o pagamento de dava com 30% na propositura da ação, 30% na sentença e 40% no acórdão, sendo que essa última parcela normalmente só era cobrada quando a ação fosse procedente; que em nenhum desses casos de ação declaratória aconteceu problemas com a documentação, porque o interrogando elaborava a inicial e olhava com detalhes a documentação apresentada; que o dinheiro que despendia do próprio bolso para pagamento de cópias de RG, CPF, certidões referidas e demais documentos apresentados pelos segurados, como carteira de trabalho, declarações; que quando percebeu que advogados de Assis, Marília, Palmital, estavam indo à Paraguaçu Paulista para captar clientes daquela cidade, indo diretamente às Associações de bairro, percebeu que ficavam o dia todo parado e que, se eles faziam o interrogando também poderia fazer; que não recebeu nenhuma advertência da OAB das cidades acima mencionadas, a não ser em Rancharia, quando foi orientado a abrir uma ficha na prefeitura daquela cidade para regularizar a questão do imposto sobre serviço; que recolhia o ISS e recolhe até hoje; que a Subseção da OAB de Paraguaçu promoveu abertura de mais ou menos 20 processos disciplinares, relativos aos fatos narrados na denúncia; que em relação as outras subseções não foi intimado ainda de nenhuma processo disciplinar; que em Paraguaçu os processos disciplinares estão na fase de oitiva de testemunhas.!” (...) (destaquei).

Vê-se, da prova aqui reproduzida, que a autoria do delito restou totalmente comprovada. A prova técnica produzida nos autos, aliada aos depoimentos colhidos, confirmam a prática do delito.

Do exame de tais provas, que formam um conjunto coeso, chega-se à conclusão inexorável de que o apelante agiu com dolo em sua conduta, não sendo crível alegação em sentido contrário.

Ressalte-se que o depoimento do réu em Juízo está em contradição com as demais provas dos autos, como acima já se aludiu, além do que ele se mostrou contraditório em suas alegações, afirmando, em determinado momento, que se lembrava de ter recebido os documentos originais, e depois afirmando que se lembrava de ter recebido apenas cópias; ora afirmou que não se lembrava de Maria José de Oliveira Santos, e, em momento seguinte, disse se lembrar de que não pôde comparecer à sua audiência. Que segurança poderiam trazer ao juízo tais informações contraditórias?

O testemunho de Alessandro José Brazão (fl. 308), arrolado pela defesa, em verdade corrobora a versão da acusação, lançando por terra os argumentos apresentados pelo acusado a título de excludente de ilicitude em sua conduta, como se observa do depoimento transcrito abaixo, *in verbis*:

“(...) Não sabe dos fatos descritos na denúncia. Na época dos fatos, o depoente auxiliava na triagem dos casos a serem encaminhados ao Dr. Aparecido. O depoente sempre pegava cópia dos documentos necessários para a propositura da ação previdenciária. A maioria dos clientes pleiteava aposentadoria por invalidez ou por tempo de serviço rural. No começo, quem ensinou o depoente a fazer a triagem e pedir os documentos aos clientes foi Everaldo, que também trabalhava no escritório do réu. Às reperf. defesa: *as cópias acima mencionadas, que eram entregues pelos clientes, eram autenticadas*. Numa média, o escritório chegava a atender cerca de 20 pessoas por dia. De qualquer forma, em uma determinada ocasião, na cidade de Iepê, chegaram a atender 60 pessoas. Atuavam em outras cidades, tais como Oscar Bressante, João Ramalho, Iepê, Borá, Rancharia, Agisse, Lutécia, etc. (...)” (destaquei)

Como salientado, nem mesmo as testemunhas de defesa apresentam qualquer fato ou

evidência que possa levar a outra conclusão que não a responsabilidade penal única do apelante, pelos fatos descritos na denúncia.

Por fim, reiterando o quanto já dito pelos outros depoentes e espancando qualquer dúvida quanto ao procedimento do acusado no caso em comento, em especial a potencialidade lesiva da conduta do réu quanto à possível implantação do benefício, caso não houvesse sido descoberto o falso, transcrevo, a seguir, o depoimento da testemunhas de defesa, CARLITO DA SILVA LIMA (307/308), *in verbis*:

“(...) Em relação aos fatos narrados na denúncia, soube deles por meio de em Procurador do INSS, que disse ao depoente que o acusado estava sendo averiguado em razão de alguns processos em que seria réu o INSS. Não soube informar, no entanto, se o acusado, de fato, adulterou a certidão de casamento da pessoa mencionada na denúncia. Às reperf. defesa: *quando há concessão de benefícios previdenciários pelo TRF, o depoente, na agência do INSS costuma proceder somente à conferência do número do RG e da carteira de trabalho do beneficiário. Não há uma pesquisa profunda sobre o processo em si.* Quando o procurador do INSS elabora defesa do Instituto, por meio de contestação, por vezes requisita a agência do INSS cópia do processo administrativo em que foi negado o benefício. Nesse processo administrativo, é feita uma análise conjunta de todos os documentos apresentados pela pessoa que pleiteia administrativamente o benefício. Não é analisado apenas um documento, como a certidão de casamento. Todos os documentos que possam atestar a qualificação do requerente do benefício são considerados: um contrato de arrendamento rural, nota do produtor, certidão de casamento, filiação ao sindicato rural, etc. *Os indeferimentos administrativos de benefícios são feitos diante dos elementos constantes dos documentos apresentados pelo requerente à agência do INSS. Quando a agência do INSS recebe um documento que é cópia simples, solicita o original para que haja confrontação. Sendo a cópia igual ao original, o INSS bate um carimbo de conferência. Só com a cópia simples de um documento, a pessoa não pode dar entrada ao pedido de benefício. (...)*” (destaquei)

Comprovadas e amplamente demonstradas a materialidade e a autoria do delito, passo agora a tratar das demais teses defensivas apresentadas pelo acusado.

Não procede a alegação de ocorrência de desistência voluntária do agente, como sustenta a defesa. Ocorre que o crime apenas não se consumou por motivos alheios à sua vontade. Em momento algum o autor desistiu de perpetrar o delito, sendo certo que só interrompeu os atos de execução após sua descoberta pelo Juízo.

Contrariamente ao quanto afirmado pelo acusado, a possibilidade de obtenção de vantagem ilícita era real. Tanto o era que a certidão adulterada foi considerada pelo Juízo para o ajuizamento da ação e poderia ter sido também considerada pelo INSS para a concessão do benefício, principalmente por não se tratar de falsificação grosseira.

Por este mesmo motivo, não prospera a argumentação do apelante de que não houve a tipificação do delito ou de que se tratava de crime impossível, pois, como bem asseverado pelo Juízo “a quo”, o INSS e o próprio Juízo não tinham ciência de que na certidão verdadeira não havia informação sobre os pais da requerente, contrariamente ao que constou no documento adulterado.

A alegação de atipicidade do fato criminoso também não merece guarida. Inexiste fundamento para alegada atipicidade da conduta. O réu atuou como advogado no processo

previdenciário que deu origem ao feito ora em comento, tendo, a documentação que lhe foi fornecida, sido por ele analisada pessoalmente. Daí por que é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação penal. Ele atuava na condição de advogado, havendo, no limiar da ação penal, a comprovação no sentido de que ele, efetivamente, praticou a infração penal, tanto que, ao final da instrução criminal, adveio a sentença condenatória em seu desfavor.

Assim, provadas a autoria e a materialidade do delito e estando presente o elemento subjetivo do tipo (dolo), impõe-se a condenação do réu, nos termos do artigo 171, parágrafo 3º, c. c. art. 14, inciso II ambos do Código Penal.

A defesa do réu insurge-se, em caso de confirmação da condenação, quanto a aplicação da pena acima do mínimo legal, que, no seu entender, seria injusta, por se tratar de réu primário e sem antecedentes criminais.

É certo que o acusado Aparecido de Oliveira responde a vários inquéritos policiais e processos criminais, inclusive pela prática de crimes da mesma espécie. Todavia, não há condenação com trânsito em julgado em seu desfavor, motivo pelo qual o MM. Juiz não exacerbou a pena em razão de maus antecedentes.

Entendo correta a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal, como fez o Juízo de 1ª Instância, em razão da circunstância judicial do caso concreto, desfavorável ao apelante, que se caracteriza por uma culpabilidade exacerbada, levando a uma maior reprovabilidade de sua conduta, pelo fato de ser advogado e ter utilizado a sua atividade de auxiliar na realização da justiça, junto ao Judiciário, para perpetrar o crime. Tais circunstâncias agravam a sua culpabilidade e a reprovabilidade de sua conduta, a ponto de autorizar a fixação da pena base acima do mínimo legal, como ocorreu na espécie.

A pena base do apelante foi fixada em primeiro grau, com base nos seguintes argumentos:

“(...) A) as circunstâncias judiciais (CP, artigo 59). As folhas de antecedentes carreadas aos autos demonstram que o réu é primário, embora tenha vários apontamentos por conta de fatos contemporâneos e análogos ao que motivou a presente ação penal. Tratando-se, entretanto, de fatos pertencentes a mesma cadeia de continuidade delitiva, ainda que processados separadamente, *não há porque se fixar a pena acima do mínimo legal por conta desta circunstância* (STF, HC 76.631-1/SP, Ministro Marco Aurélio, 2ª T., um, 24/03/98; TRF 4ª Região, HC, Rel. Gilson Dipp, RTJE 152/253, *apud* José Paulo Baltazar Junior, in *Sentença Penal*, 2ª edição, 2005, Verbo Jurídico: Porto Alegre, p. 96/97). *O réu agiu com dolo normal para o tipo, mas com maior nível de reprovabilidade, pois se valeu de seus conhecimentos jurídicos para tentar induzir em erro o juízo estadual e o INSS.* O réu demonstrou, entretanto, ter personalidade voltada para a prática de crimes contra a previdência social. Os motivos do crime são os comuns ao tipo penal, ou seja, a ambição de obter vantagem financeira em prejuízo alheio. Ponderadas as circunstância, fixo, portanto, a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 02 anos e 06 (seis) meses de reclusão. (...)”

Destarte, a fundamentação contida na sentença para a imposição da pena acima do mínimo legal, a meu ver, é subsistente, não merecendo guarida a pretensão da defesa no sentido de reduzi-la ao mínimo legal.

Como acima se aludiu, urge frisar a correta exasperação da pena feita pelo juízo, em razão de uma culpabilidade mais grave por ser o réu advogado, até porque, sendo advogado militante na comarca onde perpetrou a conduta criminosa, com muito mais vigor lhe seria exigível, no

exercício da advocacia, uma atuação conforme as regras sociais de boa conduta e os ditames legais, dado conhecer a legislação, tendo ele violado dever ético-moral inerente à sua profissão.

Além disso, o apelante se conduziu com total desrespeito e descaso para com o órgão da Justiça, ao requerer, judicialmente, de forma capciosa e mendaz, a concessão de benefício previdenciário para terceira pessoa, que não possuía, *a priori*, documentação comprobatória para tanto, não sendo por ele ignorado tal fato, o que, por si só, já faz instaurar uma situação de potencialidade lesiva maior, apta a comprometer a lisura, segurança, confiabilidade, regularidade e legitimidade de um dos serviços essenciais mais importantes prestados pela União, que é a administração da Justiça. E tal conduta se torna mais grave ainda por se tratar de advogado, que age também em desabono da nobre classe dos advogados, cuja função foi erigida ao *status* constitucional como essencial à administração da justiça, a teor do que preconiza o artigo 133 da Carta Magna, *in verbis*:

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

Quanto à dosimetria da pena, verifico que esta foi imposta em patamar próximo ao mínimo legal, não havendo sentido em reduzir ainda mais a pena em razão do reconhecimento da tentativa. A fração de redução aplicada é compatível com o caso dos autos, em que toda a ação criminosa já estava concluída e só não obteve êxito porque, à época dos fatos, diligenciou o Juízo a fim de verificar a veracidade dos documentos, estando o *iter criminis* praticamente completo, não havendo justificativa para mudança do *quantum* determinado na sentença.

Uma vez confirmada a sentença condenatória e a correta dosagem na aplicação da pena, cumpre analisar os pedidos de decretação da prescrição da pretensão punitiva retroativa e o reconhecimento da continuidade delitiva entre este crime e os demais elencados às fls. 502, como pretende a combativa defesa do apelante.

Com relação ao pedido de reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes objetos dos processos citados às fls. 452 e o crime objeto dos presentes autos, saliento que, para seu reconhecimento, levando em conta outros delitos que foram processados e julgados em feitos diversos, tal pretensão deverá ser direcionada ao Juízo das Execuções Penais, após o trânsito em julgado das ações penais.

E, no que diz respeito a prescrição da pretensão punitiva estatal, consigno que não ocorreu. É que a pena concretizada na sentença, de 02 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, prescreve em 08 anos, a teor do artigo 109, inciso IV do Código Penal, e tal lapso de tempo não se ultimou entre a data do fato (08/07/2003 - fl. 02) e a data do recebimento da denúncia (10/04/2006 - fl. 141), nem entre esta data e a da publicação da sentença (21/08/2008 - fl. 475), e, muito menos, entre esta última data até o presente momento.

Diante do exposto, *rejeito* as preliminares argüidas e *nego provimento* ao recurso de APARECIDO DE OLIVEIRA, mantendo na íntegra a decisão de primeiro grau.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

- Sobre a apresentação de certidão adulterada para obtenção de benefício previdenciário, veja também o seguinte julgado: AC 2002.61.23.001458-4/SP, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes, publicada na RTRF3R 78/296.

APELAÇÃO CRIMINAL
0000004-93.2010.4.03.6005
(2010.60.05.000004-8)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: FÁBIO APARECIDO DA SILVA GUILHERME (réu preso)
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: ACr 48797
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/06/2012

EMENTA

PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. TRANSPORTE PÚBLICO. MANTIDO O AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. INTERESTADUALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO DA ACUSAÇÃO DESPROVIDO.

1. A causa de aumento incidente quando a infração tiver sido cometida em transportes públicos (Lei nº 11.343/06, art. 40, III), somente tem cabimento se a conduta do agente for voltada a realizar o núcleo do tipo penal no próprio meio de transporte. A isolada circunstância de ele ter se servido de transportes públicos é insuficiente para a configuração da causa de aumento (ACr nº 2007.60.05.000020-7, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, unânime, j. 13.10.08).

2. Para caracterizar o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal (Lei nº 11.343/06, art. 40, V), é necessário que o delito se realize nesse espaço geográfico, isto é, que o ânimo do agente consista em internar em um Estado da Federação o entorpecente que se encontrava em outro. Mas se o dolo do agente é voltado para a exportação, ainda que para isso seja necessário ultrapassar fronteiras estaduais, não incide a causa de aumento (ACR nº 2007.60.05.000020-7, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, unânime, j. 13.10.08).

3. Apelação desprovida. Sentença mantida na íntegra.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 28 de maio de 2012.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de apelação contra a sentença de fls. 199/208v., que condenou Fábio Aparecido

da Silva Guilherme, à pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, regime inicial fechado, e ao pagamento de 466 (quatrocentos e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo à época dos fatos, pela prática do crime do art. 33, *caput*, c. c. o art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06.

O Ministério Público Federal recorre com os seguintes argumentos:

a) deve ser reconhecida a causa de aumento de pena no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, utilizando-se o *quantum* de 1/3 (um terço) de aumento;

b) caso tal majorante não seja reconhecida, seja exasperado o quantum fixado a título de internacionalidade;

c) requer o reconhecimento da causa de aumento de pena relativa à utilização de transporte público (art. 40, III, da Lei nº 11.343/06) (fls. 233/247).

Contrarrazões da defesa à fls. 249/254.

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Osvaldo Capelari Júnior, manifestou-se pelo parcial provimento do recurso da acusação, tão somente para que seja reconhecida a causa de aumento de pena relativa à utilização de transporte público (art. 40, III, da Lei nº 11.343/06) (fls. 256/266).

À revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Imputação. Fábio Aparecido da Silva Guilherme foi denunciado pela prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes, porque no dia 20.12.09 foi preso em flagrante, por transportar, guardar e trazer consigo, 319g (trezentos e dezenove gramas) de cocaína, que foi importada do Paraguai e que seria transportada até o Estado de São Paulo (fls. 46/48).

Apenas o Ministério Público Federal apelou, requerendo o seguinte:

a) o reconhecimento da causa de aumento de pena do art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, utilizando-se o *quantum* de 1/3 (um terço) de aumento, ou, caso tal majorante não seja reconhecida, seja exasperado o *quantum* fixado a título de internacionalidade;

b) o reconhecimento da causa de aumento de pena do art. 40, III, da Lei nº 11.343/06 (fls. 233/247).

O recurso do Ministério Público Federal não merece prosperar.

Interestadualidade. Para caracterizar o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal (Lei nº 11.343/06, art. 40, V), é necessário que o delito se realize nesse espaço geográfico, isto é, que o ânimo do agente consista em internar em um Estado da Federação o entorpecente que se encontrava em outro. Mas se o dolo do agente é voltado para a exportação, ainda que para isso seja necessário ultrapassar fronteiras estaduais, não incide a causa de aumento (ACR nº 2007.60.05.000020-7, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, unânime, j. 13.10.08).

Transportes públicos. A causa de aumento incidente quando a infração tiver sido cometida em transportes públicos (Lei nº 11.343/06, art. 40, III), somente tem cabimento se a conduta do agente for voltada a realizar o núcleo do tipo penal no próprio meio de transporte. A isolada circunstância de ele ter se servido de transportes públicos é insuficiente para a configuração da causa de aumento (ACr nº 2007.60.05.000020-7, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, unânime, j. 13.10.08).

Do caso dos autos. O apelante participou conscientemente da importação de cocaína, adquirindo-a no Paraguai e efetuando seu transporte por via terrestre, tendo reingressado no território nacional com o intento de levar a droga até São Paulo (SP), não logrando fazê-lo, pois acabou sendo preso em flagrante por Policiais Federais na BR 463, Km 67.

Com efeito, a causa de aumento referente à interestadualidade do delito só é aplicável quando a droga tenha origem em um Estado da Federação e haja o intento último do agente de transportá-la para o território de um ou mais Estados diferentes, não incidindo a majorante quando o intuito é importá-la, ainda que, para tanto, seja necessário adentrar nos territórios de distintas unidades da Federação, até a chegada ao ponto de destino, como é a hipótese dos autos.

Alternativamente, caso não fosse reconhecida a causa de aumento de pena do art. 40, inc. III da Lei nº 11.343/06, o *Parquet* Federal pretendia a exasperação do quantum fixado a título de internacionalidade.

A sentença fixou a pena-base do delito de tráfico em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. Sem agravantes, reconheceu a atenuante da confissão, reduzindo-a para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Majorou pela transnacionalidade em 1/6 (um sexto) para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Reduziu a pena pela causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em 1/5 (um quinto), tornando-a definitiva em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 466 (quatrocentos e sessenta e seis) dias-multa. Fixado o regime inicial fechado e vedada a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

O aumento da pena pela internacionalidade do crime não deve ultrapassar o mínimo legal, quando a conduta restar configurada de forma ordinária, como se deu no presente caso, no qual as circunstâncias do delito não reclamam o recrudesimento da majorante em questão.

O Ministério Público Federal requer, finalmente, o reconhecimento da causa de aumento de pena relativa à utilização de transporte público.

A conduta do réu não se realizou no interior do ônibus da Viação Expresso Queiroz, local onde ocorreu sua prisão em flagrante, sendo inviável o reconhecimento desta causa de aumento.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público Federal, mantendo a sentença na íntegra.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

“HABEAS CORPUS”
0039441-80.2011.4.03.0000
(2011.03.00.039441-1)

Impetrante: KASSEM AHMAD MOURAD NETO
 Paciente: EDUARDO FERNANDO FERREIRA DE ALMEIDA (réu preso)
 Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
 Corréus: DAVI FRANCISCO DE SOUZA E OUTROS
 Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA
 Classe do Processo: HC 48058
 Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/05/2012

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO CRÉDITO FÁCIL. INSURGÊNCIA CONTRA DENEGACÃO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA E DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. FORTES INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFONICA AFASTADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA DO PACIENTE PARA A CUSTÓDIA DA POLÍCIA FEDERAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NÃO CONFIGURADA. DECISÃO FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA.

1. *Habeas corpus* impetrado contra ato de Juiz Federal, que mantém o paciente preso preventivamente, nos autos da ação penal na qual se apura a prática dos crimes definidos nos artigos 155, § 4º, inciso II, artigo 288 e 312, § 1º, todos do Código Penal.
2. Prova da materialidade e da autoria delitiva imputadas ao paciente extraídas das narrativas das decisões impugnadas, onde se indica forte envolvimento do paciente com os demais denunciados nas condutas criminosas descritas na denúncia. Das conversas transcritas na decisão de decretação da prisão preventiva e da denúncia extrai-se que o paciente comprava e vendia cartões subtraídos da ECT, bem como realizava o desbloqueio dos cartões com os quais pagava boletos e efetuava saques e transações bancárias. Além disso, o paciente também realizava fraudes bancárias por meio de cartões clonados e uso de cheques falsificados.
3. Necessidade da custódia para garantia da ordem pública, devidamente motivada na decisão do Juízo *a quo*, considerando-se a imputação de que o paciente é integrante de quadrilha, descoberta em pleno funcionamento, sendo necessária a custódia para fazer cessar a atuação criminosa e o desmantelamento do grupo.
4. Ausência de documentação comprobatória da ocupação lícita, e a impetração se revela desprovida dos antecedentes do paciente, a comprovar a sua primariedade.
5. Condições pessoais favoráveis ao paciente - residência fixa, ocupação lícita e bons antecedentes - que não afastam, por si só, a possibilidade da prisão, quando demonstrada a presença de seus requisitos. Precedentes jurisprudenciais.
6. Inexistência nos autos de qualquer documento demonstrativo da alegação de nulidade da interceptação telefônica. O *habeas corpus* constitui remédio constitucional de rito célere em que as argumentações devem vir demonstradas de plano, com prova pré-constituída, não havendo, portanto, como se apreciar a questão.

7. Alegação de ausência de fundamentação da decisão que indeferiu o pedido de transferência do paciente do CPD de Pinheiros para a carceragem da Polícia Federal, a ferir o princípio da igualdade, afastada. A decisão foi devidamente fundamentada na inadequação do paciente às situações de presos que devem permanecer na carceragem da PF, conforme estabelecido pelo Provimento 64/2005, da Corregedoria Regional da Justiça Federal.

8. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de maio de 2012.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Kassem Ahmad Mourad Neto em favor de EDUARDO FERNANDO FERREIRA DE ALMEIDA, contra ato do Juiz Federal da 1ª Vara Criminal de São Paulo/SP, que decretou a prisão preventiva do paciente nos autos da ação penal nº 0012921-67.2011.403.6181.

Alega o impetrante que o paciente foi denunciado e preso preventivamente em 20.11.2011, acusado da suposta prática dos delitos tipificados nos artigos 155, § 4º, inciso II, artigo 288 e 312, § 1º, todos do Código Penal.

Alega o impetrante que por ocasião do cumprimento do mandado de busca e prisão preventiva e de busca e apreensão nada foi encontrado na residência do paciente, que não ofereceu nenhuma resistência, é primário possui residência fixa e ocupação lícita, não se afigurando necessária a prisão cautelar.

Sustenta o impetrante que a prisão cautelar foi decretada sem a presença dos requisitos legais, o que conflita com o princípio da presunção de inocência e que a suposta gravidade do delito, por si só, não é capaz de fundamentar a prisão preventiva.

Sustenta ainda o impetrante haver constrangimento ilegal, por falta de fundamentação na decretação e manutenção da prisão preventiva, e ainda a ausência de prova da existência do crime e de indícios suficientes da autoria, eis que não houve exame de comparação de voz do paciente na fase inquisitiva.

Argumenta o impetrante que a negativa de transferência do paciente do CPD de Pinheiros para as dependências da prisão da polícia federal fere o princípio da igualdade, além de não estar fundamentada.

Por fim, sustenta o impetrante que a acusação está fundada apenas em sucessivas escutas telefônicas, maculadas por sucessivas prorrogações em contrariedade com o artigo 5º da Lei 9.296/96, constituindo provas ilícitas.

Requer a concessão da liminar para revogar a prisão preventiva. Ao final, a confirmação da liminar, a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança, a decretação da nulidade da escuta telefônica.

A liminar foi indeferida pelo MM. Desembargador Federal José Lunardelli, em plantão judiciário (fls. 53/54).

O Ministério Público Federal opinou pela intimação do impetrante a juntar as peças essenciais à análise do mérito ou, sucessivamente, pelo não conhecimento da impetração (fls. 59/61).

Requisitadas informações (fls. 63), foram prestadas às fls. 66/68.

Novo parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento da impetração por ausência de documentos suficientes para a apreciação da impetração e, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 70/72).

Às fls. 74/75 foi juntado o ofício original das informações encaminhado pela DD. Autoridade impetrada, instruída com os documentos de fls. 76/133.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da DD. Procuradora Regional da República Samantha Chantal Dobrowolski opinou pela denegação da ordem (fls. 136/141).

O impetrante peticionou requerendo a reconsideração do pedido de liminar e “efeito extensivo de benefício”, juntando cópia da decisão do Juízo impetrado que revogou a prisão preventiva das corré Inês Barion Ferraz Ribeiro, Mônica Amália dos Santos e Anelise Fátima da Rocha Torres (fls. 143/149).

Por determinação da MM. Juíza Federal Convocada Relatora, juntou-se aos autos cópia da decisão proferida nos autos 0000806-14.2011.403.6181.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator):

A ordem é de ser denegada.

Como se verifica dos autos, o paciente foi denunciado, juntamente com DAVI FRANCISCO SILVA, ANTONIO LÚCIO DE SOUZA, INES BARIO FERRAZ RIBEIRO, HEBER FERREIRA DOS SANTOS, MÔNICA AMÁLIA DOS SANTOS, e ANELISE FÁTIMA DA ROCHA TORRES, como incurso nos artigos 228 do CP c/c Lei 9.034/95, artigos 312, § 1º, 155, § 4º c/c artigos 29 e 71, todo do Código Penal.

A denúncia foi oferecida pelo Ministério Público Federal como resultado das investigações conduzidas pela Polícia Federal na assim denominada “Operação Crédito Fácil”, imputando detalhadamente ao paciente diversas condutas delituosas:

“EDUARDO FERNANDO FERREIRA DE ALMEIDA atua com compra e venda de cartões subtraídos dos Correios, bem como desbloqueia e utiliza esses cartões para realização de diversas fraudes bancárias, ora pagando boletos e Renavans, ora efetuando saques e transferências bancárias. Além disso, EDUARDO também realiza fraudes bancárias por meio de

cartões clonados e uso de cheques fraudados, possuindo um extenso rol de contatos nessas atividades, que não puderam ser totalmente identificados. Seus comparsas mais frequentes nas fraudes são LÚCIO, ANALISE (sua namorada), VAGNER, TICO, GAGO, CABEÇA

Após efetuar o desbloqueio e obter a senha dos cartões, EDUARDO os utiliza para:

a) Realizar pagamento de boletos, conforme ligações entre EDUARDO e ‘Cabeça’ em 12/04/11 (fls. 724/725) e em 15/06/11 (fls. 1357/1358), e entre EDUARDO e Binho de 05/09/11 (fls. 2398/2399);

b) Realizar o pagamento de contra. De fato, em 23/03/2011, às 18:36h, EDUARDO telefonou para a central de atendimento SANTANDER, e solicitou o pagamento do título nº 2379 3040 0591 1003 0220 0135 7502 8492 1000 0098 000 no valor de R\$ 980,00 com débito na conta corrente 010310993, agência 0220. O mesmo fato se repete às 19:10h do mesmo dia, com o pagamento do boleto nº 2379 3040 0591 3108 1003 0240 0135 7508 7498 2000 0098 000, desta vez o cliente prejudicado foi o titular da conta corrente 920540618 agência 0319. A transação novamente teve o valor de R\$ 980,00 (fl. 569).

c) Realizar pagamentos de Renavans, indicados por LÚCIO, conforme diálogo entre ambos do dia 03/05/2011 (fls. 901/902);

d) Realizar saques, contando para tanto com o auxílio de sua namorada, ANELISE FÁTIMA DA ROCHA TORRES (vulgo LILI). Neste sentido diálogos entre ambos de 27/08/11 (fl. 2391), 05/09/11 (fls. 2396/2397), e 06/09/11 (fls. 2400/2401).

d) Realizar empréstimo nas contas, a fim de aumentar sua possibilidade de lucro, sacando e transferindo os valores contratados. Nesse sentido, ligação entre EDUARDO e HNI de 13/06/11 (fl. 1359) e entre EDUARDO e ANELISE de 16/06/11 (fls. 1662/1663). EDUARDO chega a efetuar reserva em dinheiro junto às agências, também visando aumentar seus lucros. Na ligação entre ele e LULU, de 16/06/11, EDUARDO passa para LULU o balanço dos valores desviados no dia: R\$ 16.500,00 (sendo a parte de LULU de R\$ 7.400,00). Em seguida, combinam em qual cartão irão mexer amanhã, e ainda planejam fazer uma reserva para esse cartão, para conseguir sacar ainda mais (fl. 1663).

Além de utilizar fraudulentamente cartões desviados dos Correios, EDUARDO também realiza a clonagem de cartões. Assim, em 31/08/11, EDUADOR pergunta a ANELISE (LILI) se Karina ‘pinta’ caso eles arrumem umas ‘carcaças’ (fl. 2394 da Interceptação Telefônica). No mesmo dia, LILI telefona a Karina, e pergunta se Karina ‘pinta uns plásticos’ para ela, ao que Karina responde que sim, e LILI combina de levar dois ‘plásticos’ para Karina pintar (fl. 2394/2395). Logo em seguida à essa ligação, LILI telefona para EDUARDO para lhe informar que Karina concordou em pintar os cartões (fl. 2395). Além disso, em 06/09/11, EDUARDO informa Karina que irá comprar a máquina de pintar na segunda-feira (fls. 2400/2401).

Por outro lado, constatou-se que EDUARDO também participa de fraudes em cheques (aos quais refere-se como ‘folhas’). Os cheques falsificados são entregues a ‘assinadores’, e depois descontados no comércio. Comprovam tais alegações as ligações entre EDUARDO e seus comparsas de 18/04/11 (fl. 891), 16/04/11 (fls. 892/893 e 18/06/11 (fl. 1664).”

A decisão que decretou a prisão preventiva de Eduardo Fernando Ferreira de Almeida é de seguinte teor, consoante cópia encaminhada pelo juízo impetrado:

“1. Núcleo Jaguaré

Em relação a tal grupo, verificou-se com a implementação da interceptação, que utilizava cartões de crédito subtraídos do CTE do Jaguaré pelo empregado da ECT Davi Francisco da Silva, o qual, todavia, foi preso em 26 de março.

Em face disso, passou a grupo a trabalhar com cartões oriundos de outras fonte, assim como

a clonar cartões.

Pela análise dos diálogos interceptados, assim como pelas demais provas colhidas na investigação, foi constatado que há quatro núcleos dentro do grupo: o primeiro atua no extravio de cartões das unidades da EBCT, o segundo realiza pagamento de pagamentos falsificados e taxas de veículos usando os cartões, o terceiro se dedica à realização de várias fraudes bancárias, inclusive com o uso de cheques, o último atua na unidade dos Correios de Guarulhos, realizando a subtração de correspondências enviadas por bancos, com posterior desbloqueio dos cartões e sua utilização.

Participam desse grupo, entre outros indivíduos não identificados, as seguintes pessoas: Davi Francisco de Souza, Antônio Lúcio de Souza, Inês Barion Ferraz Ribeiro, Heber Ferreira dos Santos, Mônica Amália dos Santos, Cícero Augusto Dib Jorge, Claudemir Henrique dos Santos (Negão), Leonardo de Oliveira Rocha (Lino), Jorge Almeida Santos, Emerson Giacominni Santos (Nenezinho), Roberto Luis Borges (Tibum), Joseval Ferreira da Silva (Val ou Catarino), Eloy Pereira Telles Junior, Eduardo Fernando Ferreira de Almeida (Zoio), Anelise Fátima da Rocha Torres (Lili), André Donário Teixeira de Souza, Hudson Filipe da Silva e Fábio Santana da Cruz.

A seguir, passo a analisar as condutas praticadas pelos integrantes dos grupos acima citados em relação aos quais já foi apurada sua completa identificação.

[...]

1.13. Eduardo Fernando Ferreira de Almeida (vulgo Zoio ou Zoinho)

Trata-se de investigado que usa as linhas de nºs 8779-0739, 7786-7132, 8527-2234, 7783-9844, 7192-5851, 7777-7419 e 8742-0434, tendo ficado comprovado, no curso do monitoramento telefônico, que recebe e utiliza cartões subtraídos da ECT, com os quais paga boletos e efetua transferências bancárias.

Apurou-se também que, que Eduardo negocia a compra e venda de cartões e realiza negociações referente ao uso de cheques fraudados, possuindo um extenso rol de contatos nessas atividades, que não puderam ser totalmente identificados. Seus interlocutores mais frequentes nas fraudes são Vagner, Tico, Gago, Cabeça, Lulu e Lili.

Também foram captadas conversas nas quais Eduardo solicita informações sobre dados pessoais de clientes do Santander e outra na qual se pode inferir que realiza pagamento de boletos. Constatou-se, noutro giro, que o investigado efetua empréstimos com os cartões desviados, a fim de aumentar o lucro obtido com o mesmo.

A seu respeito, merecem ser reproduzidas as seguintes conversas, todas aptas a demonstrar seu envolvimento nos delitos ora apurados (fls. 567/571, 573/575, 717/719, 721/722, 724/725, 1357/1359 e 1662/1663): [...]

Frise-se que, em relação a esse investigado, foi também captada conversa na qual aquela procura obter uma senha do INFOSEG, a fim de obter, com maior facilidade, dados cadastrais de titulares de cartões, nos seguintes termos (fls. 571/572):

[...]

Também pela análise das ligações realizadas por Eduardo, constatou-se que, além das fraudes já descritas, efetua o investigado outras, com a utilização de cheques, como demonstram as conversas mantidas com Elieser, Gago e Luizinho (fls. 891/893 e 1106/1107):

[...]

Finalmente, foi constatado que Eduardo também se vale dos serviços de sua namorada, Anelise Fátima da Rocha Torres (vulgo Lili), para a prática de seus crimes, sendo tal relação pormenorizada no próximo item.

Ante o exposto, são robustos os indícios de que Eduardo, além do crime de quadrilha, pratica crimes de peculato, pois compra e vende cartas e cartões bancários que sabe serem desvia-

dos de dentro da ECT, bem como os crimes de furto qualificado e estelionato, por meio de desconto de cheques falsificados.

[...]

1.16 Das medidas restritivas

Pela análise das condutas dos integrantes do grupo, acima efetuada, é de se reconhecer a existência de robustas evidências de que integram uma organização criminoso formada para a prática de peculatos em detrimento de serviço público federal, bem como furtos qualificados e estelionatos praticados em detrimento de instituições financeiras, entre elas a Caixa Econômica Federal.

Justifica-se pela complexidade e organização do grupo, com nítida divisão de funções entre os integrantes, a aplicação ao caso das disposições da Lei nº 9.034/95.

É de se reconhecer, ainda, que referida associação possui estabilidade temporal, uma vez que o monitoramento se iniciou no começo deste ano e as atividades criminosas continuaram a ser praticadas, tendo sido descobertos, a cada auto, novos integrantes.

Ficou comprovado, também, que participaram do grupo, empregados de empresa pública, o que confere maior poder à associação para praticar os ilícitos.

No que tange aos pedidos de prisão, tenho que, em relação a todos os investigados desse núcleo, estão presentes os requisitos para decretação da custódia cautelar, previstos no artigo 312, *caput* e 313, inciso I, já com a redação dada pela Lei 12.403/11.

Com efeito, dentre os crimes analisados nestes autos, cabe frisar que os de peculato, furto qualificado e estelionato, possuem pena máxima superior a quatro anos.

Com evidências colhidas com o procedimento de interceptação, ficou suficientemente demonstrada a existência da materialidade de tais crimes, havendo, de outra parte, indícios contundentes de que os investigados os cometeram.

A par das provas colhidas com o monitoramento, há outras, como bem ressaltado pelas representantes ministeriais em sua manifestação, nos seguintes termos:

- planilhas apresentadas como anexo à representação policial, que individualizam os cartões desviados e desbloqueados pelas diferentes quadrilhas, bem como as linhas telefônicas utilizadas para o desbloqueio, e as transações realizadas com cada cartão, apontando de forma ainda parcial o prejuízo causado por alguns dos investigados;
- comprovantes de pagamento com cartões de crédito assinado por vários investigados, apreendidos nos autos do inquérito policial;
- imagens dos sistemas de vigilância dos diversos estabelecimentos em que os investigados realizaram compras com os cartões desviados dos Correios, registradas em mídias apreendidas nos autos do inquérito nº 0000797-52.2011.403.6181.

Observo, nesse aspecto, que a decretação das prisões é necessária como garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

De fato, pela análise das condutas feitas acima, percebe-se que todos os investigados vivem às custas das atividades criminosas, não possuindo fontes lícitas de renda.

Ao que tudo indica, são verdadeiros profissionais do crime, cabendo salientar que todos eles possuem uma extensa rede de contatos, cujos nomes e identificação completa ainda não foram descobertos, de modo que, se soltos, é bem provável que se valerão dessas fontes para continuar a delinquir, aumentando, por conseguinte, o prejuízo causado às entidades públicas, que, até a apresentação da última planilha, já somava R\$ 3.282.421,60 (três milhões, duzentos e oitenta e dois mil, quatrocentos e vinte e um reais e sessenta centavos).

Ainda nesse ponto, cabe frisar que, com a prisão do investigado Davi (empregado da EBCT), verificou-se que os demais integrantes passaram a procurar novas fontes para obtenção dos cartões verdadeiros e também clona-los.

Constatou-se, também, durante as investigações, que o *modus operandi* da organização criminosa está se alastrando para outros Centros de Tratamento de Correspondências dos Correios. De fato, no início do procedimento foram identificados apenas os Centros de Jaguaré e Saúde como fontes de desvio de cartões. Mais a frente, identificou-se o responsável pelo desvio de correspondências do Centro da Vila Carrão. Ao final da interceptação, foram identificados os responsáveis por desvios praticados em Guarulhos, bem como foi constatado que algum funcionário não identificado do Centro da Vila Leopoldina passou a fornecer cartas contendo cartões bancários à organização criminosa.

No que tange à aplicação da lei penal, é bem provável que, nas diligências de busca e apreensão a serem cumpridas, sejam apreendidos materiais com os quais os crimes são praticados (os próprios cartões inclusive), além de máquinas e computadores, apreensões estas que podem ficar prejudicadas se não foram os investigados presos, tal como requerido pela autoridade, mormente em se considerando que alguns integrantes do grupo possuem mais de um documento de identificação em seu nome.

Ademais, a quadrilha já demonstrou que irá usar de expedientes para interferir na colheita judicial da prova. De fato, foi interceptado diálogo entre Lúcio e a esposa de Davi, Vânia, no qual o primeiro indica que influenciou no desfecho do processo criminal a que o empregado da ECT responde, ao ter mandado alguém falar com uma das vítimas que acabou não comparecendo para depor (fl. 2151 da Interceptação Telefônica).

Da mesma forma que Lúcio, Heber tentou usar seus contatos dentro da polícia civil, para interferir na prisão de Davi e seus irmãos.

De fato, conforme a Informação Policial nº 58 (fls. 3578/3581), que degrava um diálogo entre Heber e André (possivelmente policial civil), o primeiro pede ao segundo interceder em favor de pelo menos dois dos indivíduos presos no dia anterior (ou seja, em 25/03/11, data da prisão de Davi e mais três pessoas).

Por todos esses motivos, decreto as prisões preventivas de (...) de Eduardo Fernando Ferreira de Almeida (...), com fulcro nos artigos 312, *caput*, e 313, inciso I, do Código de Processo Penal. (fls. 4113/4117)”

A decisão denegatória da liberdade provisória e revogação da prisão preventiva, proferida nos autos nº 0012234-90.2011.403.6181, restou vazada nos seguintes termos (fls. 42/43):

“Trata-se de pedido de revogação de prisão preventiva ou de liberdade provisória, com ou sem fiança, proposto pela defesa de EDUARDO FERNANDO FERREIRA DE ALMEIDA, requerendo, inicialmente sua transferência para as dependências da Polícia Federal, uma vez que está sob sua custódia.

Quanto à prisão preventiva, comenta a inadmissibilidade das provas obtidas por violação às garantias constitucionais, bem como suas exceções.

Sustenta, também, que não existem motivos que justifiquem a manutenção da segregação cautelar do requerente, uma vez que inexistem os pressupostos que ensejam a decretação da prisão preventiva deste.

Alega, ainda, que não será prejudicada a ordem pública e que o requerente não pretende perturbar ou dificultar o desenvolvimento do processo, nem a aplicação da lei penal.

O Ministério Público Federal, às fls. 18/20, opina pelo indeferimento do pedido.

É a síntese do necessário.

DECIDO.

A decretação da prisão preventiva do requerente foi decidida com fundamento nos artigos 312, *caput* e 313, inciso I, do Código de Processo Penal, por conveniência da instrução criminal e

para assegurar a aplicação da lei penal.

Outrossim, ficou suficientemente demonstrada à existência de robustos indícios de participação de EDUARDO nos fatos, bem como comprovada a materialidade do crime de furto qualificado, com pena máxima superior a quatro anos.

Há nos autos, também, indícios contundentes de que o requerente tem na atividade criminosa seu meio principal de subsistência, possuindo, a par disso, uma extensa rede de contatos, dentre eles investigados que se encontram foragidos, bem como outros ainda não identificados, por meio dos quais tem amplas condições de continuar a delinquir.

Tenho que, se posto em liberdade, nesse momento, colocaria em risco a ordem pública, sendo a manutenção da sua prisão preventiva necessária para a conservação daquela e para garantir a aplicação da lei penal.

(...)

Assim sendo, INDEFIRO o requerimento de revogação da prisão preventiva de EDUARDO FERNANDO FERREIRA DE ALMEIDA, bem como INDEFIRO o requerimento de sua transferência para a Custódia da Polícia Federal.

Intime-se o defensor constituído.

Dê-se ciência ao MPF.”

O pedido de revogação da prisão preventiva foi novamente indeferido, nos autos da ação penal originária, pelos seguintes fundamentos (fls. 147/148):

“Fls. 3058/3060: Trata-se de reiterações de pedidos de revogação das prisões preventivas decretadas contra DAVI FRANCISCO DE SOUZA, ANTÔNIO LÚCIO DE SOUZA, INÊS BARION FERRAZ RIBEIRO, HEBER FERREIRA DOS SANTOS, MÔNICA AMÁLIA DOS SANTOS, EDUARDO FERNANDO FERREIRA DE ALMEIDA e ANELISE FÁTIMA DA ROCHA TORRES.

Entendem os defensores dos denunciados que os argumentos para decretação da prisão não se confirmaram após a oitiva das testemunhas e interrogatórios dos réus.

Alegaram também, que os denunciados não se furtarão ao compromisso de comparecimento a todos os atos processuais.

Instado, o órgão ministerial, às fls. 3062/3066, opina pela manutenção da prisão preventiva dos acusados DAVI, LÚCIO, HEBER e EDUARDO, sob o argumento de que eram eles os responsáveis pelo desvio e negociação dos cartões, que possuem extensa rede de contatos mantida para a prática de crimes contra a Administração Pública e contra o patrimônio de particulares e instituições financeiras, públicas e privadas.

Portanto, se postos em liberdade, colocariam em risco a ordem pública.

Quanto às denunciadas INÊS, MÔNICA e ANELISE, opina pela revogação da prisão preventiva das mesmas, pois entende que, dada a natureza da sua participação na organização criminosa, não colocam em risco a ordem pública.

É a síntese do necessário. DECIDO.

A decretação da prisão preventiva dos requerentes foi decidida com fundamento nos artigos 312, caput e 313, inciso I, do Código de Processo Penal, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Quanto aos denunciados DAVI, LÚCIO, HEBER e EDUARDO, com o fim da instrução processual, ficou suficientemente demonstrada a importância de sua participação na organização criminosa.

Há nos autos, também, demonstração contundente de que LÚCIO, HEBER e EDUARDO têm na atividade criminosa seu meio principal de subsistência.

A par disso, DAVI, LÚCIO, HEBER e EDUARDO, como anteriormente salientado, possuem extensa rede de contatos, dentre eles investigados que se encontram foragidos, bem como outros ainda não identificados, por meio dos quais tem amplas condições de continuar a delinquir. Assim, tenho que, se postos em liberdade, ainda colocariam em risco a ordem pública, sendo a manutenção da sua prisão preventiva necessária para a conservação daquela e para garantir a aplicação da lei penal.

Quanto às denunciadas INÊS, MÔNICA e ANELISE, razão também assiste ao órgão ministerial, na medida em que, tendo sido comprovada a natureza de sua participação na organização, dificilmente poderão continuar nesta atividade criminosa.

Assim sendo, INDEFIRO o requerimento de revogação da prisão preventiva de DAVI FRANCISCO DE SOUZA, ANTÔNIO LÚCIO DE SOUZA, HEBER FERREIRA DOS SANTOS e EDUARDO FERNANDO FERREIRA DE ALMEIDA.

DEFIRO, todavia, o requerimento de revogação da prisão preventiva de INÊS BARION FERRAZ RIBEIRO, MÔNICA AMÁLIA DOS SANTOS e ANELISE FÁTIMA DA ROCHA TORRES e DETERMINO a expedição dos alvarás de soltura clausulados.”

O preenchimento dos requisitos da prova da materialidade e da autoria delitiva imputadas ao paciente pode ser extraído das narrativas das decisões supra, onde se indica forte envolvimento do paciente com os demais denunciados nas condutas criminosas descritas na denúncia, já recebida (fl. 68).

Com efeito, verifica-se das conversas transcritas na decisão de decretação da prisão preventiva e da denúncia de fls. 76/118, que o paciente comprava e vendia cartões subtraídos da ECT, bem como realizava o desbloqueio dos cartões com os quais pagava boletos e efetuava saques e transações bancárias. Além disso, o paciente também realizava fraudes bancárias por meio de cartões clonados e uso de cheques falsificados.

Portanto, há fortes indícios de autoria e materialidade delitivas.

Quanto à necessidade da custódia para garantia da ordem pública, a motivação acostada na decisão do Juízo a quo revela-se suficiente para a segregação cautelar, considerando-se a imputação de que o paciente é integrante de quadrilha, descoberta em pleno funcionamento, sendo necessária a custódia para fazer cessar a atuação criminosa e o desmantelamento do grupo.

Acrescente-se que a alegação de que o paciente possui ocupação lícita é despida de qualquer documentação nos autos, limitando-se o impetrante a juntar “proposta de trabalho”, inexistindo documento relativo à época dos fatos.

Ademais, a impetração veio desprovida dos antecedentes do paciente, a comprovar a sua primariedade.

O *habeas corpus* exige prova cabal das alegações, exigência da qual o impetrante não se desincumbiu.

Ainda que assim não fosse, as condições pessoais favoráveis ao paciente - residência fixa, ocupação lícita e bons antecedentes - não afastam, por si só, a possibilidade da prisão, quando demonstrada a presença de seus requisitos (STF, HC 86605-SP, DJ 10/03/2006, pg. 54; STJ, HC 55641-TO, DJ 14/08/2006, pg. 308).

Por fim, a medida segregatória ora impugnada não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, pois referido princípio é de natureza *juris tantum* e não colide com o espírito das prisões provisórias.

Por derradeiro, anoto que a soltura das co-denunciadas Inês Barion Ferraz Ribeiro, Mônica Amália dos Santos e Anelise Fátima da Rocha Torres, em virtude da revogação de suas prisões preventivas pela autoridade impetrada nos autos nº 0012921-67.2011.403.6181, não influencia a situação processual do paciente, pois a atuação criminosa imputada a este é diversa das imputadas às corrés libertadas, a afastar a aplicação do artigo 580 do Código de Processo Penal.

Quanto à alegação de nulidade da interceptação telefônica, inexistente nos autos qualquer documento demonstrativo da alegação. Levando-se em conta que o habeas corpus constitui remédio constitucional de rito célere em que as argumentações devem vir demonstradas de plano, com prova pré-constituída, não há como se apreciar a questão.

Referida alegação vem alicerçada na tese de que a acusação está fundada em “pretensas escutas telefônicas maculadas por sucessivas prorrogações”, porém, não juntou o impetrante qualquer documento que corrobore a idéia ora exposta.

Quanto à alegação de ausência de fundamentação da decisão que indeferiu o pedido de transferência do paciente do CPD de Pinheiros para a carceragem da Polícia Federal, a ferir o princípio da igualdade, incorre nos autos.

A decisão que indeferiu o pedido de transferência do paciente para a Custódia da Polícia Federal foi devidamente fundamentada na inadequação do paciente às situações de presos que devem permanecer na carceragem da PF. Confira-se (fls. 42/43):

“Quanto ao requerimento de transferência de EDUARDO para a Custódia da Polícia Federal, cumpre lembrar que os presos apenas aguardam em suas dependências remoção para estabelecimento prisional, conforme estabelecido no Provimento nº 64/2005, da Corregedoria Regional da Justiça Federal:

‘Art. 298. Recebido o aprisionado na Custódia da Polícia Federal, deverá ser imediatamente providenciada a solicitação de vaga para remoção do preso para estabelecimento carcerário da Secretaria de Segurança Pública ou da Administração Penitenciária do Estado.

Parágrafo único. Na Seção Judiciária do Estado de São Paulo, a transferência para estabelecimento estadual se fará na conformidade dos termos do Convênio MJ nº 005/96.’

Outrossim, no mesmo estatuto procedimental, temos quem são as pessoas que deverão permanecer nas dependências da Custódia da Polícia Federal:

‘Art. 299. Permanecerão na Custódia da Polícia Federal:

I - os que ali se encontram por determinação do Supremo Tribunal Federal, sobretudo os estrangeiros;

II - aprisionados que sejam servidores públicos federais, até o término da instrução ou o trânsito em julgado da sentença, definido o prazo pelo Juiz Corregedor da Custódia;

III - policiais federais, salvo determinação em contrário do Juiz Corregedor da Custódia, a fim de evitar interferência nas investigações, garantir proteção pessoal ou outro motivo relevante que recomende a transferência;

IV - presos provisórios recolhidos por decisão do Órgão Especial do TRF da 3ª Região ou de Relator, em ação penal originária em trâmite no TRF;

V - estrangeiro aprisionado ou em liberdade vigiada antes da efetivação da expulsão.’

Verifico, não ser este o caso do requerente.

Assim sendo, INDEFIRO o requerimento de revogação da prisão preventiva de EDUARDO FERNANDO FERREIRA DE ALMEIDA, bem como INDEFIRO o requerimento de sua transferência para a Custódia da Polícia Federal.”

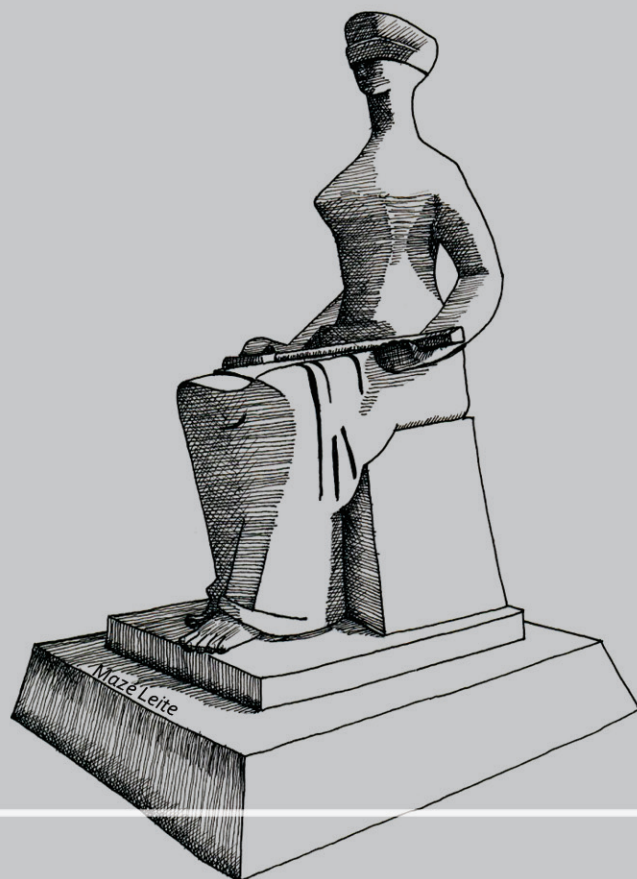
Ademais, não há que se falar em afronta ao princípio da igualdade, pois o aprisionamento na carceragem da Polícia Federal é a exceção, considerando-se ainda o número reduzido de vagas.

Por estas razões, *denego a ordem*.

É como voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

Direito Previdenciário



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL (AMS)

0007390-38.2001.4.03.6120

(2001.61.20.007390-9)

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 72/73

Apelante: SERGIO APARECIDO MEDEIROS

Apelada: UNIÃO FEDERAL

Entidade: DELEGADO REGIONAL DO TRABALHO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD

Classe do Processo: AMS 232615

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/05/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. ARTIGO 557 DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. SENTENÇA ANULADA.

I - Em face do princípio da celeridade processual, perfeitamente possível a apreciação do recurso nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, o que não impede a submissão do feito ao órgão Colegiado ou seu acesso aos Tribunais Superiores.

II - O direito líquido e certo é aquele que decorre de fato certo, provado de plano por documento inequívoco, apoiando-se em fatos incontroversos e não complexos, ou seja, que não demandam dilação probatória.

II - Verifica-se que o impetrante pretende com o presente *mandamus* o reconhecimento do direito de obter o benefício de seguro-desemprego, constitucionalmente garantido (artigo 7º, II, CF/88).

III - O reconhecimento do direito líquido e certo do impetrante supostamente violado pelo Instituto poderá ser constatado de plano, nesta via mandamental, pelas provas pré-constituídas que já fazem parte do requerimento administrativo que resultou no indeferimento do benefício.

IV - Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 21 de maio de 2012.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator): Trata-se de agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pela União Federal em

face da decisão de fl. 72/73 que deu provimento à apelação para anular a r. sentença recorrida e determinar o retorno dos autos ao Juízo “a quo” para regular instrução.

Alega a agravante, em síntese, que a decisão que reformou a sentença de primeira grau não poderia ter sido proferida nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, por inviabilizar o acesso às instâncias superiores, bem como por não ter apresentado fundamentação nas hipóteses permissivas do desse dispositivo. Aduz, ainda, que o impetrante não comprovou qualquer ato ilegal ou abusivo que ensejasse a impetração do presente *mandamus*.

Dispensada a revisão na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator): Inicialmente, entendendo que em face do princípio da celeridade processual, é possível o julgamento do recurso de apelação interposto em ação de mandado de segurança nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, o que não afasta sua apreciação pelo Órgão Colegiado ou o acesso aos Tribunais Superiores, uma vez que em seu parágrafo primeiro está prevista a possibilidade de interposição de agravo dessa decisão.

Nesse sentido, colaciono:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. COOPERATIVAS. CONSELHEIROS FISCAIS E DE ADMINISTRAÇÃO. ARTIGO 22, III, DA LEI Nº 8.212/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.876/99. INCIDÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA. ARTIGO 557. POSSIBILIDADE.

1. A regra do artigo 557 do Código de Processo Civil tem por objeto desobstruir as pautas dos tribunais para que sejam encaminhadas à sessão de julgamento somente as ações e os recursos que realmente reclamem a apreciação pelo órgão colegiado, primando-se pelos princípios da economia e da celeridade processual.
2. A decisão agravada se amparou na jurisprudência deste Tribunal Regional Federal da Terceira Região, representada pelo acórdão proferido no AMS - 303833 (Relator Des. Fed. Henrique Herkenhoff - Segunda Turma - DJF3 Data: 21/08/2008), bem como em julgados dos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 4ª Regiões, respectivamente, AMS - 199901000852286/TO (Relator Des. Fed. Hilton Queiroz, Quarta Turma, DJ de 13/06/2003) e AC 200571040084476 (Relator Des. Fed. Vilson Darós - Primeira Turma - D. E. 18/09/2007), não subsistindo os fundamentos de reforma da agravante nesse sentido.
3. O artigo 12, inciso V, alínea f, da Lei nº 8.212/91, arrola como contribuintes individuais, dentre outros, o diretor não empregado e o membro de conselho de administração de sociedade anônima, e o associado eleito para cargo de direção em cooperativa, associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, disposição repetida no artigo 9º, inciso V, alíneas f e i, do Decreto nº 3.048/99, que regulamentou tal lei.
4. Os valores pagos a título de cédula de presença aos conselheiros de administração e fiscais, nada mais são que forma de retribuição pelo trabalho prestado à Cooperativa, atribuindo-lhe, assim, natureza salarial a ensejar a incidência de contribuição previdenciária.
5. Agravo regimental conhecido como legal e improvido.”

(TRF 3ª Região; 1ª Região; AMS - 281674; Relatora Desembargadora Federal Vesna Kolmar; DJF3 14/01/2011)

“AGRAVO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC NÃO AFASTA ACESSO À DECISÃO COLEGIADA E AOS TRIBUNAIS SUPERIORES. SERVIDOR. INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO ESPECIAL COMO VPNI - VANTAGEM PESSOAL NOMINALMENTE IDENTIFICÁVEL (DECRETO-LEI Nº 2.100/83). PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO LEGAL NÃO PROVIDO.

1. A aplicação do art. 557 do CPC não afasta o acesso à decisão colegiada, tampouco aos Tribunais Superiores, uma vez que o seu parágrafo primeiro prevê a possibilidade do agravo legal, o qual remete a causa à decisão colegiada para, se o caso, rever o ato do Relator.

2. Foi perfeitamente aplicável o art. 557 do Código de Processo Civil, prestigiando o princípio da celeridade processual e da economia processual, norteadores do direito processual moderno.

3. Não merece reparos a decisão recorrida, posto que em consonância com a legislação e jurisprudência cabível à espécie.

4. A gratificação em tela, denominada de ‘Gratificação Especial’, a qual consiste em um salário-base a cada ano de serviço, foi instituída pela Resolução Normativa nº 05/75. Sua concessão foi suspensa com a edição do Decreto-lei nº 2.100/83, tendo ela, contudo, sido assegurada aos servidores já pertencentes ao quadro da Administração Pública Federal, na forma de vantagem pessoal nominalmente identificável.

5. Malgrado a jurisprudência das Cortes Superiores tenha se firmado no sentido da inexistência de direito adquirido a regime jurídico de composição dos vencimentos, a suspensão de parcelas componentes da remuneração dos servidores públicos configura ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.

6. A mera transposição de regime trabalhista ao estatutário não tem o condão de extinguir vantagens já incorporadas ao patrimônio jurídico dos apelados.

7. Agravo legal não provido, mantendo-se a decisão monocrática.”

(TRF 3ª Região; 1ª Turma; AMS - 168251; Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini; DJF3 15/07/2009)

Objetiva o impetrante a declaração de seu direito à percepção do benefício de seguro-desemprego, por entender que sua dispensa se deu sem justa causa.

Tendo a empresa fornecido toda a documentação necessária para o requerimento de seguro-desemprego (TRCT - Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho e CD - Comunicação de Dispensa), o impetrante diligenciou no sentido de obter a concessão de aludido benefício, quando teve indeferido seu pedido, sob o argumento de que o Código de Dispensa constante em seus documentos estava errado ou inválido.

O remédio constitucional do Mandado de Segurança tem por finalidade assegurar a proteção a direito líquido e certo de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, nos termos do inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição da República. O direito líquido e certo é aquele que decorre de fato certo, provado de plano por documento inequívoco, apoiando-se em fatos incontroversos e não complexos que possam reclamar a dilação probatória para a sua verificação.

Penso ser este o caso dos autos, tendo em vista que o impetrante busca o reconhecimento de direito líquido e certo, qual seja, a concessão do benefício de seguro-desemprego, por

entender que sua demissão foi efetuada sem justa causa.

Observo que os documentos colacionados aos autos são suficientes a demonstrar o direito líquido e certo supostamente violado, direito este que poderá ser constatado de plano, nesta via mandamental, pelas provas pré-constituídas que já fazem parte do pedido administrativo que resultou no indeferimento do benefício, consoante fl. 19.

Ademais, considerando que a pretensão do autor não está amparada por *habeas corpus* ou *habeas data*, o caminho a ser percorrido para assegurar o seu direito há de ser o eleito, a teor do artigo 5º, LXIX, da Constituição da República.

Nesse sentido, transcrevo:

“MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. DIREITO EXERCIDO POR TERCEIRO.

- Cabível mandado de segurança para levantamento de parcelas relativas ao seguro-desemprego, benefício previsto na Lei 7998/90. Inteligência do art. 1º da Lei nº 1.533/51 e do art. 5º, LXIX, da CF/88.

- Cabe à CEF o pagamento das despesas relativas ao Programa do Seguro-Desemprego, na forma como colocada no art. 15 da Lei nº 7.998/90, daí porque sua legitimidade passiva.

- O seguro desemprego pode ser requerido por mandatário com poderes para este fim, não havendo, por isso, violação do caráter de pessoalidade do benefício.”

(TRF 4ª Região; AMS 200470030027404/PR; Relator Des. Fed. Antonio Lippmann Junior; DJ de 08.06.2005, pág. 1521)

Diante do exposto, *nego provimento ao agravo da União Federal.*

É como voto.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD – Relator

EMBARGOS INFRINGENTES

0018062-40.2003.4.03.9999

(2003.03.99.018062-0)

Embargado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargante: JOÃO COSME DE OLIVEIRA (= ou > de 65 anos)
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE CUBATÃO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: EI 879609
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/05/2012

EMENTA

EMBARGOS INFRINGENTES. PREVIDENCIÁRIO. LIMITES DA DIVERGÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA EM RELAÇÃO AO FALECIDO FILHO. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCEDOR.

I - A controvérsia recai sobre a comprovação da dependência econômica do autor, em relação ao filho, falecido em 15.06.1991, para recebimento do benefício de pensão por morte, que vinha sendo pago à esposa do demandante, falecida em 18.06.2001.

II - Esposa do autor recebeu a pensão por morte do filho e o benefício extinguiu-se com o óbito da pensionista, não gerando direito à nova pensão (art. 50, I, do Decreto nº 89.312/84).

III - Autor estava aposentado por invalidez, na época do falecimento do filho, e os proventos da aposentadoria destinam-se à sua subsistência. Demanda ajuizada mais de 10 (dez) anos depois do óbito reforça a ausência da dependência econômica.

IV - Embargos infringentes improvidos.

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, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de abril de 2012.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): Trata-se de embargos infringentes, interpostos por João Cosme de Oliveira, em face de acórdão proferido pela E. Sétima Turma desta Corte, que, por maioria, deu provimento à apelação do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, para reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido de concessão de pensão por morte, formulado pelo autor, restando prejudicado o recurso adesivo do demandante.

O acórdão embargado recebeu a seguinte ementa (fls. 96):

“PREVIDENCIÁRIO - PENSÃO POR MORTE - DEPENDÊNCIA DE FILHO NÃO COMPROVADA - EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO, ANTERIORMENTE PAGO À ESPOSA - ARTIGO 77 DA LEI 8.213/91 - AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

- Cuida-se de ação de conhecimento condenatória proposta por aposentado em face do INSS, visando ao recebimento do benefício de pensão por morte, em decorrência do óbito do filho, que vinha sendo pago à sua esposa até o óbito desta, nos termos do artigo 74 e seguintes da Lei nº 8.213/91.

- Os depoimentos das testemunhas, superficiais e contraditórios, não comprovam a dependência econômica do autor em relação ao falecido filho.

- Extinto o benefício de pensão por morte, pago à esposa, decorrente do falecimento do mesmo filho, na forma do artigo 77 da Lei nº 8.213/91, não pode a pensão ser reativada para ser estendida ao autor.

- Apelo do INSS provido.

- Ação julgada parcialmente procedente.

- Recurso adesivo do autor prejudicado.”

O autor interpõe os presentes Embargos Infringentes, nos quais pretende a prevalência do voto vencido, para concessão do benefício de pensão por morte, por entender comprovada a dependência econômica em relação ao falecido filho.

Os embargos infringentes foram interpostos em 03.04.2007 (fls. 99/102).

Decorrido *in albis* o prazo para contrarrazões (fls. 107), o recurso foi admitido (fls. 108) e os autos foram redistribuídos à minha Relatoria, nos termos do artigo 260, § 2º, do Regimento Interno desta C. Corte (fls. 109).

É o relatório.

À revisão.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): A controvérsia nos presentes autos recai, unicamente, sobre a comprovação da dependência econômica do autor, em relação ao filho, falecido em 15.06.1991, para recebimento do benefício de pensão por morte, que vinha sendo pago à esposa do demandante, falecida em 18.06.2001. Assim, estando a extensão dos embargos adstrita aos limites da divergência, é esta a questão a merecer exame.

O voto condutor (fls. 94/95), proferido pelo MM. Juiz Federal Convocado Rodrigo Zacharias, acompanhado pela e. Des. Federal Leide Polo, assentou a extinção do benefício de pensão por morte, com o óbito da beneficiária, esposa do autor, não se justificando o restabelecimento em prol do demandante, nos termos do art. 77 da Lei nº 8.213/91. Entendeu não ter sido comprovada a dependência econômica do autor em relação ao filho, eis que alegada apenas depois do óbito da cônjuge, sendo certo que o demandante percebe aposentadoria, há muitos anos.

Em contrapartida, o voto vencido, da lavra do i. Des. Federal Walter do Amaral, deu parcial provimento ao apelo do INSS e ao recurso adesivo da autora, apenas para alterar consectários,

mantendo, no mais, a r. sentença que condenara o réu ao pagamento de pensão por morte ao autor, desde a cessação do benefício que vinha sendo pago à esposa (junho/2001). Assentou a comprovação da dependência econômica, porque o demandante, sua cónyuge e o filho constituíam um único grupo familiar, restando claro o auxílio financeiro prestado pelo falecido, bem como a redução da renda familiar com a cessação do benefício da esposa (fls. 88/92).

Aprecio a questão devolvida ao reexame da 3ª Seção, adotando o resultado conferido ao caso pelo voto vencedor, de acordo com as razões a seguir assinaladas:

A questão em debate consiste na comprovação da dependência econômica do autor, em relação ao filho, falecido em 15.06.1991, para recebimento do benefício de pensão por morte, que vinha sendo pago à esposa do demandante, falecida em 18.06.2001.

O benefício de pensão por morte do trabalhador urbano, na legislação anterior à Lei nº 8.213/91, encontrava-se disciplinado, em linhas gerais, pelos arts. 67 a 72 do Decreto nº 83.080/79 (Regulamento dos Benefícios da Previdência Social) e pelos arts. 47 a 53 do Decreto nº 89.312/84 (Consolidação das Leis de Previdência Social) e era devido ao conjunto de dependentes do segurado que viesse a falecer ou tivesse morte presumida declarada.

Os dependentes do segurado estavam relacionados nos incisos I a IV do artigo 12 do Regulamento de Benefícios e nos incisos I a IV do art. 10 da Consolidação, a saber: a esposa; o marido inválido; a companheira mantida há mais de 05 (cinco) anos; o filho de qualquer condição menor de 18 (dezoito) anos ou inválido; a filha solteira de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválida; a pessoa designada, que, se do sexo masculino, só poderia ser menor de 18 (dezoito) ou maior de 60 (sessenta) anos, ou inválida; o pai inválido; a mãe; o irmão de qualquer condição menor de 18 (dezoito) anos ou inválido, e a irmã solteira de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválida.

Os Decretos nºs 83.080/79 e 89.312/84 equiparavam aos filhos, mediante declaração escrita do segurado, o enteado e o menor que se achasse sob sua tutela ou que, por determinação judicial, se encontrasse sob sua guarda. Os referidos diplomas legais consideravam como companheira a pessoa designada pelo segurado e que, à época da sua morte, estava sob sua dependência econômica, ressaltando que a existência de filho havido em comum supria as condições de prazo e designação.

O artigo 12 da Consolidação das Leis de Previdência Social, por fim, frisava que a dependência econômica da esposa, do marido inválido, da companheira, dos filhos e dos equiparados a estes últimos é presumida e que, a das demais pessoas, deve ser comprovada.

O seu termo inicial, nos termos dos arts. 67 e 72, I do Decreto nº 83.080/79, era fixado na data do óbito ou da declaração judicial, no caso de morte presumida.

Dentre as regras subsequentes da legislação revogada, merece destaque aquela relativa ao valor do benefício, que, nos termos do art. 41, VI do Decreto nº 83.080/79 e do art. 48 do Decreto nº 89.312/84, era composto de uma parcela familiar correspondente a 50% (cinquenta por cento) da importância que o segurado percebia a título de aposentadoria ou da que seria devida se estivesse aposentado na data do seu falecimento, acrescido de tantas parcelas de 10% (dez por cento) da mesma base de cálculo quantos fossem os seus dependentes, até o máximo de 05 (cinco).

Por fim, a Consolidação das Leis de Previdência Social, no seu art. 47, e o Regulamento de Benefícios, no seu art. 67, condicionavam a concessão de pensão por morte ao cumprimento da carência de 12 (doze) contribuições mensais, dispensada esta nos casos em que o segurado,

após filiar-se à previdência social urbana, fosse acometido de tuberculose ativa, lepra, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave ou estado avançado da doença de Paget (arts. 18, § 2º, “a” do Decreto 89.312/84 e 33, II do Decreto nº 83.080/79).

Na hipótese dos autos, a inicial é instruída com documentos, dos quais destaco: certidão de casamento do autor, em 26.01.1976 (fls. 07); certidão de óbito do filho, solteiro, com 21 (vinte e um) anos de idade, em 15.06.1991 (fls. 08); certidão de óbito da esposa do demandante, em 18.06.2001 (fls. 09); receituário médico do autor, em data ilegível (fls. 14); e extrato de saque de benefício previdenciário, em nome do demandante, em 06.2001 (fls. 15).

O INSS acostou, com a contestação, extratos do sistema Dataprev, indicando o benefício de pensão por morte, recebido pela esposa do autor, de 15.06.1991 a 01.09.2001 (suspense pelo sistema de óbitos), e o benefício de aposentadoria por invalidez previdenciária, percebido pelo demandante, desde 01.07.1983 (fls. 28/36).

As testemunhas, ouvidas a fls. 45/49, prestam depoimentos imprecisos e contraditórios quanto à dependência econômica do autor em relação ao falecido filho.

Neste caso, a esposa do demandante recebeu a pensão por morte do filho e o benefício extinguiu-se com o óbito da pensionista, não gerando direito à nova pensão, nos termos do art. 50, I, do Decreto nº 89.312/84.

Nesse sentido, destaco:

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. *DE CUJUS* PENSIONISTA. EXTINÇÃO DO BENEFÍCIO.

I - A pensão por morte é benefício que se extingue com a morte do pensionista, sem gerar para os seus dependentes qualquer benefício substitutivo, pelo quê a Autora não faz jus à pensão por morte. Aplicação do art. 77, § 2º, inciso I, da Lei nº 8.213/91.

II - Apelação provida.”

(TRF - 3ª Região - AC - Apelação Cível - 947564 - Processo: 200403990217428 - UF: SP - Órgão Julgador: Oitava Turma - Data da decisão: 27/09/2004 - DJU data: 22/10/2004, pág.: 555 - Des. Fed. Regina Costa)

Mesmo que assim não fosse, a prova da dependência econômica do autor, em relação ao *de cujus*, é frágil. O demandante já estava aposentado por invalidez, por ocasião do falecimento do filho, sendo que os proventos da aposentadoria se destinam à sua subsistência.

Além do que, o óbito ocorreu em 15.06.1991 e a demanda foi ajuizada somente em 04.12.2001, ou seja, decorridos mais de 10 (dez) anos, o que reforça a ausência de dependência econômica.

Logo, não comprovado o preenchimento dos requisitos legais para concessão de pensão por morte, o direito que persegue o autor não merece ser reconhecido.

Ante o exposto, nego provimento aos embargos infringentes, mantendo o voto vencedor.

É o voto.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

VOTO VENCIDO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA:

A Senhora relatora apresenta voto no sentido de negar provimento aos embargos infringentes, mantendo o voto condutor que reformou a r. sentença de primeiro grau e julgou improcedente o pedido de concessão de pensão por morte, formulado pelo embargante, restando prejudicado o seu recurso adesivo, ao fundamento de que “a esposa do demandante recebeu a pensão por morte do filho e o benefício extinguiu-se com o óbito da pensionista, não gerando direito à nova pensão, nos termos do art. 50, I, do Decreto nº 89.312/84”. Acrescenta, ainda, que “Mesmo que assim não fosse, a prova da dependência econômica do autor, em relação ao de cujus, é frágil. O demandante já estava aposentado por invalidez, por ocasião do falecimento do filho, sendo que os proventos da aposentadoria se destinam à sua subsistência”.

Pedindo vênias à ilustre relatora eu devo apresentar divergência.

É certo que, nos termos da Lei nº 8.213/91, aplicável à época do fato gerador (15.06.1991), *ex vi* do seu art. 145, cujo expressamente determinou a vigência retroativa da novel legislação desde 05 de abril de 1991, a parte individual da pensão por morte se extingue com a morte do pensionista (art. 77, § 2º, I). Não obstante, nos termos do art. 74 da mesma norma previdenciária, esse benefício é devido “ao conjunto dos dependentes do segurado” e a sua concessão não é protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente (art. 76).

In casu, o óbito do segurado ocorreu em 15.06.1991, época em que, segundo a inicial, corroborada pela prova oral de fls. 45/49, a extinta pensionista era casada com o embargante e ambos ocupavam o mesmo núcleo familiar formado pelo falecido filho.

A concessão do benefício à esposa (fl. 32) importa no reconhecimento jurídico da qualidade de segurado do *de cujus* e da dependência econômica daquela em relação ao mesmo. À época, o demandante já se encontrava inválido, recebendo, em razão dessa incapacidade, o benefício de renda mínima que se comprova à fl. 30. O filho, por sua vez, o qual trabalhava como bancário, sustentava a casa e pagava as despesas com remédios. É o que afirma, categoricamente, a testemunha ouvida às fls. 45/46.

Se estivéssemos a tratar de benefício assistencial, poderíamos, em tese, cogitar da ausência de condições da mulher prover o seu sustento pelo simples fato do casal de genitores compartilharem da renda mínima proveniente do benefício previdenciário de um deles ou mesmo aplicar a regra da inacumulatividade de benefícios ao embargante. Aqui, no entanto, não se confundem a situação de miserabilidade com a de dependência econômica.

Conforme destaca Sua Excelência, a eminente Relatora, a demanda foi ajuizada somente em 04.12.2001, ou seja, decorridos mais de 10 (dez) anos da morte do filho. Penso que, com as vênias devidas, tal fato não reforça a ausência de dependência econômica, mas a comprova, pois o casal foi mantido por dez anos com a renda que acabou reduzida, drasticamente, após o óbito da mulher.

Note-se que os extratos de fls. 35/36 demonstram que a pensão por morte importava em uma renda de R\$ 267,01, a qual se somava ao valor da aposentadoria por invalidez, de R\$ 180,68. É inconcebível cogitar-se que a diferença entre um e o outro rendimento socorresse tão somente as necessidades da mulher e que, em razão disso, ela ostentasse melhor condição de sobrevivência.

Compartilho, dessa forma, com o posicionamento assentado no voto vencido, no sentido da comprovação da dependência econômica, porque o demandante, sua esposa e o filho constituíam um único grupo familiar, restando claro o auxílio financeiro prestado pelo falecido, bem como a redução da renda familiar com a cessação do benefício da esposa (fls. 88/92).

Ante o exposto, pedindo vênia a eminente relatora, pelo meu voto, *dou provimento aos embargos infringentes*.

É como voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0006415-14.2004.4.03.9999

(2004.03.99.006415-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 121/124

Apelantes: CELSO BOVOLENTA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA GISELLE FRANÇA

Classe do Processo: AC 918590

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/05/2012

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ATIVIDADE ESPECIAL. OPERADOR DE MOTO SCRAPER. VEÍCULO SEMELHANTE AO TRATOR. DECRETOS 53.831/64 E 83.080/79. ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. AGRAVO DESPROVIDO.

1 - A jurisprudência pacificou-se no sentido de que pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, advento do Lei 9.528/97, sem apresentação de laudo técnico, com base nas atividades previstas nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, cujo rol é meramente exemplificativo.

2 - Mantidos os termos da decisão agravada que determinou a conversão de atividade especial em comum, referente ao período laborado na função de operador de moto scraper, em empresa de construção, atividade considerada penosa, por conduzir máquina pesada, análoga à motorista, prevista no código 2.4.4 do Decreto 53.831/64 e código 2.2.2 do Decreto 83.080/79.

3 - Não há como não verificar a semelhança entre um trator e uma máquina scraper, porquanto realmente é um tipo de trator articulado contendo na sua parte posterior ou caçamba uma espécie de lamina, servindo principalmente para desgaste de terrenos ou elevações.

4 - Conforme Circular nº 08, de janeiro de 1983 do antigo INPS, a própria autarquia previdenciária equiparou a atividade de tratorista com a de motorista, em face do pronunciamento no Proc. 113.064/80 do Ministério do Trabalho.

5 - Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TURMA DO PROJETO MUTIRÃO JUDICIÁRIO EM DIA do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 23 de maio de 2012.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA (Relatora): Trata-se de agravo legal, interposto em face da decisão que deu parcial provimento à apelação da parte autora, para fixar a verba honorária em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença.

Sustenta a agravante, em suma, que no período 1977 a 1980 não restou devidamente comprovada a exposição do autor de modo habitual e permanente a agente agressivo ou nocivo à saúde.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA (Relatora): A decisão agravada (fls.121/124) foi proferida nos seguintes termos:

“Trata-se de remessa oficial e de apelações da sentença pela qual foi julgada procedente ação previdenciária para reconhecer a natureza especial do trabalho desempenhado pela parte autora, condenando o INSS a proceder à concessão da aposentadoria por tempo de serviço integral à parte autora ‘a partir da data concessão da aposentadoria por invalidez, a saber, 06 de agosto de 1996, acrescendo-se as prestações vencidas, mês a mês, de correção monetária pelos índices oficiais e de juros de mora de 6% a.a., contados da citação, descontando-se os valores já recebidos’ (fl. 90). Condenou o Instituto ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação e dos honorários periciais.

A parte autora apelou, pleiteando a majoração da verba honorária.

Em suas razões de inconformismo, o réu pugna pela reforma da r. sentença, alegando que não restou comprovada a insalubridade da atividade exercida pela parte autora, bem como a mesma ‘não conta com o mínimo de 25 anos de exercício de atividade especial, contrariando, frontalmente, o disposto na Lei nº 9032/95, que exige para a conversão do tempo de serviço especial em comum o exercício de no mínimo 25 anos de atividade’ (fl. 103).

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta egrégia Corte Regional.

Após o breve relatório, passo a decidir.

Busca a parte autora, nascida em 5/9/1945 (fl. 17), o reconhecimento do exercício de atividade sob condições especiais e a conversão do respectivo tempo de serviço, para que seja recalculado o valor do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, ‘recebendo a sua aposentadoria integralmente no valor de 100%, a partir da data do benefício concedido proporcionalmente, ou seja, a partir de 06 de agosto de 1996’ (fl. 4).

No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelo Decreto nº 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de serviço para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, como a seguir se verifica.

O art. 58 da Lei nº 8.213/91 dispunha, em sua redação original:

‘Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica.’

Com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96 o dispositivo legal supra transcrito passou a ter a redação abaixo transcrita, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º:

‘Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

(...)

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13 de 23.10.97 - republicado na MP nº 1.596-14, de 10.11.97 e convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação somente foi definida com a edição do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV).

Ocorre que, em se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

‘PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.

(...)

- A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.

- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.

- Precedentes desta Corte.

- Recurso conhecido, mas desprovido.’

(STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezzini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Pode, então, em tese, ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40, DSS-8030 ou CTPS, exceto para o agente nocivo ruído por depender de aferição técnica.

Ressalto que os Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79 vigoram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

No que tange ao agente nocivo ruído, o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, que revogou os dois outros decretos anteriormente citados, passou a considerar o nível de ruído superior a 90 decibéis como prejudicial à saúde.

Ademais, até ser editado o Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, considerava-se a exposição a ruído superior a 80 dB como agente nocivo à saúde.

Todavia, com o Decreto nº 4.882, de 18.11.2003, houve nova redução do nível máximo de ruído tolerável, uma vez que por tal decreto esse nível voltou a ser de 85 dB (art. 2º do Decreto nº 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99).

Assim, devem ser tidos por especiais os períodos de 29/1/77 a 13/7/80 (fl. 26), em que o autor trabalhou na empresa 'Firpavi - Construtora e Pavimentadora S/A', bem como de 11/8/93 a 31/9/93 (fl. 28) e 1º/10/93 a 21/3/94 (fl. 29), períodos em que o demandante laborou na empresa 'Duraflora S/A', tendo em vista que, no exercício de suas atividades, o mesmo encontrava-se exposto, de modo habitual e permanente, a agentes agressivos à saúde, conforme se verifica nos formulários SB-40 e no laudo pericial, acostados a fl. 26, 28, 29 e 49/54.

Destaco que o uso de equipamento de proteção individual não descaracteriza a natureza especial da atividade a ser considerada, uma vez que tal tipo de equipamento não elimina os agentes nocivos à saúde que atingem o segurado em seu ambiente de trabalho, mas somente reduz seus efeitos. Neste sentido, precedentes desta egrégia Corte (AC nº 2000.03.99.031362-o/SP, Primeira Turma, Rel. Des. Federal André Nekatschalow, v. u., julgamento 19.8.2002, DJU 18.11.2002, p. 572).

Saliente-se que a extemporaneidade dos laudos técnicos não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

Ressalte-se, para finalizar, que a presente decisão não viola o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 575.089-2/RS, em sede de repercussão geral, segundo o qual o cálculo do benefício não pode seguir um sistema híbrido, mesclando as regras mais favoráveis ao segurado no caso concreto. Vale dizer: ou bem se computa o tempo de serviço laborado até a Emenda Constitucional nº 20/98, aplicando as normas então vigentes, ou bem se considera o período posterior e se apura a renda mensal inicial de acordo com as novas regras, entre as quais o fator previdenciário. Observadas tais diretrizes, é obrigação da autarquia previdenciária conceder o benefício mais favorável ao segurado.

É devida a revisão do benefício, desde a data da concessão do benefício (6/8/96 - fl. 23), porquanto restou caracterizada a atividade especial exercida pela parte autora, cabendo ao INSS pagar as diferenças daí decorrentes, compensando os valores já desembolsados administrativamente.

Observe, por oportuno, que o coeficiente de cálculo do benefício da parte autora deverá ser apurado pela autarquia após o cômputo total do tempo de serviço do demandante, considerando-se a atividade especial ora reconhecida.

A correção monetária incide sobre as prestações em atraso, devida desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se a Súmula 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e a Súmula 8 deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e de acordo com o Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 561, de 02/07/2007, do Conselho da Justiça Federal, que revogou

a Resolução nº 242/2001 e demais disposições em contrário.

Os juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês incidem, a partir da citação, de forma decrescente até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV. Após o dia 10/01/2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do artigo 406 do Código Civil e do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. Com o advento da Lei nº 11.960/09 (artigo 5º), a partir de 29/06/2009, os juros incidirão uma única vez e serão aqueles aplicados à caderneta de poupança.

Quanto à verba honorária, o E. STJ já decidiu que se aplica às autarquias o disposto no parágrafo 4º, do art. 20, do CPC (STJ 1ª Turma, REsp. 12.077-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 04.09.91, negaram provimento v. u., DJU de 21.10.91, p. 14.732), mas nas ações que versem sobre benefícios previdenciários, a fixação de honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação afigura-se adequada aos critérios estabelecidos pelo retro mencionado dispositivo legal, excluindo-se do cálculo as prestações vincendas, ou seja, serão consideradas as prestações vencidas entre o início da inadimplência até a data da sentença (Súmula 111 o E. STJ - Embargos de Divergência em Recurso Especial, 3ª Seção, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, j. 24.05.2000, DJ 11.09.2000).

A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do artigo 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do artigo 24-A da Lei nº 9.028/95, com a redação dada pelo artigo 3º da MP nº 2.180/01, e do artigo 8º, § 1º da Lei nº 8.620/93.

Finalmente, consta do dispositivo da R. sentença manifesto erro material, já que, no presente caso, trata-se de aposentadoria por tempo de serviço e não aposentadoria por invalidez, com data de início em 6/8/96 (fl. 23).

Considerando que as questões de direito envolvidas no caso em tela encontram respaldo em jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores, impõe-se o provimento ou não do recurso diretamente por decisão monocrática, com amparo no artigo 557 do Código de Processo Civil, *verbis*:

‘Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

§ 1º A - Se a decisão estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.’

Pelo exposto, com amparo no artigo 557, § 1º A, DOU PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, E À APELAÇÃO DO INSS para fixar o recálculo do benefício a partir da data da concessão da aposentadoria por tempo de serviço (6/8/96), conforme fundamentação, bem como isentar a autarquia do pagamento das custas e emolumentos, devendo a correção monetária e os juros de mora incidir na forma acima indicada, bem como DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA para fixar a verba honorária em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, expeça-se e-mail ao INSS, instruído com os devidos documentos, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja o benefício revisado de imediato, desde a data da concessão, tendo em vista o ‘caput’ do artigo 461 do CPC.

Decorrido o prazo recursal, encaminhem-se os autos à Vara de origem, dando-se baixa na Distribuição.”

Como se observa, os argumentos trazidos na irresignação da agravante foram devidamente analisados pela r. decisão hostilizada, a qual se encontra alicerçada na legislação que

estabelece o benefício e em jurisprudência da Colenda Corte Superior.

No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, advento do Lei 9.528/97, independentemente da apresentação de laudo técnico, com base nas atividades previstas nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79 cujo rol é meramente exemplificativo, conforme já fundamentado na decisão agravada.

Assim sendo, devem ser mantidos os termos da decisão agravada que determinou a conversão de atividade especial em comum, na função de operador de Moto-Scraper, em canteiro de obras, atividade considerada penosa, por equiparação à de motorista, elencada no código 2.4.4 do Decreto 53.831/64 e código 2.2.2 do Decreto 83.080/79.

No caso dos autos, verifica-se que a máquina scraper nada mais é do que um tipo de trator articulado contendo na sua parte posterior ou caçamba uma espécie de lâmina, servindo principalmente para desgaste de terrenos ou elevações.

Destaque-se, apenas, que a própria autarquia previdenciária reconhece a similaridade entre a função de tratorista e de motorista. Nesse sentido confira-se julgado que porta a seguinte ementa:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REMESSA OFICIAL TIDA. RECONHECIMENTO DE LABOR RURAL. DESNECESSIDADE DO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ART. 55, § 2º DA LEI Nº 8.213/91. ATIVIDADE ESPECIAL DE TRATORISTA AGRÍCOLA REQUISITOS CUMPRIDOS ANTES DO ADVENTO DA EC 20/98. BENEFÍCIO CONCEDIDO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTIGO 461 DO CPC.

(...)

7. Quanto ao labor cumprido a partir de 1º.01.1994 até 08.04.2002 (data da propositura da ação), na função de tratorista de agrícola, deve ser considerada especial, com enquadramento por analogia, na categoria profissional dos motorista, conforme a Circular nº 08, de 12 de janeiro de 1983 do antigo INPS, que equiparou a atividade de ‘tratorista’ com a de motorista, dispondo que: ‘Face a ao pronunciamento da Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho proferido no processo Mtb - 113.064/80, cabe ser considerada a atividade de tratorista para fins de aposentadoria especial, como enquadramento por analogia, no código 2.2.2 do quadro II anexo ao Decreto nº 83.080/79’. (...)

(...)”

(TRF 3ª R, Proc. 200603990414371, UF: SP, AC - 1153310, Desemb. Antonio Cedenho, Órgão julgador 7ª T, DJU: 19.11.2008).

Portanto, não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam a conclusão que adotou a decisão agravada.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Juíza Federal Convocada GISELLE FRANÇA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0021231-93.2007.4.03.9999

(2007.03.99.021231-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 110/112

Apelante: ALZIRA CAMPOS DE OLIVEIRA AKUTAGAWA (= ou > de 60 anos)

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE PEREIRA BARRETO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO NINO TOLDO

Classe do Processo: AC 1197598

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/05/2012

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). LOAS. FATO SUPERVENIENTE. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

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. Mantida a decisão agravada, eis que inexistente ilegalidade ou abuso de poder na decisão impugnada, e porque os seus fundamentos estão em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria.

3. Quanto ao fato superveniente informado pelo INSS (opção da autora pelo recebimento de benefício mais vantajoso), frise-se que a autora tem direito ao recebimento das parcelas em atraso referentes ao benefício assistencial concedido na sentença, desde a citação até a implantação da pensão por morte (20/02/2010).

4. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de maio de 2012.

Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NINO TOLDO (Relator): Trata-se de agravo interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS em face de decisão monocrática (fls. 110/112) a qual deu provimento à apelação da parte autora, condenando o INSS

à concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal.

Sustenta a autarquia, em síntese, a inaplicabilidade do art. 34 da Lei nº 10.741/2003, e que o grupo familiar tem renda *per capita* superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, razão pela qual, não faz jus ao benefício, nos termos do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Aduz, por fim, ofensa ao parágrafo único do art. 28, da Lei nº 9.868/99, e que o termo inicial do benefício deve ser a data da juntada do laudo médico pericial, nos termos do art. 20, § 6º, da Lei nº 8.742/93.

Após a interposição do recurso, a autarquia informou que a autora optou pelo recebimento de benefício mais vantajoso: pensão por morte (fls. 123/126).

É o relatório.

Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado NINO TOLDO (Relator): O agravo interposto não merece acolhimento.

Considerando que as razões ventiladas no presente recurso são incapazes de infirmar a decisão impugnada, vez que ausente qualquer ilegalidade ou abuso de poder, submeto o seu teor à apreciação deste colegiado:

“Proposta ação de conhecimento, objetivando a concessão de benefício assistencial (art. 203, inciso V, da Constituição Federal), sobreveio sentença de improcedência do pedido, condenando a parte autora a pagar custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 400,00 (quatrocentos reais), observada sua condição de beneficiária da justiça gratuita. Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, pugnando pela integral reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido, sustentando o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão do benefício.

Com as contra-razões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer opinando pelo provimento do recurso da parte autora.

É o relatório.

DECIDO

Na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil, poderá o relator negar ou dar provimento a recurso, de acordo com as hipóteses assinaladas em referido dispositivo legal, regra aplicável ao presente caso.

No caso em comento, ainda que se verifique a ausência de intervenção do Ministério Público na primeira instância, quando esta se fazia obrigatória, não ocorre no caso a nulidade do processo, pois o Código de Processo Civil, no artigo 249, § 2º, expressamente permite que: ‘Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.’ Assim, a ausência de manifestação do *parquet* em primeira instância não será aqui pronunciada, uma vez que o provimento jurisdicional decorrente da análise do mérito beneficiará a apelante, a quem aproveitaria a declaração da nulidade.

Postula a autora a concessão de benefício assistencial, no valor de um salário mínimo.

Tal benefício está previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, bem como na Lei nº 8.742/93.

Consoante regra do art. 203, inciso V, da CF, a assistência social será prestada à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem 'não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família'.

A Lei nº 8.742/93, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, veio regulamentar o referido dispositivo constitucional, estabelecendo em seu art. 20 os requisitos para sua concessão, quais sejam, ser pessoa incapaz para a vida independente e para o trabalho ou pessoa idosa, bem como ter renda familiar inferior a 1/4 do salário mínimo.

Considera-se pessoa deficiente, para fins de concessão do benefício de prestação continuada, aquela que segundo o disposto no artigo 2º, inciso II, do Decreto regulamentar da LOAS, não possua capacidade para a vida independente e para o exercício de atividade laborativa em decorrência de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho.

Com relação ao primeiro requisito, deve-se atentar para o laudo pericial (fl. 74), o qual atesta que a autora é portadora de 'artrose de coluna lombar, hipertensão arterial e labirintopatia crônica', doenças que a incapacitam de forma total e permanente para o trabalho.

De outra parte, quanto à insuficiência de recursos para prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, ressalta-se que o objetivo da assistência social é prover o mínimo para a manutenção do idoso ou incapaz, de modo a assegurar-lhe uma qualidade de vida digna. Por isso, para sua concessão não há que se exigir uma situação de miserabilidade absoluta, bastando a caracterização de que o beneficiário não tem condições de prover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família.

Não se tem dúvida de que o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 é constitucional, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido nesse sentido (ADIN nº 1.232/DF, Relator p/ acórdão Ministro Nelson Jobim, j. 27/08/1998 DJ 01/06/2001).

Todavia, o disposto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 não é o único meio de comprovação da miserabilidade do deficiente ou do idoso, devendo a respectiva aferição ser feita, também, com base em elementos de prova colhidos ao longo do processo, observada as circunstâncias específicas relativas ao postulante do benefício. Lembra-se aqui precedente do Superior Tribunal de Justiça, que não restringe os meios de comprovação da condição de miserabilidade do deficiente ou idoso: 'O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor.' (REsp nº 435871/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, j. 19/09/2002, DJ 21/10/2002, p. 391).

No presente caso, o estudo social realizado (fl. 43) demonstra que a requerente reside com o cônjuge, idoso, em edícula de alvenaria, em situação precária de moradia, sendo a renda familiar composta apenas pela aposentadoria do marido no valor de R\$ 340,00 (trezentos e quarenta reais), insuficiente para suprir as necessidades básicas da família, especialmente considerando que o casal possui elevadas despesas com medicamentos.

Assim, os elementos de prova coligidos são suficientes para evidenciar as condições econômicas em que vive a parte autora, inserindo-se ela no grupo de pessoas economicamente carentes que a norma instituidora do benefício assistencial visou amparar.

Por tais razões, a parte autora faz *jus* à percepção do benefício da prestação continuada, uma vez restou demonstrada a implementação dos requisitos legais para sua concessão.

À minguia de comprovação de protocolização de requerimento administrativo de benefício assistencial, o benefício é devido a partir da data da citação do INSS, pois desde então o Instituto foi constituído em mora, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil.

As parcelas vencidas deverão ser pagas de uma única vez, acrescidas de juros de mora e corrigidas monetariamente.

No tocante à correção monetária sobre as prestações em atraso, a mesma é devida desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se a Súmula 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e a Súmula 8 deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e de acordo com o Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 561, de 02/07/2007, do Conselho da Justiça Federal, que revogou a Resolução nº 242/2001 e demais disposições em contrário.

Os juros de mora de 1% (um por cento) ao mês incidem de forma decrescente, a partir da citação até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV. É certo que não há incidência de juros durante o período da expedição da requisição do precatório até sua liquidação tempestiva, tal como consignado na Súmula Vinculante 17, do E. STF: 'Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.' Já no que tange aos juros devidos entre a data da conta de liquidação e a expedição do precatório, particularmente acredito que são devidos os juros, uma vez que rigorosamente não houve pagamento de valor reconhecido judicialmente como devido, ao mesmo tempo em que diversos aspectos podem postergar ainda mais o pagamento do devido (especialmente medidas que podem partir do próprio Poder Executivo), mas, em favor da pacificação dos litígios, curvo-me ao entendimento da 9ª Turma deste E. TRF em sentido contrário (ainda que pendente no E. STF, desde 13/03/2008, Repercussão Geral do Recurso Extraordinário 579.431/RS).

Em virtude da sucumbência, arcará o instituto-réu com o pagamento da verba honorária, que fixo em 10% (dez por cento), nos termos dos §§ 3º e 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil e conforme entendimento sufragado pela 9ª Turma desta Corte Regional. Entretanto, a base de cálculo sobre a qual incidirá mencionado percentual se comporá apenas do valor das prestações vencidas entre o termo inicial do benefício e a data da sentença, em consonância com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, a autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do art. 24-A da Lei nº 9.028/95 (dispositivo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01) e do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93, o que não inclui as despesas processuais. Todavia, a isenção de que goza a autarquia não obsta a obrigação de reembolsar as custas suportadas pela parte autora, quando esta é vencedora na lide. Entretanto, no presente caso, não há falar em custas ou despesas processuais, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Diante do exposto, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA para condenar o INSS a conceder-lhe o benefício assistencial, a partir da data da citação, com correção monetária sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se a Súmula 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e a Súmula 8 deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e de acordo com o Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 561, de 02/07/2007, do Conselho da Justiça Federal, que revogou a Resolução nº 242/2001 e demais disposições em contrário,

bem como dos juros de mora em 1% (um por cento) ao mês, de forma decrescente, a partir da citação até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV, e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da fundamentação.

Independentemente do trânsito em julgado, determino seja expedido ofício ao INSS, instruído com os documentos de ALZIRA CAMPOS DE OLIVEIRA AKUTAGAWA, a fim de que se adotem as providências cabíveis à imediata implantação do benefício assistencial, com data de início - *DIB em 01/04/2005*, e renda mensal inicial - *RMI de 1 (um) salário mínimo*, 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. Transitado em julgado, remetam-se os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais.

Publique-se e intimem-se.”

É de se lembrar que o escopo do agravo previsto no art. 557 do Código de Processo Civil não permite seu manejo para repetição das alegações suscitadas ao longo do processo.

Deve o recurso demonstrar a errônea aplicação do precedente ou a inexistência dos pressupostos de incidência do art. 557 do CPC, de modo que a irresignação a partir de razões sobre as quais a decisão exaustivamente se pronunciou não é motivo bastante para sua interposição. Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. MISERABILIDADE. PRESENÇA. BENEFÍCIO DEFERIDO. APELAÇÃO. AGRAVO LEGAL DO INSS. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CÓD. PROCESSO CIVIL. POSSIBILIDADE. NÚCLEO FAMILIAR. IRMÃ MAIOR. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- *É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.* (grifo nosso)

- O r. *decisum* agravado, aplicando o direito ao caso concreto, deu ao art. 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93, conforme a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.720/98, o alcance necessário para garantir a eficácia do art. 203, V, da Constituição Federal, sobretudo contextualizando as disposições da Lei nº 8.742/1993 com a legislação superveniente (em especial a aplicação analógica do art. 34 da Lei nº 10.741/2003). Entendimento semelhante vem sendo esposado por este E. TRF há mais de uma década, o que, de per si, autoriza a aplicação do art. 557, *caput*, para a hipótese *sub judice*.

- Afastada a afirmação de que irmã maior não compõe o núcleo familiar, eis que não interfere na aplicação analógica do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do idoso.

- Não merece reparos a decisão recorrida que, analisando os elementos de fatos exibidos nestes autos, bem como as provas neles produzidas, reconheceu a presença dos requisitos necessários à concessão do benefício assistencial requerido.

- Presentes os pressupostos previstos pelo art. 557, do Cód. Processo Civil, deve ser mantida a r. decisão agravada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

- Agravo legal a que se nega provimento.” (AC nº 2007.03.99.022903-1, TRF3, Sétima Turma, Des. Fed. Leide Polo, DJE 16/05/2011)

Finalmente, quanto ao fato superveniente informado pelo INSS por meio dos documentos

de fls. 123/126 (opção da autora pelo recebimento de benefício mais vantajoso), frise-se que a autora tem direito ao recebimento das parcelas em atraso referentes ao benefício assistencial concedido na sentença, desde a citação até a implantação da pensão por morte (20/02/2010).

Posto isso, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

Juiz Federal Convocado NINO TOLDO - Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL**0002143-35.2008.4.03.6119****(2008.61.19.002143-3)**

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 227/230

Interessada: REGINA MARIA LOURENCO DA GAMA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL

Classe do Processo: AC 1385586

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/03/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA PARTE AUTORA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. OMISSÃO SANADA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 115, I DA LEI Nº 8213/91. AGRAVO DO INSS. PENSÃO POR MORTE. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA PELO *DE CUJUS*, ATÉ A ÉPOCA DO ÓBITO, COMPROVADO. AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DO DÉBITO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS, ADMINISTRATIVAMENTE, PARA VIABILIZAR POSTERIOR CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

I. Restou comprovado o exercício de atividade remunerada pelo *de cujus*, até a data do óbito, em atividade própria de contribuinte individual, remanescendo, porém, a questão do débito em nome do segurado falecido.

II. Considerando-se a impossibilidade de prolação de decisão judicial condicional, torna-se incabível a concessão do benefício de pensão por morte na seara judicial, competindo à parte autora, primeiramente, regularizar a aludida situação na esfera administrativa, nos termos do artigo 282, III, da Instrução Normativa nº 118, de 14.04.2005, da própria Autarquia Previdenciária.

III. Uma vez procedida a referida regularização, fica resguardado o direito da autora de requerer posteriormente a concessão do benefício de pensão por morte.

IV. A aplicabilidade do art. 115, I, da Lei nº 8.213/91 se destina a quem já é segurado da previdência, e a quem, sendo empregado, não pode ser responsabilizado por irregularidades de contribuições devidas pelo empregador, sendo que, neste caso, tratando-se de contribuinte individual, o reconhecimento da condição de segurado está condicionada à regularização das contribuições administrativamente a serem efetuadas pelos dependentes do *de cujus*.

V. Sendo os litigantes vencidos e vencedores concomitantemente, torna-se indevida a condenação nas verbas da sucumbência, conforme disposto no *caput* do artigo 21 do Código de Processo Civil.

VI. Embargos de declaração da parte autora parcialmente providos. Agravo do INSS 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, dar parcial provimento aos embargos de declaração da parte autora e negar provimento ao agravo do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 20 de março de 2012.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de embargos de declaração opostos pela parte autora, e agravo interposto pelo INSS, em face de *decisão monocrática* que deu parcial provimento aos embargos de declaração anteriormente opostos pela parte autora, com efeitos infringentes, para reconhecer o exercício de atividade remunerada pelo falecido até a data do óbito, resguardando o direito da requerente de regularizar o débito das contribuições previdenciárias devidas junto ao INSS, administrativamente, nos termos do artigo 282, III, da Instrução Normativa nº 118, de 14.04.2005, a fim de viabilizar posterior concessão do benefício de pensão por morte.

Alega a parte embargante, em síntese, que haveria omissão a ser sanada no julgado, uma vez que o relator não se manifestou acerca da aplicação do art. 115, I, da Lei nº 8.213/91 ao caso, bem como deixou de fixar honorários advocatícios, ante o parcial provimento dos embargos de declaração.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que a r. decisão agravada foi proferida de forma *extra petita*, e que, ainda que se reconheça a atividade remunerada do falecido na condição de contribuinte individual, a regularização das contribuições devidas, administrativamente, não tem o condão de restabelecer a qualidade de segurado do *de cujus*, que havia sido perdida na época do óbito, por inexistência de contribuições previdenciárias no referido período.

É o relatório.

À Mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Trata-se de embargos de declaração opostos pela parte autora, e agravo interposto pelo INSS, em face de *decisão monocrática* que deu parcial provimento aos embargos de declaração anteriormente opostos pela parte autora, com efeitos infringentes, para reconhecer o exercício de atividade remunerada pelo falecido até a data do óbito, resguardando o direito da requerente de regularizar o débito das contribuições previdenciárias devidas junto ao INSS, administrativamente, nos termos do artigo 282, III, da Instrução Normativa nº 118, de 14.04.2005, a fim de viabilizar posterior concessão do benefício de pensão por morte.

Alega a parte embargante, em síntese, que haveria omissão a ser sanada no julgado, uma vez que o relator não se manifestou acerca da aplicação do art. 115, I, da Lei nº 8.213/91 ao caso, bem como deixou de fixar honorários advocatícios, ante o parcial provimento dos embargos de declaração.

Sustenta a parte agravante, em suas razões de inconformismo, que a r. decisão agravada

foi proferida de forma *extra petita*, e que, ainda que se reconheça a atividade remunerada do falecido na condição de contribuinte individual, a regularização das contribuições devidas, administrativamente, não tem o condão de restabelecer a qualidade de segurado do *de cujus*, que havia sido perdida na época do óbito por inexistência de contribuições previdenciárias no referido período.

Passo a decidir.

A decisão recorrida amparou-se no entendimento de que:

“(…)

No caso em análise, observam-se omissões no julgado a justificar os presentes embargos de declaração, pela falta de exame de fundamentos da demanda, consistentes nas alegações de que teria o *de cujus* implementado em vida os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade; de que o ônus de efetuar as contribuições previdenciárias do período em que o falecido prestava serviços de transporte, como microempresário, seria dos tomadores e não dele; e de que o benefício deveria ser concedido mesmo que se entendesse que o ônus de efetuar as contribuições seria do prestador de serviços, descontando-se do seu valor as contribuições não efetuadas no referido período.

A apresentação dos documentos das fls. 54/127 atestam a prestação de serviços de transporte de passageiros pelo de cujus, no período de setembro de 2001 a junho de 2007 (data do óbito), como autônomo, na condição de microempresário, todavia, sem o devido recolhimento das contribuições previdenciárias.

Com efeito, tratando-se de contribuinte individual, como os autônomos e empresários, caberia a ele pagar as contribuições por iniciativa própria (art. 30, II, da Lei nº 8.212/91).

Ademais, equivoca-se a parte autora ao alegar que o recolhimento das contribuições previdenciárias seria encargo dos tomadores de serviço, pois, em se tratando de autônomo, o *de cujus* era o responsável pelo recolhimento das referidas contribuições.

Por outro lado, a regularização do débito por parte dos dependentes, prevista em ato normativo da própria autarquia previdenciária (Instrução Normativa nº 118, de 14.04.2005; art. 282, inciso III), é admitida nas hipóteses em que existam inscrição e contribuições regulares ou, pelo menos, inscrição formalizada. No caso vertente, embora não houvesse inscrição formalizada, houve a comprovação do exercício de atividade remunerada pelo de cujus na condição de contribuinte individual, consoante salientado anteriormente, de modo que a qualidade de segurado restaria configurada desde que fosse saldado o débito resultante da incidência das contribuições previdenciárias concernentes aos períodos laborados, a teor do art. 45, § 1º, da Lei nº 8.212/91, em vigor à época dos fatos.

Assim sendo, impõe-se reconhecer o exercício de atividade remunerada pelo falecido até a data do óbito, todavia, remanesce a questão do débito em nome do segurado falecido e, considerando a impossibilidade de prolação de decisão judicial condicional, torna-se incabível a concessão do benefício de pensão por morte na seara judicial, competindo à autora primeiramente regularizar a aludida situação na esfera administrativa.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

‘PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE DE CÔNJUGE. TRABALHADOR URBANO. QUALIDADE DE SEGURADO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO *POST MORTEM* DA INSCRIÇÃO E DAS CONTRIBUIÇÕES AO RGPS.

Para a obtenção do benefício de pensão por morte deve a parte interessada preencher os requisitos estabelecidos na legislação previdenciária vigente à data do óbito, consoante iterativa

jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte.

É possível a regularização *post mortem* da inscrição e das contribuições em atraso do contribuinte individual, para fins de concessão de pensão, haja vista o que dispõe o § 1º do artigo 45 da Lei nº 8.212/91.

Diante da impossibilidade de prolação de sentença condicional, o provimento judicial deve, no presente caso, restringir-se ao reconhecimento de que o falecido exercia atividade que justificava sua qualificação como contribuinte individual e, em consequência, têm seus dependentes o direito de proceder ao recolhimento das devidas contribuições previdenciárias, de modo a viabilizar a concessão de pensão por morte.

(TRF - 4ª Região; AC 2007.70.04.001837-1; 6ª Turma; Rel. Desembargador Federal Eduardo Vandrê Oliveira Lema Garcia; j. 13.01.2010; DE 21.01.2010)

Dessa forma, reconheço o defeito apontado, eis que o tema foi devolvido à apreciação desta Corte, dando parcial provimento ao recurso, com excepcional caráter infringente, conferindo-lhe caráter modificativo para suprir a omissão apontada, substituindo parcialmente a argumentação proferida na decisão das fls. 217/219, pela acima esposada.

Determino, portanto, que o dispositivo da r. decisão seja substituída pela seguinte:

‘Diante do exposto, dou parcial provimento à apelação da parte autora para reconhecer a condição de contribuinte individual do falecido até a data do óbito, resguardado o direito da requerente de regularizar o débito das contribuições previdenciárias devidas junto ao INSS, nos termos do artigo 282, III, da Instrução Normativa nº 118, de 14.04.2005, administrativamente, a fim de viabilizar posterior concessão do benefício de pensão por morte.’

Isto posto, dou parcial provimento aos embargos de declaração, com efeitos infringentes, nos termos desta decisão.

(...)” (fls. 228/230)

Com relação aos embargos de declaração opostos pela parte autora, a aplicabilidade do artigo 115, inciso I da Lei nº 8213/91, se destina aos já segurados da previdência, bem como aos empregados que pleiteiam a concessão de benefícios e que não podem ser responsabilizados por irregularidades de contribuições que são encargos do empregador, sendo assim, nota-se a inviabilidade de sua incidência no caso dos autos, pois apenas se reconheceu a condição de autônomo do *de cujus*, sendo que o reconhecimento da sua condição de segurado está condicionada à regularização do débito junto ao INSS.

Por outro lado, com relação aos honorários advocatícios, observo que houve omissão no julgado, uma vez que a decisão proferida silenciou a respeito.

Neste contexto, razão assiste ao embargante, haja vista que o v. acórdão foi omissivo quanto às verbas de sucumbência.

Nota-se que a r. decisão recorrida limitou-se a reconhecer a condição de contribuinte individual do falecido, resguardando o direito da embargante de regularizar o débito do *de cujus* junto à previdência a fim de viabilizar posterior concessão do benefício de pensão por morte, pleiteado nos presentes autos.

Por tais razões, considera-se que, sendo os litigantes vencidos e vencedores concomitantemente, torna-se indevida a condenação nas verbas da sucumbência, conforme disposto no *caput* do artigo 21 do Código de Processo Civil.

Com relação ao agravo do INSS, inicialmente, rejeito a alegação de que a decisão agravada julgou a presente lide de forma *extra petita*, uma vez que a ação foi julgada nos limites em que

foi proposta, nos termos do disposto no artigo 460 do Código de Processo Civil.

Outrossim, assevero que muito embora pretenda a parte agravante a inversão do julgamento proferido monocraticamente por este Relator, alegando que a decisão foi proferida de forma *extra petita*, e que a parte autora não preencheu os requisitos necessários à concessão do benefício de pensão por morte, não fazendo jus ao benefício ainda que efetue administrativamente o pagamento das contribuições que deixaram de ser recolhidas pelo falecido na condição de contribuinte individual, o conjunto probatório permite concluir que a parte requerente comprovou o exercício de atividade remunerada pelo *de cujus* até a data do óbito e que, nos termos do disposto no art. 282, III, da Instrução Normativa nº 118, de 14-04-2005, uma vez regularizado o débito das contribuições devidas, administrativamente, junto ao INSS, viabiliza-se posterior concessão do benefício pleiteado.

O conjunto probatório forneceu elementos suficientes para a convicção do relator, o qual aplicou sua livre convicção devidamente motivada, bem como a legislação vigente e jurisprudência dominante em casos análogos.

Destarte, reconhecido o exercício de atividade remunerada pelo falecido, na condição de contribuinte individual, até a data do óbito, fica resguardado o direito da requerente de, regularizando administrativamente o débito das contribuições previdenciárias devidas junto ao INSS, nos termos do artigo 282, III, da Instrução Normativa nº 118, de 14.04.2005, viabilizar posterior concessão do benefício de pensão por morte.

Isto posto, *dou parcial provimento aos embargos de declaração opostos pela parte autora*, para sanar a omissão apontada, determinando a sucumbência recíproca e *nego provimento ao agravo do INSS*.

É como voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0002318-26.2008.4.03.6120

(2008.61.20.002318-4)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 83/84

Interessado: ROBERVAL VANDERSON SERPENTINI BALLOTIN

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES

Classe do Processo: ApelReex 1576333

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/05/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. EFEITOS INFRINGENTES. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. AUXÍLIO DOENÇA. ART. 29, § 5º, DA LEI Nº 8.213/91. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL.

1 - O Supremo Tribunal Federal assentou entendimento no sentido de que somente é possível a aplicação do art. 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91 às hipóteses de aposentadoria por invalidez precedida de auxílio doença durante período de afastamento intercalado com atividade laborativa (Recurso Extraordinário nº 583.834/SC, Plenário, Rel. Ministro Ayres Britto, DJ 14/02/2012).

2 - Julgamento proferido em sede de repercussão geral. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil.

3 - Embargos de declaração do INSS acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 14 de maio de 2012.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo INSS em face do v. acórdão de fls. 83/84, proferido pela 9ª Turma que negou provimento ao agravo legal por ele interposto.

Em razões recursais de fls. 86/91, sustenta o embargante, para fins de prequestionamento,

a existência de omissão, contradição e obscuridade na r. decisão, por não ter interpretado corretamente o disposto no art. 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91.

Apresentado em mesa, *ex vi* do art. 263 do Regimento Interno deste E. Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

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

O acórdão embargado, reiterando os fundamentos expendidos por ocasião da prolação da decisão monocrática terminativa, manteve o entendimento no sentido de que, recebendo o segurado auxílio doença e, na sequência, aposentadoria por invalidez, o cálculo da renda mensal inicial desse último benefício deveria obedecer os critérios previstos no art. 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91, vale dizer, levando-se em consideração o período de vigência do benefício temporário.

Ocorre que o Plenário da Suprema Corte, em 21 de setembro de 2011, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 583.834/SC, de Relatoria do Ministro Ayres Britto (DJ 14/02/2012), confirmou orientação em sentido contrário, afastando, por unanimidade de votos e em sede de repercussão geral, a tese da possibilidade de se computar o período do auxílio doença não intercalado com atividade laborativa no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez.

O acórdão em questão contém o seguinte teor:

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARÁTER CONTRIBUTIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. COMPETÊNCIA REGULAMENTAR. LIMITES.

1. O caráter contributivo do regime geral da previdência social (*caput* do art. 201 da CF) a princípio impede a contagem de tempo ficto de contribuição.
2. O § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social - LBPS) é exceção razoável à regra proibitiva de tempo de contribuição ficto com apoio no inciso II do art. 55 da mesma Lei. E é aplicável somente às situações em que a aposentadoria por invalidez seja precedida do recebimento de auxílio-doença durante período de afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária. Entendimento, esse, que não foi modificado pela Lei nº 9.876/99.
3. O § 7º do art. 36 do Decreto nº 3.048/1999 não ultrapassou os limites da competência regulamentar porque apenas explicitou a adequada interpretação do inciso II e do § 5º do art. 29 em combinação com o inciso II do art. 55 e com os arts. 44 e 61, todos da Lei nº 8.213/1991.
4. A extensão de efeitos financeiros de lei nova a benefício previdenciário anterior à respectiva vigência ofende tanto o inciso XXXVI do art. 5º quanto o § 5º do art. 195 da Constituição Federal. Precedentes: REs 416.827 e 415.454, ambos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.
5. Recurso extraordinário com repercussão geral a que se dá provimento.”

Por ter o julgamento sido proferido em sede de repercussão geral, incide o disposto no art. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil.

Cabível, na hipótese, o reconhecimento do caráter infringente dos embargos de declaração, em respeito aos princípios da economia processual e duração razoável do processo.

Dessa forma, rechaçada a tese ventilada na petição inicial, impõe-se a improcedência do pedido. Deixo de condenar a parte autora no pagamento dos ônus de sucumbência, considerando ser beneficiária da gratuidade de justiça.

Ante o exposto, *acolho os embargos de declaração* opostos pelo INSS e a eles atribuo efeitos infringentes para reformar a decisão impugnada e julgar improcedente o pedido inicial, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0012710-30.2008.4.03.6183

(2008.61.83.012710-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 133/135

Apelante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelada: MONICA DE CASSIA BERNARDI

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO HÉLIO NOGUEIRA

Classe do Processo: ApelReex 1522426

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/05/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE.

1 - A teor do art. 15, I, da Lei nº 8.213/91, mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições, e sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício.

2 - Com respeito à incapacidade profissional da parte autora, o laudo pericial (fls. 87/89) afirma que esta apresenta quadro de transtorno afetivo bipolar, cuja característica é a presença de dois ou mais episódios nos quais o humor e o nível da atividade do indivíduo estão profundamente perturbados. Relata que na data da realização da perícia, a autora não apresentava qualquer sintoma, seja da fase maníaca, seja da fase depressiva, concluindo, por isso, que a autora encontra-se apta ao trabalho, do ponto de vista psiquiátrico, até nova crise e/ou internação psiquiátrica (fl. 89).

3 - Em que pese o d. diagnóstico, constante do laudo pericial, correto o Juiz *a quo*, que sopesou as circunstâncias sócio-culturais e a enfermidade da autora, para conceder-lhe a aposentadoria por invalidez, asseverando que, apesar do perito judicial não ter constatado os sintomas da doença, no dia da realização da perícia, isto apenas indica que naquele dia não possuía os sintomas. Observou, ainda, corretamente, o conjunto probatório existente nos autos, principalmente, os documentos de fls. 24/41, os quais relatam a incapacidade da autora para atividades laborais. Ademais disso, é notório e, portanto, não se necessita ter conhecimento técnico, para saber que os medicamentos utilizados diariamente pela autora, embora controlem a doença, ainda que temporariamente, afetam a vitalidade do indivíduo e seu ânimo, causando-lhe sensação de cansaço e fraqueza muscular.

4 - Dessa forma, diante do conjunto probatório e considerado o princípio do livre convencimento motivado, concluo que a segurada está, realmente, incapacitada de forma total e permanente, para exercer qualquer atividade laborativa.

5 - Agravo que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de maio de 2012.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA (Relator): Trata-se de Agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pelo INSS em face da Decisão (fls. 133/135) que, fundamentada em jurisprudência dominante no Colendo Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte, conheceu da remessa oficial e deu parcial provimento à Apelação do INSS, concedendo aposentadoria por invalidez à autora.

Em suas razões, o agravante alega (fls. 138/141) que não restou comprovada a incapacidade total e permanente da autora e que os atestados acostados aos autos não podem ser considerados, pois alguns estão ilegíveis.

Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado HÉLIO NOGUEIRA (Relator): Em que pesem as alegações do agravante, reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da Decisão monocrática alvo do presente Agravo.

Por oportuno, reproduzo parte da explanação contida na Decisão agravada:

“Com respeito à incapacidade profissional da parte autora, o laudo pericial (fls. 87/89) afirma que esta apresenta quadro de transtorno afetivo bipolar, cuja característica é a presença de dois ou mais episódios nos quais o humor e o nível da atividade do indivíduo estão profundamente perturbados. Relata que na data da realização da perícia, a autora não apresentava qualquer sintoma, seja da fase maníaca, seja da fase depressiva, concluindo, por isso, que a autora encontra-se apta ao trabalho, do ponto de vista psiquiátrico, até nova crise e/ou internação psiquiátrica (fl. 89).

Em que pese o d. diagnóstico, constante do laudo pericial, correto o Juiz *a quo*, que sopesou as circunstâncias sócio-culturais e a enfermidade da autora, para conceder-lhe a aposentadoria por invalidez, asseverando que, apesar do perito judicial não ter constatado os sintomas da doença, no dia da realização da perícia, isto apenas indica que naquele dia não possuía os sintomas. Observou, ainda, corretamente, o conjunto probatório existente nos autos, principalmente, os documentos de fls. 24/41, os quais relatam a incapacidade da autora para atividades laborais. Ademais disso, é notório e, portanto, não se necessita ter conhecimento técnico, para saber que os medicamentos utilizados diariamente pela autora, embora controlem a doença, ainda que temporariamente, afetam a vitalidade do indivíduo e seu ânimo, causando-lhe sensação de cansaço e fraqueza muscular.

Dessa forma, diante do conjunto probatório e considerado o princípio do livre convencimento motivado, concluo que a segurada está, realmente, incapacitada de forma total e permanente, para exercer qualquer atividade laborativa.

Desta sorte, comprovada a incapacidade total e permanente para o trabalho, correta a r.

Sentença que concedeu à parte autora o benefício de aposentadoria por invalidez, a partir da data da cessação indevida do benefício de auxílio-doença, em 03.07.2006.”

Com tais considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao Agravo.

É como voto.

Juiz Federal Convocado **HÉLIO NOGUEIRA** - Relator

- Sobre a concessão de aposentadoria por invalidez em casos de transtorno afetivo bipolar, veja também os seguintes julgados: AC 2005.61.06.000961-4/SP, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, publicada na RTRF3R 88/379 e MS 0013142-03.2010.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, publicado na RTRF3R 112/65.

APELAÇÃO CÍVEL
0010909-45.2009.4.03.6183
(2009.61.83.010909-6)

Apelante: WANDERLEY MINATTI

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: AC 1597406

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/04/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - PEDIDOS ALTERNATIVOS - JULGAMENTO NA FORMA DO ART. 285-A DO CPC - POSSIBILIDADE - ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91 - ALEGAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE REJEITADA - APROVETIAMENTO DO PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIOR À APOSENTADORIA PARA ELEVAR O VALOR DO BENEFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - RENÚNCIA À APOSENTADORIA PROPORCIONAL - APROVEITAMENTO APENAS DO PERÍODO CONTRIBUTIVO POSTERIOR À APOSENTADORIA PROPORCIONAL PARA FINS DE APOSENTADORIA POR IDADE - CARÊNCIA CUMPRIDA - APOSENTADORIA POR IDADE CONCEDIDA.

1 - Embora o pedido inicial seja parcialmente diferente dos que comumente requerem a desaposentação, a sentença foi assentada no fundamento da impossibilidade de desaposentação nas hipóteses em que não se cogita de contagem recíproca de tempo de contribuição. Possível o julgamento na forma do art. 285-A do CPC.

2 - O autor juntou à inicial a simulação do cálculo do benefício considerando os pedidos alternativos, o que torna dispensável a produção de outras provas.

3 - Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais.

4 - O art. 18 da Lei 8213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período posterior à aposentadoria para elevar o valor da cobertura previdenciária já concedida.

5 - As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

6 - No primeiro pedido, o autor não pretende renunciar ao benefício que recebe, mas, sim, quer aproveitar o período contributivo posterior à concessão da aposentadoria proporcional para elevar o valor da renda mensal, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei 8213/91. Não se trata, nessa hipótese, de renúncia, mas, sim, de revisão do valor de benefício já concedido.

7 - No segundo pedido, o autor pretende renunciar à cobertura previdenciária que recebe por

ter completado o tempo de serviço necessário à aposentadoria proporcional. E requer nova aposentadoria, desta vez por ter completado a idade e a carência, considerando apenas o tempo de contribuição posterior à primeira aposentação. O pedido, agora, não é de revisão, uma vez que nada se aproveitará do tempo de serviço/contribuição utilizado para a concessão e cálculo da aposentadoria proporcional. Agora sim, trata-se de renúncia à cobertura previdenciária concedida, com a obtenção de outra, mais vantajosa e totalmente distinta da anterior. Não há, nesse pedido alternativo, violação a nenhum dos princípios constitucionais e legais que fundamentam o indeferimento do primeiro.

8 - O segurado recebeu a proteção previdenciária a que tinha direito quando lhe foi concedida a aposentadoria proporcional, porque cumprira a carência e o tempo de serviço necessários à concessão do benefício. Não pretende, agora, apenas a modificação do que já recebe, mas, sim, a concessão de outra cobertura previdenciária mais vantajosa, para a qual contribuiu depois de aposentado, tendo cumprido os requisitos de idade e carência.

9 - Trata-se de contingências geradoras de coberturas previdenciárias diversas - aposentadoria por tempo de serviço/contribuição e aposentadoria por idade -, com base em períodos de carência e de contribuição totalmente diversos, onde os cálculos do novo benefício nada aproveitarão do benefício antigo, de modo que o regime previdenciário nenhum prejuízo sofrerá.

10 - A proibição de renúncia contida no art. 181-B do Decreto 3048/99 parte do pressuposto de que a aposentadoria é a proteção previdenciária máxima dada ao segurado, garantidora de sua subsistência com dignidade quando já não mais pode trabalhar, que poderia ser comprometida com a renúncia ao recebimento do benefício.

11 - Proteção previdenciária é direito social e, por isso, irrenunciável. O que não se admite é que o segurado renuncie e fique totalmente à mercê da sorte.

12 - No segundo pedido, o autor não pretende renunciar a toda e qualquer proteção previdenciária. Pretende obter outra que lhe é mais vantajosa, para a qual contribuiu depois de aposentado, chegando a cumprir os requisitos de carência e idade.

13 - Renúncia à aposentadoria atual admitida, para obtenção de aposentadoria por idade, uma vez que a carência e a idade foram cumpridas em período posterior à primeira aposentação.

14 - O autor completou 65 anos em 2005.

15 - Até a propositura da ação, o autor conta com 19 anos, 9 meses e 20 dias de tempo de contribuição, restando cumprida a carência para a aposentadoria por idade.

16 - Termo inicial fixado na data da citação (14.09.2010).

17 - A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas 08 deste Tribunal, e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos.

18 - Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.

19 - Honorários advocatícios fixados em 10% das parcelas vencidas até a sentença, conforme Súmula 111 do STJ.

20 - INSS isento de custas.

21 - Preliminares rejeitadas. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 26 de março de 2012.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Ação de desaposentação para obtenção de benefício mais vantajoso, de procedimento ordinário, movida contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, para o reconhecimento do direito do autor de renunciar à cobertura previdenciária atualmente recebida - aposentadoria proporcional (NB 77.369.931/7), com a consequente condenação do réu ao pagamento de nova aposentadoria, cuja renda mensal inicial deverá ser calculada com o aproveitamento do período de contribuição posterior à concessão do primeiro benefício, sem a devolução dos valores já recebidos.

O autor alega que se aposentou com 44 anos de idade e 30 anos de contribuição. Continuou a trabalhar e contribuir por mais 19 anos, 9 meses e 19 dias. Somando o período trabalhado antes da aposentadoria com o período de contribuição posterior, chegou ao total de 49 anos, 11 meses e 7 dias de tempo de contribuição.

O autor faz pedidos alternativos. Requer o reconhecimento do direito de renunciar à aposentadoria que recebe e, em consequência, o cálculo de novo benefício, com a soma de ambos os períodos de contribuição, considerando-se, assim, o tempo de contribuição de 49 anos, 11 meses e 7 dias. Caso não atendido esse pleito, requer o reconhecimento do direito de renunciar à cobertura previdenciária que recebe, com a consequente concessão de aposentadoria por idade, considerando-se apenas o período de 19 anos de contribuição posteriores à primeira aposentadoria. Em qualquer das hipóteses, requer a dispensa da devolução dos valores já recebidos a título de aposentadoria.

A inicial juntou documentos.

Justiça gratuita deferida na sentença.

Aplicando o art. 285-A do CPC, a sentença julgou improcedente o pedido e concedeu os benefícios da justiça gratuita. Sem condenação nas verbas de sucumbência por não ter sido ultimada a citação.

Apelou o autor, arguindo preliminar de inaplicabilidade do art. 285-A do CPC porque o pedido inicial difere dos pedidos comuns de desaposentação, em razão do pedido alternativo. Além do mais, não se trata de matéria exclusivamente de direito porque é necessária perícia contábil e ampla dilação probatória. No mérito, reiterou o pedido inicial.

O INSS foi citado na forma do art. 285-A, § 2º, do CPC, e juntou contrarrazões, onde pugnou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora): Rejeito a preliminar arguida em apelação. Embora o pedido inicial seja parcialmente diferente dos que comumente requerem a desaposentação, a sentença foi assentada no fundamento da impossibilidade de desaposentação nas hipóteses em que não se cogita de contagem recíproca de tempo de contribuição.

A preliminar também não pode ser acolhida pelo fundamento de necessidade de perícia contábil e dilação probatória. O autor juntou à inicial a simulação do cálculo do benefício considerando os pedidos alternativos, o que torna dispensável a produção de outras provas.

O raciocínio desenvolvido pelo autor é simples e assim pode ser resumido: como venho contribuindo para o sistema, mesmo depois de aposentado, tenho o direito a considerar essas novas contribuições, ainda que, para isso, tenha de renunciar ao benefício atual com posterior requerimento de outro perante o RGPS.

Como o autor faz pedidos alternativos, passo à análise do primeiro pedido: reconhecimento do direito de renunciar ao benefício que recebe, e a concessão de outra aposentadoria, com a soma do período de contribuição utilizado para o cálculo da que renuncia com o período de contribuição posterior, considerados, então, 49 anos, 11 meses e 7 dias.

Talvez o raciocínio pudesse ser empregado se estivessemos diante de regime de previdência de capitalização, em que o segurado financia o próprio benefício para uma espécie de fundo de administração, cuja finalidade seria a concessão de um benefício futuro com base em tais contribuições.

Contudo, não foi esse o sistema de previdência adotado pelo constituinte de 1988, pois que optou por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais. Basta constatar as disposições dos arts. 194 e 195 da Constituição desde sua redação original.

Não há espaço para imaginar que as contribuições vertidas pelos segurados seriam destinadas à composição de cotas a serem utilizadas posteriormente em uma eventual aposentadoria.

O fato de o sistema prever o cálculo do benefício segundo a média salarial percebida pelo segurado (salário-de-benefício) no período anterior ao do requerimento do benefício ou do afastamento da atividade (art. 29 da Lei 8213/91) reflete mera escolha do legislador. Para tanto, basta observar que, para os servidores públicos, foi prevista sistemática diversa, com base na última remuneração, se observados os pressupostos.

Nesse contexto é que se insere o art. 18, § 2º, da Lei 8213/91, que, em todas as suas redações, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles expressamente relacionados:

“Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.”

Por isso, não se pode nem mesmo cogitar do pagamento de qualquer benefício que não os ali elencados, e, muito menos, de levar o período laboral utilizado para a concessão do benefício no RGPS para um outro regime.

O tema relativo às contribuições vertidas ao sistema após a aposentação foi levado à apreciação do STF por ocasião do julgamento da ADI 3105-DF, em que se apreciou a constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos de que tratou a EC 41/2003. Segue a ementa:

“1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, *caput*). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, da CF, e art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento.

2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, *caput*, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, *caput*, 150, I e III, 194, 195, *caput*, II e § 6º, e 201, *caput*, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões ‘cinquenta por cento do’ e ‘sessenta por cento do’, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003.

Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões ‘cinquenta por cento do’ e ‘sessenta por cento do’, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.”

(Tribunal Pleno, ADI 3105/DF, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ o Acórdão Min. CEZAR PELUSO, julgamento 18/08/2004, DJ 18-02-2005)

O que se questionava, dentre outros pontos, era a possibilidade de instituição de contribuições previdenciárias sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos se tais servidores jamais seriam beneficiados por elas - nas palavras do Min. Marco Aurélio: contribuições para o ALÉM.

Concluiu-se que, dentro do sistema previdenciário eleito pelo constituinte, os servidores inativos, por integrarem a sociedade, não poderiam invocar o direito de não contribuir, pois suas contribuições destinavam-se, também, a financiar todo o sistema, razão pela qual a exação foi tida por constitucional.

Embora não se trate, aqui, de contribuições incidentes sobre aposentadorias, o raciocínio a ser empregado é o mesmo, pois que, no passado, após a jubilação, o aposentado por tempo de serviço que permanecesse em atividade sujeita ao RGPS só tinha direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios (arts. 18 e 81, II, da Lei 8213/91). Com a extinção de tal benefício, pela Lei 8870/94, passou a ter direito somente ao salário-família e à reabilitação profissional. De modo que, com o seu retorno à atividade, suas contribuições passaram a financiar todo o sistema, não se destinando ao incremento de sua aposentadoria no RGPS ou ao acréscimo de tempo de serviço a ser levado a outro regime de previdência.

Pela clareza do posicionamento, transcrevo parte do voto do Min. Cezar Peluso, relator designado para o acórdão:

“...

Sem avançar compromisso quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade das modificações impostas, sublinho mais uma vez que, com o advento da Emenda nº 41/2003, o regime previdencial deixou de ser eminentemente contributivo para se tornar contributivo e solidário, como se infere límpido à redação que emprestou ao art. 40, *caput*, da Constituição da República.

15. Ditaram essa transmutação do regime previdencial, entre outros fatores político-legislativos, o aumento da expectativa de vida do brasileiro e, conseqüentemente, do período de percepção do benefício, bem como a preocupação permanente com o dito equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, tudo isso aliado à queda da taxa de natalidade e à diminuição do acesso a inexorável desproporção entre servidores em atividade e aposentados, tendendo ao colapso de todo o regime.

Essa mesma tendência, observada já à época das Emendas nº 3/93 e nº 20/98, é que esteve à raiz das transformações do regime eminentemente solidário, em vigor antes da EC nº 3/93, para outro que, como regime contributivo e solidário, adotava a contribuição dos servidores ativos (art. 40, § 6º, acrescido pela EC nº 3/93), e, depois, para regime predominantemente contributivo, o da EC nº 20/98.

A crise estrutural dos sistemas previdenciários estatais não é fenômeno recente, nem circunscrito ao país. Relatório do Banco Mundial, sob o título de 'Averting the Old Age Crisis, Policies to Protect the Old and Promote Growth', de 1994, já revelava tratar-se de persistente problema global. São patentes a atualidade e a pertinência do diagnóstico:

'O aumento da insegurança na velhice é um problema mundial, mas suas manifestações são diferentes nas diversas partes do mundo. Na África e em regiões da Ásia, os idosos compõem pequena parcela da população e há muito têm sido amparados por largas medidas familiares, cooperativas de ajuda mútua e outros mecanismos informais. Planos formais que envolvem o mercado ou o governo são rudimentares.

Mas, assim como a urbanização, mobilidade, guerras e a miséria enfraquecem a assistência familiar e os laços comunitários, os sistemas informais sentem-lhes o impacto. E este impacto é tanto maior onde a proporção da população dos idosos cresce rapidamente, em consequência dos progressos da medicina e do declínio da fertilidade. Para atender a essas novas necessidades, vários países asiáticos e africanos estudam mudanças fundamentais no modo com que provêem à seguridade social do idoso. O desafio é mudar para um sistema formal baseado na chamada garantia de renda, sem acelerar o declínio dos sistemas informais e sem trazer ao governo mais responsabilidades do que possa suportar.

Na América Latina, Leste Europeu e na ex-União Soviética, que já não podem sustentar os programas formais de seguridade social ao idoso, introduzidos há muito tempo, é ainda mais urgente a necessidade de reavaliar políticas.

Aposentadorias precoces e benefícios generosos têm exigido elevadas cargas de contribuições, acarretando difusa evasão fiscal.

O amplo setor informal da economia em muitos países da América Latina, por exemplo, reflete, em parte, os esforços de trabalhadores e empregadores para escaparem às contribuições sobre os salários. As conseqüentes distorções no mercado de trabalho, nesses países e em outras regiões, reduzem a produtividade, empurrando a carga das contribuições e o índice de evasão para níveis mais elevados, da mesma forma que a redução dos investimentos de longo prazo e da acumulação de capital refreiam o crescimento econômico. Não surpreende, então, que tais países não têm sido capazes de pagar os benefícios prometidos. A maioria diminuiu o custo dos benefícios, ao permitir que a inflação lhes corroesse os valores reais. Quando o Chile enfrentou tais problemas há quinze anos, reformou a estrutura de seu sistema. Outros países latino-americanos estão passando por mudanças estruturais similares, e alguns países do Leste Europeu os estão observando. O desafio é encontrar um novo sistema e um caminho de transição que seja aceitável pelo idoso, que foi induzido a esperar mais, e que ao mesmo tempo seja sustentável e estimule o progresso para os jovens. Países membros da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD) enfrentam problemas semelhantes, estagnadas, que se encontram, a idade de suas populações e sua produtividade. Programas públicos de seguridade social que cobrem praticamente toda a população têm pago elevados proventos de aposentadorias durante as últimas três décadas de prosperidade, enquanto a pobreza se reduziu mais rápido entre os idosos que entre os jovens. Mas, através das próximas duas décadas, a carga dos tributos tende a aumentar em muitos pontos percentuais, ao passo que o valor dos benefícios tende a cair. Isso intensificará o conflito entre as gerações de aposentados (alguns dos quais ricos), que recebem pensões públicas, e os jovens trabalhadores (alguns dos quais pobres), que estão pagando altas taxas para financiar esses benefícios, mas que nunca poderão reembolsar-se.

Tais modelos de seguridade social podem, ademais, desencorajar o emprego, a poupança, e o capital produtivo, contribuindo desse modo para estagnação da economia. Muitos países da

OECD parecem inclinar-se para adoção de sistema que combine planos de pensão públicos, - destinados a atender às necessidades básicas, com planos privados de pensão ou programas pessoais de poupança, para satisfazer às cada vez mais elevadas exigências das classes média e alta. O desafio é introduzir reformas que sejam boas para o país, a longo prazo, ainda que isso implique subtração de benefícios esperados por alguns grupos, em curto prazo.'

Este inquietante quadro social, econômico e político, em que, sob juízo isento e desapaixonado, não se pode deixar de situar o país, interessa ao Direito, porque subjaz como fonte da razão normativa (*ratio iuris*) à aprovação da EC nº 41/2003, que estendeu aos servidores públicos inativos o ônus de compartilhar o custeio do sistema previdenciário.

16. Conforme já notamos, a vigente Constituição da República, moldou um sistema de seguridade social baseado nos objetivos ou princípios capitulados no art. 194, § único, que reza:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante a gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados'.

O art. 195, *caput*, firmou outro princípio sistemático fundamental, agora para definição do alcance das fontes de custeio, preceituando que 'a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta', e, no § 5º, editou a chamada regra de contrapartida, que dispõe: 'nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.'

O art. 40, *caput*, com a redação dada pela EC nº 41/2003, assegura aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as autarquias e fundações, regime previdenciário de 'caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial'.

E o art. 4º da EC nº 41/2003 impôs aos inativos e pensionistas, em gozo de benefícios à data de sua publicação, a obrigação de contribuir para o custeio do regime de que trata aquele art. 40. Mas arguem, em suma, os requerentes que seria inválida tal imposição, e sua invalidez decorreria da ausência de causa suficiente para a contribuição (i), de ofensa ao direito adquirido (ii) e ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos (iii), de bitributação em relação ao imposto de renda (iv) e de lesão ao princípio da isonomia (v).

17. Abstraída a demonstração, anterior e exaustiva, da sua substancial fraqueza retórica, os três primeiros argumentos (i, ii e iii) enganam-se ainda ao pressupor ao regime previdenciário constitucional, como premissa indisfarçável do raciocínio, um cunho eminentemente capitalizador e contributivo, entendido segundo a matriz da relação jurídica de direito privado, de perfil negocial ou contratual, que é domínio dos interesses patrimoniais particulares e disponíveis.

Sua lógica está em que, se o servidor contribuiu durante certo período, sob hipotética promessa constitucional de contraprestação pecuniária no valor dos vencimentos durante a aposentadoria, teria então, ao aposentar-se, direito adquirido, ou adquirido direito subjetivo a perceber proventos integrais. Desconto da contribuição, pelo outro contraente, tipificaria aí redução, sem causa jurídica, do valor da contraprestação pré-acordada.

Ninguém tem dúvida, porém, de que o sistema previdenciário, objeto do art. 40 da Constituição da República, não é nem nunca foi de natureza jurídico-contratual, regido por normas de direito privado, e, tampouco de que o valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca foi nem é prestação sinalagmática, mas tributo predestinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social, que é terreno privilegiado de transcendentais interesses públicos ou coletivos.

18. O regime previdenciário público tem por escopo garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso, mediante o pagamento de proventos da aposentadoria durante a velhice, e, conforme o art. 195 da Constituição da República, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que bem poderia chamar-se princípio estrutural da solidariedade.

Diferentemente do Chile, cujo ordenamento optou por regime essencialmente contributivo e capitalizador, em que cada cidadão financia a própria aposentadoria contribuindo para uma espécie de fundo de capitalização, administrado por empresas privadas, com fins lucrativos, nosso constituinte adotou um regime público de solidariedade, em cuja organização as contribuições são destinadas ao custeio geral do sistema, e não, a compor fundo privado com contas individuais.

Os servidores públicos em atividade financiavam os inativos e, até a EC nº 3/93 os servidores ativos não contribuía, apesar de se aposentarem com vencimentos integrais, implementadas certas condições. A EC nº 20/98 estabeleceu regime contributivo e, com coerência, obrigou à observância do equilíbrio financeiro e atuarial, enquanto princípios mantidos pela EC nº 41/2003.

Teria, com isso, a Emenda instituído regime semelhante ou análogo ao chileno? A resposta é imediatamente negativa.

O regime previdenciário assumiu caráter contributivo para efeito de custeio equitativo e equilibrado dos benefícios, mas sem prejuízo do respeito aos objetivos ou princípios constantes do art. 194, § único, quais sejam: i) universalidade; ii) uniformidade; iii) seletividade e distributividade; iv) irredutibilidade; v) equidade no custeio; vi) diversidade da base de financiamento. Noutras palavras, forjou-se aqui um regime híbrido, submisso a normas de direito público e caracterizado, em substância, por garantia de pagamento de aposentadoria mediante contribuição compulsória durante certo período, o que lhe define o predicado contributivo, sem perda do caráter universal, seletivo e distributivo.

Os elementos sistêmicos figurados no 'tempo de contribuição', no 'equilíbrio financeiro e atuarial' e na 'regra de contrapartida' não podem interpretar-se de forma isolada, senão em congruência com os princípios enunciados no art. 194, § único, da Constituição.

Da perspectiva apenas contributiva (capitalização), seria inconcebível concessão de benefício previdenciário a quem nunca haja contribuído (universalidade e distributividade) e, muito menos, preservação do valor real da prestação (irredutibilidade do valor) e sua revisão automática proporcional à modificação da remuneração dos servidores em atividade (art. 7º da EC nº 41/2003), o que, na aguda percepção do Min. OCTÁVIO GALLOTTI, importa, não mera atualização, mas elevação do valor intrínseco da moeda.

Não é esse o perfil de nosso sistema previdenciário.

19. O art. 3º da Constituição tem por objetivos fundamentais da República: 'i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; ... iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais'.

A previdência social, como conjunto de prestações sociais (art. 7º, XXIV), exerce relevante papel no cumprimento desses objetivos e, nos claros termos do art. 195, *caput*, deve ser finan-

ciada por toda a sociedade, de forma eqüitativa (art. 194, § único, V). De modo que, quando o sujeito passivo paga a contribuição previdenciária, não está apenas subvencionando, em parte, a própria aposentadoria, senão concorrendo também, como membro da sociedade, para a alimentação do sistema, só cuja subsistência, aliás, permitirá que, preenchidas as condições, venha a receber proventos vitalícios ao aposentar-se.

Não quero com isso, é óbvio, sugerir que o valor da contribuição seja de todo alheio à dimensão do benefício, pois, o caráter contributivo, o equilíbrio atuarial, a regra de contrapartida e a equidade na repartição dos custos do sistema impedem se exijam ao sujeito passivo valores desarrazoados ou desproporcionais ao benefício por receber, enfim de qualquer modo confiscatórios. Os limites estão postos no sistema e devem analisados em conjunto.

20. No caso, relevam apenas os limites quanto à sujeição passiva.

Quanto aos impostos, às taxas e às contribuições de melhoria, a Constituição delimita-lhes, ainda que de forma indireta, os fatos geradores e os sujeitos passivos possíveis, ao predefinir as respectivas materialidades nos arts. 145, II, III, 153, 155 e 156.

Em relação aos empréstimos compulsórios e às outras contribuições, traça-lhes apenas finalidades vinculantes, mediante outorga de competência à União para instituir os primeiros com o fito de 'atender a despesas extraordinárias' (art. 148, I) e a 'investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional' (art. 148, II), e, as segundas, para fins 'de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas' (art. 149, *caput*).

E, no que concerne às contribuições sociais, em cuja classe entram as contribuições previdenciárias, a Constituição lhes predefine algumas materialidades, com especificação do fato gerador, da base de cálculo e do sujeito passivo, reservando competência à União para instituir 'outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I' (art. 195, § 4º). Às demais contribuições limita-se a apontar a finalidade, a destinação e o regime jurídico, sem explicitar os fatos geradores nem os sujeitos passivos, os quais serão, pois, identificados dentre aqueles que guardem nexo lógico-jurídico com a finalidade constitucional do tributo.

21. Como se vê, o singular regime constitucional das contribuições responde a variantes axiológicas diversas daquelas que inspiram e orientam o dos impostos e das taxas.

O sujeito passivo não se define como tal na relação jurídico-tributária da contribuição por manifestar capacidade contributiva, como se dá nos impostos, nem por auferir benefício ou contraprestação do Estado, como se passa com as taxas, mas apenas por pertencer a um determinado grupo social ou econômico, identificável em função da finalidade constitucional específica do tributo de que se cuida. Ao propósito, acentua a doutrina:

'Um segundo conceito vai definir a estrutura das contribuições. Para os impostos, este segundo conceito é o de manifestação de capacidade contributiva; para as taxas é a fruição individual da atividade estatal e, para as contribuições, é a qualificação de uma finalidade a partir da qual é possível identificar quem se encontra numa situação diferenciada pelo fato de o contribuinte pertencer ou participar de um certo grupo (social, econômico, profissional). Isto leva à identificação de uma razão de ser diferente para cada uma das figuras.

Se alguém perguntar: por que pagam-se impostos? Eu responderia que pagam-se impostos porque alguém manifesta capacidade contributiva e, por isso, pode arcar com o ônus fiscal. Por que paga-se taxa? Paga-se taxa porque o contribuinte usufrui de certa atividade estatal ou recebe certa prestação, daí a idéia de contraprestação. E, por que paga-se contribuição? Paga-se contribuição porque o contribuinte faz parte de algum grupo, de alguma classe, de alguma categoria identificada, a partir de certa finalidade qualificada constitucionalmente,

e assim por diante. Alguém “faz parte”, alguém “participa de” uma determinada coletividade, encontrando-se em situação diferenciada, sendo que, desta participação, pode haurir, eventualmente (não necessariamente), determinada vantagem.

O critério apóia-se numa qualidade (= fazer parte) e não numa essência (= fato determinado) ou utilidade (= benefício/vantagem)’. (MARCO AURÉLIO GRECO, *Contribuições, ...*, p. 83). Com as mudanças introduzidas pela EC nº 41/2003, tem-se a existência teórica de três grupos de sujeitos passivos da contribuição previdenciária: i) os aposentados até a data da publicação da Emenda; ii) os que se aposentarão após a data da sua edição, tendo ingressado antes no serviço público; iii) os que ingressaram, ingressarão e se aposentarão, tudo após a publicação da Emenda.

Os do primeiro grupo aposentaram-se, de regra, com vencimentos integrais; os do segundo grupo, numa fase de transição, também poderão aposentar-se com proventos integrais, observadas as normas do art. 6º da EC nº 41/2003; e os componentes do terceiro grupo poderão, no caso do § 14 do art. 40 da Constituição, sujeitar-se ao limite atribuído ao regime geral da previdência (art. 201) e equivalente a dez salários mínimos.

Os servidores aposentados antes da edição da EC nº 41/2003 não estão à margem do grupo sócio-econômico, conexo à finalidade da previdência social; antes, porque sua subsistência pessoal depende diretamente dos benefícios pagos, interessa-lhes sobremodo a manutenção do sistema.

A circunstância de estarem aposentados não lhes retira *de per si* a responsabilidade social pelo custeio, senão que antes a acentua e agrava, à medida que seu tratamento previdenciário é diverso do reservado aos servidores da ativa. Enquanto os primeiros se aposentaram com os vencimentos integrais, os que ingressarem após a edição da Emenda poderão, pelo regime público (art. 40, § 14) receber, no máximo, o valor correspondente a dez salários mínimos, com abstração do montante dos vencimentos percebidos à época da aposentadoria. E, porque os servidores só entraram a contribuir desde a Emenda Constitucional nº 3/93, existem, ou podem existir, servidores agora inativos com proventos equivalentes à última remuneração, sem nunca terem contribuído para o custeio do sistema.

Esse tratamento tributário diferenciado encontra justificação no conjunto de elementos político-normativos representados pelo caráter contributivo do sistema, pela obrigatoriedade de equilíbrio atuarial e financeiro, pelo imperativo de solidariedade social, pela distribuição eqüitativa dos encargos do custeio e pela diversidade da base de financiamento. Seria desproporcional e, até injusto, sobrecarregar o valor da contribuição dos servidores ativos para concorrerem à manutenção dos benefícios integrais dos inativos, sabendo-se que os servidores ora em atividade (grupo iii) poderão, à aposentadoria, receber, no máximo, proventos cujo valor não ultrapassará dez salários mínimos, de modo que, fosse outro o tratamento, contribuiriam, para manter benefícios equivalentes a proventos integrais, mas receberiam até o limite do regime geral da previdência.

O caráter contributivo e solidário da previdência social impede tal distorção, que afrontaria ainda o princípio da ‘equidade na forma de participação de custeio’, objeto do art. 194, § único, IV, da Constituição da República.”

Conforme se vê, as contribuições vertidas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposestação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso.

“Renúncia”, no caso, é a denominação utilizada para contornar o que é expressamente proibido pelo ordenamento jurídico. A ausência de previsão legal reflete, precisamente, a proi-

bição, e não a permissão de contagem do tempo, pois que, em termos de sistema, o aposentado por tempo de serviço que retorna ou permanece em atividade contribui para o regime como um todo.

Todavia, não se trata de renúncia, uma vez que o autor não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende, em verdade, trocar o que recebe por outro mais vantajoso.

Ademais, que renúncia é essa em que não se cogita de devolução de tudo o que foi recebido a título de aposentadoria proporcional por tempo de serviço?

Ainda que tivesse o autor manifestado interesse em devolver os valores dos preventos da aposentadoria que vem recebendo, o pedido não poderia ser atendido. A ausência de previsão legal obsta a referida devolução. Isso porque não há critério para a apuração do quantum a ser devolvido, impedindo a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

O autor fez as opções erradas - ou certas, segundo o raciocínio que empreendeu à época em que requereu a aposentadoria. Não pode, agora, pleitear que toda a coletividade arque com o pagamento de benefício para o qual não há suporte legal e, muito menos, fonte de custeio.

A adoção da tese defendida pelo autor poderá levar a situações em que todo segurado do RGPS, potencialmente, todos os anos comparecerá ao Judiciário para pleitear a revisão de seu benefício, pois com a incidência do fator previdenciário sobre a média salarial, a cada ano trabalhado poderá fazer incidir sobre o mesmo a sua idade - mais avançada - e o novo tempo de contribuição - mais um ano.

O sistema previdenciário brasileiro tem se orientado no sentido de evitar a aposentadoria precoce, pois que isso vem exigindo enorme carga de contribuições da sociedade.

No caso das aposentadorias por tempo de serviço, a alternativa encontrada foi a de diminuir, drasticamente, o valor do benefício, pois isso põe o segurado a pensar se vale a pena pleitear o benefício prematuramente em troca de uma inatividade com poucos recursos.

Ora, se o objetivo sempre foi esse, qual seria a lógica da desaposentação? Conceder a desaposentação equivaleria a permitir exatamente o contrário, estimulando o aproveitamento do tempo de serviço laborado após a aposentação, para fins de incremento do valor do benefício, ao argumento de ausência de proibição legal/constitucional.

A se admitir tal tese, estaria consolidada, definitivamente, a autorização para a aposentadoria precoce, pois que nenhum trabalhador abriria mão de se aposentar mais cedo, recebendo de duas fontes - uma, pública: a aposentadoria; e a outra, privada: os salários da empresa; ou, no caso de servidor público, da remuneração do cargo ocupado -, pois que teria direito de acrescentar mais tempo de serviço àquele que considerou por ocasião da concessão do benefício originário.

E isso funcionaria em qualquer regime. No RPPS, com o cancelamento do benefício originário (aposentadoria por tempo de serviço proporcional ou integral), concedido no âmbito do RGPS, e expedição de certidão de tempo de serviço laborado em tal regime para averbá-lo junto ao ente público estatal. No RGPS, afastando o coeficiente de cálculo da aposentadoria proporcional ou, mesmo o FATOR PREVIDENCIÁRIO, importantes limitadores do salário de benefício e, conseqüentemente, do valor da renda mensal da aposentadoria. Tudo isso com enorme aumento do passivo do sistema sem qualquer autorização legal, em manifesta contrariedade ao que dispõe o art. 195, § 5º, da CF.

Dir-se-á que a norma é destinada aos legisladores, mas como extrair da legislação autorização de novo cálculo do benefício, com nova contagem de tempo de serviço posterior ao jubileamento sem qualquer previsão legal, mínima que seja?

Ou se dirá, ainda, que tal interpretação decorre do sistema. Mas, é precisamente a interpretação sistemática do ordenamento jurídico que conduz à conclusão da impossibilidade de majoração do valor do benefício por conta de um tempo de serviço laborado posteriormente à concessão da aposentadoria, pois que o único benefício pecuniário que era permitido - o pecúlio - foi revogado, e os coeficientes de cálculo das aposentadorias por tempo de serviço concedidas prematuramente têm sido cada vez menores por conta da incidência do FATOR PREVIDENCIÁRIO, que levam em conta o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de vida do segurado ao se aposentar.

Por outro lado, se a desaposentação é permitida por nosso sistema previdenciário, qual o número de vezes em que o obreiro poderá pleiteá-la?

Sim, porque quem pleiteia uma vez, poderá fazê-lo um sem número de vezes até se aposentar compulsoriamente. E com amplo interesse, pois com a incidência, hoje, do fator previdenciário - que, como ressaltado, leva em conta, na sua fixação, fatores como o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de vida, -, a cada mês que passa, o obreiro poderá pleitear novo recálculo do valor do benefício, objetivando, sempre, a melhor prestação. Tudo isso sem nenhuma disciplina legal, ocasionando ampla insegurança jurídica ao ente previdenciário que, quando pensava ter, finalmente, cumprido a sua missão constitucional - atender à contingência constitucionalmente protegida - nova contingência (!?) é reclamada.

Nem se alegue que houve contribuição para isso, pois que o sistema é projetado para funcionar de forma solidária, uma vez que, se somarmos, rigorosamente, as contribuições vertidas somente pelo segurado, veremos que elas não serão suficientes para custear nem mesmo o seu benefício, sendo necessário o aporte de outros recursos, que vêm de outras fontes de financiamento.

Façamos uma conta rápida - sem considerar a inflação presente no sistema -, de um indivíduo que começa a contribuir aos 18 anos de idade, por 35 anos, sobre R\$ 1.000,00, a uma alíquota de 11%. Veremos que, ao final do período terá acumulado uma reserva de R\$ 46.200,00, que será suficiente à cobertura de pouco mais de 46 meses de aposentadoria pelo mesmo valor do referido salário de contribuição (R\$ 1.000,00). E o restante do período, quem irá custeá-lo? Daí a importância das demais fontes de financiamento - dentre elas as contribuições vertidas após a jubilação.

Antes da Lei nº 8.870/94, para estimular a formalização do emprego para os aposentados que retornavam à atividade, era prevista a devolução das contribuições sob a forma de um pecúlio. Contudo, tal benefício foi extinto sem que se previsse, legalmente, qualquer outra forma de compensação em decorrência de tal extinção, tudo a demonstrar que o sistema está cada vez mais necessitando de recursos para financiar o pagamento dos necessitados de proteção social. Daí a instituição do fator previdenciário, cujo principal objetivo é retardar o momento da aposentadoria.

Ora, se, para a instituição de um fator inibidor da aposentação foi necessária a intervenção do legislador, o que se dizer de um fator estimulador? Sim, porque, permitida a desaposentação, sem a exigência de idade mínima, permissão para a contagem de tempo de serviço desde tenra idade, dentre outros fatores estimuladores, não haverá espaço - administrativa e judicialmente - para tantos pedidos de desaposentação.

Tem-se sustentado que não se pode admitir contribuições por parte do segurado sem uma contraprestação por parte do ente segurador. O tema foi analisado no julgamento acima mencionado, agora nas palavras do Min. Eros Grau:

“ ...

18. O que há, na hipótese, é relação institucional, adstrita a normas cogentes de Direito Administrativo, sendo perfeitamente possível a revisão de suas regras, a fim de resguardar-se o interesse público e a continuidade da prestação por parte do Estado.

É no quadro desta relação que haveria de ser considerada a referibilidade direta da contribuição a uma atuação concreta-atual ou potencial do Estado.

19. O segundo aspecto diz com a afirmação de que, embora a contribuição seja um tributo, *sua incidência sobre aposentadorias e pensões importaria quebra de sinalagma*.

Não é porém correta a suposição de que a relação previdenciária seja dotada de caráter sinalagmático.

O sinalagma é, na síntese de TRABUCCHI, o liame recíproco que existe em alguns contratos, entre a prestação e a contraprestação (*obligatio ultro citroque*).

Contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela circunstância de a prestação de cada uma das partes encontrar sua justificativa e seu fundamento na prestação da contraparte [*do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*].

...

O sinalagma é, na síntese de TRABUCCHI, o liame recíproco que existe em alguns contratos, entre a prestação e contraprestação (*obligatio ultro citroque*).

Contratos sinalagmáticos caracterizam-se pela circunstância de a prestação de cada uma das partes encontrar sua justificativa e seu fundamento na prestação da contraparte [*do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*].

Essa ligação funcional entre as duas prestações - que assume relevância tanto no momento da conclusão do contrato [sinalagma genético] quanto no momento da sua execução [sinalagma funcional] - *é típica dos contratos onerosos*, nos quais, na dicção de MOTA PINTO, ‘cada uma das prestações ou atribuições patrimoniais é o correspondente (a contrapartida) da outra, pelo que, se cada parte obtém da outra uma vantagem, está a pagá-la com um sacrifício que é visto pelos sujeitos do negócio como correspondente’.

Mas o sinalagma não significa real e objetiva equivalência entre prestação e contraprestação, sendo possível - ainda a dicção de MOTA PINTO - a ‘falta de equivalência objetiva ou usual das atribuições patrimoniais’. E prossegue: ‘no negócio oneroso as partes estão de acordo em que a vantagem que cada uma visa obter é contrabalançada por um sacrifício que está numa relação de estrita causalidade com aquela vantagem’.

Efetivamente como observa SERPA LOPES ‘nos contratos bilaterais, o que prepondera é a vinculação de uma prestação a outra, característico do sinalagma, genético para uns (vinculação originária das prestações), funcional para outros (vinculação na execução das obrigações)’. Não há sinalagma no caso, visto inexistir, nele, relação contratual, menos ainda contrato bilateral oneroso que o tenha estabelecido.

20. Pois é certo que o Estado, no caso da relação previdenciária, encontra-se em situação de dever. Não é titular de quaisquer direitos no bojo dessa relação, cujo outro pólo é ocupado pelo aposentado ou pelo pensionista.

A relação previdenciária decorre da lei, sem querer [= vontade] a caracterizá-la, ainda que nela sejam apontados traços similares aos de um contrato. Mas não há sinalagma a justificá-la. Sinalagma é liame entre obrigação e obrigação. Não há, nem pode haver, sinalagma entre dever e obrigação.

O Estado, nessa relação, está vinculado pelo dever de pagar aposentadorias e pensões, nos termos da lei. Não cumpre prestação, no sentido obrigacional, próprio à teoria geral dos contratos. O conteúdo das prestações, na relação previdenciária, é conformatado pela lei.

Sem penetrar considerações atuariais - cuja veracidade, de resto, é de ser presumida - anoto que o Estado está vinculado pelo dever de pagar aquelas aposentadorias e pensões, dele não sendo possível exigir-se o impossível.

21. Além de tudo, a atribuímos caráter contratual à relação previdenciária - e o faço apenas para argumentar, visto que ela, relação previdenciária, não decorre de nenhum ato de vontade, mas da lei - seríamos compelidos a, nas circunstâncias de fato presentes, cogitar da sua revisão, o que nos conduziria a indagar do rompimento ou não rompimento do equilíbrio econômico da relação.

Isso não seria, no entanto, admissível em ADI.

Ainda assim lembro aqui voto do Ministro PAULO BROSSARD na ADI 493 - o ato jurídico perfeito cederia diante da teoria da imprevisão. Palavras do Ministro BROSSARD: 'É interessante que a velha cláusula medieval da "rebus sic stantibus" tivesse sido, "redescoberta" em 1.912, por um jovem jurista italiano, OSTI (...)', cuja evolução autoriza a modificação substancial de cláusulas de contratos em pleno vigor, de atos jurídicos perfeitos.

Ademais, como observa FRANZ NEUMANN, nenhum sistema social, nem mesmo o mais conservador, no sentido literal do termo, pode apenas conservar, pois até mesmo para tanto será preciso mudar.

22. Vê-se para logo, assim, que a tese da quebra de sinalagma na relação previdenciária não é sustentável.

Estamos diante de tributo cujo fato gerador é a percepção de determinada parcela de proventos e pensões. E, vimos acima, a percepção do benefício pode perfeitamente ser eleita pelo direito como sua hipótese de incidência.

O paralelo entre sistema estatutário [ativos *versus* inativos] e sistema previdenciário [contribuintes *versus* beneficiários) não me parece adequado, salvo se o regime do segundo não pudesse ter sido alterado. Como isso pode se dar - pois não há direito adquirido a regime jurídico - o paralelismo perece.

A contribuição tem de ser considerada no quadro dessa relação, à qual a lei - e mais ainda emenda constitucional - aplica-se imediatamente.

A propósito, retornando a CELSO ANTÔNIO, diz ele ser nítida a 'imediata aplicação das modificações [inclusive de ordem tributária, completo eu, na linha de pensamento do eminente professor da PUC de São Paulo] que incidam sobre as situações gerais'.

23. - Passo a outro capítulo, no qual a afirmação de que o § 5º do artigo 195 da Constituição ensinaria a conclusão de que a instituição de nova exação previdenciária apenas se justificaria desde que estabelecido novo benefício. No julgamento da ADI 2.01 foi dito que '[s]em causa eficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício'.

O raciocínio, contudo, não procede no regime instalado pelo artigo 195, *caput* da Constituição, de caráter contribuinte [contributivo] e solidário.

24. - O artigo 195 da Constituição do Brasil dispõe que 'a seguridade será financiada por toda a sociedade ...' e o § 5º desse artigo apenas impõe ao legislador a vedação de ser criado, majorado ou estendido benefício ou serviço da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio. Esta não é a hipótese. O benefício (da aposentadoria) já está criado.

O que se tem - isso poderia ser dito - é a instituição de outra fonte de custeio para garantir a manutenção de benefício da seguridade [para o que era exigido apenas lei complementar - artigo 195, § 4º).

Os benefícios da previdência social estão previstos no capítulo da Seguridade Social, que - repita-se - é financiada por toda a sociedade. Não há, em qualquer das disposições veiculadas pelo artigo 201, nenhuma garantia de que, concretizada a percepção de qualquer benefício previdenciário - auxílio-reclusão, etc. - deixaria de ser exigida qualquer contribuição.

Por outro lado, o fato de ser assegurado o direito à inativação remunerada somente após longo período de contribuição não significa exaurimento da obrigação de contribuição para a seguridade social, dado que o servidor, por haver se aposentado, não está excluído da fruição de outros benefícios previdenciários mantidos pela seguridade social.

O artigo 201, § 7º ao conjugar contribuição e idade, somente deixou assente a partir de que momento estava assegurada a aposentadoria - apenas fixou os requisitos a serem atendidos para que o servidor possa aposentar-se. Em nenhum momento o preceito assegura que, cumpridos esses requisitos, ele seria titular de direito a não mais contribuir. Isso é bem nítido também. Ademais, é bem sabido que a aposentadoria é apenas um dos benefícios da previdência social. 25. O raciocínio que estou a recusar parte de uma leitura invertida do preceito contido no § 5º do art. 195 da Constituição do Brasil, visto que a correlação presente neste dispositivo tem apenas uma via, ou seja, a de que nenhum benefício será instituído sem fonte de custeio. Insisto em que a interpretação *a contrario sensu* só teria sentido em um sistema exclusivamente contributivo. E que não há, no texto constitucional, menção à situação inversa, no sentido de que a cada contribuição criada deva corresponder um benefício específico. De mais a mais e neste passo retorno ao quanto anteriormente observado - não é admissível a instalação de sinalagma na relação previdenciária, o que estaria sendo pretendido mediante a prática dessa leitura. Isso assim não pode ser, salvo se pretendêssemos voltar ao passado, para reproduzir o debate já aquietado na doutrina e na jurisprudência - a propósito da natureza da relação de emprego público, com opção pela teoria contratual, há muito vencida pela teoria estatutária [ver, por todos, RE 20.988/SP].

Lembre-se que o servidor, ao aposentar-se, não perde o vínculo que o jungia, enquanto ativo, à Administração, eis que é dela (federal, estadual ou municipal) que sairão os recursos para pagá-lo.

Essa vinculação é transferida para o pensionista, estando positivada na Constituição de 1.988 na medida em que ela define que os proventos de aposentadoria e as pensões não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão (Constituição do Brasil, artigo 40, § 2º; veja-se a EC 20/98). A contribuição exigida do servidor em atividade é condição de sua aposentadoria, bem assim da pensão por morte devida aos seus dependentes. Os proventos de sua aposentadoria estão sujeitos ao teto de vencimentos fixado para a Administração Pública em geral (artigo 40, § 11) e a pensão por morte do servidor não poderá ser superior à remuneração percebida pelo *de cujus* (artigo 40, § 2º).

26. - Insisto em que essas relações decorrem da lei e não de qualquer ato de vontade, como observam os Ministros MOREIRA ALVES e CELSO DE MELLO nos arestos acima mencionados. (...).

Adaptando as palavras do ministro ao caso concreto, as contribuições previdenciárias vertidas ao sistema após a aposentação são tributos cujo fato gerador é a percepção de salários (no caso do RGPS) ou remuneração (no caso do RPPS), não se podendo opor a tal relação jurídica compulsória a ausência de contraprestação - que faria sentido num regime exclusivamente contributivo -, por conta, precisamente, do princípio da solidariedade, tantas vezes aqui citado.

Observe-se que o ministro ainda alude a outro fundamento constantemente manejado

para afastar a incidência de contribuições, qual seja, a ausência de causa eficiente, pois que a instituição de nova exação previdenciária só se justificaria desde que estabelecido novo benefício, que, no caso em apreço, seria uma aposentadoria mais encorpada, mediante a aplicação da teoria da desaposentação. Contudo, lembra que, no julgamento da ADI 2010, tal fundamento foi devidamente afastado, pois, no regime de previdência implantado pelo constituinte de 88, de caráter contributivo e solidário, não se exige, necessariamente, correlação entre custo e benefício.

Aos defensores da teoria da desaposentação impressiona o fato de serem efetuadas contribuições sem qualquer possibilidade de contraprestação ao segurado contribuinte. Daí defenderem a renúncia ao benefício e imediata concessão de outro, da mesma espécie, com acréscimo de tempo de contribuição, idade e novos salários de contribuição.

O tema foi exaustivamente apreciado pelo STF, no julgamento acima citado, merecendo ser transcrito, aqui - apesar de renovar outros já apresentados -, os fundamentos expostos pelo Min. Gilmar Mendes:

“Sem dúvida, a redação dada ao *caput* do art. 40 pela Emenda 20 assegurou aos servidores regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservassem o equilíbrio financeiro e atuarial. Essa imposição é reproduzida no *caput* do art. 201 da Constituição. O princípio do ‘equilíbrio financeiro e atuarial’ contém basicamente duas exigências. A primeira impõe que as receitas sejam no mínimo equivalentes aos gastos, e aqui temos o denominado equilíbrio financeiro. A segunda exigência, relativa ao equilíbrio atuarial, determina a adoção de correlação entre os montantes com que contribuem os segurados e os valores que perceberão a título de proventos e pensões.

No que se refere ao equilíbrio atuarial, portanto, exige-se uma correlação entre os montantes relativos à contribuição e ao benefício. Ocorre que a Constituição já dispõe sobre o valor dos benefícios previdenciários dos servidores públicos. Assim, para se cumprir o mandamento constitucional de preservação do mencionado equilíbrio, reconhecido inclusive por este Supremo Tribunal Federal (ADIn’s 2.110 e 2.111, Rel. Min. Sydney Sanches, Informativo nº 181), resta ao Estado tão-somente disciplinar a questão da contribuição. Todavia, o valor da contribuição incidente sobre a remuneração dos servidores em atividade não poderia implicar confisco, nem assumir valores exorbitantes, tornando insustentável a vida financeira do indivíduo.

Com efeito, existem evidentes limites factuais e normativos para a elevação das alíquotas das contribuições previdenciárias dos servidores em atividade. Destarte, evidencia-se a importância de que todos os beneficiários do regime de previdência social do servidor público, inclusive os servidores inativos, concorram para a solidez e manutenção do sistema previdenciário, assegurando-lhe tanto o equilíbrio financeiro entre receitas e despesas quanto o equilíbrio atuarial entre contribuições e benefícios.

...

Outro argumento que se coloca é da chamada ‘causa suficiente’.

O Ministério Público Federal reproduz, em seu parecer, argumento no sentido de uma alegada ausência de causa suficiente para a instituição da contribuição dos inativos. Para tanto, arrima-se em trecho da decisão proferida por esta Corte na ADI 2010, em que se teria assentado que ‘sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou majoração) da contribuição da seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício’.

Em primeiro lugar, não se afigura correta simples extensão desse entendimento firmado na

ADI 2010, dirigido ao legislador infraconstitucional.

Não parece acertado pressupor, desde logo, que o legislador constituinte esteja vinculado, ao menos de um modo irrestrito, ao regime contributivo, ou ainda, a um modelo de completa correspondência entre contribuição e benefício. Não se nega, obviamente, que a Constituição almeja um sistema baseado especialmente na idéia do regime contributivo, em que os potenciais beneficiários, ao longo de sua vida profissional ativa, depositam recursos em um fundo que, no futuro, lhes devolverá tais recursos na forma de proventos de aposentadoria. Essa de fato é a idéia básica e o princípio de natureza atuarial concebido para viabilizar a existência e a eficiência do sistema previdenciário.

Mas daí não se pode chegar à conclusão de que qualquer obrigação tributária para fins previdenciários deva ter no futuro um benefício que corresponda de um modo exato àquele ônus. Além da evidente inviabilidade prática desse tipo de percepção, não há exigência constitucional nesse sentido, e muito menos uma cláusula pétrea a estabelecer tal limitação específica. Não estou, obviamente, endossando entendimento no sentido de que qualquer ônus a ser estabelecido para os beneficiários da Previdência podem ser livremente fixados pelo legislador, ainda que legislador constituinte. Os parâmetros constitucionais de controle existem, inclusive as cláusulas pétreas. O que quero afastar desde logo é um argumento que com a devida vênia não parece ter esse amparo constitucional.

Isto porque, a par do caráter contributivo, vigora o princípio da solidariedade. Nesse sentido o preciso ensinamento de Luís Roberto Barroso, em parecer juntado aos autos, *verbis*:

‘Uma das principais características do direito constitucional contemporâneo é a ascensão normativa dos princípios, tanto como fundamento direto de direitos, como vetor de interpretação das regras do sistema. Dentre os princípios que vêm merecendo distinção na quadra mais recente está o princípio da solidariedade, cuja matriz constitucional se encontra no art. 3º, I. O termo já não está mais associado apenas ao direito civil obrigacional (pelo qual alguém tem direito ou obrigação à integralidade do crédito ou da dívida), mas também, e principalmente, à idéia de justiça distributiva. Traduz-se na divisão de ônus e bônus na busca de dignidade para todos. A solidariedade ultrapassa a dimensão puramente ética da fraternidade, para tornar-se uma norma jurídica: o dever de ajudar o próximo. Conceitos importantes da atualidade, em matéria de responsabilidade civil, de desenvolvimento sustentado e de proteção ambiental fundam-se sobre este princípio, inclusive no reconhecimento de obrigações com as gerações futuras.

Pois bem: o sistema de previdência social é fundado, essencialmente, na idéia de solidariedade, especialmente quando se trata do regime próprio dos servidores públicos. Em primeiro lugar, existe solidariedade entre aqueles que integram o sistema em um dado momento, como contribuintes e beneficiários contemporâneos entre si. Além disso, no entanto, existe solidariedade entre as gerações, um pacto de confiança entre elas. O modelo de repartição simples constitui um regime de financiamento solidário, no qual os servidores em atividade financiam os inativos e comungam da crença de que o mesmo será feito por eles em algum lugar do futuro, pela geração seguinte.

A vista de tais premissas, a contribuição previdenciária de ativos e inativos não está correlacionada a benefícios próprios de uns e de outros, mas à solvabilidade do sistema. Como bem captou o Ministro Sepúlveda Pertence: “Assim como não aceito considerações puramente atuariais na discussão dos direitos previdenciários, também não as aceito para fundamentar o argumento básico, contra a contribuição dos inativos, ou seja, a de que cumpriram o quanto lhes competia para obter o benefício da aposentadoria.

Contribuição social é um tributo fundado solidariedade social de todos para financiar atividade estatal complexa e universal, como é a seguridade”.

Em suma, o compromisso do contribuinte inativo ou pensionista, ao pagar esse específico tributo, é com o sistema como um todo, e não apenas com a sua conta junto ao órgão previdenciário. Daí não haver qualquer incoerência na inclusão dos inativos e pensionistas entre os contribuintes do sistema. Tal fato obviamente sequer desnatura o que é peculiar à contribuição previdenciária, qual seja a vinculação dos seus recursos à manutenção do regime de previdência, com a solvabilidade do sistema e, em última instância, com a capacidade econômica do sistema em honrar os benefícios previdenciários. Tal situação, por certo, jamais poderia ser confundida com a do imposto de renda.

Não vejo, portanto, qualquer razão para que seja estabelecida uma restrição absoluta à instituição para a contribuição dos inativos, tendo em vista esta alegada inexistência de causa suficiente.
(...)"

Conforme se extrai dos fundamentos, o sistema previdenciário brasileiro é contributivo, mas se baseia na solidariedade, cujo motor principal é a participação de toda a coletividade no financiamento do sistema, o que afasta a necessidade de correspondência entre custeio e benefício, próprio dos sistemas eminentemente contributivos.

Com relação ao *segundo pedido*, porém, a solução é diversa.

O autor pretende renunciar à aposentadoria proporcional que recebe e obter nova aposentadoria, desta vez com fundamento na *idade*, computando apenas o período de contribuição posterior à primeira aposentação, ou seja, 19 anos, 9 meses e 19 dias.

Trouxe os cálculos simulados no site da DATAPREV em abril de 2009, juntados às fls. 56/59, onde comprova que, caso atendido o primeiro pedido, passaria a receber aposentadoria por tempo de contribuição com renda mensal de R\$ 3.218,90; se atendido o segundo pedido, a renda mensal da aposentadoria por idade seria de R\$ 2.627,22. Em novembro de 2009, o valor da aposentadoria atualmente recebida era de R\$ 2.178,00.

O § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91 veda ao *aposentado* que permanecer em atividade sujeita ao Regime Geral de Previdência Social ou a ele retornar, a fruição de prestações decorrentes do exercício dessa atividade, à exceção do salário-família e da reabilitação profissional.

A interpretação do dispositivo faz ressaltar a palavra *aposentado*, o que comprova que, se estiver o segurado nessa condição, isto é, *aposentado*, não poderá acrescer outras coberturas previdenciárias à que já recebe, e nem utilizar os novos salários de contribuição posteriores para elevar o valor da renda mensal que recebe.

A meu ver, o que o § 2º proíbe é o aproveitamento do período de contribuição posterior para dar novo valor à renda mensal da aposentadoria já concedida, pelos fundamentos já expostos quando da apreciação do primeiro pedido. Ou seja, a proibição se restringe à *revisão* do valor da renda mensal da aposentadoria com o aproveitamento do tempo de contribuição posterior.

O segundo pedido, contudo, é totalmente diferente. O autor pretende renunciar à cobertura previdenciária que recebe por ter completado o tempo de serviço necessário à aposentadoria proporcional. E requer nova aposentadoria, desta vez por ter completado a idade e a carência, considerando apenas o tempo de contribuição posterior à primeira aposentação.

O pedido, agora, não é de revisão, uma vez que nada se aproveitará do tempo de serviço/contribuição utilizado para a concessão e cálculo da aposentadoria proporcional.

Agora sim, trata-se de renúncia à cobertura previdenciária concedida, com a obtenção de outra, mais vantajosa e totalmente distinta da anterior.

Não há, nesse pedido alternativo, violação a nenhum dos princípios constitucionais e legais que fundamentam o indeferimento do primeiro.

O segurado recebeu a proteção previdenciária a que tinha direito quando lhe foi concedida a aposentadoria proporcional, porque cumprira a carência e o tempo de serviço necessários à concessão do benefício. Não pretende, agora, apenas a modificação do que já recebe, mas, sim, a concessão de outra cobertura previdenciária mais vantajosa, para a qual contribuiu depois de aposentado, tendo cumprido os requisitos de idade e carência.

São contingências geradoras de coberturas previdenciárias diversas - aposentadoria por tempo de serviço/contribuição e aposentadoria por idade -, com base em períodos de carência e de contribuição totalmente diferentes, onde os cálculos do novo benefício nada aproveitarão do benefício antigo.

O regime previdenciário nenhum prejuízo terá com a renúncia e a concessão de novo benefício porque este estará fundado em novo período contributivo e em nova contingência e carência.

Resta a análise, agora, da proibição de renúncia ao benefício prevista no art. 181-B do Decreto 3.048/99. Diz o dispositivo que as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial são irreversíveis e irrenunciáveis.

A previsão parte do pressuposto de que a aposentadoria é a proteção previdenciária máxima dada ao segurado, garantidora de sua subsistência com dignidade quando já não mais pode trabalhar, que poderia ser comprometida com a renúncia ao recebimento do benefício.

Proteção previdenciária é direito social. Irrenunciável, portanto. O que não se admite é que o segurado renuncie e fique totalmente à mercê da sorte.

Mas o que o autor pretende não é renúncia a toda e qualquer proteção previdenciária. Pelo contrário, pretende obter outra que lhe é mais vantajosa, para a qual contribuiu depois de aposentado, tendo, para isso, cumprido os requisitos de idade e carência.

Possível, então, nessa hipótese, a renúncia à aposentadoria atual, para obtenção de aposentadoria por idade, uma vez que tempo de contribuição, carência e idade foram alcançados em período posterior à primeira aposentadoria.

Admitida a possibilidade de renúncia, resta verificar se o segurado cumpriu realmente os requisitos para a aposentadoria por idade.

Os requisitos para concessão da aposentadoria por idade se encontram fixados nos arts. 48 e 49 da Lei 8.213/91.

O *caput* do referido art. 48 dispõe:

“A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, 60 (sessenta) se mulher”.

O autor já era inscrito na Previdência Social antes da vigência da Lei 8.213/91.

O período de carência é o estabelecido no art. 142 da Lei 8.213/91, uma vez que aplicável, no caso, a norma de transição.

O autor completou 65 anos em 17.02.2005, portanto, fará *jus* ao benefício se comprovar o cumprimento do período de carência de 144 meses, ou seja, 12 anos.

O autor juntou cópias das CTPS (fls. 19/25), confirmados no CNIS (fls. 26/32).

Conforme tabela anexa, até a propositura da ação (01.09.2009), o autor conta com 19 anos, 09 meses e 20 dias, tempo suficiente para a concessão da aposentadoria por idade de trabalhador urbano.

O termo inicial do benefício é fixado na data da citação (14.09.2010 - fls. 95 v.).

O abono anual decorre da Constituição Federal e da Lei 8.213/91, sendo devido independentemente de requerimento.

A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas 08 deste Tribunal, e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos.

Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97.

As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos.

Os honorários advocatícios são fixados em 10% das parcelas vencidas até a sentença, conforme Súmula 111 do STJ.

O INSS é isento de custas, mas deve reembolsar as despesas efetivamente comprovadas.

Isto posto, rejeito as preliminares e dou parcial provimento à apelação para conceder o benefício de aposentadoria por idade, considerado apenas o tempo de contribuição posterior à aposentadoria, a partir da citação (14.09.2010 - fl. 95v.). Fixo a verba honorária em 10% do valor da condenação, consideradas as parcelas vencidas até a sentença, conforme Súmula 111 do STJ. A correção monetária das parcelas vencidas incide na forma das Súmulas 08 deste Tribunal, e 148 do STJ, bem como da Lei 6.899/81 e da legislação superveniente, descontando-se eventuais valores já pagos. Os juros moratórios são fixados em 0,5% ao mês, contados da citação, na forma dos arts. 1.062 do antigo CC e 219 do CPC, até o dia anterior à vigência do novo CC (11.01.2003); em 1% ao mês a partir da vigência do novo CC, nos termos de seu art. 406 e do art. 161, § 1º, do CTN; e, a partir da vigência da Lei 11.960/09 (29.06.2009), na mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, conforme seu art. 5º, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97. As parcelas vencidas serão acrescidas de juros moratórios a partir da citação. As parcelas vencidas a partir da citação serão acrescidas de juros moratórios a partir dos respectivos vencimentos. O INSS é isento de custas, mas deve reembolsar as despesas efetivamente comprovadas.

As parcelas recebidas deverão ser compensadas a partir da DIB fixada nestes autos, nos termos do art. 462 do CPC.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

- Sobre a possibilidade ou não da desaposentação para substituição da aposentadoria por outra mais vantajosa, veja também o artigo doutrinário “Desaposentação. Uma reflexão necessária.”, de autoria do Desembargador Federal Fausto De Sanctis, publicado na RTRF3R 109/9; e os seguintes julgados: AC 1999.61.00.017620-2/SP, Relator Desembargador Federal Jediael Galvão, publicada na RTRF3R 91/274; Ag AC 0012638-43.2008.4.03.6183/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 100/166; AC 0005152-13.2009.4.03.6105/SP, Relatora Desembargadora Federal Lucia Ursaia, publicada na RTRF3R 104/429; AC 0042535-80.2009.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicada na RTRF3R 106/564; ApelReex 0016209-85.2009.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 110/229; AC 0000176-47.2011.4.03.6119/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicada na RTRF3R 112/156 e AC 0001844-55.2011.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 112/166.

AÇÃO RESCISÓRIA
0019845-81.2009.4.03.0000
(2009.03.00.019845-7)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Ré: MARIA DE BENEDETTI ROEL
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE ITAPEVA - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: AR 6895
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/05/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - APOSENTADORIA POR IDADE - RURÍCOLA - ERRO DE FATO - PROCEDÊNCIA - PEDIDO SUBJACENTE IMPROCEDENTE - TUTELA ANTECIPADA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. O aresto rescindendo incorreu em erro de fato, por não ter considerado a condição de motorista do marido da ré atestada nos documentos acostados na ação subjacente.
2. Considerado o nexo causal entre a inexistência de apreciação desse fato e a procedência do pedido, cabível é a desconstituição do julgado, com fundamento no artigo 485, IX, do CPC.
3. Em sede de juízo rescisório, discute-se o direito da autora, trabalhadora rural em regime de economia familiar, à obtenção da aposentadoria por idade.
4. Não obstante as anotações constantes do contrato de compra e venda e da escritura do imóvel (1974), extrai-se das declarações de produtor rural (1979/1981) a existência de 2 empregados permanentes na propriedade e a qualificação do marido da autora como motorista, a qual, sobretudo, gerou o benefício de pensão por morte à autora.
5. Some-se a esse argumento o fato de os testemunhos colhidos serem genéricos e mal circunstanciados.
6. Assim, indevida é a aposentadoria pleiteada, porquanto, à vistas das provas colacionadas na ação subjacente, não se tem por demonstrada a faina rural alegada.
7. Ação rescisória procedente. Pedido subjacente improcedente.
8. Tutela antecipada concedida de ofício.
9. Sem condenação em verbas de sucumbência, por ser a ré beneficiária da Justiça Gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar procedente a rescisória, para desconstituir o julgado e, em novo julgamento, reconhecer a improcedência do pedido da ação subjacente, bem como conceder a antecipação dos efeitos da tutela jurídica, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de maio de 2012.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Trata-se de ação rescisória proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social, para, com fundamento no artigo 485, IX, do CPC, desconstituir o v. julgado que acolheu o pedido de aposentadoria por idade devida a trabalhadora rural.

Alega, em síntese, ter o v. acórdão incorrido em erro de fato, ao conceder o benefício, mediante o reconhecimento de trabalho rural em regime de economia familiar, sem atentar para os documentos, juntados aos autos da ação originária, que apontam a profissão do marido como motorista.

Pretende a rescisão do acórdão e, em consequência, a nova apreciação do pedido originário, para julgá-lo improcedente.

Pede antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 8/102.

O despacho de fl. 104 postergou a apreciação da tutela antecipada para depois da contestação e determinou a citação da ré.

Citada (fl. 120v.), a ré apresentou contestação, na qual alega não ter ocorrido o erro de fato apontado, pois houve pronunciamento e controvérsia acerca das questões tratadas, pretendendo o ente previdenciário utilizar-se desta ação como sucedâneo de recurso. Requer a improcedência da demanda rescisória e a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita (fls. 121/124). Colaciona outros documentos em nome do marido relativos ao meio rural.

Réplica apresentada às fls. 188/195.

Instadas à especificação de provas (fl. 198), o INSS dispensou a dilação probatória, e a ré pugnou pela produção de prova testemunhal, a qual foi deferida.

Em audiência realizada em 4/8/2010 foram ouvidas as testemunhas arroladas pela ré (fls. 218/220).

Razões finais apresentadas às 227/233 pelo autor e, às fls. 235, pela ré.

O DD. Órgão do Ministério Público Federal opinou pela improcedência da rescisória (fls. 237/239).

É o relatório.

À revisão (artigo 34, I, do Regimento Interno desta Corte).

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Preliminarmente, consigno o recebimento da conclusão deste processo na data do relatório.

Ademais, *concedo* à ré os benefícios da Justiça Gratuita requeridos em contestação.

Pretende o autor, com fundamento no art. 485, inciso IX, do Código de Processo Civil, a rescisão do v. julgado que acolheu o pedido de aposentadoria por idade devida a trabalhadora rural.

A ação rescisória é o remédio processual (art. 485 do CPC) do qual a parte dispõe para invalidar sentença de mérito transitada em julgado, dotada de eficácia imutável e indiscutível (art. 467 do CPC). Nessas condições, o que ficou decidido vincula os litigantes. A ação rescisória autoriza as partes a apontar imperfeições no julgado; seu objetivo é anular ato estatal com força de lei entre as partes.

A tanto, assinalo não ter sido superado o biênio imposto à propositura da ação, pois o ajuizamento desta rescisória deu-se em 8/6/2009, e o trânsito em julgado da decisão, em 5/2/2009 (fl. 101).

As partes encontram-se devidamente representadas: a ré, por advogado legalmente constituído e, o autor, por seu procurador autárquico.

Assim, firmados os limites da lide e preenchidas as condições da ação e seus pressupostos processuais, passo ao juízo rescindendo.

Segundo o autor o *decisum* rescindendo incorreu em erro de fato, porquanto não atentou à condição de motorista do marido da ré constante dos documentos inclusos na ação subjacente, suficiente a descaracterizar o alegado regime de economia familiar.

Dispõe o inciso IX do artigo 485 do Código de Processo Civil:

“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.”

A esse respeito, a anotação de Theotonio Negrão:

“Art. 485: 44. ‘O erro de fato que dá margem à rescisória é aquele que, observados os requisitos do inciso IX do art. 485, CPC, serve de fundamento a sentença rescindível, que teria chegado a conclusão diversa não fora ele’ (RTJ 136/55).

É preciso que o erro de fato tenha sido ‘capaz, por si só, de (...) assegurar pronunciamento favorável’ à parte contrária, de sorte a ser ‘razoável presumir que o juiz não teria julgado como o fez se tivesse atentado para a prova’ (STF - Pleno, AR 991-6-PB, j. 5.9.79, julgaram improcedente, v. u., DJU 21.3.80, p. 1.550). No mesmo sentido: STJ - RT 681/199, RTJ 128/1.208, RT 654/137 (julgando procedente a rescisória), Bol. AASP 1.468/27.

‘Não é rescindível a sentença em que o juiz, ainda quando errando na apreciação da prova, declarou expressamente que decidia como o fez porque determinado fato ocorrera’ (RTJ 98/972). No mesmo sentido: RSTJ 3/682, à p. 684, RT 627/83, 632/123, à p. 126.” (In: *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 38ª ed. Saraiva, p. 575).

No caso dos autos, sobre a análise da prova inerente à faina campestre, dispôs o decisorio (fls. 64/66):

“(...) A parte autora completou a idade mínima exigida pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.213/91 para postular a espécie de aposentadoria deduzida na inicial (fls. 06). Laborou em regime de economia familiar, durante anos, contemplado o período de equivalência de carência, consoante comprova o início de prova documental (fls. 06/30), assaz em demonstrar o vínculo da parte autora com o ambiente rural, e a prova oral colhida nesta audiência, que, em conjugação, são deveras convincentes em determinar, com precisão, o atendimento de todos os requisitos necessários à concessão da benesse previdenciária postulada. (...)”

Verifica-se, pois, não ter havido expresso pronunciamento e controvérsia acerca da *condição de motorista* do marido da ré.

Assim, é de rigor a desconstituição do julgado, com fulcro no regramento em foco, considerado, ainda, o nexos causal entre a inexistência de apreciação desse fato e a procedência do pedido.

Nesse sentido, são os arestos (n. g.):

“AÇÃO RESCISÓRIA. DOLO DO SEGURADO E VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSIÇÃO DE LEI. DESCARACTERIZADOS. CAUSA DE PEDIR. ERRO DE FATO. ARTIGO 485, INCISO IX, CPC. EXERCÍCIO DE TRABALHO URBANO EM PERÍODO ANTERIOR À PROPOSITURA DA DEMANDA PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA RURAL. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA.

(...)

IV - Houve erro de fato, pois, pelo teor do julgamento colegiado, observa-se que *não houve qualquer deliberação acerca do vínculo estatutário do segurado* com o Município de Jales.

V - Constatou-se que, entre fevereiro de 1989 a novembro de 1990, o segurado manteve relação de emprego com o Município de Jales. Em data posterior, seu vínculo se tornou estatutário e se aposentou em dezembro de 1997 por regime de previdência.

VI - Ação rescisória julgada procedente.”

(TRF/3ª Região, Terceira Seção, Ação Rescisória nº 98.03.089428-5/SP, rel. acórdão David Diniz, julgado em 8/9/2011, TRF3 CJ1 27/1/2012)

“AÇÃO RESCISÓRIA. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ART. 485, INCS. V E IX, DO CPC. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ERRO DE FATO. APOSENTADORIA. AUXÍLIO-ACIDENTE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. MOLÉSTIA INCAPACITANTE. LAUDO PERICIAL. ECLOSÃO EM MOMENTO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI Nº 9.528/97. AÇÃO ACIDENTÁRIA AJUIZADA APÓS A EDIÇÃO DA REFERIDA LEI. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual:

‘Para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade, indispensável, conforme preconizam os parágrafos do art. 485, inciso IX, do CPC, que não tenha havido controvérsia sobre o fato, tampouco acerca dele pronunciamento judicial’. (AR 878/ES, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ 19/2/2001)

2. No caso dos autos, tal como se verifica da própria letra da decisão rescindenda, não houve qualquer valoração em relação à prova técnica coligida pelo segurado, da qual era possível aferir a época em que a moléstia incapacitante noticiada com a inicial eclodiu.

Neste particular, limitou-se a decisão rescindenda a consignar que o benefício acidentário, anteriormente indenizatório e vitalício, devido independentemente de qualquer outra verba percebida pelo segurado, com a edição da Lei nº 9.528/97, passou a ser inacumulável com o de aposentadoria.

3. A par dessas premissas, é de se concluir pela configuração de erro de fato, porquanto *não houve valoração suficiente do conjunto probatório coligido aos autos*, sendo este o posicionamento já assentado por esta Terceira Seção, conforme o acórdão proferido na Ação Rescisória nº 1.276/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (DJe 1º/2/2010), assim ementado: ‘*Desconsiderada a prova constante dos autos da ação originária*, resta caracterizada a ocorrência de erro de fato, a autorizar a procedência da ação rescisória.’ No mesmo sentido: Ação Rescisória nº 1.364/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 3/11/2009 e Ação Rescisória nº 2.972/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJ 12/12/2007. (...).”

(STJ, Terceira Seção, Ação Rescisória nº 20050209525-9, Rel. OG Fernandes, julgado em 10/11/2010, DJe 29/11/2010)

Passo ao juízo rescisório.

Discute-se o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de aposentadoria por idade à trabalhadora rural, em *regime de economia familiar*.

Com a criação do PRORURAL pela Lei Complementar nº 11/71, alterada pela Lei Complementar nº 16/73, o trabalhador rural, chefe ou arrimo de família, passou a ter direito à aposentadoria por idade correspondente à metade do valor do salário-mínimo, desde que completasse 65 (sessenta e cinco anos) e comprovasse o exercício de atividade rural pelo menos nos três últimos anos anteriores à data do pedido do benefício, ainda que de forma descontínua (artigos 4º e 5º).

A Constituição Federal de 1988 introduziu profundas alterações na sistemática então vigente, ao reduzir a idade para 60 anos, se homem, ou 55 anos, se mulher (artigo 202, I - redação original), e ao ampliar o conceito de chefe de família para nele incluir a esposa que contribui com seu trabalho para a manutenção do lar (artigo 226, § 5º), vedado o valor do benefício inferior a um salário-mínimo mensal (artigo 201, § 5º - redação original).

Entretanto, ao decidir o Colendo Supremo Tribunal Federal (Embargos de Divergência no RE nº 175.520-2/RS, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 6/2/98) não ser autoaplicável o disposto no artigo 202, I, da Constituição Federal, tem-se que a redução da idade não se insere em uma mera continuação do sistema anterior, mas a um novo, decorrente de uma ruptura com aquele, estabelecida com a regulamentação do dispositivo constitucional pela Lei nº 8.213/91; ou seja, somente a partir da vigência desta lei os trabalhadores rurais passaram a ter direito à aposentadoria por idade nos termos previstos na CF/88.

Assim, se, com o advento da Lei nº 8.213/91, o rurícola já possuía a idade mínima estabelecida na CF/88, faz-se necessária a comprovação do exercício de atividade rural por 60 meses, conforme o disposto no artigo 142, considerado o ano de vigência da referida lei (1991).

A questão relativa à comprovação de atividade rural se encontra pacificada no STJ, que

exige início de prova material, afastando por completo a prova exclusivamente testemunhal (Súmula 149 STJ), admitindo, contudo, a extensão da qualificação de lavrador de um cônjuge ao outro, e, ainda, que os documentos não se refiram precisamente ao período a ser comprovado (STJ, RESP 501281, 5ª Turma, j. em 28/10/2003, v. u., DJ de 24/11/2003, página 354, Rel. Ministra Laurita Vaz).

Em relação às contribuições previdenciárias, é assente o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp 207.425, 5ª Turma, j. em 21/9/1999, v. u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezzini; e STJ, RESP nº 502.817, 5ª Turma, j. em 14/10/2003, v. u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

No caso, o requisito etário restou preenchido, pois, na entrada em vigor da Lei nº 8.213/91, a parte autora, nascida em 1931, contava idade superior à exigida.

Contudo, não obstante anotações rurais em nome do marido, no contrato de compra e venda (1974), e apontamentos rurais em nome de ambos - marido e esposa - na escritura do imóvel (1974), o regime de economia familiar restou descaracterizado.

Com efeito, extrai-se das declarações de produtor rural (1979/1981) a existência de 2 (dois) empregados permanentes na propriedade e a qualificação do marido da autora como *motorista*, a qual, sobretudo, gerou o benefício de *pensão por morte à autora*, ora ré na rescisória (fl. 48).

Some-se a esse argumento o fato de os testemunhos colhidos serem genéricos e mal circunstanciados, encontrando-se em contradição com os documentos juntados, notadamente quando apontam a inexistência de empregados na propriedade.

Cabe ressaltar o disposto no artigo 11, VII, § 1º, da Lei nº 8.213/91 (g. n.):

“Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes”.

Assim, joeirado o conjunto probatório colacionado na ação subjacente, entendo não estar comprovada a faina rural na condição de segurada especial, no período exigido em lei. Ative-me ao exame das provas constantes naquela demanda, por tratar-se de alegação de erro de fato.

Mesmo que assim não fosse, à vista dos documentos trazidos à colação por Maria de Benedetti Roel na rescisória, verifica-se contingente de gado na propriedade incompatível com o regime de economia familiar (fls. 164 e 173).

Como corolário, concluo pelo não preenchimento dos requisitos exigidos para a concessão do benefício pretendido.

Também cumpre observar que não há impedimento legal à antecipação de tutela em sede de ação rescisória, em face do disposto no art. 489 do Código de Processo Civil:

“Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.” (Redação dada pela Lei nº 11.280, de 2006)

Assim, presentes os pressupostos legais, previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil, com vistas à preservação do resultado útil do processo, torna-se imperiosa a concessão da tutela.

No caso, a verossimilhança da alegação resta configurada na ocorrência de erro de fato. E o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação encontra-se presente na dificuldade de o INSS reaver os valores pagos.

Diante do exposto, *julgo procedente* a rescisória, para desconstituir o julgado hostilizado, nos termos do artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil, e, em novo julgamento, reconhecer a improcedência do pedido da ação subjacente.

Em decorrência, *concedo* a antecipação dos efeitos da tutela jurídica, para imediata suspensão da execução do julgado rescindendo.

Deixo de condenar a ré nos ônus de sucumbência, por ser beneficiária da Assistência Judiciária Gratuita.

Oficie-se ao D. Juízo de origem.

É como voto.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0015765-18.2010.4.03.6183
(2010.61.83.015765-2)

Apelante: GERALDO ROSA PEREIRA
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES
Classe do Processo: AC 1661683
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2012

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE APÓS A APOSENTADORIA. “DESAPOSENTAÇÃO”: RENÚNCIA A BENEFÍCIO ORIGINÁRIO EM PROL DE NOVA APOSENTADORIA, PECUNIARIAMENTE MAIS BENÉFICA. INADMISSIBILIDADE.

1. O art. 285-A do Código de Processo Civil, por ser norma afeta à celeridade (CF 5º LXXVIII) e economia processual, permite ao juiz da causa, nos casos em que o órgão judicante competente já tenha se posicionado sobre idêntica questão de direito, decidir a lide de plano.

2. Não há falar em cerceamento de defesa derivado do fato de o Juiz da causa haver proferido *decisum* nos moldes do art. 285-A sem a reprodução da sentença utilizada como paradigma em casos semelhantes, desde que a decisão, por ele proferida, exponha de forma clara e objetiva os motivos pelos quais concluiu pela improcedência do pedido (*ex vi*, art. 458, do Código de Processo Civil). A exigência de reprodução do julgado paradigma há de ser interpretada de forma ampla, facultando-se ao julgador a inserção dos fundamentos e argumentos adotados em sentenças anteriormente proferidas sobre a mesma questão de direito, como razões de decidir de imediato o novo pleito a ele submetido.

3. O fato de o trabalhador, já aposentado, voltar a contribuir com o sistema, sem dele auferir novos benefícios, não pode ser considerado enriquecimento ilícito por parte da Previdência Social. A permanência ou o retorno ao mercado do trabalho é opção do aposentado. Por outro lado, o sistema é de filiação e contribuições obrigatórias e, apesar do seu caráter contributivo, as contribuições não implicam necessariamente em contraprestações, tendo em vista o caráter público da Previdência e os seus princípios inspiradores, entre os quais o da solidariedade.

4. O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta ao aposentado que tornar à ativa a concessão de benefícios diversos daqueles expressamente previstos. É legítima, do ponto de vista constitucional, a política legislativa que pretende limitar a concessão de benefícios para trabalhadores e famílias já assistidos pela Previdência Social, como forma de manter o equilíbrio atuarial e propiciar a universalidade da cobertura e do atendimento.

5. A alteração da sistemática atual, visando ao aproveitamento de contribuições posteriores à aposentação para revisão e majoração dos benefícios, somente pode partir do Poder Legislativo, no uso de sua competência normativa.

6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

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

Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negou provimento à apelação, sendo que a Desembargadora Federal Vera Jucovsky, com ressalva, acompanhou o voto do Relator.

São Paulo, 23 de abril de 2012.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator): Cuida-se de apelação interposta pela parte autora, em face de sentença prolatada em autos de demanda previdenciária ajuizada com o objetivo de ver reconhecido o direito à “desaposentação”, consistente na substituição da aposentadoria percebida pela recorrente, por outra mais vantajosa, com o cômputo de contribuições previdenciárias correspondentes ao exercício laboral posterior ao primeiro afastamento, sem que se veja obrigada a proceder à restituição dos valores percebidos a título do benefício originário.

A r. sentença recorrida julgou improcedente o pedido formulado, vindo a condenar a parte autora ao pagamento de verba honorária, suspenso em razão de ser a demandante beneficiária da justiça gratuita.

Em seu recurso, a apelante requereu a anulação do julgado, com o retorno dos autos à origem, para que, após a regular citação do réu e processamento do feito, seja possível nova prolação de sentença de mérito. Fundamentou seu pedido na ocorrência cerceamento de defesa, ante a violação das garantias constitucionais do direito de ação, devido processo legal e contraditório, decorrentes do julgamento de plano facultado pelo art. 285-A, do Código de Processo Civil. Aduziu, igualmente, que a sentença não declinou o caso análogo utilizado como paradigma nem tampouco transcreveu a sentença de improcedência que fundamentou a decisão exarada nestes autos. Subsidiariamente, pleiteou a apreciação do mérito na forma do art. 515, § 1º, do CPC, com a consequente condenação do INSS nos moldes pleiteados em sua inicial.

Regularmente processado o recurso, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É o relatório.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator): Inicialmente, destaco ser possível o julgamento da lide nos termos do art. 285-A do CPC (acrescentado pela Lei nº 11.277, de 07.02.2006). Isso porque o art. 330, I, do CPC, faculta ao Juiz julgar diretamente a lide quando a questão de mérito for unicamente de direito ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade da produção de prova em audiência.

O caso em tela enquadra-se na aludida situação, assim como na situação prevista pelo artigo 285-A, do mesmo diploma legal, não havendo, portanto, qualquer prejuízo deflagrado às partes litigantes.

Essa faculdade procedimental deriva da circunstância de a norma processual supracitada

ser medida de celeridade (CF 5º LXXVIII) e economia processual, evitando a prática de atos desnecessários ao deslinde do feito, nos casos em que o órgão judicante competente já houver se posicionado sobre questão idêntica. Isso porque “seria perda de tempo, dinheiro e de atividade jurisdicional insistir-se na citação e na prática dos demais atos do processo, quando o juízo já tem posição firmada quanto à pretensão deduzida pelo autor.” (NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria, de *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 555).

Neste sentido decidiu a 7ª Turma deste E. TRF 3ª Região, na AC 97030432999, Relª. Eva Regina, DJF3 CJ1 DATA: 30/06/2010, p. 754:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-a DO CPC. POSSIBILIDADE. *DESAPOSENTAÇÃO*. CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL DA APOSENTADORIA. ÓBICE. NECESSÁRIA DEVOLUÇÃO DOS VALORES. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. - Contradição alguma se verifica na espécie. - Da simples leitura do acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração. - A decisão embargada manteve a posição firmada por esta E. Corte no sentido de que se a matéria versada no feito é exclusivamente de direito, não há que se falar em cerceamento de defesa, podendo a lide ser julgada antecipadamente, ante a desnecessidade da produção de qualquer outra prova, uma vez que aquelas constantes dos autos são suficientes a ensejar o convencimento do julgador. - A decisão está em consonância com a jurisprudência consolidada desta E. Corte, assim como não ter o ora embargante demonstrado o desacerto do *decisum*, que entendeu no sentido de que a devolução dos valores é medida que se impõe quando se pretende utilizar, também, no cálculo do novo benefício, o tempo e contribuições vertidas à Previdência Social imediatamente após a concessão da aposentadoria que se pretende renunciar. - A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da parte autora cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do *decisum*. - Nos estreitos limites dos embargos de declaração somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão ou contradição, o que, no caso concreto, não restou demonstrado. - A mera alegação de visarem ao prequestionamento não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no art. 535 do Código de Processo Civil. - Embargos de declaração rejeitados.”

No mesmo sentido, também neste E. TRF 3ª Região, 9ª Turma, AC 97030432999, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, DJF3 CJ1 05/08/2009, p. 1161:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO - APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-a DO CPC. POSSIBILIDADE - REVISIONAL DE BENEFÍCIO - ALTERAÇÃO DO TETO PELO ARTIGO 14 DA EC Nº 20/98 E ARTIGO 5º DA EC Nº 41/2003. REFLEXOS SOBRE OS BENEFÍCIOS EM MANUTENÇÃO - RECUPERAÇÃO DO VALOR EXCEDENTE DE BENEFÍCIO LIMITADO AO TETO PARA FINS DE REAJUSTE E LIMITAÇÃO AO NOVO TETO. BENEFÍCIO CONCEDIDO SOB A ÉGIDE NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL PORÉM NÃO LIMITADO AO

TETO - APELAÇÃO DESPROVIDA - A norma do artigo 285-a preocupa-se em racionalizar a administração da justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais e, assim, imprimir maior celeridade e maior efetividade ao processo, dando maior proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo. - Em se tratando de matéria ‘unicamente controvertida de direito’, autorizada a subsunção da regra do artigo 285-a do diploma processual civil (...).”

Quanto à alegação de que o juízo *a quo* não revelou o processo em que proferiu a sentença de improcedência, tal como preconizado pelo art. 285-A, do CPC, nem tampouco transcreveu o inteiro teor da sentença nele exarado, penso ser descabida tal argumentação. A manifestação veiculada pela parte autora como fundamento para a anulação da r. sentença guerreada resvala à má-fé, na medida em que os advogados da presente demanda possuem outras ações sobre a mesma matéria em todas as Varas de Justiça Federal, bem assim uma expressiva quantidade de recursos nesta Corte e, dessa forma, são conhecedores do entendimento adotado na sentença, não havendo qualquer prejuízo ao pleno exercício do contraditório e plena defesa. Rejeito, pois, aludidas razões.

Mesmo porque, o compulsar dos autos está a revelar que a sentença prolatada neste feito expôs de forma clara e objetiva os motivos pelos quais concluiu pela improcedência do pedido, encontrando-se, suficientemente, atendidos os requisitos previstos no art. 458 do CPC. Nessa esteira, a exigência de reprodução do julgado paradigma há de ser interpretada de forma não restritiva, facultando-se ao julgador a inserção dos fundamentos e argumentações adotados em sentenças anteriormente proferidas sobre a mesma questão de direito.

Superadas estas questões prejudiciais, observo que quanto ao mérito a questão da “desaposentação”, como vem sendo chamada, não implica, em verdade, em desfazimento ou renúncia à aposentadoria. O que se quer, para além da nomenclatura utilizada, é a majoração do benefício de aposentadoria já concedido, quando o aposentado permanece ou volta ao mercado de trabalho e passa a contribuir novamente com a Previdência Social.

Portanto, a verdadeira questão jurídica *sub examine* não versa sobre a possibilidade de renúncia à aposentadoria, nem mesmo sobre o ato jurídico perfeito em que consistiria a aposentadoria concedida.

Perquire-se, sim, se é lícito e constitucional que o trabalhador já aposentado, que volte ao mercado de trabalho, passe a contribuir para a Previdência Social sem que as contribuições posteriores à aposentadoria resultem em novas prestações em seu favor, além daquelas nominadas no art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, *in verbis*:

“Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

(...)

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, *não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade*, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei 9.528, de 1997).” (grifei)

É sabido que, anteriormente, a Lei 8.213/91, nos seus arts. 81 a 85, previa o pecúlio, isto

é, a devolução das contribuições pagas pelo trabalhador já aposentado que tivesse permanecido ou retornado ao mercado de trabalho. O pecúlio restou extinto em 1994 e a questão foi disciplinada pelo art. 18, § 2º, acima transcrito.

Inicialmente, entendo que, para se conceder o que se pede nas ações ditas de “desaposentação”, seria necessário declarar-se a inconstitucionalidade do já citado art. 18, § 2º, submetida à reserva de Plenário, uma vez que a questão não foi ainda decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

Não me parece, com efeito, que haja outra interpretação para o artigo em questão, que não o de impedir quaisquer efeitos previdenciários para as novas contribuições, recolhidas, depois da aposentadoria, pelo beneficiário que permaneça ou volte ao mercado de trabalho. A lei é explícita em permitir apenas o salário-família e a reabilitação profissional, afastando, pois, o auxílio-doença e outros benefícios; decorre logicamente daí, da mesma forma, a vedação do aproveitamento das novas contribuições para a majoração dos valores do benefício concedido anteriormente.

Sob o prisma de sua constitucionalidade, tenho que a norma em questão não fere a Carta Magna e o seu alcance está no âmbito de discricionariedade do legislador. A amplitude das coberturas da Previdência Social no Brasil e o número de cidadãos atendidos por esse sistema, um dos maiores do mundo, exigem circunspeção nas despesas, sendo viável ao legislador limitar a concessão de novas prestações ao trabalhador que foi aposentado e cuja família já se acha assistida.

Observe-se que não se limita em nada a liberdade individual de permanecer trabalhando ou de voltar a trabalhar, afastando-se, contudo, a concessão de benefícios que decorreriam das novas contribuições pagas.

Temos, ainda, que a permanência dos aposentados no mercado de trabalho é fator que contribui para o desemprego, havendo também esse aspecto a respaldar a razoabilidade da escolha legislativa, ao não estimular tal prática, vedando-lhes a concessão de novos benefícios previdenciários.

Com efeito, cabe ao legislador definir os critérios de proteção previdenciária:

“Mediante a *seletividade*, o legislador é chamado a estimar aquele tipo de prestação que, em conjunto, concretize as finalidades da Ordem Social, a fim de fixar-lhes o rol na norma jurídica. Realizada a estimativa, a distributividade faculta a escolha, *pelo legislador*, de prestações que - sendo direito comum a todas as pessoas - contemplam de modo mais abrangente os que se encontram em maior estado de necessidade.” (BALERA, Wagner. *Introdução ao Direito Previdenciário*. São Paulo: RT, 1999, p. 20-21)

É clara, pois, a escolha política feita pelo legislador brasileiro, representada pelo fim do pecúlio em 1994 e pela dicção, constante acima, do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91.

A opção legislativa, realizada pelos Poderes que detêm a maior parcela da legitimidade propriamente política, resta evidente também quando se evoca o veto presidencial ao Projeto de Lei nº 7.154/2002, que alterava o art. 96 da lei 8.213/91 com o objetivo de permitir a renúncia à aposentadoria.

Dessa forma, qualquer alteração na sistemática atual, visando ao aproveitamento das

contribuições posteriores à aposentação, deve partir dos Poderes Legislativo e Executivo. As medidas referentes à chamada desaposestação extrapolariam a função do Poder Judiciário, representando ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Por fim, o fato de o trabalhador, já aposentado, voltar a contribuir com o sistema, sem dele auferir novos benefícios, não pode ser considerado enriquecimento ilícito por parte da Previdência Social. A permanência ou o retorno ao mercado do trabalho é opção do aposentado. Por outro lado, o sistema é de filiação e contribuições obrigatórias e, apesar do seu caráter contributivo, as contribuições não implicam necessariamente em contraprestações, tendo em vista o caráter público da Previdência e os seus princípios inspiradores, como o da solidariedade.

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da contribuição social dos servidores públicos inativos (ADI 3105/RS, Rel. Min. Cezar Peluso), ressaltou:

“a contribuição social é um tributo fundado na solidariedade social de todos para financiar uma atividade estatal complexa e universal, como é a Seguridade.”

A mencionada decisão da Corte Suprema, órgão investido na função de intérprete maior da Constituição, ainda que referente ao regime próprio dos servidores, é suficiente para afastar a suposta vinculação de toda e qualquer contribuição previdenciária a uma contraprestação direta em favor do segurado, uma vez que os servidores públicos inativos continuam contribuindo, sem fazer jus a novos benefícios que não aqueles já usufruídos.

Seguindo esse entendimento, a E. Oitava Turma desta C. Corte vem se posicionando pela inviabilidade da “desaposestação” nos moldes perquiridos pela parte autora, tal como definido pelos arestos que, por serem esclarecedores, passo a transcrever:

“PREVIDENCIÁRIO. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PÓS APOSENTADORIA. PEDIDO DE ‘DESAPOSENTAÇÃO’. INVIABILIDADE.

- A sentença do Juízo *a quo* respeitou as normas do art. 285-A do Código de Processo Civil, mencionando decisão anteriormente prolatada, com dados que a identificassem, além de comportar a devida formação de lide, permitida por referido artigo. A alegação de nulidade trazida pela parte autora não merece acolhimento.

- Não se há falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa, uma vez que, no presente caso, não é necessária oportunidade para produção de provas.

- A parte autora não deseja meramente desfazer-se de seu benefício, sem implicação decorrente (‘desaposestação’). Sua postulação é condicional e consubstancia pseudo abandono de beneplácito, já que pretende a continuidade de todos efeitos legais advindos da primígena aposentação, os quais serão suportados pela Administração Pública.

- O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 obsta, ao aposentado que tornar à ativa, a concessão de outros favores que não a reabilitação profissional e o salário-família (Lei 9.528/97. Ainda, art. 181-B, Decreto 3.048/99, incluído pelo Decreto 3.265/99).

- *Ad argumentandum*, ainda que admitida a viabilidade da desaposestação, condição *sine qua non* para validade da proposta seria a devolução de tudo que se recebeu enquanto durou a aposentadoria.

- Preliminar rejeitada. Apelação desprovida.”

(TRF - 3ª Região - AC 2011.61.12.003149-7/SP - Oitava Turma - rel. Des. Fed. Vera Jucovsky

- v. u. - julg. 06.02.2012 - DJe: 06.02.2012)

“PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA SUA SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA MAIS VANTAJOSA. CÔMPUTO DE LABOR POSTERIOR À APOSENTAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INADMISSIBILIDADE.

I - Pedido de desaposentação, consistente na substituição da aposentadoria percebida pelo(a) autor(a) por outra mais vantajosa, com o cômputo de período laboral posterior ao afastamento, sem restituição dos proventos percebidos, além de indenização por dano moral.

II - Aposentadoria é benefício previdenciário previsto no artigo 18, inciso I, letra ‘c’, na redação original da Lei nº 8.213/91, cujos requisitos de concessão vêm insertos no art. 52 do mesmo diploma. Possibilidade de aposentação com proventos proporcionais, nos termos do art. 53 da Lei nº 8.213/91.

III - Com as alterações da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, benefício passa a ser disciplinado como aposentadoria por tempo de contribuição (art. 201, § 7º, inciso I, da Constituição Federal). Regras de transição mantêm a possibilidade de aposentadoria proporcional, observados o requisito etário e o período adicional de contribuição (denominado pedágio).

IV - Aposentadoria por tempo de serviço é irreversível e irrenunciável, conforme artigo 181-B do Regulamento da Previdência Social, incluído pelo Decreto nº 3.265/99. Afastada possibilidade de substituição do benefício, sem amparo normativo.

V - Regulamento da Previdência não veda a renúncia à aposentadoria de forma absoluta. Dispositivo interpretado à luz do princípio da dignidade humana. Garantia do mínimo existencial ao segurado. Aposentadoria é direito disponível, dado seu caráter patrimonial, e pode ser renunciada pelo titular. Ato (ou seus efeitos) é retirado do mundo jurídico, sem onerar a Administração.

VI - Desaposentação não constitui renúncia a benefício previdenciário. Segurado não pretende recusar a aposentadoria, com a desoneração do ente autárquico, mas sim, substituir o seu benefício por outro mais vantajoso.

VII - Restituição dos proventos à Autarquia é insuficiente para deferimento da desaposentação e não integra o pedido inicial.

VIII - Substituição das aposentadorias denota prejuízo aos segurados que continuaram a laborar, para auferir o benefício mais vantajoso.

IX - Não prosperam os argumentos da necessária proteção do hipossuficiente e incidência do princípio *in dubio pro misero*. Aposentadoria concedida não é lesiva ao beneficiário.

X - Inobservância da disciplina legal de cálculo do benefício. Lei não prevê futuras revisões do coeficiente, atreladas à atividade posterior à aposentadoria.

XI - Contribuições previdenciárias pelo aposentado decorrem da natureza do regime, caracterizado pela repartição simples. Labor posterior à aposentadoria é considerado, apenas, para concessão de salário-família e reabilitação profissional, nos termos do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 (redação dada pela Lei nº 9.528/97). Aposentado não faz jus ao abono de permanência, extinto pelas Leis nºs 8.213/91 e 8.870/94. Desconhecimento da lei é inescusável.

XII - Ausência de similitude com a reversão de servidores públicos aposentados. Afastada aplicação analógica da Lei nº 8.112/90.

XIII - Requerente não faz jus à indenização por dano moral.

XIV - Apelo da parte autora desprovido.

XV - Sentença mantida.”.

(TRF - 3ª Região - AC 2011.61.06.000368-5/SP - Oitava Turma - rel. Des. Fed. Marianina Galante - v. u. - julg. 05.11.2011 - DJe: 16.12.2011)

Dessa forma, reafirmo a vedação legal da chamada desaposentação, bem como a compatibilidade da proibição com os princípios e regras constitucionais.

Ante o exposto, presentes as condições da ação e respeitado o princípio do devido processo legal, *nego provimento à apelação da parte autora*, para manter a r. sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o voto.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

- Sobre a possibilidade ou não da desaposentação para substituição da aposentadoria por outra mais vantajosa, veja também o artigo doutrinário “Desaposentação. Uma reflexão necessária.”, de autoria do Desembargador Federal Fausto De Sanctis, publicado na RTRF3R 109/9; e os seguintes julgados: AC 1999.61.00.017620-2/SP, Relator Desembargador Federal Jediel Galvão, publicada na RTRF3R 91/274; Ag AC 0012638-43.2008.4.03.6183/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 100/166; AC 0005152-13.2009.4.03.6105/SP, Relatora Desembargadora Federal Lucia Ursaia, publicada na RTRF3R 104/429; AC 0042535-80.2009.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicada na RTRF3R 106/564; ApelReex 0016209-85.2009.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 110/229; AC 0000176-47.2011.4.03.6119/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicada na RTRF3R 112/156 e AC 0001844-55.2011.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 112/166.

APELAÇÃO CÍVEL
0006873-86.2011.4.03.6183
(2011.61.83.006873-8)

Apelante: IRANEI SILVA RAMOS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SILVIO GEMAUQUE
Classe do Processo: AC 1706105
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/05/2012

EMENTA

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. JULGAMENTO NA FORMA DO ARTIGO 285-A DO CPC. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. NÃO VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DIREITO DE RENÚNCIA À APOSENTADORIA. CABIMENTO. IMPLANTAÇÃO DO NOVO BENEFÍCIO. DECISÃO DEFINITIVA. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS PROVENTOS. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO A PARTIR DE SUA VIGÊNCIA.

1. Não há vício de inconstitucionalidade no art. 285-A - CPC, eis que se harmoniza com o princípio implícito da proporcionalidade (art. 5º, § 2º, da Constituição Federal) da garantia da tutela jurisdicional tempestiva (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal) e economia processual. É a identidade de fundamento das ações (e não do pedido) isto é, da tese jurídica *sub judice*, que justifica a aplicação da sentença paradigma. Sua reprodução nos termos do art. 285-A - CPC deve ser interpretada como a reprodução dos fundamentos da sentença anteriormente prolatada.
2. Meu entendimento é no sentido de que não havendo autorização da lei para o desfazimento por vontade unilateral do beneficiário do ato administrativo de aposentação não há previsão em nossa ordem jurídica para que a Administração Pública Indireta, como é a Autarquia Previdenciária, desfaça o referido ato.
3. Todavia, reconheço que meu posicionamento é minoritário e que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas com competência nas questões previdenciárias - Quinta e Sexta Turmas - são unâimes quanto a possibilidade do aposentado que retorna à atividade laborativa ter computadas as suas novas contribuições para efeito de concessão de nova aposentadoria.
4. Observo não desconhecer que a matéria encontra-se em debate junto ao Colendo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 661256), com submissão à repercussão geral, nos termos da Lei nº 11.418/2006.
5. Pendente de decisão definitiva pelo Pretório Excelso, curvo-me, por prudência, ao entendimento dos eminentes Desembargadores da 10ª E. Turma deste Tribunal, com vistas a prestigiar a respeitável orientação emanada do STJ, e adiro, com a ressalva já formulada, ao seu posicionamento, diante da hodierna homenagem rendida à força da jurisprudência na resolução dos conflitos trazidos ao Poder Judiciário, aguardando o final julgamento em nossa Suprema Corte de Justiça.
6. Assim, o segurado pode renunciar a aposentadoria com o propósito de obter benefício mais

vantajoso, com a utilização de todo o seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que esta Turma firmou posicionamento no sentido de que o direito à desaposentação não fica condicionado à restituição aos cofres públicos do numerário despendido pela Administração Pública com o pagamento do benefício renunciado.

7. Quanto à implantação, por sua complexidade, não se justifica seja feita provisoriamente devendo aguardar decisão definitiva, além do que a parte autora já vem recebendo benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

8. Verba honorária fixada em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a data do acórdão, nos termos da Súmula 111 do STJ.

9. A partir da vigência da Lei 11.960/09 (30/06/2009), os juros de mora e a correção monetária devem refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, por força do seu artigo 5º, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei 9.494/97. Precedentes do STJ.

10. Preliminar rejeitada. Apelação da parte autora provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de maio de 2012.

Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE (Relator): Proposta ação ordinária de desaposentação cumulada com concessão de nova aposentadoria por tempo de contribuição, sobreveio sentença de improcedência dos pedidos, nos termos do art. 285-A do CPC.

Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, alegando impossibilidade do julgamento antecipado de improcedência diante de pontos controvertidos ao lado do cerceamento do direito ao procedimento (saneamento do feito), à prova e ao devido processo legal, para concluir que a aplicação do art. 285-A do CPC fere princípios constitucionais. No mérito, pugna pela reforma integral da sentença para julgar procedente o pedido deduzido na inicial a fim de conceder o direito à desaposentação e concessão de novo benefício.

Citação do INSS para responder ao recurso, na forma do art. 285-A, § 2º, do CPC.

Com as contrarrazões do INSS, sustentando, em síntese, que o pedido da parte autora encontra óbice no art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, que não é de simples desaposentação, mas de ato de renúncia de benefício, o que se mostra inviável, pois se trata de ato jurídico perfeito, que não pode ser alterado unilateralmente. Requer a manutenção da sentença de improcedência. Em caso de reforma da r. sentença, requer que a parte autora seja condenada a indenizar todos os valores recebidos pela aposentadoria renunciada, bem como seja observado quanto aos juros de mora e correção monetária a Lei 11.960/2009.

Os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE (Relator): A parte autora, ora Apelante, deduziu dois pedidos sucessivos em cumulação objetiva, ou seja, (1) o reconhecimento pelo r. Juízo *a quo* da renúncia da parte autora pelo seu benefício nº 147.690.542-5/espécie 42 e, (2) concessão de benefício mais vantajoso de aposentadoria, com o pagamento das diferenças dos valores referentes às rendas mensais entre o benefício atual e a nova aposentadoria a ser concedida, computando-se as contribuições anteriores e posteriores ao ato de aposentação.

Assim, o primeiro pedido é, efetivamente, prejudicial do segundo pedido eis que apenas na hipótese de ser procedente o pedido de desfazimento do ato de aposentação, pela renúncia de seu beneficiário, que haveria possibilidade da concessão de novo benefício de aposentadoria.

No caso *sub judice*, o r. Juízo *a quo* tem o entendimento de “total improcedência em outros casos idênticos” quanto ao primeiro pedido deduzido pela parte autora, ora Apelante, ou seja, aquele denominado pedido de desaposentação e, por conseqüência, encontra-se prejudicado o pedido dele decorrente e subseqüente que seria de nova aposentadoria diante de sua impossibilidade fática e jurídica.

Ressalto que é a identidade de fundamento das ações (e não do pedido), isto é, da tese jurídica apresentada pela parte que é essencial para justificar a aplicação da sentença paradigmática e sua reprodução, conforme art. 285-A do CPC, deve ser interpretada como a reprodução dos fundamentos da sentença anteriormente prolatada.

Cumpre salientar também que é jurisprudência pacífica em nossas Cortes, que o juiz não está obrigado a responder a todos os argumentos e alegações apresentadas pelas partes quando já tem motivos suficientes para fundamentar a decisão.

O julgamento na forma do art. 285-A do CPC harmoniza-se com vários princípios constitucionais como o princípio implícito da proporcionalidade (art. 5º, § 2º, da Constituição Federal), da garantia da tutela jurisdicional tempestiva (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), bem como o princípio informativo do procedimento que é o da economia processual que preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais, prestigiando a eficácia da Justiça para a paz social.

Ressalto, ainda, que ao Juiz compete dar efetividade à sua decisão pelo procedimento mais idôneo e adequado, conciliando a brevidade que é o desafio do processo civil contemporâneo com a segurança jurídica eis que o tempo do processo tem sido o fundamento dogmático de vários institutos do processo contemporâneo como a tutela antecipada, ação monitória etc.

Preliminar rejeitada.

O Processo está maduro para julgamento, não necessitando de dilação probatória. Portanto passo à análise do mérito.

Passo à análise e julgamento do pedido da desaposentação.

O INSS é uma Autarquia Federal regendo-se pelas regras do Direito Administrativo e Direito da Previdência Social, pertencendo à Administração Pública Indireta.

A exigência da contribuição previdenciária pelo lançamento bem como o pagamento dos benefícios previdenciários são atos administrativos sob regime jurídico de direito público e sujeitos a controle pelo Poder Judiciário como espécies de atos jurídicos, dos quais se diferenciam como uma categoria informada pela finalidade pública.

Assim sendo, o questionamento da *desaposentação* não poderia ter sua análise restrita ao direito à renúncia pelo titular da aposentadoria, mas, principalmente, pela análise da sua possibilidade ou impossibilidade dentro de nossa ordem jurídica eis que o ato administrativo que formalizou a referida aposentadoria está sujeito ao regime jurídico de direito público produzindo efeitos jurídicos imediatos como o saque do respectivo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS.

Tenho firme o entendimento que o desfazimento do ato administrativo que aposentou a parte autora encontra óbice na natureza de direito público que goza aquele ato administrativo eis que decorreu da previsão da lei e não da vontade das partes e, assim sendo, a vontade unilateral do ora apelante não teria o condão de desfazê-lo.

Cumprе ressaltar que não há autorização legal para o desfazimento do ato administrativo que formaliza a concessão da aposentadoria.

Em matéria de Direito Previdenciário, vinga o princípio da legalidade, exigindo a conformidade do ato administrativo com a lei e, no caso do ato vinculado, como é o presente, todos os seus elementos vêm definidos na lei e somente podem ser desfeitos quando contrários às normas legais que os regem pela própria Administração, no caso, a Autarquia Previdenciária, através de revogação ou anulação e, pelo Poder Judiciário, apenas anulação por motivo de ilegalidade.

Meu entendimento é no sentido de que não havendo autorização da lei para o desfazimento por vontade unilateral do beneficiário do ato administrativo de aposentação não há previsão em nossa ordem jurídica para que a Administração Pública Indireta, como é a Autarquia Previdenciária, desfaça o referido ato.

Todavia, reconheço que meu posicionamento é minoritário e que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas com competência nas questões previdenciárias - Quinta Turma e Sexta Turma - são unânimes quanto ao entendimento que se segue, “ad litteram”:

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LIMITES NORMATIVOS. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. NÃO OBRIGATORIEDADE. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PLEITO DE REDUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EXORBITÂNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - É vedado a esta Corte, em sede de recurso especial, adentrar ao exame de pretensa violação a dispositivos constitucionais, cuja competência encontra-se adstrita ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme prevê o art. 102 da Carta Magna, ao designar o Pretório Excelso como seu guardião. Neste contexto, a pretensão trazida no especial exorbita seus limites normativos, que estão precisamente delineados no art. 105, III da Constituição Federal.

II - Não compete ao relator determinar o sobrestamento de recurso especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.

III - Não há violação ao princípio constitucional da reserva de plenário, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, quando não existe, ao menos implicitamente, declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei, como se observa na presente hipótese.

IV - O entendimento desta Corte é no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário que se encontra o segurado, não importando em devolução dos valores percebidos.

V - Vencida a Fazenda Pública, deve a verba honorária ser fixada, observando-se o critério de equidade, de acordo com o disposto no art. 20, parágrafos 3º, alíneas 'a', 'b' e 'c', e 4º, do Código de Processo Civil, podendo-se adotar, como base de cálculo, o valor da condenação, o valor da causa ou, ainda, valor fixo.

VI - No presente caso, os honorários advocatícios foram fixados, observando-se o critério de equidade, no percentual de 10% sobre o valor corrigido da causa, importância arbitrada de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça e não se revela exorbitante.

VII - Agravo interno desprovido.” (AgRg no REsp 1224200/RS, Quinta Turma, Relator Ministro GILSON DIPP, j. 22/11/2011, DJe 01/12/2011)

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. O mero reconhecimento da repercussão geral não acarreta a obrigatoriedade de sobrestamento do recurso especial.
2. É perfeitamente possível a renúncia à aposentadoria, inexistindo fundamento jurídico para seu indeferimento.
3. Pode ser computado o tempo de contribuição proveniente da aposentadoria renunciada para obtenção de novo benefício.
4. A renúncia opera efeitos *ex nunc*, motivo pelo qual não implica a necessidade de o segurado devolver as parcelas recebidas.
5. Agravo regimental improvido.” (STJ. AgRg no REsp 1240447/RS. Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Órgão Julgador Sexta Turma, Data do Julgamento 09/08/2011. Data da Publicação/Fonte DJe 24/08/2011)

Também, o Colendo Supremo Tribunal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 381367, pendente de julgamento definitivo, já sinalizou pelo voto do Exmo. Ministro Marco Aurélio, no sentido da procedência do pedido de desaposentação.

Observe que no julgamento do RE 661256, Relator Exmo. Ministro Ayres Brito, este foi admitido com “repercussão geral das questões constitucionais” discutidas, nos termos da Lei nº 11.418/2006, embora sem suspensão dos processos em andamento.

Assim sendo, entendo prudente curvar-me ao entendimento dos eminentes Desembargadores da 10ª E. Turma deste Tribunal, com vistas a prestigiar a respeitável orientação emanada do STJ, e adiro, com a ressalva já formulada, ao seu posicionamento, diante da hodierna homenagem rendida à força da jurisprudência na resolução dos conflitos trazidos ao Poder Judiciário, aguardando o final julgamento em nossa Suprema Corte de Justiça.

Portanto, dou provimento à apelação da parte autora para reformar a r. sentença impugnada e julgar procedente o pedido de renúncia ao benefício (NB 147.690.542-5/42) e obtenção de nova aposentadoria, computando-se todo o período contributivo.

Esta Turma firmou posicionamento no sentido de que o direito à desaposentação com o aproveitamento de todo o tempo de contribuição e concessão de novo benefício, não fica condicionado à restituição aos cofres públicos do numerário despendido pela Administração Pública com o pagamento do benefício renunciado, uma vez que enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Nesse sentido:

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. 1. Segundo entendimento pacificado em nossos Tribunais, fundado na ausência de vedação no ordenamento jurídico brasileiro, ao segurado é conferida a possibilidade de renunciar à aposentadoria recebida, haja vista tratar-se de um direito patrimonial de caráter disponível, não podendo a instituição previdenciária oferecer resistência a tal ato para compeli-lo a continuar aposentado, visto carecer de interesse. 2. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. 3. Os argumentos trazidos na irresignação da parte agravante foram devidamente analisados pela r. decisão hostilizada, a qual se encontra alicerçada na legislação vigente e na jurisprudência dominante do C. Superior Tribunal de Justiça. 4. O termo inicial da nova aposentadoria a ser concedida à parte autora deve ser mantido na data da citação, nos termos do disposto no art. 219 do CPC. 5. Com relação ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela, observo que ao instituir o art. 273 do CPC, dois foram os requisitos estipulados pelo legislador para a concessão da medida antecipatória: existência de prova inequívoca que conduza à verossimilhança da alegação e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. 6. No presente caso, entendo que o fato de a parte autora receber mensalmente o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (NB 143.385.642-2), concedido em 11-04-2007, afasta a alegada urgência na medida, razão pela qual indefiro o pedido de concessão de tutela antecipada. 7. Matéria preliminar rejeitada. Recursos desprovidos.” (AC 1638202, TRF3 CJ1 28/03/2012, Relator Desembargador WALTER DO AMARAL)

Quanto à implantação, por sua complexidade, não se justifica seja feita provisoriamente devendo aguardar decisão definitiva, além do que o apelante já vem recebendo benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data da citação, no termos do art. 219 do CPC, observando-se a compensação de parcelas inacumuláveis.

Conforme orientação sedimentada nesta 10ª turma, os honorários advocatícios incidem no percentual de 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a data do acórdão.

Os juros de mora devem ser fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, por força dos artigos 1062 do Código Civil de 1916 e 219 do Código de Processo Civil, até a vigência do novo Código Civil (11/01/2003), quando tal percentual é elevado para 1% (um por cento) ao mês, por força dos artigos 406 do novo Código Civil e 161, § 1º, do Código Tributário

Nacional, devendo, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (30/06/2009), refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, por força do seu artigo 5º, que deu nova redação ao artigo 1º-F da lei nº 9.494/97.

Acresce relevar que os juros de mora incidem até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório/requisitório.

A correção monetária sobre as prestações em atraso é devida desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se a Súmula 148 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e a Súmula 8 deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e de acordo com o Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, de 21/12/2010, do Conselho da Justiça Federal, que revogou a Resolução nº 561/2007.

Por fim, a autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do art. 24-A da Lei nº 9.028/95 (dispositivo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01) e do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93, o que não inclui as despesas processuais. Todavia, a isenção de que goza a autarquia não obsta a obrigação de reembolsar custas suportadas pela parte autora, quando esta é vencedora na lide.

Ante o exposto, REJEITO A PRELIMINAR, E, NO MÉRITO, DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA para julgar procedente o pedido de renúncia ao benefício de aposentadoria (NB 147.690.542-5/42 com o aproveitamento de todo período contributivo, sem devolução dos valores percebidos pelo benefício renunciado, e obtenção nova aposentadoria mais vantajosa, com termo inicial a partir da citação, com o pagamento das parcelas em atraso, acrescidas de juros de mora, a partir da citação, correção monetária, bem como honorários advocatícios, na forma da fundamentação.

É o voto.

Juiz Federal Convocado SILVIO GEMAQUE - Relator

- Sobre a possibilidade ou não da desaposentação para substituição da aposentadoria por outra mais vantajosa, veja também o artigo doutrinário “Desaposentação. Uma reflexão necessária.”, de autoria do Desembargador Federal Fausto De Sanctis, publicado na RTRF3R 109/9; e os seguintes julgados: AC 1999.61.00.017620-2/SP, Relator Desembargador Federal Jediael Galvão, publicada na RTRF3R 91/274; Ag AC 0012638-43.2008.4.03.6183/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 100/166; AC 0005152-13.2009.4.03.6105/SP, Relatora Desembargadora Federal Lucia Ursaia, publicada na RTRF3R 104/429; AC 0042535-80.2009.4.03.9999/SP, Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, publicada na RTRF3R 106/564; ApelReex 0016209-85.2009.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 110/229; AC 0000176-47.2011.4.03.6119/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicada na RTRF3R 112/156 e AC 0001844-55.2011.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 112/166.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0029880-08.2011.4.03.9999

(2011.03.99.029880-9)

Agravante: LINDAURIA MARIA DE LIMA

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 195/198

Apelantes: LINDAURIA MARIA DE LIMA E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SÃO JOAQUIM DA BARRA - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO LEONEL FERREIRA

Classe do Processo: AC 1659475

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/05/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO C. STJ E DESTA CORTE. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. VERBA HONORÁRIA. DESPROVIMENTO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

- O laudo pericial conclui que, por apresentar tendinopatia do supra-espinhal e distrofia simpático-reflexa em membro superior direito, há incapacidade para o trabalho no momento, mas a autora está em tratamento e pode haver melhora da sintomatologia com o uso de medicações antiinflamatórias e fisioterapia. Assim, não há que se falar em incapacidade total e permanente até que se finalize o tratamento médico ou o processo de reabilitação, o que justifica a concessão do auxílio-doença.

- A verba honorária deve ser fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da r. sentença (Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça), posto que fixada de forma a remunerar adequadamente o profissional e em consonância com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Precedentes do C. STJ.

- As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.

- Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 21 de maio de 2012.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): Trata-se de agravo interposto pela autora Lindauria Maria de Lima, em face de decisão monocrática proferida às fls. 195/198 dos presentes autos que, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, em ação visando a concessão do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS para fixar os juros de mora e deu parcial provimento à apelação da parte autora para fixar a verba honorária.

Agrava a autora requerendo a concessão da aposentadoria por invalidez e a majoração da verba honorária para 15% ou 20% sobre as parcelas vencidas até a implantação do benefício.

Pleiteia o acolhimento do presente agravo, em juízo de retratação, ou, caso assim não entenda, sua apresentação em mesa para julgamento.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

VOTO

“EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO C. STJ E DESTA CORTE. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. VERBA HONORÁRIA. DESPROVIMENTO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

- O laudo pericial conclui que, por apresentar tendinopatia do supra-espinhal e distrofia simpático-reflexa em membro superior direito, há incapacidade para o trabalho no momento, mas a autora está em tratamento e pode haver melhora da sintomatologia com o uso de medicações antiinflamatórias e fisioterapia. Assim, não há que se falar em incapacidade total e permanente até que se finalize o tratamento médico ou o processo de reabilitação, o que justifica a concessão do auxílio-doença.

- A verba honorária deve ser fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da r. sentença (Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça), posto que fixada de forma a remunerar adequadamente o profissional e em consonância com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Precedentes do C. STJ.

- As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida.

- Agravo desprovido.”

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA (Relator): É de ser desprovido o agravo.

Com efeito, é firme o entendimento no sentido da possibilidade do relator, a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, decidir monocraticamente o mérito do recurso, aplicando o direito à espécie, amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso, *in verbis*:

“Vistos.

Trata-se de apelações em face da r. sentença proferida em ação onde se objetiva a concessão do auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

O juízo *a quo* concedeu a antecipação da tutela no bojo da r. sentença e julgou procedente o pedido, condenando o INSS a conceder à autora o auxílio-doença a partir da última cessação administrativa, com correção monetária desde cada vencimento e de juro de mora de 1% ao mês a partir da citação. Condenou-o, ainda, à verba honorária arbitrada em 10% sobre as parcelas vencidas até a publicação da sentença. Isento de custas.

Apelou a parte autora pleiteando a concessão da aposentadoria por invalidez, sustentando estarem presentes os requisitos autorizadores. Requer, ainda, a majoração da verba honorária para até 20% sobre a condenação.

Apelou a autarquia alegando, preliminarmente, a impossibilidade da antecipação da tutela, ante a ausência dos requisitos autorizadores e o perigo de irreversibilidade da medida. No mérito, pleiteia a reforma da r. sentença, alegando ausência de inaptidão laboral. Caso assim não entenda, requer a fixação do termo inicial do benefício na data da juntada do laudo pericial e da correção monetária e juros de mora pela Lei nº 11.960/09 e que seja assegurada a revisão periódica do benefício. Por fim, prequestiona a matéria para fins recursais.

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

Às fls. 189, a autarquia previdenciária informa a implantação do benefício em favor da parte autora, dando cumprimento à r. ordem.

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o art. 557 do Código de Processo Civil.

De início, submete-se a r. sentença recorrida ao duplo grau obrigatório, por não ser possível precisar se o valor da condenação excede 60 (sessenta) salários mínimos, limite estabelecido pelo § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil (redação dada pela Lei 10.352/2001).

Ainda em preliminar, não prospera a alegação do apelante quanto ao não cabimento da tutela antecipada *in casu*.

O art. 273 do Código de Processo Civil prevê que o juiz poderá antecipar os efeitos da tutela, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, alternativamente, a caracterização do abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Na hipótese dos autos, o juiz *a quo* deferiu a antecipação da tutela por entender que as provas trazidas demonstram inequivocamente a verossimilhança da alegação, bem como haver receio de dano irreparável ou de difícil reparação, em vista do caráter alimentar do benefício previdenciário.

De outra parte, ao contrário do aduzido pelo INSS, não há que se falar em irreversibilidade do provimento antecipado, posto que a medida não esgota o objeto da demanda, vez que é permitida a imediata suspensão dos pagamentos caso ao final seja julgada improcedente a ação principal.

No mérito, conforme o disposto no art. 42 da Lei nº 8.213/91, são requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência, quando exigida, e a presença de moléstia incapacitante e insuscetível de reabilitação

para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

No presente caso, observa-se a manutenção da qualidade de segurada, bem como o cumprimento do período de carência, conforme consulta a períodos de contribuição - CNIS (fls. 72), comprovando que a autora esteve em gozo do auxílio-doença até 13.09.2009, portanto, dentro do 'período de graça' previsto no art. 15 da Lei nº 8.213/91, ao interpor a ação.

No tocante à presença de moléstia incapacitante, verifica-se do laudo pericial (fls. 105/109) que a autora, empregada doméstica, hoje com 42 anos, é portadora de tendinopatia do supra-espinhal e distrofia simpático-reflexa em membro superior direito. Afirma o perito médico que pode haver melhora da sintomatologia com tratamento medicamentoso e fisioterápico. Conclui que no momento a autora está incapacitada para o trabalho.

Desta forma, não configurada a incapacidade total e permanente para qualquer trabalho, ausente requisito essencial à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez. No entanto, estando a autora temporariamente incapacitada para o trabalho, é cabível a apreciação do pedido de auxílio-doença, conforme se depreende dos julgados:

'PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. TRABALHADORA RURAL. QUALIDADE DE SEGURADA. INCAPACIDADE AO TRABALHO RECONHECIDA. CARÊNCIA COMPROVADA.

- Os requisitos da aposentadoria por invalidez encontram-se preceituados nos artigos 42 e seguintes da Lei nº 8.213/91. A exigência maior para a concessão desse benefício é a incapacidade total e permanente para o exercício de atividade laborativa. O auxílio-doença, por sua vez, tem seus pressupostos previstos nos artigos 59 a 63 do mesmo Diploma Legal, sendo concedido nos casos de incapacidade temporária.

- (...)

- A conjugação das patologias diagnosticadas (tendinite de membro superior esquerdo, discreta espondiloartrose cervical e hipertensão arterial moderada, controlada por antihipertensivo), com a atividade exercida e com o fato de a autora ter retornado ao trabalho, leva à conclusão de que, não obstante a conclusão da perícia no sentido de encontrar-se incapacitada de forma parcial e permanente, sua incapacidade é temporária. Faz jus, portanto, à percepção de auxílio-doença.

- (...)

(TRF 3ª Reg., AC nº 2006.03.99.015539-0/SP, Rel. Desemb Fed. Marianina Galante, Oitava Turma, j. 27.11.2006, v. u., DJU 09.01.2008)

'PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - SENTENÇA *EXTRA PETITA* E ARTIGO 515, § 1º DO CPC - CONCESSÃO DE BENEFÍCIO - DECADÊNCIA - BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE - DATA DE INÍCIO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. O auxílio-acidente difere dos demais benefícios por incapacidade, pois sua finalidade é a compensação (indenização) pela perda da capacidade de trabalho. Por isso configura julgamento "extra petita" a sua concessão, se o segurado relata incapacidade total e permanente, com pedido de aposentadoria por invalidez, ou, subsidiariamente, o reconhecimento da incapacidade temporária e submissão a processo de reabilitação profissional, com pedido de auxílio-doença, pois nestas duas espécies de benefício o objetivo é a paralisação das atividades profissionais com substituição da renda mensal do obreiro.

2. (...)

4. Quanto ao quesito incapacidade, a aposentadoria por invalidez requer que ela seja permanente, ou seja, que não seja possível ao obreiro reabilitar-se para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência.

5. O estudo médico constante do laudo pericial revela que não teria havido redução da capa-

cidade laboral do segurado, mas incapacidade temporária de exercer sua profissão habitual, tanto que relata a existência de “períodos de melhora e piora” e, ainda, não foi capaz de afirmar que espécies de atividades estariam incluídas na expressão “INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE para determinadas atividades de trabalho”, o que revela a necessidade de submissão do segurado a processo de reabilitação profissional.

6. Sendo possível a reabilitação para a atividade que vinha desempenhando ou outra consentânea como o seu grau de profissionalização e instrução, o benefício a ser concedido é o auxílio-doença, nos termos dos artigos 60 e 62 da Lei 8213/91.

7. (...)’

(TRF 3ª Reg., AC nº 2005.03.99.037781-3/SP, Rel. Desemb. Fed. Marisa Santos, Nona Turma, j. 26.06.2006, v. u., DJU 14.09.2006)

O auxílio-doença, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.213/91, é devido ao segurado que, havendo cumprido o período de carência previsto nesta lei, quando for o caso, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Assim, são requisitos para a obtenção do benefício: a qualidade de segurado, o cumprimento da carência de 12 meses (art. 25, I), quando for o caso, e a incapacidade laboral por mais de 15 dias consecutivos.

Assim, presentes os requisitos autorizadores do auxílio-doença.

A respeito do tema, cito os acórdãos:

‘RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. LEI 8.213/91. CONCESSÃO. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE. TOTAL. PARCIAL.

A Lei 8.213/91 não faz distinção quanto à incapacidade, se deve ser total ou parcial; assim, não é possível restringir o benefício ao segurado, deferindo-o, tão-somente, quando a desventurada incapacidade for parcial.

Recurso desprovido.’

(STJ, Resp nº 699.920, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, j. 17.02.2005, v. u., DJ 14.03.2005)

‘RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE PARCIAL PARA O TRABALHO HABITUAL.

1. É devido o auxílio-doença ao segurado considerado parcialmente incapaz para o trabalho, mas suscetível de reabilitação profissional para o exercício de outras atividades laborais.

2. Recurso improvido.’

(STJ, Resp nº 501.267, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 27.04.2004, v. u., DJ 28.06.2004)

‘PREVIDENCIÁRIO - CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA - APELAÇÃO DA PARTE AUTORA - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE AUXÍLIO-DOENÇA - MARCO INICIAL - VALOR DO BENEFÍCIO - CONSECUTÓRIOS LEGAIS - ISENÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - APELAÇÃO PROVIDA.

- Restando demonstrado nos autos que, à época do pleito, a parte autora mantinha a qualidade de segurada e estava incapacitada para o trabalho necessitando de tratamento, devido o auxílio-doença.

- (...)’

- Apelação provida. Sentença reformada.’

(TRF 3ª Reg., AC nº 2000.03.99.003342-7/SP, Rel. Desemb. Fed. Eva Regina, Sétima Turma, j. 02.04.2007, v. u., DJU 08.02.2008)

Frise-se que cabe ao INSS submeter a autora ao processo de reabilitação profissional, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.213/91, não cessando o auxílio-doença até que a beneficiária seja

dada como reabilitada para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerada não-recuperável, for aposentada por invalidez.

Quanto ao termo inicial do benefício, o laudo pericial somente norteia o livre convencimento do julgador quanto aos fatos alegados pelas partes. De acordo com o art. 43 da Lei nº 8.213/91, o termo inicial do benefício por incapacidade é o da data da apresentação do laudo pericial em juízo quando inexistir concessão de auxílio-doença prévio ou não houver requerimento administrativo por parte do segurado. Neste sentido os precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

‘AGRAVO REGIMENTAL. PETIÇÃO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. TERMO A QUO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. APRESENTAÇÃO DO LAUDO PERICIAL EM JUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

O termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez, quando não houver requerimento na via administrativa, é o da apresentação do laudo pericial em juízo, nos termos do art. 43 da Lei nº 8.213/91. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.’

(STJ, AgRg na Pet 6190/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, j. 05.12.2008, v. u., DJ 02.02.2009).

‘EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. OCORRÊNCIA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TERMO INICIAL. DATA DA JUNTADA DO LAUDO PERICIAL EM JUÍZO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS ATÉ A DATA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA.

1. O termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez, ante a inexistência de prévio requerimento administrativo ou recebimento de auxílio-doença, é a data da apresentação do laudo pericial em juízo.

(...)

4. Embargos de declaração acolhidos para, conferindo-lhes efeitos infringentes, dar parcial provimento ao agravo regimental apenas para determinar que o termo inicial do benefício seja da data da juntada do laudo pericial em juízo e determinar que os honorários advocatícios incidam até a data da prolação da sentença.’

(STJ, EDcl no AgRg no REsp 911394/SP, Rel. Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, j. 07.05.2009, v. u., DJ 01.06.2009).

‘AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TERMO INICIAL. LAUDO PERICIAL. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.

1. Consoante entendimento desta Corte, o termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez, ante a inexistência de prévio requerimento administrativo ou recebimento de auxílio-doença, é a data da apresentação do laudo pericial em juízo. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.’

(STJ, AgRg no REsp 988842/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 19.08.2008, v. u., DJ 08.09.2008).

In casu, observa-se do laudo pericial que as doenças apresentadas pela autora são as mesmas que autorizaram a concessão do auxílio-doença. Assim, o termo inicial do benefício deve ser fixado na data da cessação administrativa do auxílio-doença nº 536.407.814-7, pois a autora já estava incapacitada para o trabalho, sendo compensados em liquidação os valores pagos a título da antecipação da tutela (TRF 3ª Reg., AC 2002.61.02.011581-5, Rel. Desemb. Fed. Walter do Amaral, 7ª T, DJU 26.04.2007; AC 2005.03.99.032307-5, Rel. Juiz Fed. Marcus Orione, 9ª T, DJU 27.09.2007).

A correção monetária das prestações pagas em atraso incide desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11.08.2006 o IGP-DI deixa de ser utilizado como índice de atualização dos débitos previdenciários, devendo ser adotado, da retro aludida data (11.08.2006) em diante, o INPC em vez do IGP-DI, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003 c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26.12.2006.

Os juros de mora incidem, a partir da citação, de forma decrescente até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV. Com o advento da Lei nº 11.960/2009, os juros serão aqueles aplicados à caderneta de poupança (0,5%), consoante decidido pela Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência em RESP nº 1.207.197-RS.

No que se refere à verba honorária, esta deve ser fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da r. sentença (Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça), posto que fixada de forma a remunerar adequadamente o profissional e em consonância com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil (*v. g.* EDcl no REsp nº 984.287/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., j. 24.11.2009, DJe 14.12.2009; AgRg no REsp nº 852.506/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., j. 18.11.2008, DJe 09.12.2008).

Indevidas custas e despesas processuais, ante a isenção de que goza a autarquia (art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96 e art. 6º da Lei nº 11.608/2003 do Estado de São Paulo) e a justiça gratuita deferida (fls. 28).

Desnecessária a determinação da revisão periódica do benefício, posto decorrer da própria Lei (artigo 101 da Lei de Benefício da Previdência Social e artigo 77 do Regulamento da Previdência Social).

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação do INSS para fixar os juros de mora na forma acima explicitada e dou parcial provimento à apelação da parte autora para fixar a verba honorária nos termos acima preconizados.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.”

Na hipótese dos autos, o laudo pericial (fls. 105/109) conclui que, por apresentar tendi-nopatia do supra-espinhal e distrofia simpático-reflexa em membro superior direito, há incapacidade para o trabalho no momento, mas a autora está em tratamento e pode haver melhora da sintomatologia com o uso de medicações antiinflamatórias e fisioterapia. Assim, não há que se falar em incapacidade total e permanente até que se finalize o tratamento médico ou o processo de reabilitação, o que justifica a concessão do auxílio-doença.

No mesmo sentido da decisão ora impugnada, o entendimento da E. Décima Turma, consoante acórdãos assim ementados:

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INOMINADO - AUXÍLIO-DOENÇA - INCAPACIDADE - PRESENÇA - ART. 436, DO CPC.

I - O juiz, ao firmar seu entendimento sobre a matéria, não está adstrito à conclusão do laudo, podendo decidir de maneira diversa, segundo sua livre convicção, nos termos do art. 436, do CPC.

II - Embora o perito tenha concluído pela inexistência de incapacidade laboral da autora,

elencou as patologias das quais é ela portadora, restando observado, ainda, que ela não recebeu tratamento médico adequado, levando à conclusão de que não houve sua recuperação.
III - Agravo interposto pelo réu improvido.”

(TRF 3ª Reg., AC nº 2005.61.13.001127-6/SP, Rel. Desemb. Fed. Sérgio Nascimento, Décima Turma, j. 27.05.2008, v. u., DJF3 04.06.2008)

“PREVIDENCIÁRIO - AUXÍLIO-DOENÇA - REQUISITOS - PRESENÇA - TERMO INICIAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - VERBAS ACESSÓRIAS - CUSTAS - IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO.

I - Embora o perito judicial tenha concluído pela inexistência de incapacidade laboral da autora, tendo em vista a moléstia por ela apresentada, sua profissão (lavadeira e doméstica), bem como a necessidade de tratamento para obtenção de melhora, não há como se deixar de reconhecer que é inviável o retorno, por ora, ao exercício de sua atividade habitual, sendo-lhe devido o benefício de auxílio-doença, nos termos do art. 61 e seguintes da Lei nº 8.213/91, inclusive abono anual, em conformidade com o art. 40 do mesmo diploma legal.

II - Preenchidos os requisitos no tocante ao cumprimento da carência, bem como quanto à qualidade de segurada da autora.

(...)

VIII - O benefício deve ser implantado de imediato, tendo em vista o ‘caput’ do artigo 461 do CPC.

IX - Apelação da parte autora parcialmente provida.”

(TRF 3ª Reg., AC nº 2004.61.16.000076-8/SP, Rel. Desemb. Fed. Sérgio Nascimento, Décima Turma, j. 05.12.2006, v. u., DJU 17.01.2007)

No que se refere à verba honorária, esta deve ser fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da r. sentença (Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça), posto que fixada de forma a remunerar adequadamente o profissional e em consonância com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil (v. g. EDcl no REsp nº 984.287/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., j. 24.11.2009, DJe 14.12.2009; AgRg no REsp nº 852.506/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., j. 18.11.2008, DJe 09.12.2008).

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo, mantendo a decisão recorrida.

É como voto.

Juiz Federal Convocado LEONEL FERREIRA - Relator

- Sobre a manutenção de auxílio-doença até que o beneficiário seja considerado reabilitado, veja também os seguintes julgados: Ag 2005.03.00.015983-5/SP, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, publicado na RTRF3R 79/232; AgAI 0015436-28.2010.4.03.0000/SP, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, publicado na RTRF3R 104/146 e AgAC 0002187-69.2008.4.03.6114/SP, Relator Juiz Federal Convocado Silvio Gemaque, publicado na RTRF3R 107/215.

APELAÇÃO CÍVEL
0032643-79.2011.4.03.9999
(2011.03.99.032643-0)

Apelantes: JEFERSON SEVERINO (incapaz) E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE JOSÉ BONIFÁCIO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: AC 1669671

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/05/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. AVÓS. MANUTENÇÃO DO PODER FAMILIAR PELA MÃE. DETENTAÇÃO DE TUTELA NÃO RECONHECIDA. JUSTIÇA GRATUITA.

I - O compulsar dos autos revela que o *de cujus* era titular do benefício de pensão por morte decorrente do falecimento de sua esposa, bem como de benefício de amparo social de pessoa portadora de deficiência, consoante atestam os documentos constantes dos autos. Assim sendo, não ostentando o *de cujus* a condição de segurado instituidor (o benefício assistencial não gera pensão), mas sim a de pensionista, sua morte faz extinguir o benefício de pensão por morte, a teor do art. 77, § 2º, I, da Lei nº 8.213/91, não gerando, portanto, outro benefício de pensão por morte para eventual dependente.

II - Não há nos autos documento que indique a assunção da tutela judicial da autora pelos seus avós. De outra parte, não obstante as testemunhas ouvidas em Juízo tenham afirmado que o autor fora criado pelos seus avós desde os três anos de idade, é certo que ele possui mãe viva, sendo que esta exerceu atividade remunerada em período esparsos, mantendo-se ativa por ocasião do ajuizamento da presente ação e atuando como representante legal do demandante.

III - A mãe do autor não foi destituída do poder familiar, não figurando seus avós como detentores da suposta tutela.

IV - Apelação do réu provida. Apelação do autor prejudicada.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de maio de 2012.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de ape-

lações de sentença pela qual foi julgado procedente pedido em ação previdenciária condenando o réu a reverter o benefício de pensão por morte recebida por Claudionor José Severino em favor do autor, decorrente do falecimento de sua avó, a Sra. Benedita Gomes Severino, ocorrido em 11.08.2004, desde a data da citação. O réu foi condenado ao pagamento das prestações em atraso, com a incidência da correção monetária, mediante a utilização dos índices que corrigem os benefícios previdenciários, nos termos do artigo 454 do Provimento nº 64 da Corregedoria-Geral do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, acrescidas de juros de mora à razão de 1% ao mês, contados da citação. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a data da prolação da sentença. Não houve condenação em custas processuais, autorizado o reembolso de custas e despesas comprovadamente realizadas pela parte autora.

Objetiva o réu a reforma de tal sentença alegando, em síntese, que o neto não se inclui entre o rol de dependentes previdenciários do art. 16 da Lei nº 8.213/91; que não há nos autos qualquer início de prova da alegada guarda de fato nem da dependência econômica, uma vez que a mãe do autor é viva e possui renda para sustentá-lo; que a guarda a que se refere o art. 33, § 3º, da Lei nº 8.069/90 é para fins civis, não abrangendo direitos previdenciários; que somente o enteado e o menor tutelado podem ser inscritos como beneficiários do RGPS, o que não ocorre no caso vertente; que os pais do menor estão vivos e em pleno exercício do pátrio poder; que o avô do autor já não possuía qualidade de segurado, pois parou de trabalhar mais de uma década antes de falecer. Subsidiariamente, pleiteia sejam os juros de mora e a correção monetária calculados na forma da Lei nº 11.960/2009. Protesta pelo prequestionamento da matéria ventilada.

Por seu turno, interpôs o autor recurso de apelação, requerendo seja fixado como termo inicial do benefício a data do óbito de seu avô, em 15.10.2008.

Contrarrrazões do autor às fls. 94/100.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 105/106, em que opina pelo provimento do recurso de apelação do autor, para que este receba, por reversão, a pensão por morte de sua avó, fixando-se a data de início do benefício no dia do óbito de seu avô.

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Objetiva o autor a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte, na qualidade de neto de Claudionor José Severino e Benedita Gomes Severino, falecidos, respectivamente, em 15.10.2008 e 11.08.2004, conforme certidões de óbito de fls. 11/12.

O compulsar dos autos revela que o Sr. Claudionor José Severino era titular do benefício de pensão por morte decorrente do falecimento de sua esposa, a Sra. Benedita Gomes Severino (NB 135.645.344-6), bem como de benefício de amparo social de pessoa portadora de deficiência (NB 105.334.495-0), consoante atestam os documentos de fls. 38/39. Assim sendo, não ostentando o *de cujus* a condição de segurado instituidor (o benefício assistencial não gera

pensão), mas sim a de pensionista, sua morte faz extinguir o benefício de pensão por morte, a teor do art. 77, § 2º, I, da Lei nº 8.213/91, não gerando, portanto, outro benefício de pensão por morte para eventual dependente.

Por outro lado, poder-se-ia cogitar na possibilidade de concessão de pensão por morte em face do falecimento da Sra. Benedita Gomes Severino, avó do requerente, ocorrido em 11.08.2004, posto que incontroversa a sua qualidade de segurado, ante a titularidade do benefício de aposentadoria por idade (NB 130.538.050-6).

Todavia, o demandante não se enquadra na condição de dependente da *de cuius*, à vista do disposto no art. 16 da Lei nº 8.213/91, que assim dispõe:

“Artigo 16 - São beneficiários do Regime Geral da 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;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

IV - (Revogado pela Lei 9.032/1995)

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 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.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.”

Ressalte-se que para concessão de pensão ao neto requerente, é necessária prova de que este vivia sob guarda da segurada instituidora, mesmo que de fato, não sendo suficiente uma mera dependência econômica.

Com efeito, não há nos autos documento que indique a assunção da tutela judicial do autor, tanto pela Sra. Benedita Gomes Severino, quanto pelo Sr. Claudionor José Severino. De outra parte, não obstante as testemunhas ouvidas em Juízo (fls. 55/65) tenham afirmado que o autor fora criado pelos seus avós desde os três anos de idade, é certo que ele possui mãe viva, a Sra. Ionice Severino, sendo que esta exerceu atividade remunerada em período esparsos (fl. 35), mantendo-se ativa por ocasião do ajuizamento da presente ação (fl. 89/91) e atuando como representante legal do demandante.

Em síntese, constata-se, no caso vertente, que a Sra. Ionice Severino não foi destituída do poder familiar, não figurando seus avós como detentores da suposta tutela.

Insta salientar que o ora demandante, na falta de amparo material, poderá pleitear diretamente de sua mãe alimentos, a teor do art. 1.696 do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Em síntese, ante a ausência dos requisitos legais necessários para a concessão do benefício de pensão por morte, é de rigor a improcedência do pedido.

Diante do exposto, *dou provimento à apelação do réu*, para julgar improcedente o pedido, *restando prejudicada a apelação do autor*. Em se tratando de beneficiário da Assistência Judiciária Gratuita, não há ônus de sucumbência a suportar.

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0035585-84.2011.4.03.9999

(2011.03.99.035585-4)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 89/92

Interessada: MARY ELLEN GOI CONSANI

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SANTA FÉ DO SUL - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: AC 1676676

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/05/2012

EMENTA

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. PENSÃO POR MORTE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. FILHO UNIVERSITÁRIO. MAIOR DE 21 ANOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. A E. 10ª Turma, assim como a E. 3ª Seção, desta Corte firmaram posicionamento no sentido da possibilidade de manutenção da pensão por morte aos filhos maiores de 21 anos que cursam ensino superior até conclusão ou 24 anos de idade, o que ocorrer primeiro.

2. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de abril de 2012.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): Trata-se de agravo legal contra decisão que deu provimento à apelação da parte autora, para condenar o INSS a manter ou restabelecer a pensão por morte até completar 24 anos ou concluir o curso universitário, o que ocorrer primeiro.

Sustenta o agravante, em síntese, violação ao disposto nos Arts. 16, I e 77, § 2º, II, da Lei 8.213/91, porquanto não há previsão legal que autorize o pagamento do benefício de pensão por morte a filho não inválido com idade superior a 21 (vinte e um) anos, ainda que estudante universitário ou hipossuficiente.

É o relatório.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator): A decisão agravada

(fls. 89/92) foi proferida nos seguintes termos:

“Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida em autos de ação previdenciária em que se pleiteia o restabelecimento e a manutenção do benefício previdenciário de pensão por morte, com o pagamento das parcelas em atraso, na qualidade de filha universitária.

O MM. Juízo ‘a quo’ julgou improcedente o pedido e condenou a autora em honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.090,00, suspensa sua execução nos termos do Art. 12, da Lei 1.060/50, ante a assistência judiciária gratuita.

Em apelação, a autora pugna pela reforma integral da sentença, sustentando estar comprovada sua dependência econômica.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.

É o breve relatório. Decido.

A pensão por morte é devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, e independe de carência (Lei 8.213/91, Art. 74 e Art. 26).

Para a concessão do benefício são requisitos a qualidade de dependente, nos termos da legislação vigente à época do óbito, bem assim a comprovação da qualidade de segurado do falecido, ou, independentemente da perda da qualidade de segurado, o preenchimento dos requisitos para concessão da aposentadoria (Lei 8.213/91, Arts. 15 e 102, com a redação dada pela Lei 9.528/97; Lei 10.666/03).

Restou comprovado nos autos o direito da autora na percepção do benefício de pensão por morte. A controvérsia se restringe quanto à manutenção do benefício para a filha maior de 21 (vinte e um) anos universitária.

Extinguir a pensão do dependente que atinge a idade de 21 anos e que demonstra ainda não ter concluído o curso de ensino superior ou de escola técnica de segundo grau, significa, em verdade, restrição insuperável ou de difícil superação das oportunidades de livre desenvolvimento da personalidade.

Em outras palavras, ou o conjunto dos beneficiários dessa pensão veio a ser delimitado sem respeito pela realidade substantiva ou o exame do conjunto da proteção social revela discriminação de importante segmento de dependentes (aqueles que tiveram acesso a níveis mais elevados de ensino).

A expansão do conceito constitucional de dependente a outros grupos sociais, como os cônjuges separados e os companheiros, inclusive os do mesmo sexo, vem de longa data sendo influenciada pela dignidade da pessoa humana e no intuito de resguardá-la é que se justifica o deferimento da pensão por morte.

Os documentos acostados aos autos, às fls. 09/15, revelam que, efetivamente, a autora era dependente econômica do segurado.

Neste sentido é a orientação jurisprudencial da 10ª Turma desta Corte Regional:

‘PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PENSÃO POR MORTE. FILHO MAIOR DE 21 ANOS. UNIVERSITÁRIO. VALOR DO BENEFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS. ISENÇÃO.

I - Não há prescrição quinquenal, haja vista que o autor ingressou com requerimento administrativo em 27.10.2000 (fl. 26), cuja decisão pelo INSS foi proferida somente em 04.08.2008 (fl. 19/21).

II - Filho universitário de segurado da Previdência Social faz jus à pensão por morte até vinte e quatro anos de idade, ou até a conclusão do curso superior.

III - A Lei nº 9.250/95 que regula o imposto de renda das pessoas físicas, dispõe que os

filhos poderão ser considerados dependentes quando maiores até 24 anos de idade, se ainda estiverem cursando estabelecimento de ensino superior ou escola técnica de segundo grau (artigo 35, inciso III, parágrafo 1º).

IV - O valor do benefício em tela deverá ser calculado nos termos do art. 75 da Lei n. 8.213/91.

V - O benefício deverá ser restabelecido a contar da data em que o demandante completou 21 anos de idade (30.08.1999), momento no qual se verificou a cessação da pensão por morte em apreço sendo devido até 30.08.2002, quando completou 24 anos de idade.

VI - ... “omissis”.

VII - ... “omissis”.

VIII - ... “omissis”.

IX - ... “omissis”.

(ED em AC nº 2009.61.83.011093-1, Relator Desembargador Federal SERGIO NASCIMENTO, DJF3 CJ1 01/06/2011, p. 2457).

‘PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA FILHO MAIOR DE 21 ANOS. ESTUDANTE DE CURSO TÉCNICO OU SUPERIOR. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO ATÉ A CONCLUSÃO DO CURSO OU ATÉ COMPLETAR 24 ANOS DE IDADE.

- Preliminarmente, é de ser rejeitada a alegação de nulidade da sentença, uma vez que nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, o juiz não está obrigado a indicar o processo idêntico ou transcrever a sentença nele proferida, devendo somente reproduzir o teor da decisão em todos os casos que entenda ser análogos.

- Ademais, a matéria versada no presente feito é exclusivamente de direito, não havendo que se falar em nulidade, podendo a lide ser julgada antecipadamente, já que desnecessária a produção de qualquer outra prova, uma vez que aquelas constantes dos autos são suficientes a ensejar o convencimento do julgador.

- Incabível ainda falar-se em ocorrência de cerceamento de defesa em face da não produção de provas requeridas pela parte autora, porquanto os presentes autos se mostram suficientemente instruídos, sendo despicienda a produção de prova testemunhal.

- É de ser mantido o pagamento de pensão por morte ao filho maior de 21 (vinte e um) anos de idade, até a conclusão do curso técnico ou superior que esteja cursando ou até completar 24 (vinte e quatro) anos, considerando a proteção social a que se destina o benefício em questão.

- ... “omissis”.

- ... “omissis”.

- ... “omissis”.

- ... “omissis”.

- Preliminares rejeitadas. Apelação da parte autora parcialmente provida.’

(AC nº 2008.61.11.005566-4, Relatora DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, DJF3 CJ1 18/04/2011, p. 2138).

Demonstrada, portanto, a dependência econômica da autora, é de rigor o restabelecimento do benefício de pensão por morte, a partir da data da suspensão até a data em que concluir o curso universitário ou completar 24 (vinte e quatro anos).

Destarte, é de ser reformada a r. sentença, havendo pela procedência do pedido, devendo o réu restabelecer o benefício de pensão por morte desde a cessação indevida, e pagar as prestações vencidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

Quanto aos consectários, o Art. 31, da Lei 10.741/03, prescreve que ‘o pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter

sido pago e o mês do efetivo pagamento.’

O Art. 41-A, da Lei nº 8.213/91, acrescentado pela Medida Provisória nº 316, de 11.08.2006, convertida na Lei nº 11.430/2006, dispõe que o valor dos benefícios é reajustado, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, *pro rata*, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC.

Desta forma, por força do Art. 31, da Lei 10.741/03 c. c. o Art. 41-A, da Lei 8.213/91, o IGP-DI deve ser substituído, a partir de 11.08.2006, pelo INPC na atualização dos débitos previdenciários.

Quanto ao índice de atualização monetária prevista na novel legislação (TR), não se aplica ao caso em tela, pois a especialidade da disposição prevista na Lei nº 10.741/03 - Estatuto do Idoso (Art. 31. O pagamento de parcelas relativas a benefícios, efetuado com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento) não pode ser derogada por lei geral, consoante princípio segundo o qual apenas a lei especial revoga a geral (*lex specialis derogat lex generali*).

Os juros de mora de 0,5% ao mês incidem, a partir da citação, de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor - RPV. Após o dia 10.01.2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% ao mês, nos termos do Art. 406, do Código Civil e do Art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

A partir de 30.06.2009, aplica-se o Art. 5º, da Lei nº 11.960, que deu nova redação ao Art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, *verbis*:

‘Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.’

Confira-se o entendimento consolidado pela Colenda Corte Especial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

‘PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. ARTIGO 1º-F, DA LEI Nº 9.494/97. MP 2.180-35/2001. LEI nº 11.960/09. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO.

1. A maioria da Corte conheceu dos embargos, ao fundamento de que divergência situa-se na aplicação da lei nova que modifica a taxa de juros de mora, aos processos em curso. Vencido o Relator.

2. As normas que dispõem sobre os juros moratórios possuem natureza eminentemente processual, aplicando-se aos processos em andamento, à luz do princípio *tempus regit actum*. Precedentes.

3. O art. 1º-F, da Lei 9.494/97, modificada pela Medida Provisória 2.180-35/2001 e, posteriormente pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/09, tem natureza instrumental, devendo ser aplicado aos processos em tramitação. Precedentes.

4. Embargos de divergência providos.’

(EREsp nº 1.207.197/RS; unânime; Relator Ministro Castro Meira; d.j. 18.05.11).

Os juros de mora não incidirão entre a data dos cálculos definitivos e data da expedição do precatório, bem como entre essa última data e a do efetivo pagamento no prazo constitucional. Havendo atraso no pagamento, a partir do dia seguinte ao vencimento do respectivo prazo incidirão juros de mora até a data do efetivo cumprimento da obrigação (REsp nº 671172/SP,

Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 21/10/2004, DJU 17/12/2004, p. 637).

O percentual da verba honorária deve ser arbitrado em 15% sobre o valor da condenação, que corresponde às prestações vencidas até a data desta decisão.

A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

Posto isto, com fulcro no Art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento à apelação interposta, nos termos em que explicitado.

Independentemente do trânsito em julgado desta decisão, determino seja enviado e-mail ao INSS, instruído com os documentos da parte autora, em cumprimento ao Provimento Conjunto 69/06, alterado pelo Provimento Conjunto 71/06, ambos da Corregedoria Regional da Justiça Federal da Terceira Região e da Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais da Terceira Região, a fim de que se adotem as providências cabíveis à concessão do benefício especificado, conforme os dados do tópico síntese do julgado abaixo transcrito, com observância, inclusive, das disposições do Art. 461 e §§ 4º e 5º, do CPC.

Se no curso do processo o INSS tiver concedido administrativamente à parte autora o amparo social ao idoso (espécie 88) ou à pessoa portadora de deficiência (espécie 87), será feita a implantação benefício previdenciário e se cancelará o benefício assistencial (Lei 8.742/93, Art. 20, § 4º).

Tópico síntese do julgado:

- a) nome do beneficiário: Mary Ellen Goi Consani;
- b) benefício: pensão por morte;
- c) renda mensal: RMI a ser calculada pelo INSS;
- d) DIB: desde a data da cessação do benefício (07.05.10) até a data em que completar 24 (vinte e quatro) anos ou até a conclusão do curso universitário;
- e) número do benefício: 113.269.597-7.

Dê-se ciência e, após, observadas as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem.”

A E. 10ª Turma, assim como a E. 3ª Seção, desta Corte firmaram posicionamento no sentido da possibilidade de manutenção da pensão por morte aos filhos maiores de 21 anos que cursam ensino superior até conclusão ou 24 anos de idade, o que ocorrer primeiro.

Portanto, não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam a conclusão que adotou a decisão agravada.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

- Sobre o pagamento do benefício de pensão por morte a filho universitário maior de 21 anos, veja os seguintes artigos doutrinários: “Pensão por morte a dependente universitário”, de autoria do Desembargador Federal Carlos André de Castro Guerra, publicado na RTRF3R 78/159 e “O direito à pensão por morte do estudante universitário”, de autoria do Juiz Federal Aroldo José Washington, publicado na RTRF3R 107/56; e os seguintes julgados: Ag 2005.03.00.083611-O/SP, Relator Desembargador Federal Santos Neves, publicado na RTRF3R 81/170; AMS 2005.61.07.006152-9/SP, Relator Desembargador Federal Castro Guerra, publicada na RTRF3R 88/524; AC 2005.61.26.006316-1/SP, Relator Desembargador Federal Jediael Galvão, publicada na RTRF3R 91/519 e AC 2004.03.99.033591-7/SP, Relatora Desembargadora Federal Leide Polo, publicada na RTRF3R 97/250.

Direito Processual Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0500976-82.1995.4.03.6182
(2004.03.99.026551-4)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: IRMÃOS DAUD E CIA. LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO
Classe do Processo: AC 959918
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/05/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - FGTS - VALORES PAGOS DIRETAMENTE AO EMPREGADO (ANTES DA LEI Nº 9.491/97) E DEPÓSITOS EFETIVADOS NA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA - LAUDO PERICIAL NÃO IMPUGNADO PELA FAZENDA NACIONAL EM 1ª INSTÂNCIA (PRECLUSÃO) - EXISTÊNCIA DE SALDO DEVEDOR MENOR DO QUE O VALOR EXECUTADO - EMBARGOS PROCEDENTES EM PARTE - SENTENÇA MANTIDA, INCLUSIVE QUANTO A HONORÁRIA.

1. Até o advento da Lei nº 9.491/97, o art. 18 da Lei nº 8.036/90 permitia o pagamento direto ao empregado das parcelas relativas ao depósito do mês da rescisão, ao depósito do mês imediatamente anterior (se ainda não vencido o prazo para depósito) e aos 40% (demissão sem justa causa) ou 20% (culpa recíproca ou força maior) de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho.
2. Foi legítimo o pagamento direito feito pela executada aos seus empregados, perante a Justiça do Trabalho, posto que isso ocorreu antes da vedação trazida na Lei nº 9.491/97.
3. Constatação pela perícia contábil de existência de saldo devedor *a menor* no valor de Cr\$ 21.944,91, que não foi contestado pela Fazenda Nacional.
4. Se a parte, pública ou privada, é intimada a se manifestar sobre o laudo pericial e se mantém inerte, resta inviável a tentativa de desqualificar o trabalho do perito em sede de recurso (preclusão).
5. Apelo e remessa oficial improvidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de abril de 2012.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de embargos à execução opostos 16/12/1994 por Irmãos Daud & Cia. Ltda. em face da execução fiscal ajuizada pelo extinto Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social - IAPAS/Caixa Econômica Federal visando a cobrança de dívida ativa relativa à contribuição ao fundo de garantia do tempo de serviço (FGTS) referente ao período de janeiro/1967 a julho/1969 e de setembro/1969 a fevereiro/1971.

Alega a embargante, preliminarmente, a ocorrência da prescrição quinquenal e, no mérito, que o débito executado encontra-se integralmente quitado, tendo sido uma parte pago diretamente aos empregados e a outra através de depósitos bancários. Requeru a produção de prova pericial.

O valor executado é de Cr\$ 31.243,63 (fls. 55).

A Fazenda Nacional impugnou os embargos afirmando que é trintenário o prazo prescricional e rebateu as alegações da embargante (fls. 18/22).

Laudo pericial a fls. 54/65.

Na sentença de fls. 164/166, proferida em 03/11/2003, o d. Juiz *a quo* julgou *parcialmente procedentes os embargos*, condenando a embargante a recolher o valor consignado a fls. 68 (Cr\$ 21.944,91), devendo ser excluído o encargo previsto na Lei nº 9.467/97 quando da atualização do débito, pois substitui a verba honorária em sede de embargos à execução fiscal, em vista da sucumbência recíproca. A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Apelou a Fazenda Nacional requerendo a reforma da sentença sob o fundamento de que a apelada não impugnou os valores constantes da certidão de dívida ativa, limitando-se a sustentar o depósito do montante exigido, bem como que a perícia não pode subsistir, visto que considerou apenas as guias de depósito, não havendo prova de que os recolhimentos foram realmente efetivados. Afirma que é ilegal o pagamento *realizado diretamente aos empregados*, pois a legislação que rege o FGTS determina que haja o depósito junto a rede bancária autorizada (fls. 168/173).

Deu-se oportunidade para resposta aos recursos.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Até o advento da Lei nº 9.491/97 o art. 18 da Lei nº 8.036/90 permitia o pagamento direto ao empregado das parcelas relativas ao depósito do mês da rescisão, ao depósito do mês imediatamente anterior (se ainda não vencido o prazo para depósito) e aos 40% (demissão sem justa causa) ou 20% (culpa recíproca ou força maior) de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho.

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.491/97 o *pagamento direto* ao empregado passou a ser vedado, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas na conta vinculada do FGTS.

Então, no caso dos autos deve ser considerado regular o pagamento do FGTS realizado

diretamente ao empregado, pois se refere aos períodos de janeiro/1967 a julho/1969 e de setembro/1969 a fevereiro/1971, conforme consta no relatório do laudo pericial de fls. 55.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é neste sentido (grifei):

“PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ADMINISTRATIVO. FGTS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ACORDO REALIZADO NA JUSTIÇA TRABALHISTA. PARCELAS PAGAS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO. TRANSAÇÃO REALIZADA APÓS A LEI Nº 9.491/97. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA PELA CAIXA. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Revela-se improcedente arguição de ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil na hipótese em que o Tribunal de origem tenha adotado fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, atentando-se aos pontos relevantes e necessários ao deslinde do litígio. 2. *Até o advento da Lei nº 9.491/97, o art. 18 da Lei nº 8.036/90 permitia o pagamento direto ao empregado das parcelas relativas ao depósito do mês da rescisão, ao depósito do mês imediatamente anterior (se ainda não vencido o prazo para depósito) e aos 40% (demissão sem justa causa) ou 20% (culpa recíproca ou força maior) de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho.* 3. *Com a entrada em vigor da Lei nº 9.491/97, o pagamento direto ao empregado passou a ser vedado, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas na conta vinculada do FGTS.* 4. Compulsando-se os autos, percebe-se que o acordo entre o empregado Valdir Schneider e a empresa foi realizado em 18 de janeiro de 2001 (fl. 113), data, portanto, posterior à entrada em vigor da Lei nº 9.491/97. Então, é legítima a cobrança pela Caixa, em execução fiscal, de valores transacionados em desacordo com a lei, no tocante ao pagamento direto ao empregado. 5. Recurso especial parcialmente provido.” (RESP 1135440, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 08/02/2011)

“FGTS - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ACORDO REALIZADO NA JUSTIÇA TRABALHISTA - PARCELAS PAGAS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO - COBRANÇA PELA CEF. 1. *Até o advento da Lei 9.491/97, o art. 18 da Lei 8.036/90 permitia que se pagasse diretamente ao empregado as seguintes parcelas: depósito do mês da rescisão, depósito do mês imediatamente anterior (se ainda não vencido o prazo para depósito) e 40% do montante de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho, em caso de demissão sem justa causa ou 20%, em caso de culpa recíproca ou força maior.* 2. *Com a alteração da Lei 9.491/97, nada mais pode ser pago diretamente ao empregado, devendo o empregador depositar todas as parcelas devidas na conta vinculada do FGTS.* 3. Hipótese dos autos em que parte do pagamento direto ocorreu, de forma ilegítima. Legalidade da exigência de tais parcelas em execução fiscal. 4. Recurso especial provido em parte.” (RESP 754.538, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 16/08/2007)

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DEDUÇÃO DE VALORES RELATIVOS AO FGTS PAGOS PELO EMPREGADOR DIRETAMENTE AO EMPREGADO. IMPOSSIBILIDADE. LEI 9.491/97.

1. *Após a entrada em vigor da Lei 9.491/97, os valores do FGTS pagos pelo empregador diretamente ao empregado, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, não podem ser deduzidos do total exigido na execução fiscal, ante a falta de previsão legal.*

Precedentes do STJ: REsp 632.125/RS, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 19.09.2005; REsp 585.818/RS, Rel.^a Min.^a Denise Arruda, 1ª Turma, DJ de 23.05.2005.

2. Recurso especial a que se dá provimento.”

(REsp 750.129, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 20/02/2006)

Assim, é patente a regularidade dos pagamentos efetuados diretamente aos empregados a título de FGTS no período executado.

O senhor perito, após analisar os comprovantes de depósitos bancários e os pagamentos realizados perante a Justiça do Trabalho juntados nos autos e nos anexos, constatou a existência de um saldo devedor no valor de Cr\$ 21.944,91, conforme consta no Laudo Pericial de fls. 54/65.

Em resposta aos Quesitos 1, 3 e 5, o perito afirmou que (fls. 59 e fls. 61):

QUESITO 1

“O Perito, analisando a contabilidade da Embargante, constatou que os valores constantes da Certidão de Dívida Ativa (fls. 3/4 da execução e 932/935 dos embargos) não representam mais, o débito de FGTS levantado/executado, uma vez que a empresa/executada foi efetuando recolhimentos e pagamentos dos meses-base, objetos do Levantamento Fiscal, relativos ao período de 01/67 a 02/71, como comprovam os levantamentos apurados nos Mapas 01 e 02, acompanhados dos comprovantes de pagamento de FGTS efetuados (docs. 1-L a 1873 do Laudo).”

QUESITO 3

“Os documentos contábeis da Embargante juntados aos autos (doc.01 a 1873 do Laudo) comprovam os pagamentos de FGTS efetuados no período de 01/67 a 02/71, objeto do Levantamento Fiscal, em questão:

RECOLHIMENTOS DE FGTS VIA BANCO

Pagamentos de RGs-Guias de recolhimentos normais e GRÃS - Guias de recolhimento atrasados (docs. 1-L a 1856 do Laudo);

PAGAMENTOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Pagamentos de FGTS diretos aos empregados, via Justiça do Trabalho (docs. 1857 a 1873 do Laudo).”

QUESITO 5

“Conforme apurado nos Mapas 1 e 2 do Laudo com os documentos que o acompanham (1-L a 1873), o Perito chegou aos seguintes resultados, demonstrando que os documentos apresentados pela Embargante não correspondem ao total devido do débito apurado:

.....”

Os argumentos da Fazenda Nacional não são suficientes para derrubar os fundamentos e conclusões do laudo pericial, mesmo porque, intimada para se manifestar sobre o laudo pericial, *manteve-se inerte*, devendo a sentença ser mantida.

Se a parte, pública ou privada, é intimada a se manifestar sobre o laudo pericial e se mantém inerte, resta inviável a tentativa de desqualificar o trabalho do perito em sede de recurso (preclusão).

Correto o desfecho dado pelo juiz quanto a verba honorária.

Pelo exposto, *nego provimento à apelação e à remessa oficial*.

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO – Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0007622-32.2000.4.03.6105

(2000.61.05.007622-0)

Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Agravada: R. DECISÃO DE FLS.
Apelantes: JOSE VIEIRA DE MELLO FILHO E OUTROS
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE CAMPINAS - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO
Classe do Processo: AC 1278998
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/05/2012

EMENTA

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. IMÓVEL HIPOTECADO. GRAVAME FIRMADO ENTRE A CONSTRUTORA E O AGENTE FINANCEIRO. INEFICÁCIA EM RELAÇÃO AO ADQUIRENTE. SÚMULA 308/STJ.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte.

III - A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel (súmula 308/STJ)

IV - Agravo legal não provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 14 de maio de 2012.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): Trata-se de agravo legal, previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto contra decisão monocrática que deu parcial provimento à apelação da parte autora.

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

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

É o relatório.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): De início, observa-se que o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, trouxe inovações ao sistema recursal, com a finalidade de permitir maior celeridade à tramitação dos feitos, vindo a autorizar o relator, por mera decisão monocrática, a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Da mesma forma, o parágrafo 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Justificada, portanto, a decisão solitária deste Relator.

De maneira geral, a decisão bem decidiu a questão ao afirmar que:

Assiste parcial razão os recorrentes, merecendo parcial provimento à apelação em apreço.

A hipoteca que o financiador da construtora instituir sobre o imóvel garante a dívida dela enquanto o bem permanecer na propriedade da devedora; havendo transferência, por escritura de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passa a incidir sobre “os direitos decorrentes de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado. Logo, transferidos os apartamentos mediante promessa de compra e venda, a hipoteca que existia sobre essas unidades não tem mais eficácia perante os promissários-compradores, e, por isso, deve ser cancelada, pois, não mais podendo ser utilizada para satisfazer o crédito do banco exequente, perdeu suas características essenciais e, bem assim, seu valor econômico.

Portanto, conclui-se pelo cancelamento da hipoteca que existia sobre as unidades habitacionais sobre *judice*, pois as mesmas não poderão mais ser utilizadas para satisfazerem o crédito do banco credor Caixa Econômica Federal, dando-se, via de consequência o perecimento da citada garantia.

O e. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o seu entendimento:

“RECURSO PROCESSUAL. EMBARDOS DE TERCEIRO. IMÓVEL HIPOTECADO. GRAVAME FIRMADO ENTRE A CONSTRUTORA E AO AGENTE FINANCEIRO. INEFICÁCIA EM RELAÇÃO AO ADQUIRENTE. SUMULA 308 STJ.

1. ‘A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à cele-

bração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel'. (súmula 308/STJ)

2. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.”

(STJ. REsp 593474/RJ. Terceira Turma. Relator Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO. DJe DATA: 01/12/2010)

Muito embora se considere o Código de Defesa do Consumidor - CDC limitadamente aplicável aos contratos vinculados ao SFH, não se vislumbram abusividades nas cláusulas contratuais, o que afasta a nulidade do contrato por ofensa às relações de consumo. Tampouco caberia falar em “inversão do ônus da prova”, uma vez que não há valores controvertidos a serem apurados: a discussão é meramente jurídica, tratando-se de pedido de revisão de índices utilizados no reajuste das prestações e na correção de saldo devedor.

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO, RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME. FALTA DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. MATÉRIA FÁTICA. NÃO CONHECIMENTO, SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO ‘SÉRIE GRADIENTE’.

1. Obsta o conhecimento do recurso especial a ausência de interposição de embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido no tribunal de origem (Súmula 207/STJ).

2. O reexame do conjunto probatório dos autos é vedado em sede de recurso especial, por óbice da Súmula 07 deste STJ.

3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da aplicação do CDC aos contratos de financiamento habitacional, considerando que há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH e o mutuário (REsp 678431/MG, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 28.02.2005). Todavia, no caso dos autos, ainda que aplicável o Código de Defesa do Consumidor aos contratos regidos pelo SFH, a recorrente não obtém êxito em demonstrar que as cláusulas contratuais sejam abusivas, o que afasta a nulidade do contrato por afronta às relações básicas de consumo.

4. À época da celebração do contrato de financiamento, encontrava-se em vigor a Lei nº 7.747, de 04.04.89, alterada pela Lei 7.764, de 02.05.89, que criou o sistema de amortização denominado ‘Série Gradiente’ cuja finalidade era propiciar condições favoráveis ao ingresso do mutuário no financiamento hipotecário, mediante concessão de ‘desconto’ nas primeiras prestações, com posterior recuperação financeira dos valores descontados através de um fator de acréscimo nas prestações seguintes. Após, foi editada a Resolução nº 83, de 19 de novembro de 1992, que fixou normas para viabilizar a comercialização de unidades habitacionais, estabelecendo a sistemática de cálculo das prestações, mediante a aplicação do Sistema ‘Série Gradiente’.

5. O mecanismo de desconto inicial com recomposição progressiva da renda até que o percentual reduzido seja compensado é totalmente compatível com as regras do Plano de Equivalência Salarial e do Comprometimento de Renda Inicial. Precedente: REsp 739530/PE, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 30.05.2005.

6. O art. 6º, letra c, da Lei 4.380/64, que determinava o reajuste do saldo devedor somente após a amortização das parcelas pagas, foi revogado diante de sua incompatibilidade com a nova regra ditada pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 19/66, o qual instituiu novo sistema de reajustamento dos contratos de financiamento e atribuiu competência ao BNH para editar instruções sobre a correção monetária dos valores.

7. O Decreto-lei nº 2.291/86 extinguiu o Banco Nacional de Habitação, atribuindo ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil as funções de orientar, disciplinar, controlar e

fiscalizar as entidades do Sistema Financeiro de Habitação. Diante dessa autorização concedida pela citada legislação para editar regras para o reajustamento dos contratos de mútuo para aquisição de imóvel residencial, editou-se a Resolução nº 1.446/88-BACEN, posteriormente modificada pela Resolução nº 1.278/88, estabelecendo novos critérios de amortização, nos quais definiu-se que a correção do saldo devedor antecede a amortização das prestações pagas. 8. As Leis 8.004/90 e 8.100/90 reservaram ao Banco Central do Brasil a competência para expedir instruções necessárias à aplicação das normas do Sistema Financeiro de Habitação, inclusive quanto a reajuste de prestações e do saldo devedor dos financiamentos. recepcionando plenamente a legislação que instituiu o sistema de prévia atualização e posterior amortização das prestações. Precedentes: REsp 6494171 RS, 1ª T. Min. Luiz Fux, DJ 27.06.2005; REsp 6989791 PE, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ 06.06.2005. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.” (STJ - RESP 6919291 PE, Relator Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI. DJ 19/09/2005. p. 207)

A ineficácia da hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro perante os adquirentes foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Súmula 308: A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Para configurar o dever de indenizar, se faz necessário a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, a saber: dano, ilicitude e nexo de causalidade.

Através da análise das provas juntadas aos autos, inclusive os depoimentos testemunhais, verifica-se que os autores simplesmente afirmam ter sofrido grave dano material, pleiteando o pagamento dos valores por eles pagos à PLANECON, não fundamentando, nem comprovando tal alegação.

Portanto, não restou comprovado, concluindo-se que a parte Autora passou por uma mera situação inconveniente, a qual não caracteriza conduta ilícita por parte da Ré.

No presente feito, a matéria em síntese mereceu nova apreciação deste MM. Órgão Judiciário, em face da permissão contida no artigo 131 do Código de Processo Civil, que consagra o princípio do livre convencimento ou da persuasão racional, e que impõe ao julgador o poder-dever. O poder no que concerne à liberdade de que dispõe para valorar a prova e o dever de fundamentar a sua decisão, ou seja, a razão de seu conhecimento.

Sob outro aspecto, o juiz não está adstrito a examinar todas as normas legais trazidas pelas partes, bastando que, *in casu*, decline os fundamentos suficientes para lastrear sua decisão.

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

Conclui-se, das linhas antes destacadas, que a decisão monocrática observou os limites objetivamente definidos no referido dispositivo processual.

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

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0029353-94.2003.4.03.6100

(2003.61.00.029353-4)

Agravante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 142/144

Parte Autora: LYDIA DE ALBUQUERQUE SOUZA (= ou > de 65 anos)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 22ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO

Classe do Processo: AC 1196346

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/05/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO LEGAL - DECISÃO MONOCRÁTICA - CPC, ARTIGO 557, *CAPUT* - PENHOR - AUTENTICAÇÃO DE PAGAMENTO EQUIVOCADA - LEILÃO INDEVIDO DE JÓIAS DE FAMÍLIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CEF - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - INDENIZAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - AGRAVO IMPROVIDO.

I. A decisão ora hostilizada foi prolatada em precisa aplicação das normas de regência, considerando os pontos de insurgência manifestados nas razões de recurso. Nesse aspecto, não há dúvida de que os fundamentos expostos estão adequados ao entendimento jurisprudencial predominante. Bem amoldada, portanto, ao permissivo contido no art. 557, *caput*, do CPC.

II. Caracterizada a relação de consumo, torna-se irrelevante a apuração da culpa do agente financeiro, ante a presunção imposta pelo artigo 14 do CDC, bastando para tanto a demonstração do dano e do nexo causal, cuja prova de inocorrência incumbe à Caixa Econômica Federal - CEF.

III. A operação bancária questionada está retratada no documento acostado à fl. 18 dos autos, pelo qual se verifica o pagamento relativo a dois contratos de penhor: o primeiro, de número 00.006.761-9 em nome da apelada, e o segundo, nº 00.016.861-0 em nome de Denise Sgambati. Em tal recibo de pagamento consta autenticação mecânica procedida pela CEF. Tal recibo de pagamento não traz qualquer dado que indique ter sido realizado na modalidade “Caixa Rápido”, da mesma forma que o envelope “Caixa Rápido” também não demonstra o tipo de operação para o qual foi utilizado.

IV. Uma vez que a instituição bancária põe à disposição dos usuários pagamentos automatizados que ficam sujeitos à ratificação posterior, assume o risco dos eventuais equívocos da operação, devendo responder pela autenticação indevida. Restam configurados, portanto, o dano, proveniente da perda definitiva das jóias de família dadas em garantia do mútuo, e o nexo de causalidade, decorrente da conduta da CEF em realizar pagamento de contrato de terceiro em detrimento do contrato da apelada, promovendo a licitação dos bens dados em penhor.

V. O *quantum* fixado para a reparação, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como ao caráter dúplice da indenização, qual seja, a reparação do dano e o desestímulo à prática de condutas que revelem a má prestação dos serviços pela entidade financeira.

VI. A avaliação administrativa dos bens objeto do penhor, realizada unilateralmente pela instituição financeira, não visa à alienação do bem, mas, tão-somente, o interesse da instituição bancária em garantir o empréstimo, consolidando-se, no mais das vezes, em montante inferior ao valor real de mercado das peças empenhadas. Acresça-se, ainda, o valor sentimental e

subjetivo das referidas jóias e a repercussão destes na perda definitiva e inesperada por meio de leilão não legitimado.

VII. Sentença confirmada. Agravo a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de maio de 2012.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): Trata-se de agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC) interposto pela Caixa Econômica Federal - CEF contra r. decisão monocrática proferida às fls. 142/144, que julgou a apelação na forma do art. 557, *caput*, do CPC, mantendo a r. sentença recorrida, nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais movida por Lydia de Albuquerque Souza.

A recorrente alega que a decisão agravada merece reforma em razão de ter mantido na íntegra o provimento de primeiro grau, o qual, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a CEF a ressarcir à autora, a título de dano moral, a importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Afirma que ao assinar o contrato de penhor, o mutuário está ciente da possibilidade do extravio das joias, não cabendo indenização.

É o breve relatório.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECILIA MELLO (Relatora): O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido de negar seguimento à apelação da Caixa Econômica Federal - CEF, mantendo o provimento de primeiro grau.

Observo que a decisão ora hostilizada, foi prolatada em precisa aplicação das normas de regência, considerando os pontos de insurgência manifestados nas razões de recurso. Nesse aspecto, não há dúvida de que os fundamentos expostos estão adequados ao entendimento jurisprudencial predominante, em cognição harmônica e pertinente a que, ao meu sentir, seria acolhida por esta colenda Turma. Está, portanto, bem amoldada ao permissivo contido no art. 557, *caput*, do CPC.

Confira-se:

“Trata-se de apelação interposta pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF em face da

sentença proferida pelo Juízo da 22ª Vara Federal de São Paulo/SP, que nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais proposta por LYDIA DE ALBUQUERQUE SOUZA, julgou procedente em parte o pedido, fixando em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) o valor da reparação por haver a CEF licitado jóias objeto de contrato de penhor equivocadamente tido como inadimplido.

Em suas razões de recurso (fls. 110/119), a CEF aduz que a sentença se fundamentou nos documentos de fls. 14/15 para decidir que os pagamentos a este referentes foram autenticados por meio de caixa, o qual haveria se equivocado no preenchimento do número do contrato de penhor, quitando contrato diverso e deixando em aberto o contrato da apelada. Informa que tais documentos não se referem à operação contestada pela autora, realizada em 31/07/2001, porém a pagamentos outros efetuados em 09/08/2002. Pondera que a digitação equivocada do nº do contrato foi procedida pela própria autora, considerando que o pagamento foi realizado por meio de 'Caixa Rápido', referindo aos documentos de fls. 20/21. Entende não poder ser responsabilizada pelo leilão das jóias, consequência prevista em contrato para o caso de inadimplemento da obrigação, já que esta efetivamente não foi paga. Sustenta que o fato de cliente realizar pagamento de contrato de terceiro não denota de plano a ocorrência de equívoco na quitação. Relata que após recebimento de comunicado do leilão, a autora resgatou o saldo, dando plena quitação à CEF. Pleiteia, em respeito ao princípio da eventualidade, a minoração da indenização fixada e pugna pela total reforma da sentença.

Recebido o recurso (fl. 126), com contrarrazões (fls. 130/137), os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório. DECIDO.

O presente feito está inserido na denominada 'Meta 2' do Conselho Nacional de Justiça, razão pela qual se impõe a celeridade de apreciação e julgamento. Ademais, considerando que a matéria *sub judice* já foi objeto de exame pelo C. Superior Tribunal de Justiça e pelas Cortes Regionais Federais, autorizado o julgamento monocrático, nos termos do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Cinge-se a demanda a contrato de mútuo com garantia pignoratícia, por meio do qual a instituição financeira emprestou quantia em dinheiro, equivalente ao valor de avaliação de jóias dadas em garantia pelo mutuário. Tais jóias, no entanto, foram licitadas ante o não pagamento da obrigação avençada.

A autora, ora apelada, afirma que o pagamento foi realizado em 31/07/2001, todavia o funcionário da CEF que realizou essa operação digitou número de contrato diverso, efetuando quitação da obrigação de terceiro e não da apelada.

É cediço que como prestadora de serviços bancários, a CEF responde objetivamente pelos danos infligidos aos consumidores, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor. Tal matéria restou pacificada em jurisprudência com a edição da Súmula 297 pelo C. Superior Tribunal de Justiça, publicada no DJ de 09.09.2004, *in verbis*:

'O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.'

Caracterizada a relação de consumo, torna-se irrelevante a apuração da culpa do agente financeiro, ante a presunção imposta pelo artigo 14 do CDC, bastando para tanto a demonstração do dano e do nexo causal, cuja prova de inoccorrência incumbe à Caixa Econômica Federal - CEF. A operação bancária questionada está retratada no documento acostado à fl. 18 dos autos, pelo qual se verifica o pagamento relativo a dois contratos de penhor: o primeiro, de número 00.006.761-9 em nome da apelada, e o segundo, nº 00.016.861-0 em nome de Denise Sgambati. Em tal recibo de pagamento consta autenticação mecânica procedida pela CEF.

Sabe-se que a apelada firmou dois contratos de penhor com a apelante, identificados pelos

números 00.006.761-9 e 00.018.861-0. Inconteste, portanto, que o pagamento registrado para o último verdadeiramente foi equivocado.

Aduz a apelante, entretanto, que não teria responsabilidade pelo erro de digitação, visto que o pagamento fora realizado em terminal de auto-atendimento, na modalidade 'Caixa Rápido', e não em caixa convencional como alegado pela demandante.

Tal assertiva, a despeito de não ter sido provada, não tem o condão de ilidir a responsabilidade da apelante, tendo em vista que mesmo os pagamentos realizados em 'Caixa Rápido', por meio do qual as informações e respectivos valores são depositados em envelope (fl. 20), devem ser conferidos e autenticados por funcionário da CEF.

Com efeito, o recibo de pagamento de fl. 18 não traz qualquer dado que indique ter sido realizado na modalidade 'Caixa Rápido'. Da mesma forma que o envelope 'Caixa Rápido' acostado à fl. 20 também não demonstra o tipo de operação para o qual foi utilizado.

Ademais, uma vez que a instituição bancária põe à disposição dos usuários pagamentos automatizados que ficam sujeitos à ratificação posterior, assume o risco dos eventuais equívocos da operação, devendo responder pela autenticação indevida.

Restam configurados, portanto, o dano, proveniente da perda definitiva das jóias de família dadas em garantia do mútuo, e o nexo de causalidade, decorrente da conduta da CEF em realizar pagamento de contrato de terceiro em detrimento do contrato da apelada, promovendo a licitação dos bens dados em penhor.

Assim, o julgado de primeiro grau há de ser confirmado, sendo imperiosa a condenação do agente financeiro, apelante, ao ressarcimento dos prejuízos experimentados pela apelada.

No tocante ao *quantum* fixado para a reparação, R\$ 10.000,00 (dez mil reais) entendo que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como ao caráter dúplice da indenização, qual seja, a reparação do dano e o desestímulo à prática de condutas que revelem a má prestação dos serviços pela entidade financeira.

Nesse mister, cabe salientar que a avaliação administrativa dos bens objeto do penhor, realizada unilateralmente pela instituição financeira, não visa a alienação do bem, mas, tão-somente, o interesse da instituição bancária em garantir o empréstimo, consolidando-se, no mais das vezes, em montante inferior ao valor real de mercado das peças empenhadas. Acresça-se, ainda, o valor sentimental e subjetivo das referidas jóias e a repercussão destes na perda definitiva e inesperada por meio de leilão não legitimado.

Sendo assim, a quitação outorgada pela apelada no ato de resgate do saldo de R\$ 335,40 (trezentos e trinta e cinco reais e quarenta centavos) não inviabiliza a indenização pretendida. Aliás, a cláusula contratual que alberga a limitação da reparação do dano (perda das jóias) em montante inferior ao valor real de mercado das peças retrata abusividade, tendo em vista que beneficia uma das partes (a entidade financeira) em detrimento da outra (a mutuária).

Em casos análogos, a jurisprudência desta Corte assim se manifestou:

'CIVIL. PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. JÓIAS OBJETO DE PENHOR LEILOADAS INDEVIDAMENTE. ABALO MORAL SUPORTADO PELO RECORRIDO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MANUTENÇÃO. 1. O apelado comprovou que, apesar do pagamento do valor devido, a CEF levou a leilão as jóias objeto de penhor, pertencentes à sua ex-mulher, o que lhe causou prejuízo material e moral. 2. A CEF alegou falha de comunicação entre as agências bancárias responsáveis pelo recebimento da quitação do débito e a realização do leilão, o que seria ato atribuível a terceiros e excluiria sua responsabilidade civil. Todavia, não comprovou o alegado, restando evidente o nexo causal entre a conduta omissiva de seus prepostos e a realização do leilão que resultou na perda das jóias penhoradas pelo recorrido. 3. Demonstrada a ocorrência de danos materiais e morais, bem

como o nexo causal entre a conduta da apelante e o prejuízo suportado pelo recorrido, mister a manutenção do valor fixado pela indenização, porquanto não tem o condão de enriquecer indevidamente o prejudicado nem empobrecer a instituição bancária, suficiente à repressão da conduta ilícita comprovada. 4. Apelação da CEF desprovida.’ (TRF 3, AC 200403990258662, Relator(a) JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, Órgão julgador JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA Z, Fonte DJF3 CJ1 DATA: 13/09/2011 PÁGINA: 212, Data da Decisão 17/08/2011, Data da Publicação 13/09/2011)

‘DIREITO CIVIL. PENHOR DE JÓIAS. LEILÃO. EQUÍVOCO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANO MORAL. RECONVENÇÃO. APELAÇÕES IMPROVIDAS. 1 - DO EXAME DOS FATOS CONCLUI-SE QUE AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA O AFASTAMENTO DO LEILÃO FORAM TOMADAS DOIS DIAS ANTES DA DATA MARCADA. HOUVE TEMPO SUFICIENTE PARA QUE O FUNCIONÁRIO DA PENHORA EFETIVASSE O RECOLHIMENTO DA QUANTIA, DA QUAL TINHA A GUARDA DO DINHEIRO, DEVENDO SER IMPUTADO A CULPA DO LEILÃO INDEVIDO À RÉ E PAGA A INDENIZAÇÃO À AUTORA NO MONTANTE EQUIVALENTE AO VALOR EFETIVO DAS JÓIAS, POR FORÇA DO DISPOSTO NO INCISO IV DO ARTIGO 774 DO CÓDIGO CIVIL E DO ARTIGO 865 DO CÓDIGO DE PROCESSO. 2 - ADOÇÃO DO LAUDO PERICIAL, FEITO POR AVALIAÇÃO INDIRETA, TENDO EM VISTA QUE A DESCRIÇÃO FEITA NO INSTRUMENTO CONTRATUAL LIMITA-SE A INDICAR O PESO DAS JÓIAS, SEM ESPECIFICAR OUTROS DETALHES QUE IMPLIQUEM NA VALORIZAÇÃO DAS JÓIAS, COMO PEDRAS PRECIOSAS, DETALHES DE ACABAMENTO E OUTROS. 3. EXISTE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO SOFRIDO PELA AUTORA E A CONDUTA NEGLIGENTE DA RÉ DE FORMA A POSSIBILITAR CONDENAÇÃO POR DANO MORAL. 4 - INDEVIDA INDENIZAÇÃO POR DANO À IMAGEM DA RÉ. A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NÃO LOGROU PROVAR QUE A MATÉRIA PUBLICADA EM JORNAL DA CIDADE TROUXE LESÃO À SUA IMAGEM. 5 - TAMBÉM INCABÍVEL O ACOLHIMENTO DA APELAÇÃO DA AUTORA, NO SENTIDO DE MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, TENDO EM VISTA QUE, NA FALTA DE NORMA EXPRESSA, A QUANTIFICAÇÃO FICA A CRITÉRIO DO JUIZ, APÓS SOPESTAR AS CIRCUNSTÂNCIAS DO ATO DANOSO. 6 - APELOS IMPROVIDOS.’ (TRF3, AC 9703023950, Relator(a) JUIZA CONVOCADA EM AUXÍLIO EVA REGINA. Órgão julgador QUINTA TURMA, Fonte DJU DATA: 12/09/2000 PÁGINA: 994, Data da Decisão 13/06/2000, Data da Publicação 12/09/2000)

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, *caput*, do CPC, nego seguimento à apelação, mantendo na íntegra a r. sentença.

Cumpram-se as formalidades de praxe.

Decorrido o prazo legal, devolvam-se os autos ao Juízo de origem, com baixa na distribuição. P. I.”

Assevero que a entidade recorrente não trouxe qualquer elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, considerando os fundamentos expendidos. Busca, em verdade, reabrir discussão sobre a matéria, não atacando os fundamentos do julgado, lastreado em jurisprudência dominante desta Corte.

Pelo exposto, nego provimento ao presente agravo.

É como voto.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0013539-65.2005.4.03.6102
(2005.61.02.013539-6)

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Apeladas: UNIÃO FEDERAL E USINA SANTA ADÉLIA S/A
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY
Classe do Processo: AC 1387327
Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/06/2012

DECISÃO

VISTOS.

Trata-se de Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público Federal em face da Usina Santa Adélia S/A e da União Federal, a fim de que a Usina seja condenada à implementação do PAS - Plano de Assistência Social -, de forma a aplicar mensalmente 1% (um por cento) do total do açúcar e da cana-de-açúcar e 2% (dois por cento) do álcool comercializados, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); e a União, por meio do Ministério da Agricultura, seja condenada a fiscalizar referida Usina no que tange à elaboração e execução do PAS, em prol dos trabalhadores da agroindústria canavieira, nos termos do art. 36, alíneas e parágrafos da Lei 4.870/65, c. c. com o art. 27, alínea “p” da Lei 10.683/03. Requerida a concessão de liminar para que a Usina, a partir de sua notificação, deposite em conta judicial específica, mensalmente, os valores arrecadados para efetivação do PAS.

O Juízo *a quo* declarou a incompetência absoluta da Justiça Federal para processar e julgar a demanda, determinando a remessa dos autos a uma das Varas do Trabalho de Jaboticabal/SP (fls. 97-99).

O Ministério Público Federal interpôs agravo de instrumento (fls. 101 e 103-113), para o qual foi concedido efeito suspensivo ativo (fls. 161-163). Posteriormente, o Magistrado *a quo* reconsiderou a decisão agravada (fls. 169), restando julgado prejudicado o recurso (fls. 204).

Citação da União Federal aos 27.06.08 (fls. 173).

Citação da Usina aos 14.08.08 (fls. 201v).

Contestação da União Federal com preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, ao argumento de que a exação deixou de ser exigível quando passou a vigorar o sistema de preços livres da cana, açúcar e álcool, de modo que a fiscalização do PAS deixou de ser atividade administrativa vinculada, sendo inadmissível o controle de atividade não vinculada pelo Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido sob o fundamentando de inexistência de omissão administrativa por ausência de objeto a ser fiscalizado, pois com a liberação dos preços não há mais elemento legal a servir de base de cálculo para a exação, o que a torna inexigível. Alegou, ainda, inexistência de pressuposto para o controle da alegada omissão. Requereu a extinção do feito, sem resolução do mérito, ou a improcedência do pedido (fls. 175-197).

Contestação da Usina Santa Adélia S/A com preliminar de ilegitimidade ativa do *Parquet*, por ser vedado ajuizar ação civil pública para veicular pretensão que envolva tributos e contribuições previdenciárias; de ilegitimidade ativa do MPF para ajuizar ação civil pública que não discorra sobre a defesa de interesses difusos ou coletivos; de impossibilidade jurídica do pedido, pois não mais existe órgão incumbido da fiscalização do PAS, sendo vedado ao judiciário determinar a criação de órgãos ou cargos encarregados da tarefa, ou mesmo compelir a União a fiscalizar algo que a própria entende não ser devido, e ilegitimidade passiva pela verba prevista na alínea “b” do art. 36 da Lei 4.870/65. No mérito, alegou que o art. 36 da Lei 4.870/65 não foi recepcionado pela CF/88 e que a cobrança em questão é inviável, tendo em vista a supressão da base de cálculo da contribuição do PAS, eis que os preços oficiais da cana, do açúcar e do álcool não mais existem; impossibilidade de extensão do conceito de preço oficial; natureza tributária do PAS e não recepção do art. 36 da Lei 4.870/65, e violação ao art. 204 da CF/88. Requereu a extinção do feito, sem resolução do mérito, ou a improcedência do pedido (fls. 207-228).

A sentença, prolatada aos 15.10.08, rejeitou as preliminares e julgou improcedente o pedido, sob o supedâneo de ausência de parâmetros legais que permitam definir todos os elementos da obrigação invocada, restando inexigível a exação diante do contexto normativo atual. Sem condenação em custas e honorários (fls. 468-477)

O Ministério Público Federal apelou. Alegou que a expressão “preço oficial”, que não mais existe, deve ser lida simplesmente como preço. A extinção do IAA não extingue a obrigação, pois a função fiscalizatória pode ser exercida por outro órgão, *in casu*, o Ministério da Agricultura. Ademais, o art. 36 da Lei 4.870/65 não foi revogado e foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Pede o provimento da apelação para que o pedido seja julgado procedente (fls. 479-491).

A União Federal apresentou contrarrazões (fls. 502-508).

Contrarrazões da Usina Santa Adélia S/A com preliminar de carência da ação pela falta de interesse processual, ao argumento de que ação civil pública não é via adequada para veicular pretensão que envolva tributos e contribuições; ilegitimidade ativa de parte, porquanto o caso dos autos consubstancia defesa de interesses individuais homogêneos, enquanto que ação civil pública somente pode ser intentada pelo Ministério Público para a defesa de interesses difusos e coletivos; impossibilidade jurídica do pedido, por ser vedado ao Judiciário criar cargos ou desenvolver atividades que a União considera inexigível. No mérito, aduz que a cobrança é inviável, pois as bases de cálculo (os preços oficiais) deixaram de existir, de modo que a contribuição do PAS, que tem natureza tributária, não foi recepcionada pela CF/88, havendo incompatibilidade do art. 36 da Lei 4.870/65 com a nova ordem constitucional, bem como violação ao art. 204 da CF/88. Sustenta a impossibilidade da extensão do conceito do preço oficial, motivo pelo qual a exação está extinta, ante a ausência de base impositiva para a exigência. Pugna pelo improvimento do apelo e pela manutenção da r. sentença, caso não acolhidas as preliminares de extinção sem resolução do mérito (fls. 510-527).

Subiram os autos a esta E. Corte.

Ante o entendimento proferido pelo Órgão Especial deste Tribunal, no conflito de competência nº 0007461-52.2010.4.03.0000, foram os autos redistribuídos à Terceira Seção desta Corte e conclusos à minha Relatoria aos 13.04.11 (fls. 543-543v).

A Usina anexou aos autos parecer dos Professores Alcides Jorge Costa e Miguel Reale sobre o tema (fls. 545-612).

DECIDO.

O artigo 557, *caput* e/ou o seu § 1º-A, do Código de Processo Civil autorizam o Relator, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento a recurso que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior e a dar-lhe provimento se estiver de acordo com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

Essa é a hipótese vertente.

Inicialmente, rejeito as preliminares veiculadas nas contrarrazões da Usina Santa Adélia S/A.

O Ministério Público Federal é parte legítima para propor a vertente ação civil pública, a qual é meio adequado para obtenção do provimento jurisdicional almejado.

Isso porque não se sustenta a assertiva de que o PAS configura contribuição social de natureza tributária.

Para elucidar a questão, trago à colação trecho de decisão proferida pela Excelentíssima Desembargadora Federal Regina Costa, que trata de matéria de mesmo jaez:

“Numa análise preliminar, entendo que o aludido art. 36, da Lei nº 4.870/65 foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, pois com ela compatível. Estabelece aplicação direta de recursos em benefício daqueles trabalhadores, para os serviços apontados, o que não colide com a obrigatoriedade do pagamento de contribuições sociais destinadas ao financiamento da Seguridade Social. Trata-se de um ‘plus’ de proteção outorgado àqueles trabalhadores, sabidamente hipossuficientes.

Outrossim, não se vislumbra natureza tributária nesse dever imposto aos produtores de cana, açúcar e álcool, porquanto há imposição de aplicação direta de recursos, não sua arrecadação pelo Fisco ou por ente por ele autorizado.

Trata-se, portanto, de direito social, de que são titulares os empregados do setor sucroalcooleiro, possibilitando a efetivação de outros direitos fundamentais, tais como saúde, educação e assistência médica e social.” (TRF 3ª Região, AG 251519, proc. 2005.03.00.085496-3, em apreciação de efeito suspensivo, publicação: 28.04.06 - Recurso prejudicado em 23.05.10, em razão da superveniência de sentença de procedência prolatada nos autos originários)

In casu, trata o bem *sub judice* de direito relativo à assistência social, cujo objetivo é o de beneficiar determinada categoria de trabalhadores, que mantêm relação jurídica com agentes econômicos que atuam no setor sucroalcooleiro, motivo pelo qual reconheço versar a lide sobre típico interesse coletivo, passível de ser tutelado pelo Ministério Público por meio de ação civil pública, nos exatos termos do art. 129, inc. III da CF/88 e art. 6º, inc. VII, alíneas “a” e “d” da Lei Complementar 75/93.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ADEQUAÇÃO - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - LEGITIMIDADE ATIVA - DIREITOS COLETIVOS - LC 75/1993 - LEI 8.078/1990

(CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) - UNIÃO FEDERAL - LEGITIMIDADE PASSIVA - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - LEI 4.870/1965 - PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DOS TRABALHADORES DO SETOR SUCROALCOOLEIRO - ASSISTÊNCIA SOCIAL - RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1.988 - PREÇO OFICIAL E PREÇO DE VENDA - INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ÁLCOOL - IAA - SUCESSÃO PELA UNIÃO - RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO NA FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA LEI PELAS EMPRESAS DO SETOR - ATIVIDADE ADMINISTRATIVA VINCULADA - AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA.

1. Tratando-se de direito coletivo de uma classe de pessoas, a ação civil pública é a via processual adequada à defesa desses interesses.
2. O Ministério Público Federal tem legitimidade para defender, por meio de Ação Civil Pública, direito social de uma categoria específica de pessoas, na forma da LC 75/1993 (art. 6º, VII, *d*) e da Lei 8.078/1990 (art. 81, par. único).
3. Sendo sucessora do extinto Instituto do Açúcar e do Alcool - IAA, a UNIÃO responde pelas ações por ele respondidas antes da extinção.
4. Pedido juridicamente possível porque que tem respaldo no ordenamento jurídico, tanto no que tange à obrigação de efetivação do PAS, quanto ao poder/dever da União de fiscalizá-la e responder por ação ou omissão no exercício de sua atividade administrativa.
5. O art. 37 da Lei 4.870/1965 não é norma tributária, mas, sim, institui obrigação de fazer, isto é, de elaborar e implantar Plano de Assistência Social destinado aos trabalhadores do setor sucroalcooleiro, que lhes propicie atendimento médico, hospitalar, farmacêutico e social. Quis o legislador dar especial atenção aos trabalhadores desse setor, cujas inóspitas e peculiares condições de trabalho acarretam prejuízos à saúde e à integridade física, além de propiciarem a exploração do trabalho infantil e de mão-de-obra quase escrava.
6. O Plano de Assistência Social que as empresas do setor devem fazer e implantar está em consonância com as normas da Constituição Federal de 1.988 e, longe de ferir o princípio da isonomia, vai ao encontro da seletividade e distributividade: a Lei 4.870/1965 foi recepcionada pela nova ordem constitucional porque reconhece a peculiar situação dos trabalhadores do setor sucroalcooleiro e lhes distribui a proteção social que seus empregadores podem e devem implantar.
7. O sistema de Seguridade Social é solidário. Por ser solidário, é dever do Poder Público e de toda a sociedade, nela incluídas as empresas do setor sucroalcooleiro.
8. O art. 36 da Lei 4.870/1965 apenas indica a quantia mínima a ser aplicada pelos empresários do setor na execução de seus Programas de Assistência Social.
9. A interpretação do texto legal indica que, não havendo mais tabelamento de preços no setor, o preço oficial deve ser considerado como preço de venda. Interpretação literal afastada porque colocaria por terra a existência do Plano de Assistência Social.
10. A prestação da Assistência Social é dever constitucional dos Poderes Públicos e da sociedade, e, existindo previsão legal de implantação de Plano de Assistência Social, a atividade administrativa é vinculada, sem espaço para discricionariedade.
11. A omissão administrativa deve ser analisada judicialmente, sem que reste configurada a violação ao princípio da separação dos poderes.
12. A satisfatória execução do julgado recomenda a manutenção de 'contabilidade específica para os recursos do PAS bem como conta bancária exclusiva para esse fim', como determinado na sentença, indispensáveis para o efetivo controle e fiscalização das atividades da(s) ré(s).
13. Remessa Oficial e Apelações improvidas." (TRF 3ª Região, Ac 1581194, proc. 0020105-36.2005.4.03.6100, 9ª Turma, Des. Fed. Marisa Santos, TRF3 CJ1 24.11.11)

“SEGURIDADE SOCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE SOCIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SEGURIDADE SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO E MANUTENÇÃO DO PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (PAS). ART. 36 E 64 DA LEI 4.870/65. AÇÃO SOCIAL. ATRIBUIÇÃO LEGAL A PARTICULAR. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE TODA A SOCIEDADE. ART. 194 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. (...).

3. Devem ser rejeitadas as alegações de ilegitimidade passiva do Ministério Público Federal e de inadequação da ação civil pública, em face das premissas constitucionais e legais aplicáveis à matéria.

4. A Constituição Federal de 1988 outorgou a este órgão a missão de defender, além da ordem jurídica e do regime democrático, os interesses sociais, na clara dicção do *caput* do seu art. 129. Daí porque se reconhece, em casos como este, a legitimidade ativa do Ministério Público, na forma expressa do art. 6º, inciso VII, alínea *a*, da Lei Complementar 75/93.

5. A tripartição dos Poderes confere ao Poder Judiciário a primazia de dizer o direito cabível nos casos concretos, ainda que os órgãos dos demais Poderes Constituídos adotem entendimentos diferentes, não podendo deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito que sejam invocados pela parte interessada (CF, art. 5º, inciso XXXV).

(...).

21. Preliminares rejeitadas.

22. Improvida a apelação da União Federal. 23.

Parcialmente providas as apelações das demais rés apenas para discriminar as obrigações do art. 36 da Lei 4.870/65 e eximi-las de realizar contabilidade específica para os recursos do PAS.”

(TRF 3ª Região, Ac 1397248, proc. 0001500-45.2006.4.03.6120, 7ª Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. Rubens Calixto, TRF3 CJ1 13.12.11).

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MPF. PAS. PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 36 DA LEI 4.870/65. CONSTITUCIONALIDADE. ATRIBUIÇÃO FISCALIZATÓRIA DA UNIÃO FEDERAL.

1. O PAS, Plano de Assistência Social é um direito social da categoria de trabalhadores da agroindústria da cana-de-açúcar. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal para defesa dos interesses coletivos, com fundamento no art. 129, *caput* e inciso III da Constituição Federal, art. 81, parágrafo único e inciso II da Lei nº 8.078/90 e art. 6º, VII, letra ‘d’ da Lei Complementar nº 75/93.

2. O meio processual utilizado é adequado para veicular o pedido e a causa de pedir, tendo em vista que, em essência, objetiva-se sejam as rés compelidas a executar obrigação de fazer consubstanciada na efetivação de direito de natureza coletiva previsto expressamente em texto legal.

3. De rigor, ainda, o não-acolhimento da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o pedido deduzido não é vedado pelo ordenamento jurídico, pelo contrário, é por ele admitido.

(...).” (TRF 3ª Região, AC 1230136, proc. 2005.61.02.013528-1, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, DJF3 CJ1 24.08.09, p. 433.)

Finalmente, rejeito a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido suscitada pela União, pois o pleito não é ilícito nem defeso em lei. Ao contrário, a Constituição Federal

consagra o direito à assistência social como direito fundamental a ser perseguido por toda a sociedade, sendo que a extinção do IAA e do preço oficial da cana, do açúcar e do álcool, não impedem a execução do PAS, consoante se demonstrará na fundamentação a seguir.

Passo ao exame do mérito.

O PAS - Plano de Assistência Social, foi instituído pela Lei 4.870/65, cujo art. 36 reza, *in verbis*:

“Art. 36 Ficam os produtores de cana, açúcar e álcool obrigados a aplicar, em benefício dos trabalhadores industriais e agrícolas das usinas, destilarias e fornecedores, em serviços de assistências médica, hospitalar, farmacêutica e social, importância correspondente no mínimo, às seguintes porcentagens:

- a) de 1% (um por cento) sobre preço oficial de saco de açúcar de 60 (sessenta) quilos, de qualquer tipo, revogado o disposto no art. 8º do Decreto-lei nº 9.827, de 10 de setembro de 1946;
- b) de 1% (um por cento) sobre o valor oficial da tonelada de cana entregue, a qualquer título, às usinas, destilarias anexas ou autônomas, pelos fornecedores ou lavradores da referida matéria;
- c) 2% (dois por cento) sobre o valor oficial do litro de álcool de qualquer tipo produzido nas destilarias.

§ 1º Os recursos previstos neste artigo serão aplicados diretamente pelas usinas, destilarias e fornecedores de cana, individualmente ou através das respectivas associações de classe, mediante plano de sua iniciativa, submetido à aprovação e fiscalização do I.A.A.

§ 2º Ficam as usinas obrigadas a descontar e recolher, até o dia 15 do mês seguinte, a taxa de que trata a alínea ‘b’ deste artigo, depositando seu produto em conta vinculada, em estabelecimento indicado pelo órgão específico da classe dos fornecedores e à ordem do mesmo. O descumprimento desta obrigação acarretará a multa de 50% (cinquenta por cento) da importância retida, até o prazo de 30 (trinta) dias, e mais 20% (vinte por cento) sobre aquela importância, por mês excedente.

§ 3º A falta de aplicação total ou parcial, dos recursos previstos neste artigo, sujeita o infrator à multa equivalente ao dobro da importância que tiver deixado de aplicar.”

Consoante o disposto no art. 7º, *caput*, da Constituição Federal: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros* que visem à melhoria de sua condição social: (...)” (g. n.)

Da análise da redação do dispositivo constitucional, conclui-se que o rol dos direitos dos trabalhadores é meramente exemplificativo, não excluindo outros de mesma natureza.

Outrossim, o art. 194, *caput*, da Carta Magna, dispõe que “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”.

Finalmente, o art. 203, *caput*, também da Lei Maior, impõe o dever de solidariedade, ao disciplinar: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social ...”

Em face do panorama constitucional aqui retratado, tenho que o artigo 36 da Lei 4.870/65 foi plenamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, na medida em que se harmoniza perfeitamente com as disposições transcritas, bem como com os preceitos fundamentais

que consagram o princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à saúde, ao lazer, a condições dignas de trabalho etc.

Na hipótese vertente, o art. 36 da Lei 4.870/65 tem por objetivo promover assistência médica, hospitalar, farmacêutica e social à categoria de trabalhadores da agroindústria de cana-de-açúcar, visto que a seguridade social não está unicamente vinculada à atuação do Estado, mas também às ações oriundas da sociedade, com fundamento no princípio da solidariedade que orienta o Sistema da Seguridade Social.

Também não se sustenta a assertiva de que o PAS configura contribuição social de natureza tributária, fazendo-se necessária a criação de nova base de cálculo por meio de lei complementar, em razão de não haver mais o “preço oficial”, que era estabelecido pelo governo.

Conforme já exarado na apreciação das preliminares, a contribuição do PAS não se reveste de natureza tributária, à medida que inexistente arrecadação pelo Fisco ou por ente por ele autorizado, mas, sim, imposição de aplicação direta dos recursos.

Destaque-se que um dos elementos caracterizadores do tributo, nos termos do art. 3º do CTN, é a cobrança da exação “mediante atividade administrativa plenamente vinculada”; não é este o caso.

Não se tratando de tributo, não se há falar em necessidade de Lei Complementar e de criação de nova base de cálculo.

O fato de não ser estabelecido pelo Poder Público um preço fixo para a cana, o açúcar e o álcool, não impede a aplicação do PAS, porquanto na ausência de fixação governamental de preço para tais produtos, as alíquotas estabelecidas no art. 36 da Lei 4.870/65 recairão sobre os preços praticados, consoante já se decidiu nesta E. Corte, não sendo despendida a transcrição das ementas proferidas neste Tribunal:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (PAS). ARTIGO 36 DA LEI 4.870/65. RECEPÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL. OMISSÃO DA UNIÃO FEDERAL NO DEVER DE FISCALIZAR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTS. 17 E 18 DA LEI 7.347/85.

I - Verificando que a matéria objeto da presente ação civil pública já se encontra pacificada no âmbito da 10ª Turma desta E. Corte Regional, aplicável o disposto no artigo 557 do CPC.
II - As preliminares trazidas em contrarrazões pela Usina Santo Antonio S/A, que, aliás, são idênticas a da contestação por ela apresentada, não merecem ser conhecidas, seja porque, uma vez afastadas pela r. decisão apelada, permaneceram irrecorridas, seja porque não cabe o seu conhecimento de ofício, tendo em vista que a solução a elas atribuída pela r. sentença se mostra absolutamente adequada ao caso em espécie.

III - Assiste razão ao Ministério Público Federal quando aduz que o essencial, na redação do artigo 36 da Lei nº 4.870/65, não é expressão ‘preço oficial’, mas sim a idéia de preço.

IV. Liberados os preços dos produtos, a obrigação constante no referido dispositivo legal incidirá sobre os preços praticados pelo mercado. Recepção do artigo 36 da Lei nº 4.870/65 pelo ordenamento jurídico.

V - Cabe ao Judiciário dar cumprimento às leis, de modo que não se vislumbra uma interferência da técnica jurisdicional no âmbito legislativo, no tocante à determinação do cumprimento do disposto no artigo 36 da Lei nº 4.870/65.

VI - Consistindo o Plano de Assistência Social (PAS) em uma obrigação de fazer com nítido caráter assistencial, o motivo determinante para a sua elaboração deve ser a dignidade da pessoa humana.

VII - A Lei nº 10.683/03, ao tratar especificamente da competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento previu, na alínea 'p' do inciso I do artigo 27, a sua atribuição para o 'planejamento e exercício da ação governamental nas atividades do setor agroindustrial canavieiro'.

VIII - Havendo previsão geral de atuação para um determinado Ministério no que toca ao setor sucroalcooleiro, bastaria ao Poder Executivo, através do exercício do poder regulamentar, dar plena eficácia à lei, cumprindo, assim, o seu papel constitucional de garantidor de direitos fundamentais. Patente a omissão da União Federal no seu dever de promover a melhoria das condições de vida dos trabalhadores do setor canavieiro.

IX - A jurisprudência deste E. Tribunal Regional Federal vem reiteradamente acolhendo, em casos semelhantes ao presente, não só a tese da responsabilização da União Federal pelo descumprimento do dever de fiscalizar o recolhimento e aplicação das verbas decorrentes do PAS, como também tem afastado a alegação de que se estaria diante de ato administrativo discricionário.

X - Em casos de descumprimento da obrigação de fiscalizar da União Federal, é perfeitamente cabível a imposição de multa diária, ainda que, conforme dispõe o § 4º do artigo 461 do CPC, não havendo requerimento expresso da parte contrária neste sentido. O objetivo da multa é o cumprimento da obrigação outrora determinada. A multa é apenas inibitória, fazendo com que o réu não resista ao cumprimento da obrigação específica.

XI - No que concerne à condenação da União Federal ao pagamento de honorários advocatícios, é caso de se acolher a sua irresignação, seja por não vislumbrar a existência de má fé no caso concreto, seja diante do que preconizam os artigos 17 e 18 da Lei nº 7.347/85 e do entendimento consolidado no E. STJ sobre o tema. Precedentes do E. STJ e desta C. 10ª Turma.

XII - Agravo interposto pela Usina Santo Antonio S/A a que se nega provimento. Agravo da União Federal parcialmente provido." (AC 1226393, proc. 0013548-27.2005.4.03.6102, 10ª Turma, Rel. Des. Fed. Walter do Amaral, v. u., TRF3 CJ1 07.03.12)

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEI Nº 4.870/65. PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - PAS. PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL. NORMA RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO. FISCALIZAÇÃO PELA UNIÃO FEDERAL. CABIMENTO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. NATUREZA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DO PAS. NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. INAPLICABILIDADE DE PRINCÍPIOS DO DIREITO TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. PROVIMENTO DA APELAÇÃO. 1. O pedido formulado pelo autor, ora apelante, é juridicamente possível. O fato de ter sido extinto o IAA em nada impossibilita a pretensão do ora apelante, uma vez que a matéria discutida não está afeta à regulamentação do preço da cana e do açúcar, mas sim à discussão no sentido de ser ou não aplicável o implemento do Plano de Assistência Social - PAS, previsto pela Lei 4.870/65. 2. Foi recepcionado pela Constituição Federal o art. 36 da Lei 4.870/65, regulamentada pelo Decreto-lei 308/67, seguida da Resolução 07/89, do IAA, tendo como escopo atender, nos casos concretos, o princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação de prestar a assistência social a quem dela necessitar, princípios estes garantidos pela Constituição, independentemente da contribuição à seguridade social. 3. Cumpre às usinas a efetiva prestação assistencial a partir de recursos financeiros oriundos das contribuições criadas para tal mister, vez que a Seguridade Social não está unicamente vinculada à atuação do Estado, mas a ações

oriundas da sociedade, inclusive no que diz respeito a financiamento de programas, com fundamento no princípio constitucional da solidariedade que orienta o Sistema da Seguridade (art. 203 da C.F.). 4. O fato de não ser estabelecido pelo Poder Público, preço para o açúcar, cana e álcool, não significa que o art. 36 da Lei 4.870/65 não possa ser aplicado. Na época da promulgação da mencionada lei, somente existia o preço fixado, daí, denominado ‘preço oficial’ (referido pelo citado dispositivo legal), contudo, atualmente, na ausência de intervenção governamental sobre este item, a alíquota tratada legalmente, recairá sobre o preço praticado. 5. Tendo sido extinto o IAA, e tendo vindo a União Federal a sucedê-lo, evidentemente que, por via de consequência, tomou para si as responsabilidades do mencionado instituto. Assim, passou a ser da responsabilidade da União Federal a fiscalização da implementação objeto de discussão no presente feito. Aliás, a União Federal, já é co-responsável pela coordenação do Plano de Assistência Social - PAS, por força do art. 37, da Lei 2.870/65. 6. Há compulsoriedade na obrigação, mas isso não significa que tenha natureza tributária. A obrigação para com o PAS é uma obrigação de fazer. A aplicação dos recursos é feita diretamente aos trabalhadores industriais e agrícolas do setor sucroalcooleiro. A natureza da obrigação, portanto, não é tributária. São inaplicáveis os princípios do Direito Tributário. 7. A seguridade social também compreende ações de iniciativa da sociedade (art. 194 da C.F.). E a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da C.F.). A natureza do PAS é, pois, de assistência social. 8. Sem condenação das rés em honorários advocatícios, tendo em vista o fato de o autor não ter requerido na peça inicial. 9. Apelação do autor provida.” (AC 1404751, proc. 0013549-12.2005.4.03.6102, 2ª Turma, Juiz Fed. Conv. Marco Aurélio Castrianni, v. u., TRF3 CJ1 15.03.12).

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEI Nº 4.870/65 - PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL - PAS - PEDIDO JURIDICAMENTE POSSÍVEL - NORMA RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO - FISCALIZAÇÃO PELA UNIÃO FEDERAL - CABIMENTO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO.

1. (...).

2. Foi recepcionado pela Constituição Federal o art. 36 da Lei 4.870/65, regulamentada pelo Decreto-lei 308/07, seguida da Resolução 07/89, do IAA, tendo como escopo atender, nos casos concretos, o princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação de prestar a assistência social a quem dela necessitar, princípios estes garantidos pela Constituição, independentemente da contribuição à seguridade social.

3. Cumpre às usinas a efetiva prestação assistencial a partir de recursos financeiros oriundos das contribuições criadas para tal mister, vem que a Seguridade Social, não está unicamente vinculada à atuação do Estado, mas ações oriundas da sociedade, inclusive no que diz respeito a financiamento de programas, com fundamento no princípio constitucional da solidariedade que orienta o Sistema da Seguridade (art. 203 CF).

4. O fato de não ser estabelecido pelo Poder Público, preço para o açúcar, cana e álcool, não significa que o art. 36 da Lei 4.870/65 não possa ser aplicado. Na época da promulgação da mencionada lei somente existia o preço fixado, daí, denominado ‘preço oficial’ (referido pelo citado dispositivo legal), contudo, atualmente, na ausência de intervenção governamental sobre este item, a alíquota tratada legalmente, recairá sobre o preço praticado.

(...).

7. Apelação do autor provida.” (AC 1233671, proc. 2005.61.02.013547-5, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, v. u., DJF3 07.10.08)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MPF. PAS. PLANO DE ASSISTÊNCIA

SOCIAL. ART. 36 DA LEI 4.870/65. CONSTITUCIONALIDADE. ATRIBUIÇÃO FISCALIZATÓRIA DA UNIÃO FEDERAL.

(...).

4. O PAS foi instituído na Lei nº 4.870/65 e o art. 36 determinou aos produtores de cana, açúcar e álcool a aplicação de recursos em benefício dos trabalhadores industriais e agrícolas das usinas, destilarias e fornecedores, sem serviços de assistência médica, hospitalar, farmacêutica e social. A fiscalização quanto à aplicação dos recursos competia ao IAA, Instituto do Açúcar e Alcool.

5. O dispositivo do art. 36 da Lei 4.870/65, em decorrência do seu escopo, foi plenamente recepcionado pela Carta Magna em vigor, representando implemento ao desenvolvimento e à dignidade a pessoa humana.

6. Extinto o IAA por força da Lei nº 8.029/1990, o planejamento e exercício da ação governamental das atividades do setor agroindustrial canavieiro percorreu vários Ministérios até chegar à esfera de competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), por força do art. 27, I, 'p', da Lei nº 10.683/2003 e art. 1º, XV, da Estrutura Regimental do MAPA, aprovada pelo Decreto nº 5.351/2005.

7. Obrigação de fazer imposta às empresas do setor sucroalcooleiro de aplicar recursos para o PAS, que não tem natureza tributária e objetiva assegurar a observância do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais.

(...)" (AC 1230136, proc. 2005.61.02.013528-1, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, DJF3 CJ1 24.08.09, p. 433 - v. u. para rejeitar a matéria preliminar e dar provimento à apelação)

O TRF da 4ª Região adota o mesmo posicionamento sobre o tema:

"AMBIENTAL. APELAÇÕES EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MPF. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PLANO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. - PAS. ART. 36 DA LEI 4.870/65. CUMPRE ÀS USINAS A EFETIVA PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL A PARTIR DE RECURSOS FINANCEIROS ORIUNDOS DAS CONTRIBUIÇÕES CRIADAS PARA TAL MISTUR (ART. 203 CF).

RESPONSABILIDADE DA UNIÃO FEDERAL DE FISCALIZAR A IMPLEMENTAÇÃO OBJETO DE DISCUSSÃO NO PRESENTE FEITO.

Improvemento dos recursos." (AC 2007.70030042364, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, v. u., D. E. 22.04.10)

No mais, os recursos destinados ao PAS não se confundem com as contribuições vertidas pelas agroindústrias nos moldes do art. 22-A da Lei 8.212/91, isso porque o benefício em questão integra a categoria de assistência social, totalmente distinta das ações do governo que são custeadas pela seguridade social. Conforme já exarado, a seguridade e assistência social não devem advir unicamente da ação do Estado, mas também das ações da sociedade.

O fato de o IAA - Instituto do Açúcar e do Alcool ter sido extinto, não impede a efetivação do PAS, pois a União, coordenadora do aludido Plano (art. 37 da Lei 2.870/65), na qualidade de sucessora do IAA, deve se responsabilizar pela fiscalização da implementação do Programa, não havendo dúvidas de que tal ônus lhe é imputável.

Destarte, após a extinção do IAA, o planejamento e exercício da ação governamental das atividades do setor agroindustrial canavieiro percorreu vários Ministérios até chegar à esfera

de competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), por força do art. 27, I, 'p', da Lei nº 10.683/2003.

Também não se vislumbra qualquer ofensa ao princípio da isonomia a imposição da obrigação somente para os produtores de álcool, açúcar e cana.

Destarte, é reconhecido por toda sociedade que os trabalhadores da área ficam expostos a toda sorte de penúria, sendo perfeitamente justificável dispender tratamento diferenciado à categoria, diante das condições precárias e insalubres a que se submetem, como altas temperaturas, sol, chuva, trabalho forçado com “facão”, movimento ortopédico repetitivo para o corte da cana, posição ortostática durante todo o dia, etc.

As empresas que exploram o setor e obtêm lucros, sabidamente grandiosos, possuem a obrigação de minimizar o impacto de sua atividade na vida de seus trabalhadores.

Aplicar o PAS, portanto, nada mais é, ao contrário do alegado pelas corrés, do que exercitar o princípio da isonomia em sua máxima, consoante as palavras do inesquecível Rui Barbosa, “tratar desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades”.

Acrescente-se, ainda, o fato de que a aplicação da Lei do PAS deve ser observada por todas as Usinas do país, e tanto assim o é, que diversas ações civis públicas estão sendo manejadas pelo Ministério Público Federal em face de diversas usinas, não configurando a r. sentença afronta ao princípio da isonomia.

No que tange às razões de apelação da União Federal, de inexistência de omissão administrativa, por ausência de objeto a fiscalizar, ante a inexigibilidade da exação do PAS, resta superada frente o quanto exposto neste julgado, porquanto se demonstrou ser perfeitamente cabível e correta a implementação do direito ora tutelado.

Na hipótese de ação que também tem por escopo a obrigação de fazer, se procedente o pleito, é cabível a outorga de tutela específica que assegure o resultado concreto equiparável ao adimplemento (artigo 461 do Código de Processo Civil). De outro ângulo, para a eficiente prestação da tutela jurisdicional, a aplicação do dispositivo legal em tela independe de requerimento, diante de situações urgentes. Nesse diapasão, o caráter social do bem tutelado autoriza a adoção da medida.

Ante o exposto, nos termos do artigo 557, § 1º-A do CPC, *REJEITO AS PRELIMINARES E DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO, A FIM DE:*

A) CONDENAR A USINA SANTA ADÉLIA S/A a: I) - elaborar o PAS - Plano de Assistência Social, nos termos da inicial, no prazo de 90 dias (contados a partir da intimação desta decisão), em benefício de seus trabalhadores, mediante a aplicação da importância correspondente a 1% (um por cento) do total do açúcar e da cana-de-açúcar e 2% (dois por cento) do total do álcool, produzidos e comercializados, consoante o art. 36, da Lei nº 4.870/65, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), conforme os arts. 11 da Lei 7.347/85 c. c. 461, §§ 3º e 4º do CPC, e II) efetuar os depósitos das quantias arrecadas, nos termos do art. 36 da Lei 4.870/65, a partir da data de intimação desta decisão, consoante requerido na exordial;

B) CONDENAR A UNIÃO FEDERAL, por intermédio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, a promover a contínua fiscalização da Usina Santa Adélia S/A, quanto à elaboração e à execução do aludido Plano de Assistência Social em favor de seus trabalhadores, conforme previsto no art. 36, da Lei 4.870/65, c. c. art. 27, letra 'p', da Lei 10.683/03.

CONCEDO A TUTELA ESPECÍFICA, nos termos acima. Sem condenação em honorários advocatícios. Custas ex lege.

Decorrido o prazo legal, baixem os autos à Primeira Instância para oportuno arquivamento.

Intimem-se. Publique-se. Comunique-se.

São Paulo, 15 de maio de 2012.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

- Sobre a elaboração, execução e fiscalização do Plano de Assistência Social (PAS) para os trabalhadores da agroindústria canavieira, veja também os seguintes julgados: AC 0013521-44.2005.4.03.6102/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicada na RTRF3R 108/251 e Ag AC 0001068-69.2010.4.03.6125/SP, Relator Desembargador Federal Fausto De Sanctis, publicado na RTRF3R 112/61.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

0027878-64.2007.4.03.6100

(2007.61.00.027878-2)

Embargante: FÁBIO ARCHERO FERRARI

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 93

Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 17ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO ERIK GRAMSTRUP

Classe do Processo: REOMS 305163

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 31/05/2012

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRELIMINAR. NULIDADE ABSOLUTA. AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA NA IMPRENSA OFICIAL E DA INTIMAÇÃO DA PATRONA DO IMPETRANTE. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. CERTIDÃO DE DECURSO DE PRAZO PARA AS PARTES SE MANIFESTAREM EQUIVOCADA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. EVIDENTE DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO SOFRIDO. VÍCIO. SANEAMENTO. MODIFICAÇÃO DO JULGADO. EFEITOS INFRINGENTES. PRELIMINAR ARGUIDA CONHECIDA. EFEITOS MODIFICATIVOS CONFERIDOS. MÉRITO DO RECURSO. EXAME PREJUDICADO.

I. A alusão feita quanto à nulidade absoluta decorrente da ausência de publicação da sentença na imprensa oficial, bem como à intimação da patrona do impetrante, configura-se questão de ordem pública, que se enquadra em matéria que pode ser alegada em sede de embargos de declaração.

II. Sentença recorrida que não foi objeto de publicação na imprensa oficial e tampouco consta tenha a advogada da parte sido intimada desse *decisum*.

III. Se a parte impetrante não foi devidamente intimada, na instância ordinária, de quaisquer atos processuais posteriores à prolação da sentença, equivocada é a certidão de decurso de prazo para as partes se manifestarem.

IV. Comprovada a ausência de publicação da sentença e intimação da patrona do impetrante, na forma prescrita em lei, evidencia-se o prejuízo daí advindo, pela violação dos princípios do contraditório, do devido processo legal e ampla defesa.

V. Em face da evidente demonstração do efetivo prejuízo sofrido pelo desrespeito às formalidades previstas no Código de Processo Civil, a nulidade revela-se impositiva e o ato de publicação da sentença e intimação da parte devem ser realizados.

VI. Declaração da nulidade do acórdão proferido, bem como de todos os atos processuais ocorridos após a prolação da sentença.

VII. Constatado vício que, para ser sanado, implique em modificação do julgado, os embargos de declaração podem ser dotados de efeitos infringentes.

VIII. Preliminar arguida conhecida para o fim de dar provimento aos embargos, conferindo-lhe *efeitos modificativos*, anulando o v. acórdão exarado, determinando o retorno dos autos para a vara de origem, a fim de que se proceda à regular publicação da sentença e intimação da patrona do impetrante, sobre o teor do referido *decisum*, de modo a devolver-lhe o prazo recursal, com o regular processamento ao feito. Prejudicado o exame do mérito do recurso.

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, conhecer da preliminar arguida, para o fim de dar provimento aos embargos, conferindo-lhes *efeitos modificativos*, e julgar prejudicado o exame do mérito do recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 26 de abril de 2012.

Juiz Federal Convocado ERIK GRAMSTRUP - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ERIK GRAMSTRUP (Relator): Trata-se de embargos declaratórios opostos por Fábio Archero Ferrari, em face do v. acórdão de fls. 93, que, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, mantendo, assim, a r. sentença de primeiro grau que julgou parcialmente procedente o pedido e concedeu parcialmente a segurança, para o fim de eximir o impetrante de recolher o imposto de renda sobre a indenização paga a título de “férias indenizadas simples (vencidas) e respectivo adicional de 1/3”.

Sustentou o embargante, em preliminar, a nulidade do processo, em face da ausência de publicação e intimação da r. sentença monocrática (fls. 56/62).

Nesse particular, assinala que foram enviadas, apenas e tão-somente, ofícios para intimação pessoal da Fazenda Nacional, bem como da DRF.

E mais, que foi certificado nos autos, de forma errônea, que “não houve manifestação das partes, por petição, no prazo legal.” (fls. 74)

Destarte, requereu a anulação do feito desde a prolação da sentença, em razão da inobservância dos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa, publicidade das decisões e atos processuais.

Em não sendo esse o entendimento, alega contrariedade ao disposto nos artigos 134 e 146, da CLT, inclusive para fins de prequestionamento.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo integral provimento dos embargos de declaração, dotados de efeitos infringentes, com a nulificação de todos os atos processuais praticados desde a certidão de fls. 74, inclusive, que atesta, erroneamente, a inexistência de manifestação das partes, quando, ao fim e ao cabo, não houve publicação do dispositivo da sentença na imprensa oficial ou mesmo a intimação pessoal da advogada da parte.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado ERIK GRAMSTRUP - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado ERIK GRAMSTRUP (Relator): *Prima facie*, tenho que assiste razão ao embargante.

Ressalte-se que, os embargos aludem à nulidade absoluta decorrente da ausência de publicação da sentença na imprensa oficial, bem como à intimação da patrona do impetrante, configurando-se questão de ordem pública, que se enquadra em matéria que pode ser alegada em sede de embargos de declaração, entendimento já pacificado no e. STJ (AgRg no Ag 374379/PR, 6ª T., Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ 01.02.2005).

Na situação em exame, consoante se depreende de acurada análise dos autos, resulta que realmente a r. sentença de primeiro grau (fls. 56/62) não foi objeto de publicação na imprensa oficial.

Tampouco consta tenha a advogada da parte sido intimada desse *decisum*.

Na realidade, resulta, tão-somente, que a sentença foi registrada em secretaria (fls. 66) e que a União Federal dela foi intimada pessoalmente (fls. 71), bem como que o Ministério Público Federal dela tomou ciência (fls. 73).

E mais, que cópia dessa sentença foi encaminhada ao Delegado da Receita Federal em São Paulo (fls. 68) e ao Procurador Chefe da Fazenda Nacional em São Paulo (fls. 70).

Destarte, verifica-se que a parte impetrante não restou intimada, na instância ordinária, de quaisquer atos processuais posteriores à prolação da sentença, sendo, portanto, equivocada a certidão de fls. 74, que certificou o decurso de prazo para as partes se manifestarem.

Comprovada a ausência de publicação da sentença e intimação da patrona do impetrante, na forma prescrita em lei, evidencia-se o prejuízo daí advindo, pela violação dos princípios do contraditório, do devido processo legal e ampla defesa. Resulta ser caso de reconhecimento dessa nulidade, de caráter absoluto e que, nessa ordem, pode ser conhecida, conforme assinalado, de ofício.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IRREGULARIDADE NA INTIMAÇÃO DO PATRONO DA CAUSA. NOME GRAFADO INCORRETAMENTE. TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O exercício da advocacia nos grandes centros, como São Paulo, Santos e Belo Horizonte, pressupõe a utilização dos serviços prestados por empresas especializadas na leitura do diário oficial, que efetuam a busca de intimações, quer pelo meio físico quer por via da internet, com base no nome do advogado. Essa é a realidade atual, que não pode ser desprezada.
2. Enil e Ênio são expressões diferentes, não podendo o erro do Tribunal *a quo* ser considerado insignificante.
3. É dever do Estado-juiz, enquanto entidade monopolista da prestação jurisdicional, intimar a parte corretamente.
4. *Se o advogado não foi regularmente intimado, não há trânsito em julgado, não incidindo, por consequência, o enunciado da Súmula 268 do STF.*
5. Recurso provido”. (STJ, RMS 15298/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, 2ª Turma, DJ 26/04/2004, p. 155). (grifei)

“Processual Civil. Recurso Especial. *Ausência de intimação do advogado. Contra-razões à apelação. Nulidade absoluta.* - É absoluta a nulidade do julgamento da apelação quando não foi intimado o advogado regularmente constituído pela parte *ex adversa*, para apresentação das contra-razões.

- Recurso especial provido”. (STJ, REsp 442491/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma, DJ 16/12/2002, p. 323). (grifei)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA EM NOME DE ANTIGOS PATRONOS. PEDIDO DE ALTERAÇÃO PRÉVIO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. 1 - Trata-se de petição onde o Banco Bradesco S/A vem demonstrar a ocorrência de vício no curso do processo uma vez que a sentença de primeiro grau não foi publicada em nome de sua patrona conforme requerido antes do julgamento. 2 - Suscitada questão de ordem, por economia processual, a Turma recebeu a petição do Banco Bradesco como Embargos de Declaração, tendo em vista que já se esgotara o ofício jurisdicional pelo julgamento dos recursos interpostos pela parte autora e pela CEF. 3 - *Tendo em vista que os Embargos aludem a nulidade absoluta decorrente da omissão do nome do patrono do Banco Bradesco na publicação da sentença, configura-se questão de ordem pública, que, embora não prevista no art. 535 do CPC, se enquadra em matéria que pode ser alegada em sede de embargos de declaração, entendimento já pacificado no e. STJ (AgRg no Ag 374379/PR, 6ª T., Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ 01.02.2005).* 4 - Compulsando os autos, verifica-se que às fls. 341/342, há pedido para retificação do nome do advogado do Banco Bradesco, com procuração anexa, pedido este, reiterado à fl. 354. Com a juntada da cópia do Diário Oficial de 04/08/2006 (fl. 532), ficou demonstrado que, de fato, a sentença foi publicada no nome dos antigos patronos do Banco Bradesco S/A. 5 - *Conclui-se que não houve a regular intimação do Banco Bradesco quanto ao teor da sentença proferida em primeiro grau. Comprovada a ausência de intimação do embargante na forma prescrita em lei, evidencia-se o prejuízo daí advindo, pela violação dos princípios do contraditório, do devido processo legal e ampla defesa, impondo-se a nulidade do acórdão proferido às fls. 454/455, bem como de todos os atos processuais ocorridos a partir da data em que foi publicada a sentença.* 6 - Recurso provido para anular o acórdão exarado, reconhecendo o vício e determinar a baixa dos autos à Vara de origem para que sejam tomadas as providências cabíveis para a regularização do processo”. (TRF2, AC 200051010041150, Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 05/11/2008)

Dessa forma, em face da evidente demonstração do efetivo prejuízo sofrido pelo desrespeito às formalidades previstas no Código de Processo Civil, a nulidade revela-se impositiva e o ato de publicação da sentença e intimação da parte devem ser realizados.

Impõe-se, destarte, seja declarada a nulidade do acórdão proferido às fls. 93, bem como de todos os atos processuais ocorridos após a prolação da sentença.

Constatado vício que, para ser sanado, implique em modificação do julgado, os embargos de declaração podem ser dotados de efeitos infringentes.

Neste particular, imperioso assinalar a possibilidade, em hipóteses excepcionais, de *efeitos* infringentes aos embargos de declaração, em que sanada obscuridade, contradição ou omissão seja modificada a decisão embargada.

Consoante já decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, “A possibilidade de atribuição de efeitos infringentes ou modificativos a embargos de declaração sobrevém como resultado da presença de omissão, obscuridade ou contradição, vícios a serem corrigidos no acórdão embargado, e não da simples interposição do recurso”. (EDcl no RMS 32890/AM, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, 1ª Turma, DJe 12/12/2011).

Nesse sentido, inclusive, já decidiu essa e. Quarta Turma, consoante se infere do teor do julgado a seguir transcrito:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. MEMORIAL DE CÁLCULOS. VALOR MENOR DO QUE O APURADO PELA CONTADORIA DO JUÍZO. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO. RESPEITO À COISA JULGADA. No que concerne à prescrição, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento no sentido de que é de cinco anos, contados a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, o prazo prescricional para a propositura da ação executiva contra a Fazenda Pública, em conformidade com o entendimento sufragado na Súmula 150/STF, que assim dispõe: ‘Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação’. Na hipótese dos autos, verifica-se que o prazo prescricional da ação executória começou a fluir em 23/10/1998 (fl. 120), data do trânsito em julgado da sentença exequenda. Em 10/03/1999 (fl. 126) a exequente deu início à execução da sentença. Desse modo, é certo afirmar que a pretensão executória não foi alcançada pela prescrição. Pode o juiz determinar a remessa à Contadoria Judicial quando houver controvérsia acerca do montante devido e para adaptar o *quantum debeatur* à sentença de cognição transitada em julgado. A Contadoria Judicial é órgão auxiliar do Juízo, razão pela qual os cálculos por ela elaborados, devem prevalecer, ainda que importe em acréscimo do valor devido, razão pela qual não agrava a situação da executada, tendo em conta que se pretende dar estrito cumprimento ao título judicial trânsito em julgado, o que afasta a tese de julgamento *extra petita*. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 1176216, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 17.11.2010; REsp nº 1125630, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe de 01.12.2009; REsp nº 719586; Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 29.06.2007; e AgRg no Ag 444247, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ de 19.12.2005. A execução que compromete a verba pública exige a observância dos limites da decisão exequenda, autorizando possíveis correções posteriores, face ao princípio da moralidade que deve reger a administração pública. Embargos de declaração acolhidos, dando-lhes efeitos modificativos, para o fim de dar provimento ao agravo de instrumento.” (AI 00066169820024030000, DES. FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 CJ1 DATA: 27/10/2011).

Isto posto, conheço da preliminar arguida e dou provimento aos embargos, conferindo-lhe *efeitos modificativos*, para o fim de anular o v. acórdão exarado, determinando o retorno dos autos para a vara de origem, a fim de que se proceda à regular publicação da sentença e intimação da patrona do impetrante, sobre o teor do referido *decisum*, de modo a devolver-lhe o prazo recursal, com o regular processamento ao feito. Fica prejudicado o exame do mérito do recurso.

É o voto.

Juiz Federal Convocado ERIK GRAMSTRUP - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA

0061615-25.2007.4.03.0000

(2007.03.00.061615-5)

Impetrante: WALTER RABE (réu preso)
Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Litisconsorte Passivo: UNIÃO FEDERAL
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: MS 287715
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/05/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PENAL. ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE VEÍCULOS APREENDIDOS. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. ILEGITIMIDADE DO MARIDO PARA DEFENDER A MEAÇÃO DA ESPOSA. RISCO DE DETERIORAÇÃO. POSSIBILIDADE DE VENDA ANTECIDA DOS BENS, DESDE QUE OBSERVADO O DEVIDO PROCESSO LEGAL. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I - Cabe mandado de segurança para discutir a legalidade de ato judicial que determina a alienação antecipada de bens cautelarmente apreendidos em processo penal, uma vez que não há previsão de recurso que possa suspender a eficácia da medida.

II - O marido não possui legitimidade ativa para defender a meação da esposa. Precedente.

III - Embora a jurisprudência admita a alienação antecipada de bens, tal medida deve ser adotada após a observância do devido processo legal, uma vez que tanto o Código de Processo Civil quanto a Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), aplicáveis por analogia, dispõem a respeito da prévia oitiva da parte contrária.

IV - Mandado de segurança conhecido em parte. Segurança parcialmente concedida, sem prejuízo de renovação do ato.

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, conhecer parcialmente da impetração e conceder parcialmente a segurança, nos termos do relatório e voto do Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator), com quem votaram os Desembargadores Federais CECILIA MELLO, VESNA KOLMAR, ANTONIO CEDENHO, JOSÉ LUNARDELLI, o Juiz Federal Convocado MARCIO MESQUITA e os Desembargadores Federais PEIXOTO JÚNIOR, NELTON DOS SANTOS e ANDRÉ NEKATSCHALOW; vencidos o Juiz Federal Convocado RAFAEL MARGALHO (em substituição ao Desembargador Federal LUIZ STEFANINI) e a Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE.

São Paulo, 17 de maio de 2012.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Trata-se de *mandado de segurança*, com pedido de liminar, impetrado por *Walter Rabe* em face de ato praticado pelo Juízo Federal da 6ª Vara Criminal de São Paulo - SP.

Segundo consta dos presentes autos, o ora impetrante foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 16 e 22 da Lei nº 7492/86 e artigo 288 do Código Penal, uma vez que, em síntese, faria parte de uma das cinco organizações criminosas que realizavam funções típicas de “doleiros”, efetuando o câmbio de moedas no mercado paralelo e promovendo a remessa e recebimento de recursos do exterior, na modalidade conhecida como “dólar-cabo”, tudo sem a autorização do Banco Central e sem prestar informações às autoridades responsáveis.

Por ocasião do oferecimento da denúncia, o Ministério Público Federal requereu a alienação antecipada dos automóveis apreendidos na residência do impetrante, medida esta que foi deferida, sendo designada a realização de leilão.

O *impetrante* sustenta a ilegalidade do ato pelos seguintes motivos: *a)* violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa (inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988), uma vez que não teve a oportunidade de se manifestar sobre o pedido de alienação antecipada; *b)* que não há urgência na medida, posto que a deterioração não ocorre rapidamente e não há impedimento de que o impetrante ou seus familiares sejam nomeados depositários; *c)* que a expropriação não ressalvou os direitos da sua mulher (artigos 1658 e 1659 do Código Civil); *d)* que o confisco e a perda de bens, em regra, são efeitos secundários da condenação (Código Penal, artigo 91, inciso II, alínea “b” e artigos 122, 123 e 133 do Código de Processo Penal), sendo a alienação antecipada medida excepcional que depende de previsão legal.

O pedido de liminar foi deferido, determinando-se a suspensão da alienação antecipada dos veículos mencionados na petição inicial (*Renault Kangoo RN 1.6, Audi A6, Smart Crossblade, Toyota Corolla, VW Passat, Toyota Hilux SW4 e Toyota Hilux SW4 D*).

A autoridade impetrada prestou informações às fls. 475/479, esclarecendo que determinou a alienação antecipada como forma de evitar dispêndios com depositários e para resguardar o seu valor aquisitivo. Também informou que foi suspenso o leilão dos bens apreendidos em nome do impetrante e que foi negativo o primeiro leilão dos demais veículos apreendidos.

O impetrante formulou pedido de extensão da medida liminar a outros dois veículos (*Porsche Cayman, placas DSK 7755, e um motociclo Piaggio Beverly 250D, placas FGB-0500*) que não foram mencionados na petição inicial.

O pedido foi indeferido, uma vez que não havia prova do domínio (fls. 907/909).

A União Federal, preliminarmente, sustenta o descabimento do mandado de segurança. No mérito, pugna pela improcedência do pedido.

A Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da segurança (fls. 919/925 e 1113/1113vº).

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Anoto, de início, que *conheço* do presente mandado de segurança, uma vez que o impetrante se insurge contra ato judicial que determinou a alienação antecipada de bens (veículos), ato este que o sistema processual penal não prevê recurso com efeito suspensivo.

Observe, ainda, que não se trata de pedido de restituição de coisa apreendida, matéria que esta 1ª Seção firmou posicionamento no sentido do descabimento da impetração.

Ressalto, também, que não conheço do pedido *na parte* em que o impetrante defende a meação da sua esposa, tendo em vista a sua manifesta ilegitimidade. Nesse sentido:

“PROCESSO PENAL. SEQÜESTRO E HIPOTECA LEGAL. ARTS. 134 E 136 DO CPP. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MEAÇÃO. AUTONOMIA PATRIMONIAL DA PESSOA JURÍDICA. BEM DE FAMÍLIA. FRAÇÃO IDEAL DE IMÓVEL EM CONDOMÍNIO. ART. 33 DA LEI Nº 7.492/86. 1. Nos termos do artigo 142 do Código de Processo Penal, o Ministério Público tem legitimidade para requerer o seqüestro e posterior hipoteca legal de imóveis, havendo interesse da Fazenda Pública. 2. Compete ao Juiz Criminal decretar as medidas constritivas, conforme expressa disposição legal (artigos 125 e seguintes do CPP). 3. *O requerente não possui legitimidade ativa ‘ad causam’ para impugnar medidas acautelatórias com base no interesse alheio, ainda que se refira à meação de sua esposa. Recurso não conhecido no ponto, com a ressalva do entendimento do Relator, que, por economia processual, examinou a questão.* 4. A Lei 8.009/90 excepciona da impenhorabilidade o bem de família, na hipótese de execução da sentença penal (art. 3º, inciso VI) já que as medidas acautelatórias previstas nos arts. 134 e 136 do CPP se destinam justamente a garantir o ressarcimento do dano ex delicto, multa e custas processuais no caso de eventual condenação. Precedentes desta Corte e do STF. 5. A autonomia patrimonial da pessoa jurídica não pode ser utilizada com o fim de proteger os bens particulares de quem pratica ilicitudes, porquanto os institutos de direito privado não existem para obstar conseqüências legais de atividades criminosas. 6. Mesmo carecendo o recorrente de *legitimatío ad causam* para argüir ofensa à meação de terceiros, insta registrar que essa tese somente poderá ser alegada no caso de eventual hasta pública, pois medidas assecuratórias não têm o condão de transferir a propriedade. 7. O arresto pode incidir sobre fração ideal de imóvel recebido mediante sucessão *mortis causa*, em condomínio com os demais herdeiros, face à sua natureza cautelar. 8. O artigo 33 da Lei nº 7.492/86 alude à circunstância do magistrado singular, ao efetuar a dosimetria punitiva, aumentar até o décuplo o patamar máximo fixado no artigo 49, § 1º, do Estatuto Repressivo. (TRF 4ª Região, Oitava Turma, ACR nº 2003.70.00.052727-3, Rel. Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro, DJ 18.10.2006 - grifei)”

Superada a análise do cabimento, observe, no mérito, que no mesmo dia em que a denúncia foi recebida (24/05/07), a autoridade ora impetrada deferiu o pedido de alienação antecipada dos bens apreendidos (leilão designado para o dia 11/06/07) por ocasião do cumprimento da medida de busca e apreensão ocorrida no desencadeamento da denominada “OPERAÇÃO KASPAR”, oportunidade em que também foram cumpridos mandados de prisão preventiva e temporária, bem como bloqueio de contas bancárias de diversos clientes e do próprio impetrante (fls. 544/569).

Embora a jurisprudência admita a alienação antecipada de bens, tal medida deve ser adotada após a observância do *devido processo legal*, uma vez que tanto o Código de Processo Civil quanto a Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) dispõem a respeito da prévia oitiva da parte contrária.

A propósito, o artigo 670 do Código de Processo Civil dispõe que, quando houver manifestação vantagem ou os bens estiverem sujeitos à deterioração ou depreciação, o Juiz autorizará a alienação antecipada dos bens penhorados *após a oitiva da parte contrária* (Parágrafo único).

Em sentido análogo, dispõem os §§ 7º e 8º da Lei nº 11.343/06, *verbis*:

“§ 7º autuado o *requerimento de alienação*, os autos serão conclusos ao juiz, que, verificada a presença de nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, *determinará a avaliação dos bens relacionados*, cientificará a Senad e *intimará a União, o Ministério Público e o interessado*, este, se for o caso, por edital com prazo de 5 (cinco) dias.

§ 8º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão” (grifei).

No presente caso, a Procuradoria da República apresentou cota no sentido do oferecimento da denúncia em apartado e, dentre outros requerimentos, pugnou pela alienação antecipada dos bens (fl. 541) com fundamento no parágrafo 5º do artigo 120 do Código de Processo Penal e nos termos dos incisos I e II do artigo 670 do Código de Processo Civil (fls. 538/543).

A autoridade impetrada, por sua vez, proferiu duas decisões: a primeira, tratando dos diversos pedidos formulados pelo Ministério Público Federal, dentre eles o de alienação antecipada dos bens; a segunda, no sentido do recebimento da denúncia (544/555 e 556/569).

Para a melhor compreensão dos fatos, transcrevo o trecho do ato judicial ora atacado que tratou do pedido de alienação antecipada de bens:

“De outro lado, verifica-se que o Ministério Público Federal requereu a alienação antecipada dos bens seqüestrados, aí inseridos os veículos que foram apreendidos no dia do desencadeamento da OPERAÇÃO KASPAR, com base no parágrafo 5º do artigo 120 do Código de Processo Penal e nos incisos I e II do artigo 670 do Código de Processo Civil, salientando a falta de aparelhamento do Estado para a administração, manutenção e preservação dos bens (fl. 1223).

É fato que a Justiça Federal não dispõe dos meios necessários para administração de tais bens, não podendo ser desconsiderada, ainda, a impossibilidade de utilização de recursos públicos para sua manutenção porquanto não integram o patrimônio da pessoa jurídica de direito público, de forma a inviabilizar a adoção de medida de conservação. Logo, justifica-se o pedido do Ministério Público Federal devidamente respaldado nas políticas públicas definidas pela ENCCLA, em especial da Meta nº 17 da ENCLA 2006, porquanto visa não somente para a preservação, até mesmo do interesse público, mas também como forma de atender o interesse dos acusados em geral, que poderiam, em caso de absolvição, receber o valor correspondente aos bens alienados, ao invés destes em estado precário.

Acrescente-se que a META nº 14 ENCCLA 2007 determina a utilização do meio eletrônico

para a venda antecipada, sendo de nota que a Recomendação nº 14 ENCCLA 2007, estimula a utilização de tal instituto pelos poderes públicos (Justiça e Ministério Público)

Importante aduzir que a antecipação da venda de bens passíveis de deterioração possui previsão tanto no Código de Processo Penal (art. 120, § 5º) quanto no Código de Processo Civil (art. 670, incisos I e II).

...

Assim, considerando a necessidade de se realizar a venda antecipada dos imóveis, a fim de evitar dispêndio com depositários, depreciação e despesas condominiais, bem como outros impostos incidentes, com sério risco de depreciação do valor econômico desses bens, DEFIRO a venda antecipada dos veículos que se encontram na Justiça Federal para resguardar o seu valor aquisitivo que deverá ser depositado à disposição deste Juízo, devidamente atualizado. DETERMINO, outro assim, a realização de LEILÃO TRADICIONAL e por meio ELETRÔNICO a ser efetuado pelo Instituto Nacional da Qualidade Judiciária - INQJ, qualificado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público pelo Ministério da Justiça, nos termos da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 (Processo MJ nº 08071.000167/2004-81), conforme despacho da Secretaria Nacional de Justiça, de 01 de dezembro de 2004, publicado no Diário Oficial de 08 de dezembro de 2004.” (fl. 549/551)

Como já ressaltado, entendo possível a *alienação antecipada de bens*, uma vez que o direito à propriedade não é absoluto. Entretanto, a privação deste direito deve *observar o devido processo legal* (inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988), *o que não se verificou no presente caso*, motivo pelo qual a segurança deve ser concedida para tornar sem efeito o ato judicial impugnado, sem prejuízo de nova designação após a observância do devido processo legal.

Embora seja posterior ao ato judicial questionado no presente feito, cumpre ressaltar que o *Conselho Nacional de Justiça* editou a *Recomendação nº 30*, de 10 de fevereiro de 2010, oportunidade em que reconheceu a *relevância* de todas as observações feitas pela autoridade impetrada, mas, no seu item I, “c”, recomendou a *observância das disposições da lei processual penal e subsidiariamente as da lei processual civil relativas à execução por quantia certa no que respeita à avaliação, licitação e adjudicação ou da respectiva jurisprudência*.

No mesmo sentido, o *Projeto de Lei do Senado nº 156/09* (Código de Processo Penal) estabelece que, recebida a denúncia, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá determinar a alienação antecipada dos bens seqüestrados em caso de fundado receio de sua depreciação patrimonial ou perecimento, sendo que, requerida a alienação e juntada a petição aos autos apartados do seqüestro, será concedida *vista para manifestação do réu ou de terceiro interessado*, seguindo-se o autos à conclusão para que o juiz avalie a pertinência do pedido e determine a avaliação dos bens (artigos 630 e seguintes).

Ressalto, a título de argumentação, que a posterior intimação sobre a designação do leilão não supre o vício apontado, uma vez que o contraditório deve ser prévio, facultando-se ao requerido apresentar argumentos no sentido do descabimento da medida e questionar a avaliação dos bens antes da designação do leilão.

No tocante aos outros dois veículos (*Porsche Cayman*, placas DSK 7755, e um *motociclo Piaggio Beverly 250D*, placas FGB-0500) não há prova do domínio, o que afasta a possibilidade de extensão da medida.

Diante do exposto, *conheço parcialmente* da impetração e, no mérito, *concedo parcialmente*

a segurança para cassar o ato que determinou a alienação antecipada dos veículos mencionados na fl. 3 destes autos (Renault Kangoo RN 1.6, Audi A6, Smart Crossblade, Toyota Corolla, VW Passat, Toyota Hilux SW4 e Toyota Hilux SW4 D), sem prejuízo de renovação do ato.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0043644-56.2009.4.03.0000

(2009.03.00.043644-7)

Agravante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Agravados: MODAS JALOUSIE LTDA., CELIA BEATRIZ ROSEMBLUM E SERGIO JONAS CUKIER

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DAVID DINIZ

Classe do Processo: AI 393711

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/05/2012

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - CARTA DE CITAÇÃO NEGATIVA - NÃO CONFIGURAÇÃO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR - ARTIGO 13 DA LEI 8.620/93 - INCONSTITUCIONALIDADE - DÍVIDA DE IPI - RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS COM FULCRO NO ARTIGO 135 CTN - AUSÊNCIA DE PROVA DOS REQUISITOS - EXCLUSÃO DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO.

1. A alegada responsabilidade solidária dos integrantes da empresa, prevista no artigo 13 da Lei 8.620/93 não prospera, porquanto tal dispositivo teve sua inconstitucionalidade declarada pela suprema corte no RE 562.276, cujo entendimento foi reproduzido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de paradigma, Resp nº 1.153.119, submetido ao regime da Lei nº 11.672.
2. No que concerne ao redirecionamento da execução fiscal aos sócios, com fulcro no artigo 8º do Decreto-Lei nº 1.736/79 e no artigo 124, inciso II, do Código Tributário Nacional, verifica-se a ausência de respaldo jurídico, porquanto é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, ainda que se trate de dívida decorrente do IPI, eventual responsabilização dos gerentes somente é possível se presentes os requisitos do artigo 135, inciso III, do CTN.
3. Não se verifica o encerramento irregular da sociedade, porquanto há apenas o retorno negativo da carta de citação. Ressalte-se, ainda, que não foi determinada qualquer diligência por meio oficial de justiça, no domicílio constante da ficha cadastral e do contrato social, já que a certidão lavrada a fl. 142 refere-se ao domicílio do sócio-gerente. Ademais, a empresa compareceu no feito para apresentar sua defesa.
4. Não há que falar em afronta aos artigos 462, 471 e 473 do Código de Processo Civil, porquanto, diante da defesa apresentada e dos elementos constantes dos autos, restou constatada a ilegitimidade dos sócios para figurarem no polo passivo da execução. Em discussão matéria de ordem pública, possível ao juiz, de ofício, rever sua decisão nos termos da fundamentação exposta às fls. 196/199.
5. Eventual irregularidade cadastral que configure infração ao artigo 113, § 2º, do CTN, aos artigos 2º, 3º e 4º do Decreto nº 84.101/79 e às instruções normativas da secretaria da receita federal não autoriza a imputação da dívida aos sócios, pois tal responsabilidade possui regramento na norma tributária, que determina a comprovação de atos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato, ao estatuto social, ou a dissolução irregular pessoa jurídica, devidamente demonstrada por oficial de justiça, o que não é o caso dos autos.
6. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 03 de maio de 2012.

Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ (Relator): Agravo de instrumento interposto pela União, com pedido de tutela recursal antecipada, contra decisão que, nos autos de execução fiscal, excluiu os sócios do polo passivo da execução fiscal.

A agravante argumenta, em síntese, que é indevida a exclusão dos sócios da demanda, pois ao julgador é vedado rediscutir ponto sobre o qual já se pronunciou. Aduz que restou demonstrada nos autos a dissolução irregular da empresa e a ausência de bens para a garantia do débito. Argumenta, ainda, que a dívida em cobro possui regulamentação específica, já que o artigo 13 da Lei nº 8620/93 e o artigo 8º do Decreto-Lei nº 1.736/79 dispõem sobre a responsabilidade solidária dos diretores da empresa, com amparo no artigo 124, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Às fls. 202/203 foi concedida a antecipação de tutela recursal.

Contraminuta às fls. 209/218.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ (Relator): Não assiste razão à agravante.

A alegada responsabilidade solidária dos integrantes da empresa, prevista no artigo 13 da Lei 8.620/93 não prospera, porquanto tal dispositivo teve sua inconstitucionalidade declarada pela suprema corte no RE 562.276, cujo entendimento foi reproduzido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de paradigma, Resp nº 1.153.119, submetido ao regime da Lei nº 11.672, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS POR OBRIGAÇÕES DA SOCIEDADE JUNTO À SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 13 DA LEI 8.620/93. DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 562.276). RECURSO PROVIDO. ACÓRDÃO SUJEITO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/08.”

(STJ - RESP - 1153119, Teori Albino Zavascki, v. u., Primeira Seção, Dje 02/12/2010)

No que concerne ao redirecionamento da execução fiscal aos sócios, com fulcro no artigo 8º do Decreto-Lei nº 1.736/79 e no artigo 124, inciso II, do Código Tributário Nacional, verifica-se a ausência de respaldo jurídico, porquanto é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, ainda que se trate de dívida decorrente do IPI, eventual responsabilização dos gerentes somente é possível se presentes os requisitos do artigo 135, inciso III, do CTN, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO CONTRA O SÓCIO-GERENTE. IPI. SOLIDARIEDADE. ART. 124 DO CTN. APLICAÇÃO CONJUNTA COM O ART. 135 DO CTN. OBRIGATORIEDADE. PRESUNÇÃO DE IRREGULARIDADE AFASTADA. REDIRECIONAMENTO. DESCABIMENTO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

1. O STJ firmou o entendimento de que o redirecionamento da Execução Fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.
2. Orientação reafirmada pela Primeira Seção, no julgamento do Ag 1.265.124/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC.
3. O STJ consolidou ainda o posicionamento de que a lei que atribui responsabilidade tributária, ainda que na forma do art. 124, II, do CTN, deve ser interpretada em consonância com o art. 135 do referido codex, visto que, nos termos do art. 146, inciso III, ‘b’, da Constituição Federal, as normas sobre responsabilidade tributária deverão se revestir obrigatoriamente de lei complementar.
4. Agravo Regimental não provido.”
(STJ - AgRg no Ag 1359231/SC, Relator(a) Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/04/2011)

“TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO SÓCIO-GERENTE.

1. A responsabilidade fiscal dos sócios restringe-se à prática de atos que configurem abuso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatutos da sociedade.
2. Não importa se o débito é referente ao IPI (DL nº 1.739/79). O ponto central é que haja comprovação de dissolução irregular da sociedade ou infração à lei praticada pelo sócio-gerente.
3. Agravo regimental improvido.”
(STJ - AgRg no REsp 910383/RS, Relator(a) Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/06/2008)

Verifica-se que a inclusão de sócios no pólo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada no artigo 135, III, do CTN e somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social, ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade.

Nos termos da Súmula 435/STJ, “presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

Evidencia-se dos autos, todavia, que não se pode falar em encerramento irregular da sociedade, porquanto há apenas o retorno negativo da carta de citação (fl. 65). Ressalte-se,

ainda, que não foi determinada qualquer diligência por meio oficial de justiça, no domicílio constante da ficha cadastral (fl. 74) e do contrato social (fl. 131), já que a certidão lavrada a fl. 142 refere-se ao domicílio do sócio-gerente. Ademais, a empresa compareceu no feito para apresentar sua defesa (fls. 127/129). Portanto, não demonstrada a dissolução irregular da sociedade, inviável o acolhimento do pleito, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE. SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. REEXAME DE PROVA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR NÃO COMPROVADA. SÚMULA 07/STJ. INDÍCIO INSUFICIENTE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR.

(...)

3. Esta Corte Superior entende que a não localização da empresa no endereço constante dos cadastros da Receita para fins de citação na execução caracteriza indício de irregularidade no seu encerramento apta a ensejar o redirecionamento da execução fiscal ao sócio. Conforme ocorreu no julgamento do REsp 716.412 pela Primeira Seção. Todavia, a Segunda Turma já decidiu, recentemente, que “[...] *não se pode considerar que a carta citatória devolvida pelos correios seja indício suficiente para se presumir o encerramento irregular da sociedade. Não possui o funcionário da referida empresa a fé pública necessária para admitir a devolução da correspondência como indício de encerramento das atividades da empresa*”. REsp 1.017.588/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6/11/2008, DJe 28/11/2008.

4. Agravo regimental não provido.”

(STJ - AgRg no REsp 1129484/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16/03/2010, DJe 26/03/2010)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO-GERENTE. IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE.

1. Há entendimento desta Corte no sentido de que a certidão do oficial de justiça, que atesta que a empresa não funciona mais no endereço indicado, é indício suficiente de dissolução irregular de suas atividades, o que autoriza o redirecionamento aos sócios-gerentes. (...)”

(STJ - EDcl no REsp 703.073/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/02/2010, DJe 18/02/2010)

“EXECUÇÃO FISCAL - DEVOLUÇÃO DA CARTA CITATÓRIA NÃO-CUMPRIDA PELOS CORREIOS - INDÍCIO INSUFICIENTE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR - PRECEDENTES.

1. Esta Corte tem o entendimento de que os indícios que atestem ter a empresa encerrado irregularmente suas atividades, como certidão do oficial de justiça, são considerados suficientes para o redirecionamento da execução fiscal. Aplicação do princípio da presunção de legitimidade dos atos do agente público e veracidade do registro empresarial.

2. Não se pode considerar indício suficiente para se presumir o encerramento irregular da sociedade a carta citatória devolvida pelos correios. Precedentes: REsp 1017588/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.11.2008; REsp 1017588/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.11.2008; REsp 1072913/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 4.3.2009. Agravo regimental improvido.”

(STJ - AgRg no REsp 1086791/2008/0193841-7, Relator(a) Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Data do Julgamento 16/06/2009, DJe 29/06/2009)

“TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE - ART. 135, III, CTN - DISSOLUÇÃO

IRREGULAR DE SOCIEDADE - DEVOLUÇÃO DE AR - PRECEDENTES.

(...)

4. A mera devolução do aviso de recebimento sem cumprimento não basta, por si só, à caracterização de que a sociedade foi irregularmente dissolvida. (...)"

(STJ - Resp nº 1074497-SP, DJU de 03.02.2009, rel. Min. Humberto Martins)

Não há que falar em afronta aos artigos 462, 471 e 473 do Código de Processo Civil, porquanto, diante da defesa apresentada e dos elementos constantes dos autos, restou constatada a ilegitimidade dos sócios para figurarem no polo passivo da execução. Em discussão, matéria de ordem pública, possível ao juiz, de ofício, rever sua decisão, nos termos da fundamentação exposta às fls. 196/199, a teor da jurisprudência que segue, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO. INCOMUNICABILIDADE DOS BENS DOS SÓCIOS. ILETIGITIMIDADE PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO. GARANTIA DO JUÍZO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PENHORA EM DINHEIRO. CONVERSÃO EM DEPÓSITO. 1. O patrimônio pessoal do sócio, diretor, gerente ou representante de pessoa jurídica de direito privado não responde pelas dívidas da sociedade, uma vez que com ele não se confunde, sendo assim, o simples inadimplemento não se presta a configurar a situação a que se refere o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, na medida em que a responsabilidade só existirá quando provada a prática do ato com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. 2. Não se está a questionar a presunção de legitimidade da Certidão da Dívida Ativa, eis que não se põe em dúvida, em um primeiro momento, a existência da dívida e a sua titularidade, sendo apenas o Judiciário quem não reconhece a legitimidade do 3º que a autoridade administrativa fez constar arbitrariamente da CDA, utilizando-se da afirmação de que são responsáveis pelo pagamento dos tributos da sociedade tão-somente por figurarem na qualidade de sócios, diretores, gerentes ou representantes. 3. Ressalte-se que esta prova incumbe ao exequente e, uma vez não comprovada conduta que dê ensejo à responsabilização do sócio, conclui-se pela sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da execução fiscal, questão que pode ser conhecida até mesmo de ofício pelo juiz. 4. Ademais, a decisão do juiz pela exclusão dos indigitados co-responsáveis se deu após a análise de petitório, denominado pela doutrina como ‘exceção de pré-executividade’, revendo decisão anterior em que determinou a inclusão dos aludidos sujeitos, sem que se possa falar em preclusão da questão. 5. No tocante à alegação de que a constrição em dinheiro no caso em tela configura penhora e não depósito, somente este último apto a afastar a partir de sua efetivação a incidência de juros e multa, tem-se que a argumentação é inconsistente, eis que, conforme oportunamente assinalado pelo Exmo. Desembargador Federal Fernando Marques ao indeferir o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, a penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do art. 9º (§ 2º do art. 11 da Lei nº 6.830/80). 6. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo.”

(AGV 200302010053988, AGV - AGRAVO - 113608, Relator(a) Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA, TRF2, QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data: 15/09/2005 - Página: 206)

Eventual irregularidade cadastral que configure infração ao artigo 113, § 2º, do CTN, aos artigos 2º, 3º e 4º do Decreto nº 84.101/79 e às instruções normativas da secretaria da receita federal não autoriza a imputação da dívida aos sócios, pois tal responsabilidade possui regramento na norma tributária, que determina a comprovação de atos de gestão com

excesso de poderes, infração à lei, ao contrato, ao estatuto social, ou a dissolução irregular pessoa jurídica, devidamente demonstrada por oficial de justiça, o que não é o caso dos autos.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento ao agravo de instrumento e cassação, em consequência, a antecipação da tutela recursal.

Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO

0025757-64.2011.4.03.9999

(2011.03.99.025757-1)

Recorrente: TEREZINHA ALVES OLIVEIRA

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: TEREZINHA ALVES OLIVEIRA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Remetente: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE DIADEMA - SP

Classe do Processo: ApelReex 1651657

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/06/2012

DECISÃO

Trata-se de recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, interposto pela parte autora contra o v. acórdão desta E. Corte Regional Federal que, no caso concreto, concedeu o benefício de aposentadoria por invalidez.

Alega a parte recorrente violação aos arts. 42 da Lei 8.213/91, 406 do Código Civil, 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, e 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Sem contrarrazões.

É o relatório. Decido.

Atendidos os requisitos gerais de admissibilidade recursal, passo ao exame dos pressupostos constitucionais.

O recurso especial é de ser inadmitido.

Não se verifica a presença de interesse recursal da parte recorrente, acerca da alegação de violação ao art. 42 da Lei 8.213/91, pois foi concedido o benefício por incapacidade, nos moldes pleiteados na inicial.

Não prospera também a alegação de negativa de vigência aos arts. 406 do Código Civil e 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, vez que o posicionamento da E. Turma Julgadora está em consonância com o adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP nº 1.205.946/SP (Rel. Min. Benedito Gonçalves, Corte Especial, j. 19.10.2011, DJe 02.02.2012), representativo da controvérsia, no sentido da aplicação de juros de mora, na forma estabelecida pela Lei 11.960/09.

Confira-se:

“2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp nº 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.

3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei

- 9.494/97, alterada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que também tratava de consecutório da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.
4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.
5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei nº 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do *tempus regit actum*.
6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.
7. Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo nº 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei 11.960/09, aqui tratada.
8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos.” (REsp 1205946/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 02/02/2012).

Ademais, nas ações previdenciárias, os juros de mora incidentes sobre o valor das prestações vencidas, são computados a partir da citação válida, consoante expresso na Súmula 204 do C. STJ, “in verbis”:

“Os juros de mora nas ações relativas a benefícios previdenciários incidem a partir da citação válida.”

Igualmente, não merece guarida a alegação de violação ao art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, pois a pretensão de elevação da condenação da Autarquia ao pagamento de honorários advocatícios implica em reexame dos elementos fático-probatórios, o que é vedado pela Súmula 7 do C. Superior Tribunal de Justiça:

“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”

A propósito:

“AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO (SÚMULA 204/STJ). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE (SÚMULA 7/STJ). BASE DE CÁLCULO. PRESTAÇÕES VENCIDAS ATÉ A SENTENÇA (SÚMULA 111/STJ). 1. Nas ações previdenciárias, incidem de juros de mora a partir da citação, ante a aplicação da Súmula 204/STJ, e até a data de homologação da conta de liquidação. 2. Impossível, no âmbito do especial, a revisão do percentual dos honorários advocatícios concedidos pelas instâncias inferiores, a teor da Súmula 7/STJ, salvo se irrisórios ou exorbitantes. 3. O termo ‘ad quem’ do cálculo da verba honorária é a data da sentença que concede o benefício, nos termos da Súmula 111/STJ. 4. Agravo interno ao qual se nega provimento”.

(STJ, AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 942911, Rel. CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, V. U., DJE: 23/11/2009, g. n.)

Revista do TRF3 - Ano XXIII - n. 113 - Maio/Jun. 2012

Ante o exposto, não admito o recurso especial.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de maio de 2012.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Vice-Presidente

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0006205-06.2012.4.03.0000

(2012.03.00.006205-4)

Suscitante: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP

Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MARÍLIA - SP

Parte Autora: JOSE GOMES DA SILVA

Parte Ré: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Classe do Processo: CC 13638

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/06/2012

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO. INTERIORIZAÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL. CONCORRÊNCIA DOS CRITÉRIOS TERRITORIAL E FUNCIONAL NA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. NATUREZA ABSOLUTA. RAZÕES DE ORDEM PÚBLICA NA CRIAÇÃO DE NOVAS VARAS FEDERAIS QUE, EM GERAL, SOBREPÕEM-SE AOS INTERESSES DAS PARTES. DISTRIBUIÇÃO RACIONAL DA CARGA DE TRABALHO E ALCANCE DA CELERIDADE E EFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

- Com evidente propósito de garantir a efetividade do amplo acesso à Justiça e do exercício do direito de ação pelo hipossuficiente, faculta-se ao beneficiário promover demanda previdenciária em face do Instituto Nacional do Seguro Social perante a Justiça Estadual da comarca em que reside (artigo 109, § 3º, da Constituição Federal).

- Outrossim, em se tratando de cidade que, embora sob jurisdição de vara federal de outro município, não seja sede de Justiça Federal, admite-se ainda a propositura nos moldes da Súmula 689 do Supremo Tribunal Federal ("O segurado pode ajuizar ação contra instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-Membro"), inadmissível, nesse ínterim, à luz dos princípios que regem a matéria competencial, o ajuizamento perante juízo federal diverso da subseção judiciária que abrange a localidade em que domiciliado o segurado.

- Consentir que os jurisdicionados e seus causídicos tenham absoluta liberdade na eleição de juízo federal fora do leque de opções disponíveis, mesmo que sob o manto da prorrogabilidade, guiados eventualmente por escopos atinentes à velocidade da tramitação processual ou aos previamente investigados precedentes de determinada subseção judiciária, não representa medida de boa política, por acarretar desequilíbrio na carga de trabalho entre juízos com idênticas competências e instituir hipótese de escolha que destoa por completo do favor instituído pelo § 3º do artigo 109 da Constituição Federal.

- A repartição de competência entre as subseções judiciárias, realçada a partir da expansão da Justiça Federal pelo interior, proporcionando maior eficácia e celeridade da prestação jurisdicional e facilitando o acesso à justiça, considerando-se, sobretudo, motivos de ordem pública que guardam prevalência sobre os interesses das partes em litígio, envolve a adoção de critérios que ultrapassam a conotação puramente geográfica.

- A divisão da seção judiciária em juízos diversos, ampliando-se o alcance do Judiciário Federal a localidades até então desatendidas, serve à necessidade de racionalização do serviço, distribuindo-se a carga do trabalho propriamente dito, além da própria qualidade da prestação

entregue pelo Estado-juiz.

- A opção de facilitar e tornar mais eficaz o desempenho da função jurisdicional, em detrimento da absoluta liberalidade na escolha do foro competente, acentua-se especialmente em se tratando de demandas previdenciárias, em que a proximidade entre o juízo e o domicílio do segurado vai ao encontro da preservação dos interesses dos hipossuficientes.

- Embora inegável, na distribuição de competência entre as subseções de cada Estado, a concorrência dos critérios territorial e funcional, afigura-se, nessas hipóteses, a concretização de competência de natureza absoluta e insuscetível de prorrogação, em relação aos juízos implantados no interior da seção judiciária.

- Situação particular vivenciada no âmbito da Justiça Federal, cujos fóruns ainda se concentram em determinados pólos, sem se espalhar por todas as localidades, como ocorre com a Estadual, deparando-se com realidades absolutamente distintas e que devem ser levadas em consideração no tocante à divisão da competência, principalmente à vista da relevância do interesse público envolvido na distribuição racional do volume de trabalho e do alcance da celeridade e eficiência da prestação jurisdicional.

- Tais razões, além de subjugarem os interesses das partes, fazem com que a competência funcional das subseções judiciárias espalhadas pelo país afora, resguardando a realidade específica do Judiciário Federal, aproxime-se da competência de juízo reconhecida aos foros regionais e varas distritais na Justiça Estadual, inegáveis os pontos de contato com a descentralização de que se serve a administração dos tribunais para fazer a repartição dos trabalhos que melhor atenda o interesse público, segundo critérios específicos de demanda, a partir da massa de jurisdicionados servidos.

EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO: TESE DA COMPETÊNCIA ABSOLUTA QUE ACABA SUCUMBINDO À OPÇÃO FEITA PELO SEGURADO, SOB PENA DE CARREAR SOLUÇÃO (OBRIGATÓRIA PROPOSITURA DE DEMANDA PREVIDENCIÁRIA PERANTE JUÍZO FEDERAL, TEORICAMENTE COMPETENTE, TRÊS VEZES MAIS DISTANTE DO DOMICÍLIO DO JURISDICIONADO QUE O JUÍZO DO FORO ESCOLHIDO) TOTALMENTE DISFORME.

- A vedação da tramitação de demanda previdenciária em juízo federal outro (Marília) que não o da subseção judiciária (Bauru) que, quando do ajuizamento, abarcava o município em que domiciliado o segurado (Guaimbê), a despeito da natureza absoluta - circunstância em que imperioso, a qualquer tempo, e inclusive de ofício, o devido declínio em favor do juízo competente - do grau de incompetência detectado, encontra óbice na conclusão de que o jurisdicionado restaria muito prejudicado ao se resolver o conflito nesses termos.

- Guaimbê, segundo dados extraídos do portal eletrônico do Departamento de Estradas de Rodagem, encontra-se a 41 (quarenta e um) quilômetros distante de Marília - tempo estimado de viagem: 38 (trinta e oito) minutos; já até Bauru, partindo-se igualmente do domicílio do autor, devem ser percorridos 120 (cento e vinte) quilômetros, em 1 (uma) hora e 29 (vinte e nove) minutos; Marília e Guaimbê são municípios contíguos e com acesso direto, enquanto da cidade em que o segurado vive para Bauru o caminho indicado passa por Júlio Mesquita, Guarantã, Pirajuí, Presidente Alves e Avaí.

- A superveniente instituição da 42ª Subseção da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, por meio do Provimento 338, de 30 de novembro de 2011, realocando Guaimbê sob a jurisdição de Lins, não traz reflexos na demanda subjacente, sob pena de ataque ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

- A competência, segundo o disposto no artigo 87 do Código de Processo Civil, é determinada “no momento em que a ação é proposta”, sendo “irrelevantes as modificações do estado de

fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”, não se excepcionando, nesse sentido, hipótese em que a modificação se dá em razão do critério territorial funcional, restando impedida, portanto, a transferência do processo a juízo implantado após a propositura (TRF 2ª Região, Conflito de Competência 0005629-74.2011.4.02.0000, 6ª Turma, rel. Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, j. em 8.8.2011).

- Apesar de o segurado ter optado por litigar em juízo federal localizado em subseção judiciária que não é a abstratamente competente, obrigá-lo a encaminhar-se para foro diverso da Justiça Federal que fica a uma distância quase 3 vezes maior, se nem mesmo a parte contrária bateu-se pela derrogação, parece passar longe de desfecho a ser conferido de modo razoável e com um mínimo de inteligência, de sorte a impedir que a ordem legal aceite soluções verdadeiramente absurdas, se a própria Constituição da República faculta-lhe promover sua demanda em face do INSS até perante a Justiça Estadual, apenas para franquear o verdadeiro acesso à justiça.

- Impossível admitir que venha assumir tamanho prejuízo, o jurisdicionado, se a perspectiva, por pura política judiciária, de se tomar a criação de novas varas, em meio à interiorização da Justiça Federal, como regra de distribuição de competência sob o critério funcional, posto que territorial, vem em prol da facilitação do exercício do direito de ação pelo hipossuficiente.

- Prevalência da competência do juízo da Subseção Judiciária de Marília, tomando-se em consideração as particularidades do caso concreto, que fogem à normalidade esperada e em que a escolha pelo demandante não pode ser objeto de contestação pelo adversário, por meio de exceção ritual específica, muito menos ao magistrado, de ofício, cabe opor-se à opção exercitada.

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 procedente o conflito e reconhecer a competência do Juízo da 1ª Vara de Marília/SP, nos termos do voto da Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (Relatora), com quem votaram os Desembargadores Federais Sérgio Nascimento, Walter do Amaral, Marianina Galante e Paulo Fontes e os Juízes Federais Convocados Nino Toldo, Hélio Nogueira, Giselle França, Leonel Ferreira e Silvio Gemaque, vencidos os Desembargadores Federais Vera Jucovsky e Nelson Bernardes, que julgavam improcedente o conflito e reconheciam a competência do Juízo da 1ª Vara de Bauru/SP.

São Paulo, 24 de maio de 2012.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora). Conflito negativo de competência entre os juízos federais de Bauru e Marília, nos autos de demanda previdenciária com vistas à concessão de aposentadoria por idade de trabalhador rural domiciliado em Guaimbê.

Distribuído o feito inicialmente perante o juízo da 1ª Vara Federal de Marília, ora suscitado, sobreveio a seguinte decisão (fls. 16/17):

“Trata-se de ação de concessão de benefício previdenciário proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por pessoa domiciliada na cidade de Guaimbê/SP, que integra a 8ª Subseção Judiciária Federal, com sede em Bauru/SP. É, pois, daquela subseção a competência para conhecer da presente ação. A delimitação do território de jurisdição das Subseções Judiciárias da Justiça Federal desenha, em verdade, competência funcional de juízo, de caráter absoluto, portanto. O território, no caso, funciona como mera demarcação das funções de cada juiz nas Subseções Judiciárias, as quais se fundam em razões de ordem pública, constantes da Lei de Organização Judiciária Federal. Nesse sentido: ‘Dentro da seção judiciária a competência é determinada de acordo com a LOJF 12, pelo critério funcional, pois se trata de competência de juízo. Tratando-se de competência absoluta, determinada em virtude do interesse público, pode o juiz da subseção judiciária, reconhecendo-se incompetente para julgar a causa, remeter *ex officio* os autos ao juízo de eventual subseção na qual esteja domiciliada a parte’ (NERY e NERY, ‘CPC Comentado’, 5ª ed., RT, 2001, p. 144). Demais disso, cumpre observar a diretriz estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, verificável no enunciado nº 689 das suas Súmulas, *verbis*: ‘O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou perante as varas federais da Capital do Estado-Membro.’ Com efeito, foi com fundamento em tais orientações que no julgamento do Conflito de Competência nº 0006961-83.2010.4.03.0000/SP, suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Assis - 16ª Subseção Judiciária Federal do Estado de São Paulo - em face do Juízo da 3ª Vara Federal de Marília - 11ª Subseção Judiciária Federal do Estado de São Paulo, a Exma. Desembargadora Federal Marisa Santos decidiu: ‘(...) em matéria de competência para o ajuizamento de ação previdenciária, pode o segurado ou beneficiário propô-la perante a Justiça Estadual de seu domicílio, a Subseção Judiciária da Justiça Federal com jurisdição sobre o município de seu domicílio ou, ainda, junto às Varas Federais da Capital. Não é dado ao segurado ou beneficiário, nesse passo, optar entre as várias Subseções Judiciárias em que se divide a instância *a quo*, até porque não é esse o espírito que emana da delegação de competência a que alude o art. 109, § 3º, da Constituição Federal, cujo móvel é a facilitação do acesso à justiça, com o que não se compatibiliza a propositura do feito em locais ao menos em tese mais distantes de sua residência, por exclusiva conveniência de terceiros.’ Posto isso, DECLINO DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR O PRESENTE FEITO e determino sua remessa à Subseção Judiciária Federal de Bauru/SP, com as homenagens deste juízo e observância das cautelas de estilo.”

Redirecionados os autos ao juízo da 1ª Vara Federal de Bauru, foi suscitado o conflito nos termos abaixo (fls. 03/04):

“(...) em que pese o respeito pelo posicionamento mencionado, em nosso entender, a competência das Subseções Judiciárias do interior, fixada em relação a determinados Municípios, por meio de atos normativos do e. TRF 3ª Região, *possui natureza territorial, e não funcional*. Com efeito, a divisão da Seção Judiciária do Estado de São Paulo em Subseções obedeceu a um critério territorial, visto que *a jurisdição de cada Subseção foi limitada ao território de determinados Municípios*.

A nosso ver, cada Subseção Judiciária representa uma espécie de ‘subforo’ do foro principal (Seção do Estado de São Paulo), podendo comportar Vara única (Juízo único) ou mais de uma Vara (Juízos) com competência plena ou definida por critérios de ordem material.

Logo, *sendo a competência de uma Subseção Judiciária de natureza territorial, não cabia a sua declinação de ofício a este Juízo*.

No mesmo sentido, firmou-se a jurisprudência do e. TRF 3ª Região, inclusive com a edição de súmula publicada em março de 2006:

‘TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS. AUTOR QUE POSSUE SEDE NO INTERIOR. AÇÃO PROPOSTA NA VARA DA JUSTIÇA DA CAPITAL. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA RELATIVA. SÚMULA 33 DO STJ.

- O magistrado declinou de ofício da competência ao fundamento de que os agravantes não são domiciliados na capital e estão sob jurisdição de subseção judiciária federal diversa. Todavia, *a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em subseções traduz critério territorial e não funcional, conforme entendimento pacificado nesta corte*. Assim, consoante a Súmula 33 do STJ, não pode ser declarada de ofício. Se, como ocorre *in casu*, o contribuinte optou por ajuizar o feito na Justiça Federal de São Paulo, e se, por outro lado, sua divisão em subseções é um critério territorial, a conclusão a que se chega é de que houve mera eleição de foro que, como é notório, é admissível no nosso ordenamento jurídico.

- Agravado de instrumento provido.’

(AG 200003000222730, JUIZ ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUINTA TURMA, 06/06/2007, g. n.)

‘PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CORREÇÃO DOS SALDOS DOS DEPÓSITOS VINCULADOS DE FGTS. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. AUTORES DOMICILIADOS EM DIVERSAS CIDADES DO ESTADO DE SÃO PAULO. AÇÃO PROPOSTA PERANTE VARA FEDERAL DA CAPITAL. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA RELATIVA. ARTIGO 112 DO CPC. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 33 DO STJ.

1 - Não há óbice para a propositura de ação para correção dos saldos dos depósitos vinculados ao FGTS em litisconsórcio ativo facultativo de autores domiciliados em cidades diversas do Estado de São Paulo. *Esta corte já pacificou o entendimento de que a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em subseções traduz um critério eminentemente territorial e não funcional*.

2 - A competência territorial é relativa e depende de exceção da parte interessada, consoante o artigo 112 do CPC. Impossibilidade de sua declaração de ofício. Aplicação da Súmula 33 do STJ. Precedentes desta corte.

3 - Agravado de instrumento provido.’

(AG 98030811266, JUIZ COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, 07/07/2006, g. n.)

Súmula 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.’

(Plenário, julgamento em 08/11/2001, publicada em DJU 10/03/2006, p. 302, republicada em DJU 15/03/2006, p. 140, e DJU 20/03/2006, p. 246).

Por fim, ressalte-se que, em nosso entender, o disposto na Súmula nº 689 do e. STF e no art. 109, 3º, da Constituição Federal, não serve para afastar a conclusão aqui defendida, pois seus enunciados apenas apontam o critério territorial (local de domicílio do segurado) como definidor da competência para conhecimento de causas previdenciárias e, tratando-se de critério territorial, eventual incompetência do juízo escolhido não pode ser reconhecida de ofício, havendo prorrogação da competência do juízo inicialmente incompetente se não oposta e acolhida exceção declinatória pelo réu (artigos 112 e 114 do CPC), caso dos autos.

Diante do exposto, não sendo hipótese de competência absoluta e tendo havido prorrogação da competência do Juízo da 1ª Vara de Marília, declaro a incompetência deste Juízo Federal para

o processamento e julgamento da presente demanda (autos nº 0004189-50.2010.4.03.6111), pelo que suscito conflito negativo de competência ao Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos termos do art. 108, I, e, da Constituição Federal.”

Designado o juízo federal de Bauru para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (fl. 20), o Ministério Público Federal opinou “para que seja reconhecida a competência do Juízo suscitante” (fls. 29/31).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): A questão que se põe à decisão do dissídio, em linha de princípio, consiste em firmar, à luz dos princípios que regem a matéria competencial e das consequências decorrentes de seu caráter absoluto ou relativo, o grau de incompetência atinente à propositura de demanda de natureza previdenciária perante juízo federal diverso (Marília/SP) da subseção judiciária (Bauru/SP) que, quando do ajuizamento, abrangia a localidade em que domiciliado o segurado (Guaimbê).

A competência da Justiça Federal está regulada no artigo 109 da Constituição da República. O critério central, traçado no inciso I, é a qualidade de parte, ou seja, compete aos juízos federais processar e julgar todas as causas “em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes”, com exceção das “de falência, acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”. A competência é federal, igualmente, nas matérias pormenorizadamente enumeradas nos incisos II a XI.

Não obstante a regra inscrita no artigo 109 do Estatuto Supremo, o parágrafo 3º a excepciona, dispondo que serão “processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas também sejam processadas e julgadas pela justiça estadual”.

A competência exclusiva da Justiça Federal para processamento e julgamento de feitos de natureza previdenciária envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social na hipótese de segurado domiciliado em local que seja sede de vara federal é inferida do próprio parágrafo 3º, porquanto, do exame literal do dispositivo constitucional, constata-se a possibilidade de ajuizamento da ação na Justiça Estadual “sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal” donde se depreende, *a contrario sensu*, que, havendo juízo federal no domicílio do autor, a competência será sempre deste último.

Contudo, com evidente propósito de garantir a efetividade do amplo acesso à Justiça e do exercício do direito de ação pelo hipossuficiente, o constituinte originário facultou ao beneficiário promover demanda previdenciária em face do Instituto Nacional do Seguro Social perante a Justiça Estadual da comarca em que reside, desde que não seja, por evidente, sede de vara da Justiça Federal.

Nesse caso, a competência do juízo estadual é concorrente com a do federal, ficando ao exclusivo arbítrio do demandante a propositura da causa perante a Justiça de sua preferência, sem possibilidade de impugnação dessa escolha. Realizada a escolha e ajuizada a ação em um deles, o outro, que abstratamente tinha competência para a causa, deixa de tê-la, concentrando-se, pois, a competência “em um só, fechando-se com isso, por completo, o ciclo da concretização da jurisdição” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 3ª edição, Malheiros, 2003, p. 488-489).

Ademais, em se tratando de segurado domiciliado em cidade que, embora sob jurisdição de vara federal de outro município, não seja sede de Justiça Federal, admite-se ainda a propositura nos moldes da Súmula 689 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “O segurado pode ajuizar ação contra instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-Membro”.

A esse respeito, o argumento central dos precedentes que deram origem ao verbete gira em torno do artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, que disciplina o exercício da competência delegada. Vale dizer, prevalece o entendimento de que a alegação de ofensa ao artigo 109, § 3º, da Constituição Federal “(...) não se revela razoável, por invocar, em detrimento do segurado da previdência, norma em seu benefício instituída” (AGRAG 207.462-3), pois referida norma constitucional “(...) apenas faculta ao segurado o ajuizamento da ação no foro do seu domicílio, podendo este optar por ajuizá-las perante as varas federais da capital” (RE nº 223.139-9). Em casos tais, “(...) optando pelo juízo federal, está-se diante de um caso típico de competência relativa em função do lugar, não podendo, o magistrado, de ofício, dar-se por incompetente” (AGRAG nº 207.462-3).

Portanto, nos termos da mencionada súmula, não havendo uma imposição na norma do artigo 109, § 3º, da Constituição da República, o autor não está obrigado a ver sua ação julgada na Justiça Estadual do município em que reside, podendo optar pela jurisdição federal que alcança a região de seu domicílio ou ajuizar a demanda na capital do respectivo Estado.

In casu, domiciliado o segurado na cidade de Guaimbê, que não é sede da Justiça Federal, a autorizar, por conseguinte, a incidência tanto do previsto no artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, quanto da prerrogativa conferida no enunciado 689 do Pretório Excelso, a escolha, no momento da propositura da demanda, deveria recair sobre a) o Juízo de Direito da Comarca de Getulina, que abrange a referida localidade, no âmbito da Justiça Estadual; b) o Juízo Federal da Subseção Judiciária de Bauru, à época com jurisdição sobre Guaimbê; c) ou mesmo uma das varas especializadas em matéria previdenciária da Justiça Federal na cidade de São Paulo.

A premissa, então, é de que era inadmissível, nesse ínterim, àquela ocasião, o ajuizamento perante o Juízo Federal da Subseção Judiciária de Marília, ausente do leque de opções então disponíveis ao autor, mesmo que sob o manto da prorrogabilidade, não se lhe conferindo, pois, propor ação previdenciária onde bem entender, em juízo diverso dos supramencionados.

No âmbito deste colegiado, o último precedente que se tem conhecimento, formado já há algum tempo e por maioria de votos, remontando a época em que a composição da 3ª Seção era significativamente distinta dos membros que atualmente a integram, recordado na manifestação da Procuradoria Regional da República (Conflito de Competência nº 2004.03.00.020784-9, rel. Desembargadora Federal Marisa Santos, acompanhada pelos Desembargadores Federais Sérgio Nascimento, Regina Costa, Nelson Bernardes, Walter do Amaral e Santos Neves e os Juizes Federais Convocados Marcus Orione, Rodrigo Zacharias e Leonel Ferreira, vencidos os Desembargadores Federais Vera Jucovsky, Marianina Galante e Antonio Cedenho e a Juíza

Federal Convocada Márcia Hoffmann, DJU de 8.4.2005), dera-se justamente nesse sentido.

Como asseverado pela eminente Relatora do julgado em questão, “não é dado ao segurado ou beneficiário, nesse passo, optar entre as várias Subseções Judiciárias em que se divide a instância *a quo*, até porque não é esse o espírito que emana da delegação de competência a que alude o artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, cujo móvel é a facilitação do acesso à justiça, com o que não se compatibiliza a propositura de feito em locais ao menos em tese mais distantes de sua residência, por exclusiva conveniência de terceiros”.

O acerto do raciocínio levado a efeito por Sua Excelência parece incontestável, porquanto consentir que os jurisdicionados e seus causídicos tenham absoluta liberdade - oposição de exceção de incompetência pelo instituto autárquico, em situações análogas, não costuma ser a regra - na adoção do juízo federal que bem entenderem, guiados eventualmente por escopos atinentes à velocidade da tramitação processual ou, de modo ainda mais preocupante, aos previamente investigados precedentes de determinada subseção judiciária, não representa medida de boa política, não apenas por acarretar desequilíbrio na carga de trabalho entre juízos com idênticas competências, mas igualmente por instituir hipótese de escolha que destoa por completo do favor instituído pelo § 3º do artigo 109 da Constituição Federal.

O entendimento oposto, estribado na proposição de que à parte contrária cumpre aceitar ou não o foro em que proposta a demanda, dando azo, por consequência, à aplicação do verbete nº 33 da Súmula da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício.” -, é igualmente alicerçado em fundamentos consistentes, logrando aceitação, entre outros adeptos, na 1ª e 2ª Seções deste Tribunal (Conflito de Competência nº 2010.03.00.030913-0, rel. Desembargador Federal André Nekatschalow, j. em 3.3.2011; Conflito de Competência nº 2011.03.00.034063-3, rel. Desembargadora Federal Regina Costa, j. em 13.3.2012).

Apesar de bastante tormentoso o tema, exigindo, ainda, reflexão mais aprofundada por estudiosos e pela própria jurisprudência, e verdadeiramente dividido no âmbito deste órgão colegiado, consoante se observa das decisões mais recentes objeto de produção monocrática, valendo-se para a solução dos problemas postos ora o caráter absoluto, ora o relativo, ao menos por agora, estou em que a divisão de competência entre subseções judiciárias envolve, em casos tais, a adoção de critérios que ultrapassam a conotação puramente geográfica.

Organizada, a Justiça Federal de Primeira Instância, pela Lei 5.010, de 30.05.1966, estabelecendo-se, no artigo 11, que “a jurisdição dos Juízes Federais de cada Seção Judiciária abrange toda área territorial nela compreendida”, a própria Constituição Federal de 1988 cuidou de salientar que “Cada Estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma seção judiciária que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei” (artigo 110, *caput*).

Com a interiorização da Justiça Federal, foram criadas, portanto, subseções judiciárias, mediante atos normativos dos respectivos Tribunais Regionais Federais, proporcionando maior eficácia e celeridade da prestação jurisdicional e facilitando o acesso ao Judiciário Federal, considerando-se, sobretudo, critérios de ordem pública que guardam prevalência sobre os interesses das partes em litígio.

A divisão da seção judiciária em juízos diversos, ampliando-se o alcance da Justiça Federal a localidades até então atendidas timidamente, serve à necessidade de racionalização do serviço, distribuindo-se a carga do trabalho propriamente dito aos magistrados federais,

além da própria qualidade da prestação entregue pelo Estado-juiz, com melhores condições de concretizar a jurisdição, já que maior a possibilidade de alcançar conhecimento pleno dos fatos e facilitada a produção das provas, dada a proximidade com as causas, evitando-se ainda desperdício de tempo e dinheiro com as oitivas deprecadas.

A opção de facilitar e tornar mais eficaz o desempenho da função jurisdicional, em detrimento da absoluta liberalidade das partes na escolha do juízo competente, que não raro leva em conta mais a conveniência de seus procuradores do que a facilitação da vida dos jurisdicionados, acentua-se especialmente em se tratando de demandas previdenciárias, em que a proximidade entre o juízo e o domicílio do segurado vai ao encontro da preservação dos interesses do hipossuficiente.

O Judiciário tem se mostrado extremamente sensível em relação a essas causas e não têm sido poucos os esforços, em favor dos que mais precisam, no alcance da efetividade da tutela ministrada por meio do processo, a tempestividade da prestação jurisdicional e a inarredável concretização da qualidade dos serviços dispensados pelo Estado-Juiz, mais ainda, após as modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, entre elas, a decorrente do acréscimo do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Sobretudo em relação aos feitos distribuídos com o objetivo de alcançar a proteção previdenciária do Estado, fórmulas para o desafogo, de modo a agilizar o processamento de tais demandas, opostas justamente pelos mais necessitados, têm sido buscadas, ganhando destaque a proliferação de varas federais por todo o interior do país, alargando a massa de jurisdicionados atendidos pela Justiça Federal, segundo critérios específicos de demanda.

Embora inegável, na distribuição de competência entre as subseções de cada Estado, a concorrência dos critérios territorial e funcional, afigura-se, em tais hipóteses, a concretização de competência de natureza absoluta e insuscetível de prorrogação, em relação às varas federais implantadas no interior da seção judiciária, valendo a menção, a esse respeito, do ensinamento de Ada Pellegrini Grinover (*Competência territorial funcional em matéria de falência*, Revista Síntese de Direito Processual Civil, ano IV - nº 23 - maio/junho de 2003), em tudo aproveitável ao caso dos autos, como se observa dos excertos grifados:

“(…) Na conhecida lição de CHIOVENDA, a ‘competência funcional avizinha-se, assim, de um lado, à competência por matéria (tanto que PISANELLI situava exatamente na competência por matéria a competência por graus), e, por outra parte, à competência territorial. A despeito, porém, dessa afinidade, a competência funcional é sempre absoluta e improrrogável, e isto constitui sua característica e a importância prática dessa categoria’. E, no tocante à competência funcional territorial, situou-a CHIOVENDA na hipótese na qual ‘uma causa é confiada ao juiz de determinado território pelo fato de ser aí mais fácil ou mais eficaz a sua função (execução no lugar dos bens; processo de falência na sede do estabelecimento comercial principal etc.)’.

Da mesma forma, LIEBMAN observou que ‘a competência por território distribui as causas entre os muitos juízos de igual tipo, com dois objetivos principais: facilitar e tornar mais cômoda a defesa das partes, especialmente a do réu, e fazer com que, em determinadas categorias de controvérsias, o processo corra perante o juiz que, em razão do lugar em que tem a sede, possa exercer as suas funções da maneira mais eficiente. Há, por isso, duas espécies de

competência territorial: quando a norma se inspira no primeiro dos motivos acima, a competência pode ser prorrogada ou derogada pelas partes; mas, quando se inspira no segundo, esta é improrrogável e inderrogável (competência territorial funcional)'.

No mesmo sentido, ALDO ATTARDI observou que 'sovente si parla, accanto ai tipi di competenza esaminati, per materia, per valore e per territorio, di competenza funzionali, caratterizzata dalla particolarità delle funzioni svolte dal giudice nello stesso processo o dal fatto che l'affidamento di una causa ad un giudice di un certo territorio dipende da ciò che la sua funzione sarà o più facile o più efficace, o dalla circostanza che la controversia sia affidata per il suo particolare oggetto ad un giudice diverso da quelli tra i quali normalmente opera la distribuzione delle liti'.

Entre nós, CELSO AGRÍCOLA BARBI registrou essa tendência ao escrever que a competência funcional - 'aquela extraída da natureza especial das funções que o magistrado é chamado a exercer em um processo' - pode ocorrer em duas situações: 'a) quanto as diversas funções necessárias em um mesmo processo ou coordenadas à atuação da mesma vontade de lei são atribuídas a juízos diferentes, v. g., a atuação do tribunal para a fase de recurso em processo julgado por juiz inferior; b) quando a causa pertence a juiz de determinado território, porque aí mais fácil e eficaz a sua função, v. g., a falência na sede do estabelecimento principal'.

Sob qualquer dos ângulos que comporta, a competência funcional é sempre absoluta, isto é, instituída considerando o interesse público (e não a conveniência das partes) e não comporta modificação, quer legal, quer convencional. Como já dissemos no âmbito doutrinário, nos casos de competência determinada segundo o interesse público, 'em princípio o sistema jurídico-processual não tolera modificações nos critérios estabelecidos e muito menos em virtude da vontade das partes em conflito. Trata-se, aí, da competência absoluta, isto é, competência que não pode jamais ser modificada.'"

A construção doutrinária em questão encaixa-se perfeitamente, quase como a mão à luva, à situação vivenciada no âmbito da Justiça Federal, cujos fóruns ainda se encontram restritos a determinados pólos, e não espalhados por todas as localidades, como ocorre com a Justiça Estadual, deparando-se, portanto, com realidades absolutamente distintas e que devem ser levadas em consideração no tocante à repartição da competência, principalmente à vista da relevância do interesse público envolvido na distribuição racional do volume de trabalho e do alcance da celeridade e eficiência da prestação jurisdicional.

Decisões proferidas no âmbito do Tribunal Regional da 2ª Região, ainda que lá também não seja pacífica a questão, dão guarida ao entendimento esposado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA - TERRITORIAL-FUNCIONAL - NATUREZA ABSOLUTA - INTERIORIZAÇÃO DA JUSTIÇA - DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA - POSSIBILIDADE - RESOLUÇÃO Nº 22/2010-TRF2 - AGRAVO DESPROVIDO. 1 - Agravo de instrumento manejado em face de decisão que, de ofício, declinou da competência para umas das Varas Federais da Subseção de São João de Meriti/RJ, a qual abrange o Município onde se situa o domicílio do Agravante. 2 - A interiorização da Justiça Federal, com a criação de novas Varas, tem como escopo, entre outras questões, uma maior possibilidade de o cidadão ter acesso ao Poder Judiciário, garantindo-lhe uma melhor prestação jurisdicional, evitando um deslocamento, na maioria das vezes, com muita dificuldade, quiçá impossibilidade, em decorrência da idade e saúde do jurisdicionado, para a satisfação do julgado. 3 - A divisão da Seção Judiciária em várias

localidades atendeu à exigência de se prestar jurisdição de forma mais ágil e fácil, com base em imperativo de ordem pública, razão pela qual a competência é absoluta, podendo, pois, ser declarada de ofício. 4 - A Resolução nº 22, de 28 de setembro de 2010, da Presidência deste Tribunal, dispôs sobre a competência territorial e material da Justiça Federal da 2ª Região. 5 - Agravo interno prejudicado e agravo de instrumento desprovido.”

(Agravo de Instrumento 2010.02.01.016673-8, 6ª Turma, rel. Desembargador Federal Frederico Gueiros, j. em 11.7.2011)

“AGRAVO INTERNO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL-FUNCIONAL. NATUREZA ABSOLUTA. DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. - A unidade territorial própria para fins de definição do foro competente, no âmbito da Justiça Federal, corresponde à Seção Judiciária, que abrange a integralidade da área de um determinado Estado. - A especialização, por sua vez, seja por criação de varas próprias para o processamento de determinada matéria, seja através da instalação de ‘foros regionais’ no âmbito de subseções dentro de uma seção judiciária, induz a definição do juízo competente para o processamento da demanda. - No particular, a aferição obedece a critério funcional, de caráter absoluto, autorizando ao julgador o reconhecimento da incompetência, inclusive *ex officio*. - Agravo interno a que se nega provimento.”

(Agravo de Instrumento 2010.02.01.014436-6, 7ª Turma, rel. Desembargador Federal Sérgio Feltrin, j. em 12.1.2011)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUTORA-AGRAVANTE DOMICILIADA EM PETRÓPOLIS. REGIONALIZAÇÃO. SUBDIVISÃO DO FORO FEDERAL. HIPÓTESE DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA. CRITÉRIO FUNCIONAL.

I - A interiorização da Justiça Federal não apenas visou a facilitar o acesso à justiça mas também, e primordialmente, visou a uma melhor distribuição da carga de trabalho e ao aprimoramento dos serviços judiciários, assim evidenciando cuidar-se de critério preponderantemente funcional - ou, para alguns doutrinadores, ‘territorial-funcional’ -, no bojo do qual admite-se possa o juiz, de ofício, declinar de sua competência para apreciar e julgar a demanda proposta.

II - Agravo de instrumento desprovido.”

(Agravo de Instrumento 2010.02.01.003192-4, 8ª Turma, red. p/ acórdão Juiz Federal Conv. Marcelo Pereira, j. em 28.9.2010)

No raciocínio acima, a intensidade das razões de ordem pública que acabam subjugando os interesses das partes, conforme sobreleva notar, faz com que a competência funcional das varas federais das subseções judiciárias espalhadas pelo interior do país, apesar da realidade específica vivida no âmbito da Justiça Federal, aproxime-se da competência de juízo reconhecida aos foros regionais e varas distritais no Estado, inegáveis os pontos de contato com a descentralização de que se serve a administração dos tribunais sempre com o intuito de fazer a repartição que melhor atenda o interesse público.

Como observa Cândido Rangel Dinamarco (obra citada, p. 613), “(...) Conquanto determinada em leis de organização judiciária - leis estaduais, quanto aos juízos das Justças dos Estados - a competência de juízo resulta sempre da aplicação de critérios do interesse geral da administração da Justiça e não do zelo pela mera comodidade de instrução da causa. São extremamente similares a distribuição das atividades jurisdicionais a juízos competentes para certas matérias e em relação a certas pessoas, e a sua distribuição entre Justças competentes, também segundo esses critérios. Tanto são de ordem pública as normas que disciplinam a

competência de jurisdição com fundamento nesses critérios, quanto as que regem a competência de juízo, a partir de critérios acentuadamente análogos - porque em umas e em outras está presente o objetivo de repartir o exercício da jurisdição segundo certas conveniências de especialização, a juízo do constituinte ou do legislador”; “(...) Por isso, acima da pura exegese do Código de Processo Civil as razões de ordem pública determinantes da competência de juízo constituem fortíssimo fator que aconselha tratá-la como absoluta - sabido que o caráter absoluto de uma competência é sempre uma projeção dogmática dessas causas políticas de sua imposição”.

A meu juízo, portanto, ao menos do que se pode refletir sobre a questão até o presente momento, caminharia, o resultado do presente caso, para o sentido de que a atuação do juízo federal de Marília, no feito subjacente, revestir-se-ia de ilegitimidade, dada a natureza absoluta da incompetência detectada na situação em tela, cumprindo-lhe, a qualquer tempo, e inclusive de ofício, o devido declínio em favor do juízo competente, qual seja, Bauru.

Nada obstante, a conclusão deste voto em tais termos resulta deveras abalada ante a verificação pura e simples de que o segurado, na hipótese dos autos, restaria bastante prejudicado ao se resolver o problema competencial nesses termos.

Suficiente, a tanto, a constatação de que Guaimbê, segundo dados extraídos do portal eletrônico do Departamento de Estradas de Rodagem, encontra-se a 41 (quarenta e um) quilômetros distante de Marília - tempo estimado de viagem: 38 (trinta e oito) minutos -, ao passo que até Bauru, partindo-se igualmente do domicílio do autor, devem ser percorridos 120 (cento e vinte) quilômetros, em 1 (uma) hora e 29 (vinte e nove) minutos.

Desenhada no mapa, a injustiça se põe ainda mais estampada ao se apurar que Marília e Guaimbê são municípios contíguos e com acesso direto, enquanto da cidade em que vive José Gomes da Silva para Bauru o caminho indicado passa por Júlio Mesquita, Guarantã, Pirajuí, Presidente Alves e Avaí.

Embora já oportunizada a correção de tal situação pela Administração, de ver que a superveniente instituição da 42ª Subseção da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, por meio do Provimento 338, de 30 de novembro de 2011, realocando Guaimbê sob a jurisdição de Lins, também adjacente, não traz reflexos na demanda subjacente, remanescendo, ao revés, por força do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, a configuração sistematizada quando do ajuizamento.

A competência, segundo o disposto no artigo 87 do Código de Processo Civil, é determinada “no momento em que a ação é proposta”, ou, consoante anotado na obra de Theotonio Negrão (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Saraiva: 41ª edição, p. 228), “deve ser definida à vista da petição inicial (STJ - 2ª Seção, CC 57.685, rel. Min. Ari Pargendler, j. 22.2.06, v. u., DJU 8.3.06, p. 192)”, sendo “irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia”, não se excepcionando, como se vê, hipótese em que a modificação se dá em razão do critério territorial funcional, restando impedida, portanto, a transferência do processo a juízo implantado após a propositura, mesmo porque, a esse respeito, o aludido provimento silenciou.

No sentido do exposto, *in verbis*:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. VARA FEDERAL CRIADA NO INTERIOR DO ESTADO. FEITO AJUIZADO ANTES. PRINCÍPIO DA PÉRPETUATIO

JURISDICTIONIS. ART. 87 DO CPC. APLICABILIDADE. RESOLUÇÃO Nº 20/2001 DO TRF DA 2ª REGIÃO. PRECEDENTE. 1 - Não se configuram as exceções previstas no art. 87 do Código de Processo Civil, tendo em vista que não houve supressão do Juízo onde o processo anteriormente tramitava, tampouco alteração de competência em razão da matéria ou da hierarquia, não se justificando, pois, excepcionar a aludida regra geral. 2 - Ainda que pese o entendimento de que a divisão da Seção Judiciária em várias localidades atendeu à exigência de se prestar jurisdição de forma mais ágil e fácil, com base em imperativo de ordem pública, razão pela qual a competência territorial-funcional adquire, excepcionalmente, natureza de competência absoluta, tal orientação deve ser conjugada com a regra do art. 87 do CPC e com a regra prevista no art. 4º da Resolução nº 20/2001. 3 - Assiste razão ao Juízo da 2ª Vara Federal de São Gonçalo, que entendeu pela sua incompetência para processar e julgar a ação originária deste conflito, pois foi ajuizada muito antes da data da instalação daquela Vara, o que faz imperar o princípio da perpetuação da jurisdição. 4 - Conflito de competência conhecido, declarando-se competente o Juízo suscitante.”

(TRF 2ª Região, Conflito de Competência 0005629-74.2011.4.02.0000, 6ª Turma, rel. Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, j. em 8.8.2011)

Se o segurado faz opção pela propositura em juízo federal localizado em subseção judiciária que não é a abstratamente competente e nem sequer a parte contrária bate-se pela derrogação, em que condições se pode obrigá-lo a encaminhar-se para foro diverso da Justiça Federal que fica a uma distância quase 3 vezes maior?

De que modo conjugar circunstância tão esdrúxula se mesmo a Constituição da República faculta ao segurado promover sua demanda em face do INSS até perante a Justiça Estadual, apenas para lhe permitir o verdadeiro *acesso à justiça*?

Possível admitir que venha assumir tamanho prejuízo, o jurisdicionado, se a perspectiva, por pura política judiciária, de se tomar a criação de novas varas, em meio à interiorização da Justiça Federal, como regra de distribuição de competência sob o critério funcional, posto que territorial, vem em prol da facilitação do exercício do direito de ação pelo hipossuficiente?

Como olvidar que o direito deve ser interpretado de modo razoável e com um mínimo de inteligência, de sorte a impedir que a ordem legal aceite soluções verdadeiramente absurdas (Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 7ª edição. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, p. 210)?

Encaminho minha convicção à conclusão de que, em casos excepcionais como o aqui verificado, que fogem à normalidade esperada, a escolha pelo demandante não pode ser objeto de contestação pelo adversário, por meio de exceção ritual específica, muito menos ao magistrado, de ofício, cabe opor-se à opção feita.

Finalizo o pensamento com o superior ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco (obra citada, p. 570):

“A distinção entre casos nos quais a competência se determina de modo absolutamente imperativo, sem possibilidade de escolhas (normas cogentes, competência absoluta) e casos em que alguma escolha é permitida aos litigantes (normas dispositivas, competência relativa) constitui o resultado equilibrado do confronto entre duas razões políticas divergentes entre si, de muita relevância. *A garantia constitucional da liberdade das partes pressiona no sentido de permitir-lhes escolhas capazes de derogar parcialmente as normas determinadoras da*

competência, em casos concretos. Pressionam em sentido oposto certas razões de ordem pública, transcendentais aos interesses das partes, as quais tendem a preservar a integridade dos preceitos estabelecidos em regras determinadoras da competência. Nenhuma dessas forças é absoluta, nem se conceberia que um sistema vivesse só de competências relativas, ou absolutas. O equilíbrio entre essas pressões transparece no direito positivo do país, onde o constituinte e o legislador as coordenam e estabelecem os modos de sua convivência no sistema.”

Tomando em consideração todo o exposto, insista-se, à vista do caso concreto, julgo procedente o presente conflito, reconhecendo a competência do juízo da Subseção Judiciária de Marília para examinar e julgar a demanda proposta.

Comuniquem-se os juízos envolvidos, inclusive para que o suscitante providencie prontamente a remessa dos autos ao suscitado.

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

- Sobre conflito de competência entre Subseções Judiciárias da Justiça Federal em causas de natureza previdenciária, veja também o seguinte julgado: CC 2004.03.00.020784-9/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicado na RTRF3R 81/348.

AVOCATÓRIA

0007724-16.2012.4.03.0000

(2012.03.00.007724-0)

Suscitante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Suscitado: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Partes Rés: AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL E OUTRAS

Classe do Processo: AVOCAT 16

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 10/05/2012

DECISÃO

Trata-se de pedido de avocação dos autos do processo nº 2008.61.00.030114-0, em trâmite na 11ª Vara Federal de São Paulo/SP, formulado pelo Ministério Público Federal, com fundamento no art. 475, do CPC e 19, da Lei nº 4.717/65.

Narra o *Parquet* que a sentença proferida julgou improcedente o pedido deduzido nos autos da Ação Civil Pública supra mencionada proposta em face da Anatel, Tim Celular S/A, Claro S/A e Vivo Participações S/A, “objetivando, em síntese, a não suspensão do serviço de telefonia móvel, plano pós pago, sem prévia informação e sem consentimento do usuário” (fls. 3).

Aduz que o juiz de primeiro grau indeferiu o pedido de reexame necessário, motivo pelo qual agravou do *decisum*. Tendo sido negado seguimento ao recurso, em razão da ausência de peças obrigatórias, o MPF não só impugnou a referida decisão como também ingressou com a presente avocatória, já que a remessa oficial tem natureza de condição de eficácia da sentença, podendo ser conhecida até mesmo de ofício e a qualquer momento, por se tratar de matéria de ordem pública.

Reconhece que a Lei nº 7.437/85 não previu o reexame necessário nas hipóteses de improcedência do pedido, motivo pelo qual entende que é perfeitamente possível a aplicação, por analogia, do art. 19, da Lei nº 4.717/65, porque ambas compõem “o chamado microssistema coletivo” (fls. 5vº). Cita precedentes do STJ e desta Corte. Juntou os documentos de fls. 07/53.

Solicitadas informações à MMª Juíza *a quo* (fls. 55), S. Exa. manifestou-se a fls. 68/75.

O Ministério Público Federal opinou pelo deferimento do pedido (fls. 79/83).

A fls. 85/89, manifestou-se a Claro S/A pugnando pela inaplicabilidade, *in casu*, do reexame necessário.

É o breve relatório.

Razão assiste ao MPF.

O exame dos autos revela que os pedidos deduzidos na Ação Civil Pública nº 2008.61.00.030114-0 foram julgados improcedentes (fls. 30/35), deixando a MMª Juíza *a quo* de submeter a sentença ao duplo grau obrigatório, porque o enfoque interdisciplinar do microssistema dos direitos difusos “se faz apenas sob a óptica de direito material e não processual, sobretudo porque o Poder Judiciário, que atua como legislador negativo, não pode criar, à revelia de autorizativo legal, regra processual não prevista em lei.” (fls. 37).

Contudo, tem-se adotado o entendimento de que a integração dos instrumentos rela-

cionados à tutela dos direitos difusos não é limitada ao plano do direito material, ocorrendo também no âmbito do direito processual. A respeito, explicam Marcelo Abelha Rodrigues e Rodrigo Klippel:

“1. Microsistema de tutela jurisdicional coletiva: o surgimento dos novos direitos, de característica metaindividual, tornou necessária a positivação de um sistema processual especializado para a sua tutela. Fala-se hoje de jurisdição coletiva como o exercício do Poder Jurisdicional para a tutela de situações de direito material coletivo; e de processo civil coletivo para identificar o conjunto de técnicas que permite a operacionalização do exercício da jurisdição nesses casos. O microsistema de tutela coletiva é formado, em sua base, pela Constituição Federal de 1988 e é também composto pela Lei de Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor, pela Lei de Ação Popular, pela Lei de Improbidade, pela Lei Antitruste, etc.”
(*Comentários à Tutela Coletiva: Lei de Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor e Lei de Ação Popular*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 113/114, grifos meus)

Observo, ainda, que o E. Superior Tribunal de Justiça adota entendimento idêntico ao defendido pelo *Parquet* nos presentes autos, conforme externado em julgamentos daquela E. Corte, a exemplo das decisões monocráticas que ora colaciono:

“Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (...)
No mérito, o acórdão recorrido está em contraste com o entendimento reinante no STJ de que, por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário. In casu, uma vez tendo sido extinta a ação civil pública pelo não reconhecimento de ato ímprobo, tendo sido enfrentado o mérito da demanda, inarredável a aplicação analógica do comando citado.

(...)

Dessa forma, afastada a alegada omissão, *cabe devolver os autos ao Tribunal de origem para que conheça do reexame necessário.*

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial.”

(REsp nº 1.257.587, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 10/11/11, DJe 16/11/11, grifos meus)

“1. Trata-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto por ANTÔNIO CARLOS PANNUNZIO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que extinguiu o *mandamus* ali impetrado, com resolução do mérito, nos termos dos arts. 5º, II e 8º da Lei 1.533/51 e arts. 267, I e VI e 295, III do CPC, sob o fundamento de que não cabe Mandado de Segurança para atacar ato judicial passível de recurso próprio previsto na legislação vigente.
(...)

12. Ademais, não há falar, na hipótese dos autos, em teratologia da decisão judicial, tendo em vista que no âmbito desta Corte Superior de Justiça é firme o entendimento de que as *sentenças de improcedência de Ação Civil Pública sujeitam-se ao reexame necessário*. A propósito: ‘PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965.

1. “Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário” (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, Dje 29.5.2009).
2. Agravo Regimental não provido’. (AgRg no REsp 1.219.033/RJ, Rel. Min. HERMAN BEN-JAMIN, DJe 25.04.2011).
13. Ante o exposto, amparado no art. 557 do CPC, nega-se seguimento ao Recurso Ordinário.” (RMS nº 33.932, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 08/11/11, DJe 21/11/11, grifos meus)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REMESSA OFICIAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 19 DA LEI Nº 4.717/65. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

DECISÃO

Vistos.

Cuida-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, com fundamento no art. 105, III, ‘a’ e ‘c’, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (...)

O Tribunal de origem concluiu que, apesar do Superior Tribunal de Justiça entender pela aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei 4.717/1965, que disciplina a ação popular, às ações civis públicas cujos pedidos forem julgados improcedente, consignou que não comunga com esse entendimento, pois entende que ‘a norma processual que estabelece quais são as hipóteses em que a sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição não admite interpretação extensiva’ (fl. 2.136e). Assim, de ofício, a remessa oficial não foi conhecida.

Com efeito, *esta Corte entende que se aplica analogicamente o art. 19 da Lei 4.717/1965 às ações civis públicas julgadas improcedentes.*

(...)

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento, para *determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que aprecie a remessa oficial.*”

(REsp nº 1.218.063, Rel. Min. Humberto Martins, j. 18/04/11, DJe 26/04/11, grifos meus)

Ante o exposto, defiro o pedido, avocando-se os autos de nº 2008.61.00.030114-O, em trâmite na 11ª Vara Federal de São Paulo/SP, com fundamento no art. 475, § 1º, do CPC e 19, da Lei nº 4.717/65. Int.

São Paulo, 09 de maio de 2012.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Presidente

Direito Processual Penal



APELAÇÃO CRIMINAL
0001269-30.2010.4.03.6006
(2010.60.06.001269-2)

Apelante: JOÃO RINALDO BOTELHO
Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: ACr 46552
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/05/2012

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. INDEFERIMENTO DE LEVANTAMENTO DE SEQUESTRO. ARTIGO 131, I, DO CPP. PRAZO PARA ÍNICIO DA AÇÃO PENAL. ILEGALIDADE DA MANUTENÇÃO DA MEDIDA CONSTRITIVA.

- Entendimento de que o mero encerramento do prazo sem o início da ação penal não obriga ao levantamento da medida e que o atraso no oferecimento de denúncia deve ser analisado conforme as peculiaridades de cada caso à luz de critérios de razoabilidade.
- Sequestro que foi efetivado em 30 de agosto de 2010 e inexistência de oferecimento de denúncia. Limites impostos pela razoabilidade que se reconhece ultrapassados. Havendo disposição expressa de lei prevendo prazo de 60 (sessenta) dias para início da ação penal, contado da data da em que ficar concluída a diligência, e, passados quase dois anos sem o oferecimento de denúncia, patenteia-se a ilegalidade da manutenção da medida.
- Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 24 de abril de 2012.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): - João Rinaldo Botelho interpôs recurso de apelação de decisão pela qual foi indeferida liberação da quantia de R\$ 97.000,00 (noventa e sete mil reais) bloqueada em conta corrente de sua titularidade no Banco do Brasil S.A.

Nas razões oferecidas, argúi violação ao artigo 131, inciso I, do Código de Processo Pe-

nal por não ter sido a ação penal intentada no prazo de 60 (sessenta dias), também aduzindo que a quantia bloqueada foi obtida para o custeio de atividade pecuária, tem origem lícita e, segundo afirma, pertence à Instituição Financeira Banco do Brasil, credora do título da cédula rural pignoratícia.

Com contrarrazões subiram os autos.

O parecer ministerial é pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Dispensada a revisão (art. 34, IV, do R. I. desta Corte).

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): O caso dos autos é de sequestro de valores decretado com fulcro nos artigos 125 a 132 do Código de Processo Penal.

Sobre a alegação de ilegalidade na manutenção da medida porque transcorrido o prazo previsto no artigo 131, I, do Código de Processo Penal, cabe primeiramente observar o que a respeito se encontra na Jurisprudência do E. STJ:

“PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 131, I, DO CPP. INOCORRÊNCIA. SEQUESTRO. PRAZO DE 60 DIAS PARA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. LAPSO TEMPORAL NÃO PEREMPTÓRIO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DA MEDIDA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A análise acerca da violação ao artigo 131, inciso I, do Código de Processo Penal não passa apenas por uma verificação aritmética, devendo ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto.

2. Ultrapassado o lapso temporal legal, mostra-se despiciendo o levantamento do sequestro, acaso permaneçam os fundamentos da medida assecuratória, porque esta pode ser reiterada.

3. Recurso especial a que se nega provimento.”

(REsp 1057650/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012)

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. LAVAGEM DE DÍNHEIRO. TRANCAMENTO. EXCEPCIONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. SEQUESTRO DE BENS IMÓVEIS E BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS. MEDIDA DECRETADA HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. RAZOABILIDADE. EXCESSO DE PRAZO VERIFICADO. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Conforme entendimento pacífico dos Tribunais Superiores, o trancamento de inquérito policial pela via estreita do *habeas corpus* é medida de exceção, só admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca e sem a necessidade de valoração probatória, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, circunstâncias essas não evidenciadas na hipótese. Precedentes.

2. Nos termos do art. 4º da Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, o Juiz, de ofício, a reque-

rimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, poderá decretar, no curso de inquérito policial, o sequestro de bens, direitos ou valores do investigado. Conforme o § 1º do mesmo artigo, essas medidas assecuratórias serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de cento e vinte dias.

3. Segundo já decidiu este Superior Tribunal de Justiça, o atraso no encerramento das diligências deve ser analisado conforme as peculiaridades de cada procedimento.

4. No caso, não tendo sido proposta, até o presente momento, a ação penal em desfavor do Paciente, mostram-se impreteríveis o levantamento do sequestro e o desbloqueio das contas bancárias, porquanto ultrapassados os limites da razoabilidade. Precedentes.

5. Ordem parcialmente concedida, a fim de determinar o levantamento do sequestro recaído sobre os bens imóveis que estejam em nome das empresas SEGURANÇA INDUSTRIAL - COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS e ORION MILÊNIO COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES S/A e das pessoas de ELIZABETH TRANCOSO PEREIRA e FRANCO CECCHINE BRUNI NETO, bem como o desbloqueio dos ativos financeiros que estejam em seus nomes, ressalvada a possibilidade de nova decretação das medidas assecuratórias, desde que fundada em novas evidências da prática do crime.”

(HC 144.407/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 28/06/2011)

E na jurisprudência desta Corte:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO EM INCIDENTE DE RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA. LAVAGEM DE DINHEIRO. SEQUESTRO DE BENS. EXCESSO DE PRAZO. APELO PROVIDO. 1. A jurisprudência, com esteio nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tem flexibilizado o prazo de manutenção da medida constritiva para além dos 120 dias previstos no artigo 4º da Lei nº 9.613/98, quando as especificidades das investigações assim o recomendarem. 2. Todavia, no caso em apreço, o ato de constrição que recaiu sobre os bens do apelante foi efetivado há mais de 03 (três) anos, sendo que até o momento os órgãos de persecução penal do Estado não reuniram sequer indícios mínimos de seu envolvimento com a prática delitiva a ponto de subsidiar a instauração da ação penal, ultrapassando, assim, o limite do razoável. 3. Apelo provido, para o fim de determinar o imediato levantamento da constrição que recai sobre os bens do apelante.”

(ACr 200761050119523, JUIZ COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, 25/03/2010)

O entendimento é de que o mero encerramento do prazo sem o início da ação penal não obriga ao levantamento da medida e que o atraso no oferecimento de denúncia deve ser analisado conforme as peculiaridades de cada caso à luz de critérios de razoabilidade.

O preceito legal estatui sobre prazo para início da ação penal, sob pena de levantamento da medida constritiva, sendo que a contagem, à luz dos princípios constitucionais de que “ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal” e de que “é assegurado a razoável duração do processo” (CF, art. 5º, LIV e LXXVIII), se inicia a partir do momento em que ficou concluída a diligência. É disposição literal de lei que se encontra no Código de Processo Penal, que em seu artigo 131, I, preceitua que o sequestro será levantado “se a ação penal não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data em que ficar concluída a diligência”. Assim está previsto no processo legal, que deve ser observado, como manda a Constituição.

No caso o sequestro foi efetivado em 30 de agosto de 2010 (fl. 12) e, passados quase dois anos, não consta a instauração de ação penal, não tendo sido ofertada denúncia, conforme extrato de consulta processual obtido no sistema de informações desta Corte, desvelando-se inapropriadas as referências feitas pelo juiz de primeira instância ao falar que “estando ainda em curso a referida ação penal, é imprescindível, a meu sentir, os efeitos do seqüestro decretado”.

Alega-se sobre dificuldades decorrentes da complexidade das investigações, segundo o parecer ministerial “o caso em tela envolve grande quantidade de investigados, bem como varias diligências processuais foram necessárias, o que dificulta a reunião das provas para se comprovar a venda irregular de lotes destinados à reforma agrária”, mas no caso são quase dois anos de investigações com privação de bens do investigado e, se após todo esse período de colheita de prova o Ministério Público Federal não dá início a ação penal, a meu juízo manifestamente desborda das linhas da razoabilidade a manutenção do seqüestro de bens.

Com efeito, por mais complexas que sejam quaisquer investigações ficar o Ministério Público Federal quase dois anos após a efetivação de um seqüestro requerendo diligências sem propor e oferecer denúncia pelos supostos delitos e manter-se a medida constritiva é negar vigência ao preceito legal onde está dito com todas as letras que a medida será levantada “se a ação penal não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias”, e se a jurisprudência entende que há possibilidade de prorrogação não vai ao ponto de esvaziar a norma de todo e qualquer conteúdo, em subversão à ordem constitucional que não dá semelhante poder ao Judiciário, e o que estabelece é a permissão desde que não sejam ultrapassados os limites do razoável.

Observo também que se para a decretação da medida exige-se indícios suficientes de que os valores são objeto dos crimes supostamente praticados e se para o oferecimento de denúncia não é necessária prova de certeza, não se explica a falta de preparo e oferecimento de uma denúncia após quase dois anos de efetivada a medida.

Se para a decretação da medida são exigidos indícios suficientes do delito e se ainda se passam quase dois anos de coleta de provas e não se oferece uma denúncia as causas só podem estar nas deliberações do procurador da república oficiante no feito, na subjetividade, não no plano da objetividade, de qualquer sorte ainda que, teoricamente, fosse não só eventualmente conveniente prosseguir nas investigações mas verdadeiramente necessário também para esta situação há limites impostos pela razoabilidade.

Destarte, havendo disposição expressa de lei prevendo prazo de 60 (sessenta) dias para início da ação penal, contado da data da conclusão da medida constritiva, e, passados quase dois anos, sem o oferecimento de denúncia, resta evidente a ilegalidade da manutenção da medida.

Destarte, é devido o levamento do sequestro de valores decretado e mantido.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

MANDADO DE SEGURANÇA

0001448-66.2012.4.03.0000

(2012.03.00.001448-5)

Impetrante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Impetrado: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP

Interessado: MÁRIO CELSO ROCHA SANTANA

Relator originário: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Classe do Processo: MS 335509

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/05/2012

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA - REQUISIÇÃO DE FOLHA DE ANTECEDENTES E CERTIDÕES CRIMINAIS - MATÉRIA DE INTERESSE PÚBLICO E PROCESSUAL - CONHECIMENTO DA VERDADE REAL PARA A CORRETA APLICAÇÃO DA PENA - DEVER DO PODER JUDICIÁRIO PROCEDER À REQUISIÇÃO - ÔNUS DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE SE AFASTA - SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. As certidões criminais em nome dos réus são de interesse não apenas do órgão acusatório, mas também da própria defesa e do Poder Judiciário, pois o conhecimento da vida anteacta de qualquer pessoa acusada de infração penal é de vital importância para que a justiça realize-se com base na verdade real, seja para justificar a majoração da pena, seja para mantê-la no mínimo legal, ou até mesmo para a demonstração de outras circunstâncias de interesse processual.
2. É, pois, de interesse público e processual o conhecimento da existência de eventuais antecedentes ou reincidência dos acusados, não podendo o Poder Judiciário limitar-se a decidir a causa e aplicar a pena sem obter certeza absoluta acerca daquelas circunstâncias, deixando a busca por tais elementos probatórios a exclusivo critério do “parquet”, sob pena, até mesmo, de infringência a princípios pétreos como o da igualdade e da individualização da pena.
3. Segurança concedida.

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, conceder a segurança, nos termos do voto do Desembargador Federal LUIZ STEFANINI, com quem votaram os Desembargadores Federais COTRIM GUIMARÃES, VESNA KOLMAR, JOSÉ LUNARDELLI, os Juízes Federais Convocados MÁRCIO MESQUITA e LOUISE FILGUEIRAS, e os Desembargadores Federais RAMZA TARTUCE e PEIXOTO JUNIOR, vencidos os Desembargadores Federais JOHONSOM DI SALVO (Relator), ANDRÉ NEKATSCHALOW e CECILIA MELLO, que denegavam a segurança, e o Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, que a concedia parcialmente. Ausente, justificadamente, o Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (substituído pela Juíza Federal Convocada LOUISE FILGUEIRAS).

São Paulo, 19 de abril de 2012.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator designado para o Acórdão

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público Federal contra ato do d. Juízo Federal da 3ª Vara Federal de Bauru/SP, praticado nos autos da ação penal nº 0002369-68.2011.403.6108, movida contra *Mário Celso Rocha Santana*, pela prática do delito previsto no artigo 334, § 1º, “d”, do Código Penal, consistente no *indeferimento de requisição de certidões de antecedentes da acusada*, sob o fundamento de que o impetrante pode requisitá-las diretamente.

O impetrante, alega, em síntese, a sua legitimidade, a presença inequívoca do interesse de agir, bem como a admissibilidade da impetração, em face da ausência de recurso próprio que possa combater o *decisum* impugnado.

O “Parquet” Federal pugnou pela reconsideração da decisão indeferitória do pedido de requisição de certidões criminais e, em caso de manutenção do entendimento do Juízo “a quo”, requereu que o seu pleito fosse recebido como correição parcial, na forma do artigo 6º, I, da Lei nº 5010/66 (fls. 35/41 destes autos e fls. 80/86 da ação penal).

O d. Juízo Federal da 3ª Vara de Bauru/SP recebeu a correição parcial do Ministério Público Federal (fls. 42).

O Desembargador Federal Luiz Stefanini, em substituição regimental, *deferiu* o pedido de liminar. Na mesma oportunidade solicitou informações ao d. Juízo impetrado (fls. 46/47vº).

As informações foram prestadas às fls. 50/57.

Parecer da Procuradoria Regional da República, da lavra da Dra. Rose Santa Rosa, pela concessão da ordem (fls. 59/59vº).

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Inicialmente, destaco a admissibilidade da presente impetração em face da inexistência de recurso próprio capaz de impugnar o *decisum* no âmbito jurisdicional.

Ressalto, ainda, que não se vislumbra a ocorrência de preclusão, tendo em vista *que a correição parcial constitui expediente de caráter administrativo*, destinado a corrigir ato judicial que, por erro de procedimento, venha causar inversão tumultuária do processo.

Constatando correta a via processual eleita, passo à análise do pedido.

Deixei de fazer a inclusão de *Mário Celso Rocha Santana* no pólo passivo da impetração, como litisconsorte passivo, na esteira de entendimento já manifestado por esta 1ª Seção em casos semelhantes, onde o cerne da discussão prende-se a prerrogativas do Ministério Público Federal.

Quanto ao mérito, propriamente dito, enfatizo que enquanto Juiz Federal nas Subseções de Ribeirão Preto (1ª e 2ª Varas) e Piracicaba (1ª Vara) sempre adotou a postura de atender requerimentos do Ministério Público Federal no sentido de requisitar folha de antecedentes

do Instituto de Identificação Criminal *Ricardo Gumbleton Daunt* (estadual), do SECRIM (federal) e do distribuidor criminal da Justiça Estadual na Comarca, além de outras que desde logo parecessem possíveis.

Assim atuei por anos a fio, e continuaria fazendo da mesma forma caso permanecesse em 1º grau de jurisdição; a propósito, mesmo nesta Corte tenho atendido requerimentos da Procuradoria Regional da República no sentido de obter informações de órgãos públicos diversos e também certidões criminais.

No entanto, é de se perquirir se - no tocante ao Ministério Público Federal - cabe-lhe o *direito de exigir* que o Judiciário saia em busca das certidões e documentos que o órgão entende devam vir para os autos.

A questão é muito relevante, notadamente para o deslinde deste mandado de segurança, sendo que já me manifestei perante a 1ª Seção no sentido de que o conhecimento de mandado de segurança e a concessão de liminar envolvem a consideração de *atos legais* ou *abusivos de poder* imputados a autoridade pública.

Sem a presença dessas situações, resta incogitável o válido manejo do *mandamus*, conforme a jurisprudência do STJ:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SÚMULA Nº 267/STF. ATO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA E ILEGALIDADE.

1

2. É inadmissível o procedimento mandamental se o impetrante não comprova que o ato judicial reveste-se de teratologia ou de flagrante ilegalidade, nem demonstra a ocorrência de abuso de poder por parte do órgão prolator da decisão impugnada.

3. ‘Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição’ - Súmula nº 267 do STF.

4. Recurso ordinário desprovido.”

(ROMS 200901472242, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - QUARTA TURMA, 24/05/2010)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA Nº 267/STF. ATO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA E ILEGALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA (ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC). AFASTAMENTO.

1. O mandado de segurança somente pode ser ofertado quando plenamente aferível o direito líquido e certo no momento da impetração, cuja existência e delimitação são comprovadas de plano, sem a necessidade de dilação probatória.

2. É inadmissível o procedimento mandamental se o impetrante não comprova que o ato judicial se reveste de teratologia ou de flagrante ilegalidade, nem demonstra a ocorrência de abuso de poder por parte do órgão prolator da decisão impugnada.

3. ‘Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição’ - Súmula nº 267 do STF.

4. Afasta-se a multa aplicada, com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, pela Câmara julgadora do Tribunal *a quo*, se não configurado o caráter protelatório dos embargos de declaração.

5. Recurso ordinário parcialmente provido.”

(ROMS 200802733090, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - QUARTA TURMA, 08/03/2010)”

Confira-se também os julgados proferidos por esta E. Corte:

“AGRAVO REGIMENTAL - MANDADO DE SEGURANÇA - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS - INDEFERIMENTO DA INICIAL - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE, ABUSO DE PODER OU ATO JUDICIAL TERATOLÓGICO.

1. Indeferimento da inicial do mandado de segurança por não preenchimento dos requisitos essenciais à sua instrução, postos nos artigos 283 e 284 do CPC. Ausente hipótese de patente ilegalidade, abuso de poder ou ato judicial teratológico. Precedentes deste C. Órgão Especial.

2. Agravo regimental improvido.”

(MS 201003000320368, JUIZ MAIRAN MAIA, TRF3 - ÓRGÃO ESPECIAL, 04/07/2011)

“AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. MANUTENÇÃO.

1. O uso do mandado de segurança para combater ato judicial, admitido excepcionalmente pela jurisprudência, pressupõe, além da irrecorribilidade, a demonstração da flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, de modo a evidenciar a lesão ao direito líquido e certo suscitado no *writ*.

2

3. Agravo Regimental desprovido.”

(MS 201003000324441, JUÍZA MARLI FERREIRA, TRF3 - ÓRGÃO ESPECIAL, 11/03/2011)”

Não há de ser diferente no presente caso, apenas porque o pedido advém do Ministério Público Federal.

É de se indagar desde logo se o Juízo Criminal pratica alguma ilegalidade ou abuso de poder quando indefere pleito de uma das partes - sempre recordando que não pode ser tolerada a “preponderância” de uma delas sobre a outra, especialmente na instância criminal - consistente na produção de prova sobre a vida anteaça dos réus, partindo-se do pressuposto evidente de que o requerente (no caso, a acusação) *pode obter certidões por seus próprios meios*.

A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, III); admite-se até que o Ministério Público, como titular da ação penal, possui atribuições para realizar diretamente investigações na esfera criminal.

No campo da ordem infraconstitucional, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625 de 1993), em seu art. 26, I, letras “a” e “b”, prevê a capacidade do órgão para expedir notificações a fim de para colher depoimentos ou esclarecimentos, bem como para requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades e órgãos públicos. Veja-se, ainda, o artigo 8º, da LC nº 75/93.

Aduz-se a isso que é direito constitucional de todos o de obter certidões (artigo 5º, XXIV, letra “b”, da Constituição).

Diante desse quadro é mais do que certo que o Ministério Público tem a capacidade de requisitar certidões por seus próprios meios, até mesmo no âmbito dos registros criminais, já que é impossível não notar o crescimento da importância e das atribuições do Ministério Público no Brasil, especialmente após a Constituição de 1988.

Nesse sentido colaciono precedentes das Cortes Federais:

“PROCESSO PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. SOLICITAÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. REQUISIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. A de-

cisão que determina a cientificação do *Parquet* Federal de que fica sob sua responsabilidade trazer a juízo as certidões de antecedentes e/ou outros registros de incidências criminais que pesem contra o réu não causa inversão tumultuária do feito, pois o agente ministerial, nos termos da Lei Complementar nº 75/93, possui acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público. Precedentes desta Corte.”

(TRF/4ª Região, Correição Parcial nº 200904000392136, 7ª Turma, rel. Desembargador Federal SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, D. E. 07/01/2010)

“PROCESSO PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. SOLICITAÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. REQUISIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. A decisão que determina ao parquet diligenciar na busca da certidão de antecedentes do réu não causa inversão tumultuária do feito, pois o agente ministerial, nos termos da Lei Complementar nº 75/93, possui acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público.”

(TRF/4ª Região, Correição Parcial nº 200904000415630, 8ª Turma, rel. Desembargador Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ, D. E. 09/12/2009)

“PROCESSO PENAL. CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. POSSIBILIDADE DE REQUISIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEI COMPLR 75/93. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Mandado de segurança contra decisão em que o magistrado de origem, ao receber a denúncia ofertada contra acusados incursos nas penas do crime de estelionato, restou por indeferir a realização das diligências requeridas, dentre as quais as de expedição de ofícios aos órgãos públicos competentes a fornecer certidões de folhas de antecedentes criminais dos denunciados, bem como de outras certidões correlatas.

2. A Lei Complementar 75/93 resguarda a prerrogativa ao representante do Ministério Público, no pleno exercício de suas atribuições constitucionais, de requisitar informações e documentos, bem como acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público.

3. A intervenção judicial se mostra necessária no caso de negativa no fornecimento das certidões pelas autoridades administrativas.

4. Não configurada ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV).

Ordem de segurança denegada.”

(TRF/5ª Região, MS 102465/RN, proc. 0090009-17.2009.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Paulo Gadelha, Data de Julgamento: 23/03/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 20/05/2010 - Página: 323 - Ano: 2010)

A propósito do tema, colho o pensamento de um dos mais lúdimos expoentes do Ministério Público do Estado de São Paulo, HUGO NIGRO MAZZILLI:

“No inc. VI do art. 129, da Constituição, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público - e aqui também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para formar sua *opinio delictis*: se os procedimentos administrativos a que se refere este inciso fossem apenas de matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III. O inquérito civil nada mais é que um procedimento administrativo de atribuição ministerial. *Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível; atinge também a área destinada a investigações criminais.*” (*Introdução ao Ministério Público*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1988 - destaquei).”

O Ministério Público Federal costuma argumentar com o texto do artigo 748 do Código de Processo Penal, que no seu entender seria óbice a que o órgão conseguisse certidão criminal por seus próprios meios.

Mas não é assim. O artigo 748 do Código de Processo Penal - que alguns, inclusive, apontam como revogado pelo artigo 202 da Lei das Execuções Penais - refere-se ao réu já *reabilitado*, situação particular e específica que não pode se transformar em óbice para que o Ministério Público Federal agite a suposta impossibilidade de obter certidão criminal por si mesmo.

Sendo assim, não se verifica ilegalidade (menos ainda abuso de poder) no ato do Juiz presidente da instrução criminal que nega requerimento do Ministério Público Federal no sentido de requisitar certidões.

Ainda mais quando se vê que tais certidões serviriam para elucidar a vida anteacta do réu, ou seja, serviriam como *prova* em ação penal.

Sucede que no nosso Direito Processual, em matéria de produção de prova o ônus incumbe, inicialmente, às partes (artigo 156 do Código de Processo Penal; artigo 333 do Código de Processo Civil), razão pela qual, sem se desprezar o poder instrutório suplementar do Juiz, não se pode dizer que o Magistrado que indefere postulação de certa prova comete, *a priori*, uma ilegalidade ou um abuso de poder.

Na singularidade do caso o Procurador da República oficiante requereu ao Juízo certidões criminais em nome dos réus do INI, do INFOSEG, do IIRGD e das Justiças Federal e Estadual do local dos fatos (Pardinho/SP) e dos locais de nascimento e de residência do réu (fl. 41).

Não o fez para os fins de propor transação ou suspensão condicional do processo, atos em tese favoráveis aos imputados.

Desejava, sim, elementos capazes de influir negativamente na dosimetria da pena e no afastamento de penas alternativas, consequências *indesejáveis* para a defesa.

Portanto, não se entrevê qualquer vestígio de ilegalidade na afirmação do Juiz no sentido de que "(...) Não havendo o MPF, até o momento, provado a recusa, carece de interesse de agir, cabendo consignar que a intervenção judicial, nestes casos, implicaria evidente ferimento aos princípios acusatório e da imparcialidade do magistrado, pois estaria o Estado-Juiz, em substituição à acusação, saindo em busca de elementos de prova que teriam o potencial único de prejudicar a parte ré (considerada a presunção de inocência). (...)” (fls. 48/49).

A esta altura é de se indagar: é *tarefa exclusiva* do Juiz *sair à cata* de elementos referentes a vida anteacta do réu, para examinar-lhes os antecedentes e a conduta social na forma do artigo 59 do Código Penal, e para aplicar ou não eventuais benefícios?

É dever do Magistrado prover os autos de prova documental acerca da personalidade do acusado?

Basta para que o Ministério Público se desincumba de seu ônus de *acusar* e de *velar pela correta aplicação da lei penal*, uma atitude passiva consistente em apenas “requerer” que o Judiciário desempenhe a tarefa probatória?

Estou convicto de que embora o Juiz possa requisitar certidões e documentos para instruir o feito no tocante a apuração das condições subjetivas do acusado, isso não é sua tarefa específica, não é incumbência exclusiva do Judiciário, de modo a desonerar o Ministério Público e a defesa do seu ônus probatório.

Destaco que a imprescindibilidade do concurso do Poder Judiciário para que o Ministério Público Federal tenha acesso a certidões de antecedentes ou de determinados processos, dependerá de *eventual negativa* dos institutos de criminalística ou das Varas Judiciais em fornecê-las, mas isso há de ser considerado caso-a-caso.

O que se vê é que o comportamento judicial está a *léguas de distância* da ilegalidade e do abuso de poder que lhe são atribuídos na impetração.

Ante o exposto, denego a *segurança e revogo a liminar deferida às fls. 46/47vº*.

É o voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO CONDUTOR

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI: A segurança deve ser concedida.

Com efeito, como bem explanado pelo impetrante, as certidões criminais em nome do réu são de interesse não apenas do órgão acusatório, mas também da própria defesa e do Poder Judiciário, pois o conhecimento da vida anteacta de qualquer pessoa acusada de infração penal é de vital importância para que a justiça realize-se com base na verdade real, seja para justificar a majoração da pena, seja para mantê-la no mínimo legal, ou até mesmo para a demonstração de outras circunstâncias de interesse processual, tais como a concessão de liberdade provisória, de livramento condicional, da suspensão condicional do processo, entre outros benefícios legais.

É, pois, de interesse público e processual o conhecimento da existência de eventuais antecedentes ou reincidência dos acusados, não podendo o Poder Judiciário limitar-se a decidir a causa e aplicar a pena sem obter certeza absoluta acerca daquelas circunstâncias, deixando a busca por tais elementos probatórios a exclusivo critério do “parquet”, sob pena, até mesmo, de infringência a princípios péticos como o da igualdade e da individualização da pena.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

“CORREIÇÃO PARCIAL. PEDIDO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES. ÔNUS DO JUDICIÁRIO. - Incumbe ao judiciário a providência de requerer certidão de antecedentes. - Correição Parcial provida.” (COR 200604000169987 COR - CORREIÇÃO PARCIAL Relator(a) SALISE MONTEIRO SANCHOTENE Sigla do órgão TRF4 Órgão julgador SÉTIMA TURMA Fonte DJ 26/07/2006 PÁGINA: 947).

“PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE REQUISIÇÃO DE CERTIDÕES PROVENIENTES DA JUSTIÇA ELEITORAL E DA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DO DPTO DE POLÍCIA FEDERAL. DIREITO À PROVA. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1 - As faculdades legadas ao Ministério Público no exercício de suas funções institucionais, como a requisição de informações e documentos às autoridades administrativas (art. 8º, II, da Lei complementar 75/93), não excluem a possibilidade de que tais elementos sejam obtidos pela via do Poder Judiciário, quando em curso ação penal pública. 2 - Não se mostra razoável o indeferimento do pedido do autor para juntada de certidões de antecedentes criminais, pois contrasta não só com o direito à prova - a qual pode aproveitar tanto à acusação quanto à defesa, a depender

dos dados informados nas certidões -, mas com os hodiernamente festejados princípios da economia e da celeridade processual (Precedente desta Turma: MSTR 102368/RN, Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli). 3 - Mandado de segurança concedido.” (MS 00059125020104050000 MS - Mandado de Segurança - 102591 Relator(a) Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo Sigla do órgão TRF5 Órgão julgador Quarta Turma Fonte DJE - Data: 22/07/2010 - Página: 894).

“PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE REQUISIÇÃO DE CERTIDÕES DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. DIREITO À PROVA. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1 - As faculdades legadas ao Ministério Público no exercício de suas funções institucionais, como a requisição de informações e documentos às autoridades administrativas (art. 8º, II, da Lei complementar 75/93), não excluem a possibilidade de que tais elementos sejam obtidos pela via do Poder Judiciário, quando em curso ação penal pública. 2 - Não se mostra razoável o indeferimento do pedido do autor para juntada de certidões de antecedentes criminais, pois contrasta não só com o direito à prova - a qual pode aproveitar tanto à acusação quanto à defesa, a depender dos dados informados nas certidões -, mas com os hodiernamente festejados princípios da economia e da celeridade processual (Precedente desta Turma: MSTR 102368/RN, Rel. Des. Fed. Margarida Cantarelli). 3 - Mandado de segurança concedido.” (MS 200905001172572 MS - Mandado de Segurança - 102508 Relator(a) Desembargadora Federal Danielle de Andrade e Silva Cavalcanti Sigla do órgão TRF5 Órgão julgador Quarta Turma Fonte DJE - Data: 24/02/2010 - Página: 365).

“[...] 6) Muito embora seja possível, ao Ministério Público Federal, requerer a expedição de certidões de antecedentes criminais, indispensáveis à apresentação de proposta de transação penal, bem como de suspensão condicional do processo, inexistente dispositivo legal que impeça o requerimento de tais diligências ao Judiciário.” (RCCR 200032000031693 RCCR - RECURSO CRIMINAL - 200032000031693 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL PLAUTO RIBEIRO Sigla do órgão TRF1 Órgão julgador TERCEIRA TURMA Fonte DJ DATA: 18/10/2002 PÁGINA: 25)

Outrossim, ainda que o Ministério Público, valendo-se de suas prerrogativas constitucionais e legais, possa requisitar as certidões criminais em análise, não vislumbro qualquer irregularidade ou vício de imparcialidade que tal mister seja cumprido pelo Poder Judiciário, porquanto, conforme ressaltado, tais informes são de interesse público, no sentido de ser realizada uma correta individualização penal, com base na verdade real.

Ante o exposto, concedo a segurança, mantendo-se a liminar deferida.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI

Direito Tributário



APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0022449-05.1996.4.03.6100

(2003.03.99.018442-0)

Apelantes: HOSPITAL MONTREAL S/A E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelados: OS MESMOS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR

Classe do Processo: ApelReex 881568

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/05/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IRPJ. ARBITRAMENTO DE LUCRO. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA AO MINISTRO DA FAZENDA PARA DETERMINAR PARÂMETROS DO ARBITRAMENTO. LEGALIDADE.

1. O lançamento tributário efetuado mediante o arbitramento do lucro, além de ser dotado de certa excepcionalidade, gozando de relativa presunção, só pode ocorrer em face da verídica impossibilidade de apuração do lucro real da empresa fiscalizada.
2. A constatação da ausência de escrituração contábil adequada, nas formas das leis comerciais e fiscais, que ensejou o lançamento, foi promovida com base no arbitramento do lucro (artigo 399, inciso I do RIR/80).
4. É necessário manter escrituração contábil completa em livros registrados e autenticados pelas repartições competentes.
5. Não há qualquer mácula na delegação de competência ao Ministro da Fazenda, para fins de regulamentação, por meio de Decreto Ministerial, dos parâmetros que devem ser considerados no arbitramento do lucro, tendentes à apuração da base de cálculo e na determinação das alíquotas incidentes do IRPJ. A autorização decorre de previsão legal, e se apresenta em estrita consonância aos princípios da legalidade tributária e administrativa (parágrafo 4º do artigo 8º, do Decreto-Lei nº 1.648/78).
6. Vigente à época da fiscalização e do lançamento dos débitos, o Decreto-Lei nº 1.648/78 expressamente outorgou ao Poder Executivo a atribuição de regulamentar tal questão. Portanto, nenhum excedimento se extrai da Portaria Ministerial nº 22/79, que foi sucedida pela 217/83 e, posteriormente pela 524/93.
6. Precedentes do STJ e desta Corte.
7. Apelação da União Federal e remessa oficial providas. Apelação da autora prejudicada.

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 prejudicada a apelação da autora e dar provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 10 de maio de 2012.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Cuida-se de apelação em Ação Ordinária Declaratória de Nulidade de Débito Fiscal, oferecida em face da União Federal com fito de obter a declaração de nulidade de eventual débito fiscal, consubstanciado nos processos administrativos nºs 10.882.001600/94-14, 10.882.000241/95-69, 10.882.000242/95-21 e 10.882.000249/95-71, julgados na primeira instância administrativa e encaminhados ao Conselho de Contribuintes.

Sustenta que, embora não tenha mantido a sua escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, elaborou as demonstrações financeiras que traduzem em balanços e balancetes dos exercícios arbitrados, trazendo elementos para a real apuração que não a do arbitramento efetuado. Argui o descabimento da alíquota aplicada.

O MM. Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido inicial apenas para anular parte do lançamento fiscal decorrente do processo administrativo nº 10.882.001600/94-14, de modo que a aplicação sobre o lucro bruto, para fins de apuração da base de cálculo do imposto de renda pessoa jurídica - IRPJ, alíquota de 30% para todo o período abarcado pelo lançamento, desprezando-se o aumento de vinte por cento para os anos base posteriores a 1989, com reflexos no cálculo do valor do imposto de renda retido na fonte - IRRF, relativos à presunção de distribuição de lucro arbitrado. Deixou de condenar em verba honorária em razão da sucumbência recíproca.

Apela a autora aduzindo que os efeitos da anulação do lançamento fiscal supra deveriam ser estendidos aos processos reflexos das pessoas dos sócios, sob os nºs 10.882.000241/95-69, 10.882.000242/95-21 e 10.882.000249/95-71.

A União Federal ofereceu recurso de apelação e sustentou o cabimento do agravamento do coeficiente, elevando-os progressivamente de 30% a 60%, conforme dispõe o item II, alínea “d”, da Portaria MF nº 22/79 e o artigo 7º da Portaria MF nº 524/93.

Regularmente processado o recurso, subiram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, conforme Regimento Interno, artigo 33, VIII.

É o relatório.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NERY JÚNIOR (Relator): Interessante frisar que o lançamento tributário efetuado mediante o arbitramento do lucro, além de ser dotado de certa excepcionalidade, goza de relativa presunção, só podendo ocorrer em face da verídica impossibilidade de apuração do lucro real da empresa fiscalizada.

Neste ponto, a condição de sujeito passivo da obrigação jurídico-tributária ao recolhimento do IRPJ incidente sobre o lucro arbitrado, imputada a autora, se deu em razão do seu enquadramento nos moldes dos artigos 399 e 400 do RIR/80 - Decreto 85.450/80 e artigos 538 a 549 do RIR/94 (Decreto 1.041/94), que assim dispõem:

O Decreto 85.450/80:

“Art. 399. A autoridade tributária arbitrar­á o lucro da pessoa jurídica, inclusive da empresa individual equiparada, que servirá de base de cálculo do imposto, quando (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 7º):

I - o contribuinte sujeito à tributação com base no lucro real não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras de que trata o art. 172;

II - o contribuinte autorizado a optar pela tributação com base no lucro presumido não cumprir as obrigações acessórias relativas à sua determinação;

III - o contribuinte recusar-se a apresentar os livros ou documentos da escrituração à autoridade tributária;

IV - a escrituração mantida pelo contribuinte con­ter vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real ou presumido, ou revelar evidentes indícios de fraude;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de cumprir o disposto na alínea a do parágrafo único do art. 270;

VI - o contribuinte, na situação referida no inciso I e não autorizado a optar pela tributação com base no lucro presumido, espontaneamente apresentar declaração de rendimentos.

Art. 400. A autoridade tributária fixará o lucro arbitrado em percentagem da receita bruta, quando conhecida (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 8º).

§ 1º Compete ao Ministro da Fazenda fixar a percentagem a que se refere este artigo, a qual não será inferior a 15% (quinze por cento) e levará em conta a natureza da atividade econômica do contribuinte (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 8º, § 1º).

§ 2º O Ministro da Fazenda poderá fixar percentagem menor que a prevista no parágrafo 1 para atividades em que a relação entre o lucro bruto e a receita de vendas ou de serviços for notoriamente inferior àquele limite (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 8º, § 2º).

§ 3º Nos casos de comissários ou representantes de pessoas jurídicas estrangeiras o lucro será arbitrado no mínimo em 20% (vinte por cento) do preço de venda das mercadorias ou dos serviços prestados (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 8º, § 3º).

§ 4º Na falta de outros elementos a autoridade poderá, observadas as normas baixadas pelo Secretário da Receita Federal, arbitrar o lucro com base no valor do ativo, do capital social, do patrimônio líquido, da folha de pagamento de empregados, das compras, do aluguel das instalações ou do lucro líquido auferido pelo contribuinte em períodos anteriores (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 8º, § 4º).

§ 5º O lucro arbitrado, sem quaisquer deduções, será a base de cálculo do imposto (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 8º, § 5º).

§ 6º Verificada a ocorrência de omissão de receita, será considerado lucro líquido o valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) dos valores omitidos (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 8º, § 6º).

§ 7º O arbitramento do lucro não exclui a aplicação das penalidades cabíveis (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 8º, § 7º).”

O Decreto 1.041/94:

“Art. 538. A tributação com base no lucro arbitrado somente será admitida em caso de lançamento de ofício, observadas as disposições deste subtítulo (Lei nº 8.383/91, art. 41).

Art. 539. A autoridade tributária arbitrar­á o lucro da pessoa jurídica, inclusive da empresa individual equiparada, que servirá de base de cálculo do imposto, quando (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 7º, e Leis nºs 8.218/91, arts. 13 e 14, par. único, 8.383/91, art. 62, e 8.541/92,

art. 21):

I - o contribuinte obrigado à tributação com base no lucro real não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração mantida pelo contribuinte contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real ou, ainda, revelar evidentes indícios de fraude;

III - o contribuinte recusar-se a apresentar os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal à autoridade tributária;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido ou deixar de atender ao estabelecido no art. 534;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de cumprir o disposto na alínea a do parágrafo único do art. 339;

VI - o contribuinte não apresentar os arquivos ou sistemas na forma e prazo previstos nos arts. 212 e 213;

VII - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no diário.

Art. 540. Excepcionalmente, nos casos fortuitos ou de força maior, como definido na lei civil e devidamente comprovados, a pessoa jurídica poderá calcular o imposto mensal com base no lucro arbitrado (Lei nº 8.541/92, art. 21, § 2º).

Art. 541. A autoridade tributária fixará o lucro arbitrado em percentagem da receita bruta, quando conhecida (DL nº 1.648/78, art. 8º).

Art. 542. Compete ao Ministro da Fazenda fixar a percentagem incidente sobre a receita bruta, quando conhecida, a qual não será inferior a quinze por cento e levará em conta a natureza da atividade econômica da pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 8º, § 1º, e Lei nº 8.541/92, art. 21, § 1º).

§ 1º O Ministro da Fazenda poderá fixar percentagem menor que a prevista neste artigo para atividades em que a relação entre o lucro bruto e a receita de vendas ou de serviços for notoriamente inferior àquele limite (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 8º, § 2º).

§ 2º Nos casos de comissários ou representantes de pessoas jurídicas estrangeiras o lucro será arbitrado no mínimo em vinte por cento do preço de venda das mercadorias ou dos serviços prestados (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 8º, § 3º).

Art. 543. Na falta de outros elementos a autoridade poderá, observadas as normas baixadas pelo Secretário da Receita Federal, arbitrar o lucro com base no valor do ativo, do capital social, do patrimônio líquido, da folha de pagamento de empregados, das compras, do aluguel das instalações ou do lucro líquido auferido pelo contribuinte em períodos-base anteriores (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 8º, § 4º).

Art. 544. O lucro arbitrado, sem quaisquer deduções, será a base de cálculo do imposto, apurada mensalmente e convertida em quantidade de Ufir diária pelo valor desta no último dia do período-base (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 8º, § 5º, e Lei nº 8.541/92, art. 2º).

Art. 545. O arbitramento do lucro não exclui a aplicação das penalidades cabíveis (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 8º, § 7º).

Art. 546. Verificada omissão de receitas, os valores serão tributados na forma dos arts. 733 e 892, § 2º (Leis nºs 8.383/91, art. 41, §§ 1º e 2º, e 8.541/92, arts. 43 e 44).

Art. 547. No caso de serem efetuadas vendas, no País, por intermédio de agentes ou representantes de pessoas estabelecidas no exterior, quando faturadas diretamente ao comprador, o rendimento tributável será arbitrado à razão de vinte por cento do preço total das vendas

(Lei nº 3.470/58, art. 76, § 3º).

Parágrafo único. Considera-se efetuada a venda no País, para os efeitos deste artigo, quando seja concluída, em conformidade com as disposições da legislação comercial, entre o comprador e o agente ou representante do vendedor, no Brasil, observadas as seguintes normas: a) somente caberá o arbitramento nos casos de vendas efetuadas no Brasil por intermédio de agente ou representante, residente e domiciliado no País, que tenha poderes para obrigar contratualmente o vendedor para com o adquirente, no Brasil, ou por intermédio de filial, sucursal ou agência do vendedor no País;

b) não caberá o arbitramento no caso de vendas em que a intervenção do agente ou representante tenha se limitado à intermediação de negócios, obtenção ou encaminhamento de pedidos ou propostas, ou outros atos necessários à mediação comercial, ainda que esses serviços sejam retribuídos com comissões ou outras formas de remuneração, desde que o agente ou representante não tenha poderes para obrigar contratualmente o vendedor;

c) o fato exclusivo de o vendedor participar no capital do agente ou representante no País não implica atribuir a este poderes para obrigar contratualmente o vendedor;

d) o fato de o representante legal ou procurador do vendedor assinar eventualmente no Brasil contrato em nome do vendedor não é suficiente para determinar a aplicação do disposto neste artigo.

Art. 548. Sobre o imposto lançado com base em lucro arbitrado não serão admitidas deduções a título de incentivos fiscais, salvo os previstos para alimentação ao trabalhador (art. 585) e vale-transporte (art. 594) (Decreto-Lei nº 1.648/78, art. 11).

Art. 549. Presume-se rendimento pago aos sócios ou acionistas das pessoas jurídicas, na proporção da participação no capital social, ou integralmente ao titular da empresa individual, o lucro arbitrado deduzido do Imposto de Renda da pessoa jurídica e da contribuição social sobre o lucro (Lei nº 8.541/92, art. 22).

Parágrafo único. O rendimento referido no *caput* deste artigo será tributado, exclusivamente na fonte, à alíquota de 25%, devendo o imposto ser recolhido no prazo fixado no art. 916 (Lei nº 8.541/92, art. 22, parágrafo único)."

A constatação, pela autoridade fiscalizadora, da ausência de escrituração contábil adequada, nas formas das leis comerciais e fiscais, foi promovida com base no arbitramento do lucro (artigo 399, inciso I do RIR/80).

Não há qualquer mácula na delegação de competência ao Ministro da Fazenda, para fins de regulamentação, por meio de Decreto Ministerial (Decreto-lei nº 22/79), dos parâmetros que devem ser considerados no arbitramento do lucro, tendentes à apuração da base de cálculo e na determinação das alíquotas incidentes do IRPJ.

Esta autorização decorre de previsão legal, e se apresenta em estrita consonância aos princípios da legalidade tributária e administrativa, como é possível inferir da redação do parágrafo 4º do artigo 8º, do Decreto-Lei nº 1.648/78:

"Art. 8º A autoridade tributária fixará o lucro arbitrado em porcentagem da receita bruta, quando conhecida.

§ 4º Na falta de outros elementos a autoridade poderá, observadas as normas baixadas pelo Secretário da Receita Federal, arbitrar o lucro com base no valor do ativo, do capital social, do patrimônio líquido, da folha de pagamento de empregados, das compras, do aluguel das

instalações ou do lucro líquido auferido pelo contribuinte em períodos anteriores.”

Tendo em vista que, vigente à época da fiscalização e do lançamento dos débitos, referido diploma legal expressamente outorgou ao Poder Executivo a atribuição de regulamentar tal questão, nenhum excedimento se extrai da Portaria Ministerial nº 22/79, que foi sucedida pela 217/83 e, posteriormente pela 524/93.

A jurisprudência do C. STJ e desta E. Corte é uníssona neste sentido:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. ART. 148 DO CTN. ARBITRAMENTO. DECRETO-LEI 1.648/78. PORTARIA MINISTERIAL 524/93. INSTRUÇÃO NORMATIVA 73/93. LEGALIDADE. 1. Segundo o art. 148 do CTN, caberá o arbitramento fiscal sempre que forem ‘omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial’. 2. *O arbitramento do imposto de renda encontra fundamento específico no Decreto-lei 1.648/78, cujo art. 8º delega ao Ministro de Estado da Fazenda e ao Secretário da Receita Federal a atribuição de regulamentar o arbitramento da exação nos casos previstos no art. 7º desse Diploma legal.* 3. *A Portaria Ministerial 524/93 e a Instrução Normativa 79/93 apenas disciplinaram, sob autorização do Decreto-lei 1.648/78, a forma como deveriam proceder os auditores fiscais no arbitramento do imposto de renda, sem qualquer violação à regra de legalidade encartada no art. 97 do CTN.* 4. Recurso especial não provido.” (REsp 933.000/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 22/08/2007, p. 458)

“EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - DESERÇÃO DE APELAÇÃO - PREPARO - LEI Nº 9.289/96 - CPC, ARTS. 511 E 519 - IMPOSTO DE RENDA - ARBITRAMENTO - DECRETO-LEI Nº 1.648/98, ARTS. 7º E 8º - LEGITIMIDADE. (...) VIII - Está assentado o entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional no sentido de que, encontrando fundamento no artigo 149 do Código Tributário Nacional, é legítimo o sistema de arbitramento do imposto de renda com base no lucro, nos casos em que os contribuintes deixem de manter escrituração contábil/fiscal nos termos exigidos pela legislação específica, procedimento de arbitramento que se rege pelo Decreto-Lei nº 1.648/78, arts. 7º e 8º, neste último dispositivo *havendo delegação expressa ao Ministro da Fazenda para fixar o lucro em porcentagem da receita bruta da empresa, quando conhecida, dispondo também outras regras para fixação deste lucro tributável em atenção às peculiaridades de cada atividade econômica, delegação esta que não infringe o princípio da estrita legalidade da tributação (CTN, art. 97) porque a autoridade administrativa apenas regulamenta as regras previstas na legislação tributária para se apurar qual seja a receita bruta da empresa e qual seria o lucro da atividade especificamente sob arbitramento, não se tratando de fixar a base de cálculo do tributo em moldes genéricos e abstratos (atividade específica do legislador, que se volta precipuamente para as incidências sobre o lucro real ou estimado), mas de procedimento in concreto para arbitrar o lucro tributável pela empresa que não observou o dever de manter escrituração regular e cumprir suas obrigações fiscais, dependendo inclusive das variações mercadológicas (atividade inadequada para ser regulada em termos genéricos pelo legislador), cabendo ao contribuinte, quando se sinta prejudicado pelo arbitramento*

realizado pela fiscalização, demonstrar alguma falha no procedimento que importe em ofensa às regras e princípios da tributação e que justifique a sua retificação. IX - Remessa oficial e apelação da embargada parcialmente providas. Sentença reformada neste aspecto, julgando improcedentes os embargos, quanto aos honorários advocatícios regendo-se apenas pela incidência do encargo do Decreto-Lei nº 1.025/69. Apelação da embargante prejudicada.” (APELREE 200261040042945, JUIZ CONVOCADO SOUZA RIBEIRO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, 20/09/2010)

“**EMBARGOS À EXECUÇÃO. IRRF. LIMITES DA REMESSA OFICIAL. TAXA SELIC. LEGALIDADE. ARBITRAMENTO. DELEGAÇÃO. DECRETO-LEI Nº 1.648/78, ART. 8º, § 1º. DECRETO Nº 85.450/80 (RIR), ART. 400, § 1º. PORTARIA Nº 22/79. LEGALIDADE. ADCT: ART. 25, INCISO I. NORMAS DE ESTRUTURA. NORMAS DE CONDUTA. DISTINGO. (...) 2. É válido o arbitramento do lucro efetivado nos moldes do art. 8º, § 1º, do Decreto-lei nº 1.648/78, reproduzido no art. 400, § 1º, do Decreto nº 85.450/80 (RIR), e Portaria nº 22/79, do Ministro da Fazenda, ante a delegação expressamente prevista naquele primeiro diploma citado, que não se considera extirpado do ordenamento jurídico em razão da previsão do art. 25 do ADCT. Precedentes. 3. Quanto ao ponto importa distinguir as normas consoante doutrina que estabelece dicotomia entre normas de estrutura e normas de conduta, estas voltadas a regular as situações do cotidiano e aquelas voltadas a dispor acerca dos requisitos a serem observados pelo legislador para a feitura destas, como se verifica no capítulo do sistema tributário. 4. Contexto no qual o óbice atingiu a legislação que delegara competência então atribuída ao Congresso Nacional e não as normas regularmente editadas até então. 5. Remessa oficial a que se dá provimento.” (REOAC 200103990460358, JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, TRF3 - TURMA SUPLEMENTAR DA SEGUNDA SEÇÃO, 24/07/2008)**

Neste, sentido, prejudicado, pois, o apelo da autora.

A verba honorária deve ser fixada em R\$ 15.000,00 em favor da União Federal, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, julgo prejudicada a apelação da autora e dou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR – Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)

0006972-70.2000.4.03.6109

(2000.61.09.006972-0)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: CEDASA IND/ E COM/ DE PISOS LTDA.

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE PIRACICABA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA

Classe do Processo: AMS 234765

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/05/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO REPETITIVO. REAPRECIAÇÃO DA MATÉRIA. ART. 543-C, § 7º, II, DO CPC. COMPENSAÇÃO. ADOÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO JULGAMENTO DO RESP Nº 1.137.738/SP.

I - Reapreciação da matéria, nos termos do artigo 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil.

II - Adoção do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.137.738/SP, representativo da controvérsia.

III - Tendo havido evolução legislativa em matéria de compensação de tributos, a lei aplicável é aquela vigente na data do ajuizamento da ação, e não aquela em vigor quando do pagamento indevido ou do encontro de contas.

IV - Ajuizada a demanda em 23.11.00, deveria ser aplicada a Lei nº 9430/96, com a redação original que, embora faculte a compensação entre débitos e créditos oriundos de espécies tributárias distintas administradas pela Secretaria da Receita Federal, subordina-a a requerimento administrativo, para obtenção de prévia autorização. Não havendo nos autos comprovação de que o contribuinte tenha formulado pedido observados os requisitos da Lei nº 9.430/96 e de que o mesmo tivesse sido negado pelo Fisco, impossível a compensação com tributos de diferentes espécies, sem o devido requerimento e autorização da Secretaria da Receita Federal.

V - Em juízo de retratação, autorizada a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição ao PIS tão somente com parcelas da própria contribuição ao PIS.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em juízo de retratação, autorizar a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição ao PIS tão somente com parcelas da própria contribuição ao PIS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 17 de maio de 2012.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Trata-se de reexame necessário e apelação interpostos contra sentença que concedeu a segurança.

A Sexta Turma desta Corte, por unanimidade, no julgamento realizado em 14.02.07, rejeitou a preliminar arguida e deu parcial provimento à apelação e, por maioria, deu parcial provimento à remessa oficial (fls. 332/346).

Naquela ocasião, foi reconhecido o direito à compensação das quantias indevidamente recolhidas a título de contribuição ao PIS com parcelas do próprio PIS e com quaisquer tributos ou contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal.

A União interpôs recurso especial às fls. 405/410.

À vista do julgamento do REsp nº 1.137.738/SP, foi determinada a devolução dos autos, com fundamento no art. 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil (fl. 603).

Desta feita, passo à reapreciação do feito.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Reexaminando a matéria, no exercício do juízo de retratação, consoante o disposto no art. 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil e em razão do decidido no REsp nº 1.137.738/SP, assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada ‘Restituição e Compensação de Tributos e Contribuições’, determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, *caput*), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: ‘Observado o disposto no artigo

anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração’.

5. Consectariamente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: ‘Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.’

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. *In casu*, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, *sponte propria*, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu *in casu*; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, *verbis*: ‘Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação

equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.’

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: ‘Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário.’ (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.” (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 09.12.09, DJe de 01.02.10).

Dessarte, revendo meu posicionamento pessoal, adoto o entendimento firmado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, tendo havido evolução legislativa em matéria de compensação de tributos, a lei aplicável é aquela vigente na data do ajuizamento da ação, e não aquela em vigor quando do pagamento indevido ou do encontro de contas.

Dito isso, passo a examinar a questão relativa à sucessão de leis.

Com efeito, até a entrada em vigor da Lei nº 8.383/91, não havia, em nosso sistema jurídico, a figura da compensação tributária. A partir desta lei, tornou-se possível ao contribuinte, por sua conta e risco, nos casos de pagamento indevido ou a maior, compensar os tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, com exações da mesma espécie.

Com o advento da Lei nº 9.430, em 27.12.96, havendo requerimento do contribuinte, passou a ser permitida a utilização dos créditos a serem restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob administração da Secretaria da Receita Federal.

Nesse contexto, impende assinalar que a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do

aludido órgão público, compensáveis entre si.

Tal situação perdurou até o advento da Medida Provisória nº 66, de 29.08.02, posteriormente convertida na Lei nº 10.637, de 30.12.02 a qual, em seu art. 49, possibilitou a compensação de créditos, passíveis de restituição ou ressarcimento, com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente de requerimento do contribuinte.

Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo *a quo* a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

Sendo assim, cumpre observar que, no período de 27.12.96 a 30.12.02, era possível a compensação entre valores decorrentes de tributos distintos, desde que todos fossem administrados pela Secretaria da Receita Federal e que esse órgão, a requerimento do contribuinte, autorizasse previamente a compensação, consoante o estabelecido no art. 74 da Lei nº 9.430/96.

Pela sistemática vigente, são dispensáveis a intervenção judicial e procedimento administrativo prévios, ficando a iniciativa e realização da compensação sob responsabilidade do contribuinte, sujeito a controle posterior pelo Fisco, restando ao Poder Judiciário examinar os critérios a respeito dos quais subsiste controvérsia.

Desse modo, tendo sido a demanda ajuizada em 23.11.00, deveria ser aplicada a Lei nº 9430/96, com a redação original que, embora faculte a compensação entre débitos e créditos oriundos de espécies tributárias distintas administradas pela Secretaria da Receita Federal, subordina-a a requerimento administrativo, para obtenção de prévia autorização.

Isso porque somente a partir da vigência da Lei nº 10.637/02, dando nova redação ao art. 74, da Lei nº 9.430/96, que afastou-se a necessidade de prévia autorização administrativa e requerimento, ao se estabelecer a compensação por iniciativa do contribuinte, por meio de entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

Nesse contexto, impende observar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de que as novas regras, introduzidas pela Lei nº 10.637/02, não se aplicam a processos ajuizados antes de sua vigência (*v. g.* EREsp 488.992/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 07.06.04).

In casu, não havendo nos autos comprovação de que o contribuinte tenha formulado pedido observados os requisitos da Lei nº 9.430/96 e de que o mesmo tivesse sido negado pelo Fisco, impossível a compensação de tributos de diferentes espécies, sem o devido requerimento e autorização da Secretaria da Receita Federal.

Isto posto, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, adoto o entendimento firmado no REsp nº 1.137.738/SP, para autorizar a compensação da contribuição ao PIS tão somente com parcelas da própria contribuição ao PIS, mantido, no mais, o acórdão proferido às fls. 332/346.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0005658-63.2012.4.03.0000

(2012.03.00.005658-3)

Agravante: CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRF/SP

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 42/43 e vº

Interessado: LUIS EDUARDO DE CAMPOS MENDES

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Classe do Processo: AI 467629

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/05/2012

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL DE CONSELHO PROFISSIONAL. LEI 12.514/2011. REGIME ESPECÍFICO. RAZÕES DISSOCIADAS. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. A decisão agravada, ao contrário do que constou das razões do agravo inominado, não confirmou a aplicação dos critérios da Lei 10.522/2002 para solucionar o caso concreto. Ao contrário, reputando superado tal regime legal, aplicou o direito vigente, a partir da Lei 12.514/2011, para concluir, então, pela inviabilidade da execução fiscal, à luz do artigo 8º respectivo, o qual prevê que: “Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.”

2. No caso, a execução fiscal é de montante inferior ao mínimo exigido pela legislação, a qual sequer foi objeto de impugnação específica pela agravante, pelo que dissociadas as respectivas razões.

3. As razões recursais estão dissociadas da decisão agravada, sendo tratada hipótese distinta da julgada, pois não houve arquivamento sem previsão legal - e a lei aplicada sequer foi discutida no agravo inominado -; não se aludiu a valor antieconômico ou irrisório, mas a valor legalmente estabelecido; não foi considerado como valor mínimo o de R\$ 10.000,00; não foi aplicada, ao caso, a Lei 10.522/2002, contra a qual se insurgiu o agravo inominado e, assim, não se revela pertinente discutir violação de seus preceitos ou da Súmula 452/STJ; nada se afirmou contra a relevância social do serviço prestado pela agravante; e, por fim, houve, claro, exame e apreciação judicial da controvérsia à luz da garantia do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

4. Recurso não conhecido, por razões dissociadas.

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

São Paulo, 10 de maio de 2012.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Trata-se de agravo inominado à negativa de seguimento a agravo de instrumento de decisão de arquivamento sem baixa na distribuição de executivo fiscal de valor até R\$ 10.000,00 (artigo 20 da Lei 10.522/2002).

Alegou-se que: (1) não há previsão legal para arquivamento da ação de ofício em caso de valor irrisório da execução, vedado ao Poder Judiciário considerá-la antieconômica, por se tratar de interesses indisponíveis; (2) “NÃO CABE AO MAGISTRADO (PODER JUDICIÁRIO) opinar pela continuidade ou não das ações cujos valores sejam inferiores ao limite de R\$ 10.000,00, sendo certo que tal mister, ao contrário, cabe aos *dirigentes máximos das autarquias* (PODER EXECUTIVO), os quais PODERÃO, *caso julguem conveniente*, solicitar o arquivamento das ações em curso cujos valores sejam iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00, conforme a letra da lei”; (3) a Lei 10.522/2002 não se aplica aos conselhos, que sobrevivem de recursos de pequena monta, ao contrário da Fazenda Nacional, e eventual arquivamento depende de requerimento do procurador, conforme sedimentado na Súmula 452/STJ; (4) aguardar que os débitos atinjam tal valor para retomada do executivo pode resultar em prescrição intercorrente; (5) “o serviço público prestado por este CRF/SP é socialmente relevante, uma vez que visa à proteção da saúde pública, bem como a segurança nas relações de consumo que envolve o comércio de medicamentos”, assim a decisão agravada impede a arrecadação de recursos para manutenção de seus serviços; e (6) houve ofensa aos artigos 5º, XXXV, CF/88, e 20 da Lei 10.522/2002.

Apresento o feito em Mesa.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Senhores Desembargadores, consta da decisão agravada (f. 42/3 e v.):

“A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Com efeito, no regime da legislação precedente, consolidara-se a jurisprudência no sentido de que a regra do artigo 20 da Lei 10.522/2002 (com a redação da Lei 11.033/2004) era aplicável aos conselhos profissionais, para fins não de extinção, mas apenas de arquivamento sem baixa, em se tratando de dívida de valor inferior a dez mil reais, para posterior retomada quando atingido montante superior cuja execução se revele oportuna ao credor:

RESP 1.152.068, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJE 08/02/2010:

‘PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL DE VALOR IRRISÓRIO - LEI 9.469/97, ART. 1º - ARQUIVAMENTO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. 1. Em razão do que determina o art. 1º da Lei 9.469/97 é indevida a extinção das execuções de valor irrisório, sem resolução do mérito, com base na suposta ausência de interesse de agir. 2. Arquivadas as execuções, podem os valores devidos ser somados para retomarem o curso em ações cumuladas com valores acima do mínimo. 3. Recurso especial provido’.

AgRg no AgRg no RESP 945.488, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJE 26/11/2009:

‘AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITO INFERIOR A R\$ 10.000,00.

ARQUIVAMENTO DO FEITO, SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.111.982/SP, Relator Ministro Castro Meira, publicado no DJe de 25/5/2009, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil (recursos repetitivos), firmou o entendimento de que a execução fiscal relativa a débitos iguais ou inferiores a R\$10.000,00 (dez mil reais) deve ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição, devendo ser reativados se os valores dos débitos vierem a ultrapassar tal limite, como resulta da letra do artigo 20 da Lei nº 10.522/2002. 2. Agravo regimental improvido’.

RESP 1.039.881, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 04/03/2009:

‘PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARQUIVAMENTO. DÉBITO INFERIOR A R\$ 10.000,00. ART. 20 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.176-79/01, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.522/02. NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.033/04. 1. A Medida Provisória nº 2.176-79/01, convertida na Lei 10.522/02, com a redação dada pela Lei 11.033/04, dispõe que os executivos fiscais pendentes, referentes a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devem ter seus autos arquivados, e somente reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem o limite estabelecido. 2. Isto porque o novel artigo 20, § 2º, do referido diploma legal, dispõe que: “Serão extintas as execuções que versem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a 100 Ufirs (cem Unidades Fiscais de Referência)”. 3. Conseqüentemente, a hipótese é de arquivamento que permite a reativação do feito, atividade diversa da repositura da ação reclamada quando extinto o processo sem análise do mérito. Precedente: REsp 1040242, Relator Min. Luiz Fux, 17/02/2009. 4. Deveras, imiscuir as figuras do arquivamento e da extinção do processo no âmbito do direito público, viola o princípio matriz da legalidade. 5. Recurso especial provido, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC’.

RESP 1.089.568, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE 18/02/2009:

‘PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR ÍNFINITO. ARQUIVAMENTO DO FEITO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. 1. As execuções fiscais pendentes que se referem a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei 10.522/02, com a redação dada pela Lei 11.033/04. 2. Recurso especial provido’.

Também assim decidira esta Corte, aplicando o artigo 20 da Lei 10.522/02 aos conselhos profissionais:

AI 0037329-12-2009.4.03.0000, Rel. Des. Fel. MARLI FERREIRA, DJE 13/05/2011:

‘AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE VEÍCULO AUTOMOTOR - RENAJUD - VALOR DE EXECUÇÃO INFERIOR A R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). 1 - O e. Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que as execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição, devendo ser reativados se os valores dos débitos vierem a ultrapassar o referido limite. 2 - Agravo de instrumento prejudicado’.

Observava-se, porém, que o artigo 20 da Lei 10.522/02, aplicável por extensão aos conselhos profissionais, previa, expressamente, que ‘Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)’.

Não por outra razão, a Súmula 452 do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da extinção da execução fiscal de valor irrisório, firmara o entendimento quanto a ser ‘vedada a atuação judicial de ofício’. Extinguir ou arquivar ação de execução fiscal, de ofício, em virtude do

valor ínfimo ou até R\$ 10.000,00, não era, portanto, autorizado, seja pela legislação, seja pela jurisprudência.

A partir da Lei 12.514/2011, de aplicação imediata, por estabelecer disciplina processual sobre cobrança judicial de créditos de órgãos profissionais, foi instituído, com base em critério de valor, regime específico, nos seguintes termos:

‘Art. 7º Os Conselhos poderão deixar de promover a cobrança judicial de valores inferiores a 10 (dez) vezes o valor de que trata o inciso I do art. 6º.

Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.’

Como se observa, a lei previu que para créditos de valor inferior a R\$ 5.000,00 (artigo 6º, I, Lei 12.514/2011), é faculdade do credor, e não do Juízo ou do devedor, deixar de executar a dívida decorrente de anuidade profissional, aplicando-se para tal hipótese o entendimento consagrado na Súmula 452/STJ, tal qual no regime legal anterior. Evidentemente, se o valor da execução é superior a R\$ 5.000,00, não pode o conselho deixar de promover a cobrança judicial, nem o Juízo determinar a extinção ou arquivamento da execução fiscal.

Todavia, a lei impede a execução e a cobrança, independentemente da anuência ou não do credor, de anuidades de pessoas físicas de valor inferior a R\$ 1.000,00 (nível técnico) ou R\$ 2.000,00 (nível superior); e, para as pessoas jurídicas, não serão executados créditos de valor inferior a R\$ 2.000,00 (pisso) até R\$ 16.000,00 (teto), conforme o capital social da empresa, que define sete níveis de valores para anuidades.

Na espécie, o valor da execução fiscal revela, à luz da legislação específica, que a pretensão do conselho agravante é manifestamente infundada.

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Oportunamente, baixem os autos à Vara de origem.”

Como se observa, a decisão agravada, ao contrário do que constou das razões do agravo inominado, não confirmou a aplicação dos critérios da Lei 10.522/2002 para efeito de solucionar o caso concreto. Ao contrário, reputando superado tal regime legal, aplicou o direito vigente, a partir da Lei 12.514/2011, para concluir, então, pela inviabilidade da execução fiscal, à luz do artigo 8º respectivo, o qual prevê que:

“Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.”

No caso, a execução fiscal é de montante inferior (f. 23/7) ao mínimo exigido pela legislação, a qual sequer foi objeto de impugnação específica pela agravante, pelo que dissociadas as respectivas razões.

As razões recursais estão dissociadas da decisão agravada, tratando de hipótese distinta da julgada, pois não houve arquivamento sem previsão legal - e a lei aplicada sequer foi discutida no agravo inominado -; não se aludiu a valor antieconômico ou irrisório, mas a valor legalmente estabelecido; não foi considerado como valor mínimo o de R\$ 10.000,00; não foi aplicada, ao caso, a Lei 10.522/2002, contra a qual se insurgiu o agravo inominado e, assim, não se revela pertinente discutir violação de seus preceitos ou da Súmula 452/STJ; nada se afirmou contra

a relevância social do serviço prestado pela agravante; e, por fim, houve, claro, apreciação judicial da controvérsia à luz da garantia do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Ante o exposto, não conheço do agravo inominado.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - 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, independentemente 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.

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.

(*) N. E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

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 so-

bre 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 subsequente, 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.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO

REVISTA

Revista do TRF3 - Ano XXIII - n. 113 - Maio/Jun. 2012



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Impressão e acabamento:
Divisão de Serviços Gráficos

Gabinete da Revista
revista@trf3.jus.br
Tel.: (11) 3012-1500