

REVISTA

ANO XXIII - N. 115 - OUTUBRO/DEZEMBRO DE 2012 - ISSN 1982-1506

PALAVRA DA VICE-PRESIDENTE



O desafio é conciliar o meio virtual preservada a qualidade na dicção do direito

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

O conceito de remuneração para a incidência da contribuição social do empregador

Juiz Federal **Jorge Alberto Araújo de Araújo**

O controle judicial de políticas públicas

Juíza Federal **Giselle de Amaro e França**

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Desaposentação. Cabimento. Desnecessidade de restituição dos proventos.

- Comentários:**
- **Alexandre Sormani**
Juiz Federal
 - **Ana Júlia Kachan**
Advogada
 - **Rafael Andrade de Margalho**
Juiz Federal

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. 115	p. 1-444	out./dez. 2012

Expediente

DIRETOR DA REVISTA: Desembargador Federal Antonio Cedenho

ASSESSOR: Wladimir Rodrigues

EQUIPE:

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

Ilustrações: Mazé Leite

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

Bimestral a partir de 2001.

Trimestral a partir de julho de 2012.

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⁾
ANDRÉ NABARRETE Neto - 04/8/95
MARLI Marques FERREIRA - 04/8/95
ROBERTO Luiz Ribeiro HADDAD - 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
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 07/12/2012.

⁽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

VESNA KOLMAR - Presidente
JOSÉ LUNARDELLI
PAULO DOMINGUES - Juiz Federal
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

DIVA MALERBI
ANDRÉ NABARRETE
MARLI FERREIRA
ALDA BASTO - Presidente

QUINTA TURMA

ANDRÉ NEKATSCHALOW
LUIZ STEFANINI - Presidente
ANTONIO CEDENHO
TÂNIA MARANGONI - Juíza Federal

SEXTA TURMA

MAIRAN MAIA - Presidente
CONSUELO YOSHIDA
JOHONSOM DI SALVO
REGINA COSTA

SÉTIMA TURMA

ROBERTO HADDAD - Presidente
FAUSTO DE SANCTIS
CARLOS FRANCISCO - Juiz Federal
CARLA RISTER - Juíza Federal

OITAVA TURMA

THEREZINHA CAZERTA - Presidente
VERA JUCOVSKY
PAULO FONTES
RAQUEL PERRINI - Juíza Federal

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 DA VICE-PRESIDENTE	15

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

<i>O conceito de remuneração para a incidência da contribuição social do empregador</i> Jorge Alberto Araújo de Araújo	19

<i>O controle judicial de políticas públicas</i> Giselle de Amaro e França	27

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

Desaposentação. Renúncia à aposentadoria. Cabimento. Desnecessidade de restituição dos proventos. Implantação do novo benefício. Termo inicial. Citação. Decadência/prescrição. Inocorrência.

Ag AC 0000369-04.2011.4.03.6106 Relatora Desembargadora Federal Lucia Ursaia	53

COMENTÁRIOS

Alexandre Sormani	61
Ana Júlia Kachan	72
Rafael Andrade de Margalho	76

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO

<i>Responsabilidade civil do Estado em razão de omissão. Policial rodoviário federal ferido em serviço. Não fornecimento de treinamento e equipamento de segurança adequados.</i> ApelReex 0003858-33.1998.4.03.6000 Desembargador Federal André Nabarrete	83

Medida Cautelar. Requisitos. “Fumus boni iuris” e “periculum in mora”. Ausência. Doação. Bem público. Zona industrial. Encargos. Cumprimento. Consolidação da propriedade. Penhora. Possibilidade.

REO 1007926-64.1998.4.03.6111

Desembargador Federal André Nekatschalow 94

Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Indenização pela terra nua. Parâmetros.

Ag AC 0000385-28.2001.4.03.6002

Desembargador Federal Luiz Stefanini 99

Ação Civil Pública ajuizada pelo MPF objetivando a responsabilização de entidades sindicais por danos provocados por greve dos agentes da polícia federal, escrivães e papiloscopistas. Não caracterização do exercício abusivo do direito de greve.

Ag AC 0016039-47.2004.4.03.6100

Desembargador Federal Johonsom di Salvo 109

Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Dano ao erário. Imprescritibilidade. Cirurgias ressarcidas pelo SUS. Preenchimento de guias de internação.

AC 0000518-34.2011.4.03.6127

Desembargador Federal Márcio Moraes..... 117

Pedido de remoção incondicionado de Juiz Federal para outra região. Possibilidade. Edital de remoção da competência do órgão de destino.

PA 0001023-39.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Roberto Haddad 131

Militar. Dispensa de incorporação por excesso de contingente. Superveniente graduação em medicina. Nova convocação para o serviço militar. Aplicação da Lei nº 12.336/2010: impossibilidade.

Ag AI 0004116-10.2012.4.03.0000

Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita..... 139

Reintegração de posse. Desocupação já apreciada. Benfeitorias. INFRAERO.

AI 0009730-93.2012.4.03.0000

Desembargadora Federal Marli Ferreira 143

Suspensão de tutela antecipada. Decisão que determinou a nomeação da autora para cargo de administradora no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo, tendo em vista sua aprovação em concurso público. Não demonstrada a potencialidade lesiva da decisão.

SLAT 0029134-33.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Newton De Lucca 146

DIREITO CIVIL

Indenização por danos materiais. Depósito realizado via terminal eletrônico. Envelope apontado pelo banco como contendo somente R\$ 710,00, quando o correto, segundo a correntista, seria R\$ 1.710,00. CEF a deixar de comprovar, por meio de filmagens, qual o procedimento adotado no manuseio do receptáculo. Dever de indenizar.

AC 0005203-11.2006.4.03.6111

Desembargador Federal Cotrim Guimarães.....151

DIREITO CONSTITUCIONAL

Mandado de Segurança. Fornecimento de medicamento. Neoplasia maligna. Legitimidade da União, dos Estados e dos Municípios. Solidariedade.

Ag AMS 0024847-70.2006.4.03.6100

Desembargadora Federal Cecília Marcondes 157

Concurso público. Carreira militar. Repercussão geral. Limite de idade estabelecido em editais e regulamentos. Validade até 31 de dezembro de 2011.

AC 0002088-24.2007.4.03.6118

Desembargador Federal Mairan Maia 164

Ação de manutenção de posse. Agravo contra decisão que ordenou a retirada imediata de silvícolas da Comunidade Indígena Pyelito Kue estabelecidos na área da Fazenda Cambará. Determinação de permanência dos índios exclusivamente no espaço atualmente ocupado por eles, restrito a um hectare, até o término do procedimento administrativo de delimitação e demarcação das terras na região.

Ag 0029586-43.2012.4.03.0000

Desembargadora Federal Cecilia Mello 167

DIREITO PENAL

Recurso extraordinário. Alegação de violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, sob o argumento de contrariedade ao “Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal”.

RE ACr 0002467-64.2004.4.03.6119

Desembargadora Federal Salette Nascimento.....175

Crime contra a ordem tributária. Sonegação fiscal. Súmula vinculante nº 24. Imposto de renda de pessoa física. Utilização de recibos falsos.

ACr 0001974-22.2005.4.03.6000

Desembargador Federal Antonio Cedenho..... 180

Revenda de gasolina em desacordo com as normas estabelecidas em lei. Violação de sinal empregado por funcionário público da ANP para cerrar bombas de combustível.

ACr 0000540-32.2008.4.03.6181

Desembargador Federal Peixoto Junior 185

Tráfico internacional de entorpecentes. Inocorrência de “bis in idem”. Inaplicabilidade das causas de diminuição de pena previstas no artigo 24, § 2º, do Código Penal e no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Constitucionalidade da pena de multa.

ACr 0007306-88.2011.4.03.6119

Juiz Federal Convocado Paulo Domingues 194

Tráfico transnacional de cocaína. Flagrante delito. Direito de não se autoincriminar. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Estado de necessidade não configurado. Confissão e menoridade.

ACr 0009947-57.2011.4.03.6181

Desembargador Federal Nelton dos Santos.....202

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Revisão da RMI. Aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença.

Ag AC 0000627-93.2006.4.03.6104

Desembargadora Federal Marianina Galante 209

Pensão por morte. Revisão administrativa. Decadência. Inocorrência. Benefício decorrente de aposentadoria de ex-combatente. Critério de fixação da renda mensal. Princípio do “tempus regit actum”.

Ag AMS 0004400-12.2008.4.03.6126

Desembargador Federal Nelson Bernardes 215

Aposentadoria por invalidez. Incapacidade total e permanente. Dor e impotência funcional em quadril. Nenhum segurado está obrigado a submeter-se a ato cirúrgico para superar causa incapacitante.

Ag AC 0006982-84.2009.4.03.6114

Desembargador Federal Fausto De Sanctis.....226

Atividade especial. Profissionais de saúde. Presunção legal de atividade insalubre.

Ag AC 0008389-44.2011.4.03.6183

Desembargador Federal Sérgio Nascimento 229

Aposentadoria por invalidez. Requisitos comprovados. Qualidade de segurado. Sequela de poliomielite.

Ag ApelReex 0021729-53.2011.4.03.9999

Juíza Federal Convocada Carla Rister 232

Ação Rescisória. Aposentadoria por idade rural. Comprovação do exercício da atividade rural. Extensão da qualificação profissional do marido que passou a exercer atividade urbana.

AgRg AR 0009090-90.2012.4.03.0000

Desembargadora Federal Marisa Santos 236

Ação de restabelecimento de benefício previdenciário. Desconto mensal de 30% dos proventos recebidos pelo segurado para pagamento de verba honorária advocatícia. Inadmissibilidade.

Ag 0025122-73.2012.4.03.0000

Desembargadora Federal Vera Jucovsky 259

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Ação Rescisória. Extinção do processo sem resolução do mérito. Sucessão processual. Inércia do autor na indicação de herdeiros da ré. Efeitos patrimoniais em relação aos sucessores não comprovada.

AgRg AR 0088929-34.1993.4.03.0000

Desembargador Federal Paulo Fontes 265

Juros de mora. Período de incidência. Súmula Vinculante nº 17.

Ag AC 0000245-08.1999.4.03.6117

Juiz Federal Convocado Carlos Francisco 274

Litigância de má fé. Multa.

AC 0075611-47.1999.4.03.9999

Desembargadora Federal Daldice Santana 282

Embargos Infringentes manifestamente incabíveis. Agravo intempestivo. Peticionamento via fac-símile deve obedecer ao horário regular do expediente forense.

EI 0000308-87.2003.4.03.6183

Juiz Federal Convocado Souza Ribeiro 292

Pedido de uniformização de jurisprudência recebido como embargos de declaração. Caracter infrigente. Descabimento.

EDcl AC 0003121-19.2005.4.03.6183

Desembargador Federal Walter do Amaral 296

Ação Rescisória. Aposentadoria por idade rural. Duplicidade de ações. Litispendência superada pela coisa julgada formada na segunda demanda. Inexistência de violação a literal disposição de lei.

AR 0061165-53.2005.4.03.0000

Desembargadora Federal Therezinha Cazerta 302

Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública da União. Seguro-desemprego. Rescisões de contrato de trabalho homologadas por sentença arbitral.

AC 0012795-11.2011.4.03.6183

Desembargador Federal Baptista Pereira 315

Quebra de sigilo bancário por requisição administrativa. Lei Complementar nº 105/2001.

Ag AI 0001644-36.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Carlos Muta 322

Conflito Negativo de Competência. Impugnação de ato administrativo por candidato ao cargo de técnico judiciário. Competência da 2ª Seção deste Tribunal.

CC 0021603-90.2012.4.03.0000

Desembargador Federal Fábio Prieto 326

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Furto qualificado mediante fraude. Movimentação fraudulenta em conta de depósito administrada pela CEF. Competência da Justiça Federal.

RSE 0013723-79.2009.4.03.6102

Desembargador Federal José Lunardelli 329

“Habeas corpus”. Concessão parcial. Estrangeira inadmitida. Gestante. Parto prematuro. Autorização para realização de exames.

ReeNec 0013081-84.2011.4.03.6119

Desembargadora Federal Vesna Kolmar 333

DIREITO TRIBUTÁRIO

IRPJ. Declaração retificadora apresentada a destempo. Impugnação administrativa intempestiva. Inscrição da dívida ativa.

AC 0014785-83.1997.4.03.6100

Desembargador Federal Nery Júnior 339

Juízo de retratação. COFINS. Prestadora de serviços.

ApelReex 0000668-14.2002.4.03.6100

Desembargadora Federal Alda Basto 342

Anulatória de débito previdenciário. Despesas com seguro de vida em grupo. Natureza indenizatória.

ApelReex 0008215-40.2005.4.03.6120

Desembargadora Federal Ramza Tartuce 346

Execução Fiscal. Cobrança de IPTU pelo município de São Paulo em face da CEF. Programa de arrendamento residencial. Prestação de serviço público pela empresa pública. Imunidade recíproca.

AC 0048872-61.2007.4.03.6182

Juiz Federal Convocado David Diniz 351

PIS. COFINS. Inclusão do ICMS na base de cálculo. Prescrição. Tributos sujeitos ao lançamento por homologação ou autolancamento.

AMS 0007486-42.2008.4.03.6109

Desembargadora Federal Regina Costa 358

Imposto de renda de pessoa física. Quebra da estabilidade provisória. Gestante. Indenização. Não incidência.

ApelReex 0017141-60.2011.4.03.6100

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida 371

SENTENÇAS

Concessão de benefício previdenciário. Conversão de tempo de serviço de atividade especial em comum. Fraude. Crime de estelionato contra o INSS. Laudos idôneos, embora tecnicamente questionáveis. Infração disciplinar.

0000108-86.2003.4.03.6181

Juiz Federal Toru Yamamoto 377

Reforma agrária. INCRA. Pedido de outorga do instrumento definitivo de titulação no projeto de assentamento Bela Vista do Chibarro. Descumprimento de cláusulas resolutórias. Arrendamento parcial do lote.

0011004-70.2009.4.03.6120

Juíza Federal Vera Cecília de Arantes Fernandes Costa.....389

Pensão por morte. Companheiro em união homoafetiva mantida com o falecido até a data do óbito.

0049498-09.2010.4.03.6301

Juiz Federal Fernando Henrique Corrêa Custodio 409

Servidor da Marinha do Brasil. Portador assintomático do vírus HIV. Transferência para a reserva remunerada. Isenção do imposto de renda relativo aos seus proventos.

0000372-71.2011.4.03.6004

Juiz Federal Douglas Camarinha Gonzales 415

Dívida ativa com origem em ITR. Alegação de transmissão da propriedade do imóvel. Bloqueio de contas bancárias. Constrição além do montante do débito que impediu a realização de outra aquisição imobiliária. Pedido de condenação da União ao pagamento de indenização por danos materiais e morais. Inadmissibilidade.

0011946-94.2011.4.03.6100

Juiz Federal Djalma Moreira Gomes..... 421

Ação Civil Pública. Elaboração de Plano de Assistência Social (PAS) relativo às safras do setor sucroalcooleiro.

0000067-87.2012.4.03.6122

Juiz Federal Bruno Santhiago Genovez..... 427

Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Terço de férias. Inexigibilidade.

0004323-27.2012.4.03.6105

Juíza Federal Raquel Coelho Dal Rio Silveira.....434

SÚMULAS 441

Palavra da Vice-Presidente



Colegas Desembargadores e Juízes Federais,

Agradecendo o espaço que me é concedido, parablenizo o Desembargador Antonio Cedenho, Diretor da Revista, pelo primoroso exemplar, em nova versão, nº 113, que muito aprecio pois dá significativa amostra da excelência do trabalho dos magistrados federais colaboradores.

Em boa hora a Revista, que se reveste da condição de publicação oficial, retorna na versão impressa, tradicional.

Não se ignora, por certo, a imprescindibilidade do meio eletrônico, viabilizando multifária gama de informações a expressivo universo de usuários. A informatização no Judiciário Federal é irreversível, a cada dia se aprimorando e expandindo o processo judicial eletrônico em benefício do jurisdicionado, dando-se concretude à razoável duração do processo, posta e imposta pela Emenda Constitucional 45/2004. No âmbito da nossa Corte, a Resolução nº 264/2011 amplia a implantação do sistema de processo judicial eletrônico em 1º e 2º graus.

O verdadeiro desafio, muito bem enfrentado e superado pelos magistrados federais, considerado o notável volume de feitos, é conciliar o meio virtual de composição de litígios, sua imediatidade e abrangência,

preservada a qualidade na dicção do direito, eis que o pronunciamento do magistrado é um veículo de comunicação social.

Voltando à Revista do Tribunal, para os leitores compulsivos e mais recuados no tempo, meu caso, nada se iguala a satisfação da leitura de livro, revista, periódico, no tradicional papel.

Vê-se, presentemente, a Amazon dominando o mercado virtual de livros, buscando abrir espaço no Brasil. Hoje (5/12) noticia “O Estado de S. Paulo” o início das vendas do Kobo, leitor de livros eletrônicos. Será o primeiro Natal do livro digital no país. Os tempos mudam. Urge se adequar ao novo. Será igualmente prazeroso ler “As Aventuras de Tom Sawyer”, “Crime e Castigo”, “A Relíquia”, nesse equipamento? Tenho minhas dúvidas.

Inegável que, com a abrangente competência constitucionalmente atribuída ao juiz federal, que no seu dia a dia enfrenta os mais variados temas, não raro de grande repercussão, a Revista tradicional vem conferir o devido destaque à produção dos magistrados e demais colaboradores. Congratulo-me, assim, com tal iniciativa.

Boas Festas a todos.

SALETTE NASCIMENTO

Vice-Presidente



Artigos Doutrinários

O conceito de remuneração para a incidência da contribuição social do empregador



Jorge Alberto Araújo de Araújo

Juiz Federal em Guarulhos/SP. Mestrando em Filosofia do Direito pela PUC/SP.

Proliferam na Justiça Federal ações discutindo a legitimidade da incidência da contribuição patronal sobre determinadas verbas pagas pelas empresas que, em princípio, não corresponderiam a uma contraprestação por efetivo trabalho desempenhado.

A partir desta premissa – de que o pagamento não corresponde a efetivo *trabalho* do empregado – chega-se à conclusão de que se trata de verba indenizatória, a qual não poderia compor a base econômica de incidência da contribuição social devida pelas empresas sobre o salário pago aos seus funcionários. As verbas questionadas incluem aviso-prévio indenizado, férias e adicional de um terço, os primeiros quinze dias de afastamento do empregado em caso de auxílio-doença ou auxílio-acidente, salário-maternidade, dentre outras.

Esta pretensão tem encontrado relativo sucesso no Judiciário. Com a devida vênia, o equívoco deste raciocínio reside já na premissa: a remuneração *não* depende, para que seja caracterizada como tal, de efetivo trabalho do empregado.

Com efeito, tomando por base inicialmente a concepção trabalhista, temos que a remuneração compreende, além do salário (entendido pela Consolidação das Leis do Trabalho como parcela fixa), as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens (se superiores a 50% do salário) e abonos, bem como “a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações ‘in natura’ que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado”.¹

Fica claro que a intenção do legislador trabalhista foi a de ampliar o conceito de remuneração, o que tem sido reconhecido pela jurisprudência da justiça obreira, que inclui nesta definição, ainda, as horas extras habitualmente recebidas, adicionais por prestação de serviço em condições adversas etc.

O legislador tributário, por seu turno, não foi mais restritivo, pois, desde a Emenda nº 20/98, o artigo 195, I, “a”, da Constituição Federal prevê contribuição social sobre “a

¹ Artigos 457 e 458 da CLT.

folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”. A amplitude da locução “a qualquer título” nos parece estreme de dúvidas, de modo a abranger, pelo menos de forma potencial, a totalidade das verbas pagas como contraprestação pelo contrato de trabalho, mas há ainda outro ponto a ser observado.

A incidência da contribuição social patronal deve levar em conta o que se entende por salário-de-contribuição para fins previdenciários. A razão é evidente: o salário-de-contribuição é que servirá de parâmetro para o cálculo do salário-de-benefício e, consequentemente, para o cálculo do benefício efetivamente recebido pelo segurado. Diante da sistemática previdenciária brasileira – de caráter contributivo e necessariamente buscando equilíbrio financeiro e atuarial –, o lógico é que as contribuições, tanto do empregado quanto do empregador, sejam calculadas com base no salário-de-contribuição do primeiro.

Assim, para aferir a legitimidade da incidência de contribuição social sobre estas verbas, é necessário perquirir o que se entende por salário-de-contribuição, o que não

demandar grande pesquisa, já que se trata de conceito legal. O artigo 22 da Lei nº 8.212/91 diz que a contribuição patronal é de “vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês”, e o mesmo artigo, no § 2º, estatui que “não integram a remuneração as parcelas de que trata o § 9º do artigo 28”.

Referido parágrafo dispõe que “não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente” as parcelas contidas no rol que segue:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

(...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

- a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade;
- b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973;
- c) a parcela “in natura” recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;
- d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;
- e) as importâncias:
 1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
 2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS;
 3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT;
 4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973;



5. recebidas a título de incentivo à demissão;
6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT;
7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário;
8. recebidas a título de licença-prêmio indenizada;
9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984;
- f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;
- g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT;
- h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;
- i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;
- j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;
- l) o abono do Programa de Integração Social – PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público – PASEP;
- m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho;
- n) a importância paga ao empregado a título de complementação ao valor do auxílio-doença, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa;
- o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965;
- p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a

programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT;

q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa;

r) o valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços;

s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas;

t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo;

u) a importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

v) os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais;

x) o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT.

Do cotejo entre os dispositivos, vemos que a intenção do legislador foi a de identificar os conceitos de salário-de-contribuição e remuneração para fins de incidência da Lei de Custeio.

Pode-se discutir se este rol do artigo 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91 é exaustivo ou não. De acordo com a lógica do Direito Tributário e tomando por base a máxima interpretativa de que as exclusões ali se interpretam de forma restritiva, bastaria que uma determinada verba não constasse do rol exclusivo para que, *a contrario sensu*, integrasse o salário-de-contribuição. Não sendo excluída do salário-de-contribuição, a verba também integra o conceito de remuneração (§ 2º do art. 22 da Lei nº 8.212/91). Sendo remuneração, integra a base econômica de incidência da contribuição do empregador (art. 22 da referida Lei).

Ainda que este raciocínio seja considerado excessivamente formalista e que se conclua pela segunda hipótese, entendendo que determinadas verbas, ainda que não expressamente excluídas do conceito de salário-de-contribuição, podem não integrá-lo, temos que as verbas efetivamente arroladas e afastadas dessa definição nos fornecem um parâmetro para determinar o que deve ou não sofrer a incidência da contribuição social.

Analisando a lista, percebe-se que a concepção de salário-de-contribuição aproxima-se bastante da de remuneração no Direito Trabalhista. Inclui diárias, desde que estas ultrapassem 50% da remuneração mensal.² Exclui as férias *indenizadas*, ou seja, aquelas



que não são gozadas pelo trabalhador.³ E também diz que não integram o salário-de-contribuição os benefícios previdenciários, salvo o salário-maternidade.⁴

Ao englobar no conceito de salário-de-contribuição as diárias excedentes a 50% da remuneração, a lei mostra que não há uma relação necessariamente de exclusão entre a natureza indenizatória de uma verba e a incidência de contribuição previdenciária. A toda evidência, nos parece que o legislador, neste caso, buscou aproximar o salário-de-contribuição do valor efetivamente recebido pelo trabalhador, da mesma forma que o legislador trabalhista

incorpora as diárias acima de 50% da remuneração no salário para todos os fins, inclusive rescisórios.

É certo que sobre as verbas indenizatórias não incide, em regra, contribuição social. Aliás, a maior parte das verbas contidas no rol exclusivo da Lei nº 8.212/91 é de verbas claramente indenizatórias. O equívoco aqui é, de forma açodada, concluir que determinada verba tem essa natureza.

A noção do que sejam verbas de natureza indenizatória pode ser apreendida pela análise da legislação do imposto de renda e da legislação previdenciária. Trata-se em quase

2 Artigo 28, § 9º, “h”, da Lei nº 8.212/91.

3 Artigo 28, § 9º, “d”, da Lei nº 8.212/91.

4 Artigo 28, § 9º, “a”, da Lei nº 8.212/91.

sua totalidade de *restituições* ao trabalhador por dispêndios realizados por este no interesse da empresa, de forma específica (mediante prestação de contas) ou com o estabelecimento de um valor fixo, presumindo-se que seja suficiente para o custeio das despesas necessárias, sendo admitida prova em contrário e pedido de restituição do excedente, situação que, entretanto, normalmente não é regulada por lei e deixada para autorregulamentação em acordos coletivos.

As ajudas de custo por mudança, as diárias por prestação de serviço fora do local onde em regra deve ser cumprido o contrato de trabalho, o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado, as férias não gozadas, o incentivo à demissão, todas fazem parte do “conceito” de verba indenizatória. Fica claro que se trata de uma reparação, de uma compensação por determinado ônus. Mas este caráter, apenas, não basta.

O adicional de insalubridade, por exemplo, também é, inegavelmente, uma indenização *lato sensu*, um pagamento em razão de um ônus imposto ao empregado que trabalha em condições adversas. De maneira geral, entende-se por indenização aquilo “que se concede ou obtém como reparação ou compensação de um prejuízo, perda, ofensa”.⁵ Isso não é suficiente, contudo, para que determinada verba seja excluída do conceito de remuneração, seja para a legislação trabalhista, seja para o Direito Previdenciário.

Além do caráter compensatório, é necessário que não haja *habitualidade* no recebimento de determinada verba, ou que esta não represente parcela significativa da remuneração.

Quanto ao primeiro requisito, a habitualidade do recebimento do adicional de insalubridade, impõe que este seja considerado como remuneração, pois não se trata de uma contingência *no* trabalho, mas uma característica *do* trabalho. Dito de outra forma, não

se trata de compensar o trabalhador por algo que acontece de forma esporádica, intermitente, mas sim de lhe pagar valor superior porque *regularmente* desempenha suas funções em condições piores do que outros trabalhadores que exercem serviço semelhante.

Assim, o carregador que trabalha a maior parte do tempo dentro de câmara fria em frigorífico está regularmente sujeito a condições mais adversas que aquele que, sendo igualmente carregador, desempenha o serviço fora da câmara fria. É legítimo que o primeiro receba mais, e que este adicional, pela sua habitualidade ou por ser intrínseco ao trabalho que o empregado foi contratado para realizar, integre a sua remuneração, de modo que, em caso de dispensa injustificada, seja computado como remuneração para cálculo de verbas rescisórias.

A natureza indenizatória, para excluir determinada verba do conceito de remuneração, também não pode representar parcela significativa do salário. A Consolidação das Leis do Trabalho elegeu como parâmetro o percentual de 50% da remuneração,⁶ o que foi seguido pela Lei nº 8.212/91.⁷

Por conseguinte, as diárias pagas ao empregado, que têm, em princípio, natureza de compensação, podem perder o caráter indenizatório caso ultrapassem 50% de sua remuneração. Esta previsão existe em favor do empregado, pois presume que o trabalho excepcional – que justifica o pagamento de diárias – é, na verdade, a regra. Sendo regra, a “compensação” adquire natureza de remuneração, que reverterá em favor do empregado em eventual rescisão.

No mesmo sentido é o raciocínio para o Direito Previdenciário. Um trabalhador que tem a maior parte (mais da metade) de sua remuneração composta de verba excepcional, supostamente indenizatória, experimenterá, em caso de deflagração da proteção

5 Definição do Dicionário Houaiss.

6 Artigo 457, § 2º, da CLT.

7 Artigo 28, § 9º, “h”, da Lei nº 8.212/91.

previdenciária, grande queda em seu poder aquisitivo, caso o salário-de-benefício seja calculado com base apenas em seu salário estritamente considerado, seu salário “fixo”.

Por esta razão, a lei presume que as diárias que representam mais de 50% da remuneração não são indenizatórias. Trata-se, em nosso entender, de presunção absoluta, não servindo ao empregador a prova de que o empregado esteve, efetivamente, viajando no período. A presunção é de que o trabalho excepcional é regra, e que o salário inicialmente contratado foi aceito pelo empregado para o desempenho do trabalho normal, daí a necessidade de compensação pelo serviço excepcional. A lei procura corrigir esta distorção atribuindo às diárias, neste caso, natureza remuneratória.

Fixadas estas premissas, temos que o conceito de salário-de-contribuição e, conseqüentemente, a base econômica de incidência da contribuição social do empregador, não exclui verbas simplesmente por sua natureza indenizatória. Atribuir caráter indenizatório a uma verba e daí concluir que sobre ela não incide a contribuição patronal implica em pular uma etapa do raciocínio.

Por outro lado, o fato de a lei expressamente excluir da definição de salário-de-contribuição os benefícios previdenciários e ressaltar o salário-maternidade (que é salário-de-contribuição para todos os fins) mostra claramente que a incidência tributária da contribuição patronal (ou do empregado) nunca foi vinculada à *efetiva* prestação de serviço, que não ocorre, evidentemente, no período de gozo do salário-maternidade.

A exclusão das férias indenizadas e respectivo adicional do conceito de salário-de-contribuição, por seu turno, mostra, *a contrario sensu*, que as férias gozadas e adicional fazem parte do salário-de-contribuição e devem sofrer a incidência da contribuição tanto do empregado quanto do empregador, implicando, também, que a lei não exige que haja serviço efetivamente prestado pelo em-

pregado para fazer incidir a contribuição previdenciária. A lógica é de simples correlação entre o que será computado, para fins previdenciários, como salário-de-contribuição, e o que integra a remuneração para incidência da contribuição social, seja do empregador, seja do empregado.

Logo, tanto do ponto de vista da hipótese de incidência constitucional quanto da definição legal das verbas que compõem a base econômica de incidência, não há a necessidade de que haja efetivo trabalho. Basta que haja remuneração e, para esta compreensão, pode-se usar uma acepção de remuneração mais ampla e mais precisa, que a entende como o pagamento ao trabalhador em decorrência da *relação* de emprego ou prestação de serviço, ou do contrato de trabalho como um todo.

Não se trata, portanto, de simples determinação legal tomada de forma acrítica. Trata-se de compreender a relação de trabalho como um pacto bilateral em que o empregador se compromete a fazer um determinado pagamento não em decorrência do *efetivo* trabalho realizado pelo empregado, mas pela existência do contrato de trabalho, sendo certo que é possível um contrato de trabalho regular, vigente, produzindo efeitos e, ainda assim, não haver efetivo trabalho.

É o caso do aviso-prévio “indenizado”, por exemplo.⁸ Tal figura jurídica, na verdade, tem denominação imprópria. O que ocorre é o aviso-prévio com dispensa de seu cumprimento. A critério do empregador, este pode dar o aviso-prévio ao empregado e, achando conveniente, dispensá-lo de comparecer à empresa pelo prazo do aviso. Não há, efetivamente, trabalho prestado pelo obreiro. Mas há contrato de trabalho vigente, e o tempo de aviso-prévio, ainda que dispensado seu

8 O Decreto nº 3.048/99 (RPS) excluía o aviso-prévio indenizado do salário-de-contribuição do segurado, mas esta previsão, contida na alínea “f” do inciso V do § 9º do artigo 214 daquele diploma, foi expressamente revogada pelo Decreto nº 6.727/2009, editado para este fim.



cumprimento, é contado como tempo de serviço para todos os fins, por disposição expressa da Consolidação das Leis do Trabalho.⁹ O Tribunal Superior do Trabalho já sedimentou que o aviso-prévio projeta o contrato de trabalho para o futuro,¹⁰ e que “a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado”.¹¹

Desta forma, o contrato de trabalho somente se *encerra* com a fluência do prazo do aviso-prévio, conforme o caso, o que tem repercussões inclusive de natureza previdenciária, já que pode haver, por exemplo, a *suspensão* do contrato de trabalho durante o aviso-prévio em razão da deflagração de proteção previdenciária (*v. g.*, auxílio-doença).

Se há contrato de trabalho vigente, mesmo sem o efetivo desempenho de suas funções por parte do empregado – por opção do empregador –, fica claro que o aviso-prévio indenizado é remuneração, conta como tempo de serviço para aposentadoria e como salário-de-contribuição para todos os fins, devendo,

portanto, sobre ele incidir a contribuição social do empregador.

Quanto aos primeiros quinze dias de afastamento por doença, não é o caso de se invocar a alínea “a” do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91 – que exclui do salário-de-contribuição os benefícios previdenciários. Não se trata de atribuir ao empregador o pagamento de auxílio-doença por quinze dias, mas sim de estabelecer que o empregado somente tem direito ao auxílio-doença a partir do 16º dia de afastamento. Ou seja: caso o afastamento do empregado dure apenas 10 dias, exemplificativamente, não haverá a deflagração da proteção previdenciária por parte do INSS, e a empresa pagará os 10 dias não trabalhados, que serão computados como tempo de serviço e como salário-de-contribuição para fins de fruição de qualquer benefício da previdência social. É um caso típico de *interrupção* do contrato de trabalho que não tem repercussão previdenciária.¹²

9 “Art. 487. (...) § 1º. A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço”.

10 Súmula nº 371.

11 OJ SDI1 nº 82.

12 A Lei nº 8.213/91 é clara neste sentido: “Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (...) § 3º. Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral”.

A ausência ao trabalho em caso de doença sem que isso implique em desconto na remuneração é direito dos trabalhadores, intrínseco ao contrato de trabalho, e decorre da proteção que a legislação confere à categoria. A remuneração é preservada integralmente, repercutindo no Direito Previdenciário em razão do salário-de-contribuição do segurado, que necessariamente tem de ser lastreado pelas contribuições de empregado e empregador.

Raciocínio semelhante vale para as férias e adicional. Conforme o artigo 129 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 129. Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração.

A Constituição Federal, por seu turno, no artigo 7º estabelece como direito social:

Art. 7º. (...) XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

As férias são, portanto, direito conquistado pelos trabalhadores e garantido constitucionalmente com preservação da remuneração, e o fato de não haver efetivo trabalho não significa que não haja contrato de trabalho vigente surtindo todos os seus efeitos, sendo possível, evidentemente, a deflagração de proteção previdenciária em decorrência de evento ocorrido nas férias do segurado. As férias contam, igualmente, como tempo de serviço para todos os fins, como concessão de aposentadoria.

Por fim, a questão deve ser analisada através do conceito de salário-de-contribuição pela necessidade de se garantir o custeio do futuro benefício do segurado.

O salário-maternidade, por exemplo, é por expressa disposição de lei salário-de-contribuição.¹³ Há, aliás, uma dupla ressal-

va: do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, repetida no § 2º:

Art. 28. (...) § 2º O salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição.

O caráter atípico do salário-maternidade exsurge da previsão constitucional de que a gestante terá direito à licença “sem prejuízo do emprego e do salário” (art. 7º, XVIII, da CF), bem como pelo fato de não se sujeitar a limite de valor.

Deste modo, ao se afastar a contribuição patronal sobre o mesmo, teremos, no futuro, este tempo de contribuição computado pelo INSS para a concessão de aposentadoria para a segurada sem que tenha havido o recolhimento da contribuição do empregador, somente a da obreira. Isso provocará, no longo prazo, desequilíbrio do sistema, com a concessão de benefícios sem o lastro financeiro que, ainda que de forma fictícia ou presumida, deveria garanti-los.

Concluindo, a incidência da contribuição do empregador sobre a remuneração paga a seus empregados não depende do efetivo trabalho do obreiro, não é necessariamente afastada pela natureza indenizatória da verba e também não deixa de incidir no caso de benefício previdenciário, especificamente o salário-maternidade. O conceito de remuneração deve ser compreendido de forma ampla, não apenas como pagamento pelo trabalho, mas sim como contraprestação decorrente do contrato de trabalho, incluídos neste todos os direitos dos trabalhadores, dando efetividade à locução “a qualquer título” contida no artigo 195, I, “a” da Constituição Federal, e em compasso com a tendência ampliativa da jurisprudência previdenciária das Cortes federais.

¹³ Artigo 28, § 9º, “a”, da Lei nº 8.212/91.

O controle judicial de políticas públicas



Giselle de Amaro e França

Juíza Federal. Graduada em Direito pela USP (1994). Mestre em Direito da Seguridade Social pela USP (2010). Doutoranda em Direito da Seguridade Social pela USP (2012).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O papel do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas. 2.1. A judicialização da política. 2.2. O ativismo judicial. 2.3. As políticas públicas. 3. O Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988. 3.1. As ações constitucionais e suas implicações. 4. O controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. 4.1. Alguns parâmetros da intervenção judicial – ADPF 45-9/DF. 4.2. Reflexos orçamentários das decisões judiciais. 4.3. Medidas cabíveis em caso de não cumprimento das decisões judiciais. 4.4. A execução da decisão e a flexibilidade do órgão judicial. 5. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução.

No Brasil dos dias de hoje, é difícil pensar em alguma questão de forte repercussão (social, política ou econômica) que não seja discutida pelo Poder Judiciário.

Quer nos casos em que o Poder Legislativo edite uma lei disciplinando a matéria ou que o Executivo a regule, quer nos casos em que tais atos normativos deveriam ter sido formulados e não o foram, é certo que o Judiciário se transformou numa nova arena de debate das mais diversas questões. Na primeira hipótese, ele é instado a corrigir eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo impugnado; na outra, ele é

chamado a normatizar o tema, ao menos até que o órgão competente o faça.

Inúmeras discussões têm pautado o debate acerca da atuação judicial, desde aquelas voltadas à legitimidade do órgão até as centradas nos limites da intervenção. O ponto central, em qualquer delas, é sempre o princípio da separação de poderes.

O objeto do presente trabalho é traçar um breve panorama acerca do controle judicial de políticas públicas no cenário brasileiro, especialmente sobre os poderes do juiz e sobre a suficiência da legislação já existente.

No capítulo 2, será abordado o papel do Poder Judiciário nas sociedades contemporâ-

neas, com enfoque nos temas da judicialização da política e do ativismo judicial, usualmente invocados quando se discute a legitimidade da atuação jurisdicional no controle de políticas públicas.

No capítulo 3, será estudado o controle de constitucionalidade, à luz da Constituição Federal de 1988, sendo especificadas as principais características das ações constitucionais e a margem de atuação do órgão jurisdicional em cada uma delas.

Por fim, no capítulo 4, será analisado o controle judicial das políticas públicas, desde a questão da legitimidade até a discussão sobre os limites da intervenção judicial.

A partir de tal quadro, serão levantadas algumas questões acerca da suficiência da legislação já existente e sobre a necessidade da edição de nova disciplina normativa, já se adiantando, desde logo, que o atual estágio de discussão não nos permite nada mais que trazer à tona o debate.

2. O papel do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas.

Como dito nas linhas introdutórias, ao menos no Brasil têm se multiplicado os debates levados ao Poder Judiciário em questões das mais diversas naturezas.

Não se trata, contudo, de fenômeno local. Inúmeros exemplos, ocorridos mundo afora, dão conta da crescente participação do Judiciário nas discussões relevantes, como narra o Professor Luís Roberto Barroso:

(...) No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment*.¹

Este novo papel exercido pelo Judiciário tem levado doutrina e jurisprudência a discutir, com mais profundidade, os limites do controle judicial de políticas públicas, buscando estabelecer alguns parâmetros aptos a nortear a intervenção judicial.

¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da EMARF*, Cadernos Temáticos, Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito, Rio de Janeiro, dez. 2010, p. 389-390.



Desde logo, devem ser elucidados três conceitos fundamentais e distintos que circunscrevem o debate: (i) a judicialização da política, (ii) o ativismo judicial e (iii) as políticas públicas.

2.1. A judicialização da política.

A judicialização da política não significa, necessariamente, a intervenção do Judiciário em políticas públicas, já que nem sempre as questões debatidas estão inseridas no bojo de políticas públicas. Indica, sim, que um número maior de temas, antes excluídos da revisão judicial, passou a ser objeto de contestação perante o Judiciário. Necessário distinguir, então, em que hipóteses as políticas públicas estão *sub judice*. De acordo com o Professor Luís Roberto Barroso:

A ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida e alguns momentos de ativismo judicial. Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majori-

tária. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas, como aborto e direitos dos homossexuais. No Brasil, o fenômeno assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o Direito, permitindo a judicialização. A esse contexto ainda se soma o número elevado de pessoas e entidades que podem propor ações diretas perante o STF.²

2.2. O ativismo judicial.

Neste cenário, não raro se qualifica o juiz que pratica atos originariamente atribuídos a outros Poderes como ativista. Ativismo visto

2 BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>. Acesso em: 08/06/2012.



como distorção. É a corrente defendida, entre outros, pelo Professor Elival da Silva Ramos, para quem:

(...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.³

De outro lado, há corrente doutrinária que entende o ativismo como característica do órgão judicial, extraída do próprio texto constitucional. Neste sentido se posiciona o já citado Professor Luís Roberto Barroso:

(...) a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista manifesta-se por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁴

Ao buscarmos a origem histórica do ativismo, veremos que a expressão foi inicialmente utilizada em contraposição ao termo *self restraint*,

(...) ambos servindo para caracterizar as posições da Suprema Corte quanto a temas controvertidos e impregnados, pela sua polêmica, de forte conotação política, por afetar a postura adotada pelos Poderes Executivo e Legislativo em relação aos cidadãos.⁵

Segundo consta, o termo “ativismo judicial” foi pela primeira vez empregado no ano de 1947, em um artigo jornalístico escrito por Arthur Schlesinger Junior, para a revista *Fortune*, intitulado “The Supreme Court: 1947”.⁶ A matéria tinha por objeto analisar os julgamentos da Suprema Corte em relação às políticas públicas implementadas pelo Presidente Roosevelt, na época do *New Deal*. Segundo Saul Tourinho Leal:

O jornalista expõe que havia na Corte duas correntes. Hugo Black, William Douglas, Wiley Rutledge e Frank Murphy estavam num extremo. Felix Frankfurter, Robert H. Jackson e Harold Burton ocupavam o polo oposto. Stanley Reed e o *Chief Justice*, Fred Vinson, ficavam numa posição intermediária, quase que “uma coluna do meio”.

Por trás dessa divisão estava a forma pela qual os juízes costumavam decidir as causas levadas a julgamento.

A ala Black praticava o ativismo judicial. A ala Frankfurter, a autocontenção judicial. Vinson ficava com o meio-termo. A decisão prolatada por juízes ativistas ficava atrelada a resultados, enquanto a de autoria de juízes optantes pela autocontenção ficava com limitações processuais.

3 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

4 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da EMARF*, Cadernos Temáticos, Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito, Rio de Janeiro, dez. 2010, p. 394.

5 LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 24.

6 *Ibidem*, p. 24.

Enquanto a ala Black via o Tribunal como um instrumento para alcançar a justiça social, especialmente para desprotegidos na sociedade, Frankfurter atuava para permitir que o Poder Legislativo elaborasse políticas voltadas para essas questões por meio das maiorias. Se pensarmos bem, o que temos é uma divisão muito singela. Um grupo é substancialista; o outro, procedimentalista. (...) A descoberta que um jornalista fizera em 1947 persiste até hoje e ganha relevo no Brasil, mais de sessenta anos depois. A repercussão do artigo foi imensa. Os *Justices* prometeram processar o jovem e ousado jornalista. Por um lado, uma ala do tribunal fora intitulada de ativista. Por outro, integrantes eram caracterizados como praticantes de um *self restraint*. Os magistrados estavam, para toda a sociedade, rotulados. Daí em diante, o termo pegou. A expressão tribunal ativista ou tribunal de autocontenção se tornou popular.⁷

Por aí se vê que o termo ativismo judicial não comporta uma única interpretação e várias são as repercussões a depender do conceito adotado.

O que nos parece claro, desde logo, é que se mostra equívoca a percepção comum de que o ativismo é necessariamente uma distorção da atribuição típica do Poder Judiciário.

Ao contrário.

No contexto histórico em que a expressão foi inicialmente utilizada (Estados Unidos, década de 40), verificamos que ela não foi cunhada para designar uma distorção, mas sim uma característica específica dos órgãos julgadores no exercício de suas funções, especialmente a de proceder uma leitura substancialista do texto constitucional, visando a efetiva implementação dos objetivos ali estabelecidos.

2.3. As políticas públicas.

Por fim, e não menos simples, é preciso fixar o conceito de políticas públicas.

Cada vez mais a doutrina tem se debruçado sobre o tema, tanto elaborando conceitos centrados na abordagem jurídica como voltados à ciência política. Em face da interdisciplinaridade que envolve a matéria, outro não poderia ser o cenário e por tal razão não se pretende aqui esgotar a discussão, apenas e tão-somente delimitar o objeto do presente estudo.

Para tanto, dois serão os conceitos utilizados, o primeiro deles por englobar todo o procedimento envolvido na formulação e implementação da política pública, voltado à realização do objetivo socialmente relevante e politicamente determinado; o segundo por tornar expressa a responsabilidade dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário na sua implementação.

Segundo a Professora Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas são:

(...) o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.⁸

⁷ *Ibidem*, p. 32.

⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

A participação dos órgãos estatais, os consagrados Poderes da República, é destacada nas lições de Osvaldo Canela Junior, para quem, política estatal:

(...) é o conjunto de atividades do Estado tendentes à consecução de seus fins. Ajusta-se ao conceito de *standard*, ou meta a ser atingida. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos administrativos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) tendentes à realização dos fins primordiais do Estado.⁹

3. O Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988.

O Brasil adota o modelo da *judicial review*, inspirado no controle de constitucionalidade norte-americano, outorgando ao Poder Judiciário a missão de interpretar o texto constitucional.

Constam da própria Constituição vários instrumentos processuais a serem utilizados para provocação do órgão judicial, sem prejuízo daqueles estabelecidos na legislação infraconstitucional.

Nosso sistema jurídico contempla o controle misto de constitucionalidade, possibilitando que as questões constitucionais sejam discutidas via difusa ou concentrada. Em ambos os casos, a competência final *para dizer o que diz a Constituição* é sempre do Supremo Tribunal Federal, o que mudam são os caminhos a percorrer.

O controle difuso, também denominado de incidental ou concreto, é suscitado por via de exceção, no curso de uma ação, perante qualquer órgão jurisdicional. Os efeitos da decisão são, em regra, *ex tunc* e *inter partes*, não atingindo terceiros. Excepcionalmente, a



declaração de inconstitucionalidade no caso concreto tem efeitos *erga omnes*, mediante edição de resolução, pelo Senado Federal, na forma do artigo 52, X, da Constituição Federal.

O controle concentrado ou abstrato é exercido por via de ação direta (ação direta de inconstitucionalidade genérica, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental), perante o Supremo Tribunal Federal.

3.1. As ações constitucionais e suas implicações.

A própria Constituição Federal estabeleceu um rol de ações cabíveis para a discussão das questões constitucionais, tanto para impugnação de atos supostamente inconstitucionais, como para impugnação de omissões relativas a matérias também constitucionais.

9 CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88.

O intuito deste capítulo não é esmiuçar o conteúdo de todas as ações constitucionais, mas sim demonstrar a extensão da resposta judicial, especialmente nos casos em que há omissão dos demais poderes na edição do ato normativo de sua competência.

3.1.1. Mandado de injunção.

O mandado de injunção é uma garantia fundamental, introduzida na ordem jurídica brasileira pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXI).¹⁰

O instituto foi interpretado de forma bastante tímida pelo Supremo Tribunal Federal, prevalecendo inicialmente o entendimento de que o único efeito extraído de tal ato era a constituição do órgão competente em mora.

Posteriormente, a Corte Suprema entendeu por bem fixar prazo para a edição do ato normativo, sob pena de permitir ao interessado o pleno gozo de seu direito (MI 232-1/RJ), ou sob pena de possibilitar a responsabilidade civil do órgão público por perdas e danos (MI 283-5/DF e MI 284-3/DF).

A partir de 2007, houve uma significativa guinada na postura do Supremo, que passou a editar o ato normativo com validade para o caso concreto, substituindo-se ao legislador (MI 721-7/DF, MI 670-9/ES, MI 708-0/DF e MI 712-8/PA), ao menos até a regulamentação da questão pelo órgão competente.

3.1.2. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ganhou previsão expressa, como também foram estabelecidos os efeitos da decisão nela proferida.¹¹

Quanto aos efeitos da decisão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de reconhecer a omissão, mas sem fixar prazo para a edição do ato pelo Legislativo (ADI MC 1458-7/DF). Em outros casos (como na ADI 3682-3/MT), embora a Corte Suprema fixe prazo para a edição do ato legislativo, não estabelece qualquer penalidade em caso de não cumprimento.

Em face da expressa previsão constitucional dos limites da decisão judicial nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pouco interesse esse instrumento tem suscitado na comunidade jurídica.

3.1.3. Ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF.

O objeto da ADPF é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

A grande dificuldade que tem se colocado aos operadores do direito é a definição de preceito fundamental. No julgamento da ADPF 1-7/RJ, o Relator Ministro Néri da Silveira assim se pronunciou:

(...) tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do Estado democrático, vale dizer, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político-administrativa.

10 Artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

11 Nos termos do artigo 103, § 2º, da Constituição Federal: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providên-

cias necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.



INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

(STF, ADPF 45-9/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. 29/04/2004, DJ 04/05/2004, p. 00012)

O que se tem observado, nos últimos tempos, é que as questões mais relevantes da agenda política brasileira têm sido discutidas – e decididas – em sede de ADPF.

Ressalte-se, a propósito, que em matéria de políticas públicas, foi no julgamento da ADPF 45-9/DF que a Corte Suprema, por decisão monocrática de seu Relator, o Ministro Celso de Mello, teceu importantes considerações acerca do controle judicial de políticas públicas, tocando em pontos fundamentais, como o mínimo existencial e a reserva do possível. Confira-se a ementa do julgado:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS

Também merece destaque a decisão proferida na ADPF 54-8/DF, em que se discutiu a possibilidade de interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo. A ação demorou mais de oito anos para ser julgada em seu mérito, mas desde logo, por maioria de votos, os Ministros do Supremo afastaram a questão de ordem suscitada e reconheceram a possibilidade de o tema ser discutido em sede de ADPF, *verbis*:

Observe-se a importância dos processos objetivos. Neles, o Supremo Tribunal Federal tem oportunidade de enfrentar de imediato questões de repercussão maior, que interessam à sociedade como um grande todo. Em vez de se aguardar demorada tramitação processual para se obter, no julgamento do recurso extraordinário, passados cerca de cinco anos – tempo médio – da propositura da ação, a palavra final da Corte que está no ápice do Poder Judiciário, atua o Supremo de pronto e o faz em prol da unidade do próprio Direito, no que aplicável, de forma linear, no território nacional. Mediante o processo objetivo ensejador do controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo exerce, na plenitude, a atribuição que lhe é precípua, isto é, de guardar a Constituição Federal, e, com isso, afasta a desinteligência de julgados, decisões que, em última análise, implicam a interpretação do ordenamento jurídico com base na formação técnica e humanística dos integrantes do órgão que atue, fenômeno

que ocorre a partir de ato de vontade. Daí a conveniência de não ficar a Corte a reboque, a pronunciar-se processo a processo, de modo irracional, visando à prevalência do direito posto, especialmente do direito constitucional. Passo a passo, o Constituinte alargou o âmbito de atuação do Tribunal em tal campo, começando com a representação interventiva, e hoje, conta-se não só com a ação direta de inconstitucionalidade nas duas modalidades, englobado o vício da omissão, a declaratória de constitucionalidade, mas também com a mais nova irmã dessas ações, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. A instrumentalidade está ao alcance do Tribunal, cumprindo dar concretude ao que previsto na Carta da República. Dessa maneira, aciona-se sadia política judiciária, eliminando-se as perplexidades decorrentes de julgamentos díspares, ainda que idênticos os fatos e o arcabouço normativo.

(STF, ADPF QO 54-8/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 27/04/2005, DJ 31/08/2007)

Os argumentos invocados no voto vencedor da questão de ordem são absolutamente coerentes com a nova postura assumida pela mais alta Corte de Justiça, demonstrando o quanto o Judiciário não tem se furtado a debater e resolver as mais controvertidas e polêmicas questões que têm pautado a sociedade brasileira, apesar das omissões dos poderes originariamente competentes para discipliná-las. No entanto, quais os limites de tal atuação?

É sempre possível justificar a edição de ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo quando expressamente demonstrado que a inércia do Poder competente é proposital?

No julgamento do mérito da ADPF 54-8/DF, o Ministro Ricardo Lewandowski, em voto vencido, alertou para a existência de inúmeros projetos de lei, em trâmite no Con-

gresso Nacional, alterando o Código Penal e estabelecendo novas hipóteses de exclusão da ilicitude em caso de aborto, ainda pendentes de apreciação pelos ilustres legisladores, em razão da complexidade e da repercussão social da questão.

Fica em aberto a dúvida posta por sua Excelência. Cabe ao Judiciário ou ao Legislativo fixar tais critérios?

4. O controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites.

Vimos, até aqui, que a Constituição Federal não só atribuiu ao Poder Judiciário a competência para interpretar o ordenamento jurídico, como também estabeleceu uma série de mecanismos aptos a provocarem a manifestação do órgão judicial.

A adoção do modelo de *judicial review* não é suficiente, por si só, para assegurar que todas as questões relevantes sejam analisadas pelo Poder Judiciário.

Dois importantes fatores também devem estar presentes. De um lado, é preciso que a coletividade (nela incluídos os demais atores políticos) reconheça no órgão judicial uma arena para o debate; de outro lado, é necessário que o próprio Poder Judiciário ocupe o espaço político que lhe foi reservado.

Conforme já afirmamos em outro texto,¹² o Judiciário é um dos locais utilizados pelos grupos de interesse para contestar as políticas públicas (*venue-seeking*), ao lado das agências reguladoras e das burocracias específicas. Segundo Matthew Taylor, “o conceito de *venue-seeking* sugere que os atores políticos procuram as instâncias institucionais que mais lhe convêm”, a depender da matéria em discussão e do equilíbrio de forças existentes naquele momento específico. Em seu estudo, o autor demonstra o quanto o Judiciário tem

¹² FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. São Paulo: LTr, 2011, p. 91-92.

sido instado a participar das discussões importantes para o País, *verbis*:

Em termos comparados, a atuação do Judiciário brasileiro é significativa. Nos 15 anos entre 1988 e 2002, o STF – somente através do instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin – concedeu decisões liminares ou de mérito invalidando parcialmente mais de 200 leis federais. Em comparação, entre 1994 e 2002, a Suprema Corte mexicana julgou a constitucionalidade de um pouco mais de 600 leis naquele país usando dois instrumentos parecidos com a Adin, mas invalidou somente 21 leis federais; em toda sua história, a Suprema Corte americana invalidou em torno de 135 leis federais apenas. Mesmo no governo de Fernando Henrique Cardoso – um presidente apoiado (pelo menos inicialmente) por uma ampla coalizão reformista –, o Judiciário federal como um todo foi convocado por atores externos para julgar todas as principais políticas públicas adotadas pelo Executivo e seus aliados no Congresso. O governo Fernando Henrique barganhou duramente para produzir maiorias legislativas que o permitissem superar as rígidas regras para a aprovação de emendas constitucionais ou leis complementares no Senado e na Câmara. Mas ao final desse imenso esforço político, a contestação judicial da

reforma foi um acontecimento crônico, usado recorrentemente por grupos deixados de fora das negociações entre membros do *parliamentary agenda cartel*. As mais significativas e reais ameaças às reformas surgiram no Judiciário e não no Legislativo: das 10 principais iniciativas políticas aprovadas durante o governo Fernando Henrique, todas foram contestadas de alguma forma pelo Judiciário, e sete das 10 foram alteradas ou atrasadas de alguma maneira no STF. Em outras palavras, nem toda proposta do governo foi contestada judicialmente, mas as mais importantes e contenciosas certamente o foram, e com algum sucesso.¹³

Neste sentido, ainda, observam Arantes e Kerche que:

(...) nos últimos dez anos, praticamente todas as intervenções econômicas de maior impacto do governo provocaram ações na Justiça. O hibridismo de nosso sistema, entretanto, acarretou decisões judiciais demoradas e muitas vezes contraditórias. Questões como novos impostos, bloqueio de recursos em contas bancárias, mensalidades escolares, reajustes salariais, privatização das empresas estatais, entre outras tantas, ensejaram longas batalhas judiciais, fundadas em interpretações conflitantes da Constituição. De um lado, isso foi tomado como indicador do grau de liberalização do novo regime; de outro, o *modus operandi* do controle constitucional implicou custos para a governabilidade, notadamente a insegurança jurídica decorrente da descentralização das decisões judiciais e da falta de vinculação entre elas. Para se ter uma ideia, dos processos relativos a recursos extraordinários e agravos de instrumento entre 1991 e 1996, no STF, nada menos do que 84% foram repetições de casos já julgados pelo tribunal, ou seja, não



13 TAYLOR, Matthew M.. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 234, 236-237.

teriam percorrido toda a estrutura judiciária até o Supremo se suas decisões tivessem efeito vinculante.¹⁴

A Professora Maria Tereza Sadek ressalta que o cenário brasileiro (sistema presidencialista, amplo rol de direitos constitucionalizados e mudanças no interior da própria magistratura) criou as condições potenciais para que o Poder Judiciário se afirmasse como Poder. Assegura a autora que:

(...) modelos institucionais e cartas de direitos fornecem parâmetros. Trata-se de potencialidades que podem ou não se concretizar. São indicadores que delineiam possibilidades; são qualidades com condições de se desenvolverem tanto no sentido da expansão como, inversamente, da retração. Essas determinações moldam papéis e sustentam expectativas.¹⁵

Tal potencialidade efetivamente se concretizou no país, de forma que atualmente o juiz é um verdadeiro “ator político de expressão”, chamado a participar em todas as questões de interesse público. De acordo com Sadek:

(...) os agentes políticos encontraram no Judiciário um novo interlocutor e uma nova arena tanto para seus confrontos quanto para contestar políticas governamentais e decisões de majorias legislativas. O cidadão, por sua vez, passou a ter na instituição um espaço para a solução de disputas e para a garantia dos mais variados direitos.¹⁶

4.1. Alguns parâmetros da intervenção judicial – ADPF 45-9/DF.

No julgamento da ADPF 45-9/DF, foram estabelecidas duas premissas essenciais a legitimar a intervenção judicial nas políticas públicas: (i) reconhecimento da responsabilidade do Poder Judiciário na efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais; (ii) ocorrência de omissão total ou parcial, por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, no exercício de suas atribuições constitucionais de implementar as políticas públicas necessárias à concretização dos direitos fundamentais.

Visando sistematizar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Professora Ada Pellegrini Grinover condiciona a intervenção judicial à comprovação, no caso concreto, dos seguintes requisitos:¹⁷

(i) A garantia do mínimo existencial;

(ii) A razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público;

(iii) A existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, a denominada “reserva do possível”.

É certo que um passo além foi dado pela doutrina e jurisprudência a partir do julgamento da ADPF 45-9/DF; contudo, é incontestável que ainda estamos caminhando em areia movediça, dada à imprecisão conceitual de termos como “mínimo existencial” e “reserva do possível”.

Não obstante, buscaremos apresentar as principais situações em que o Judiciário é instado a se manifestar em matéria de políticas públicas e demonstrar como a utilização dos parâmetros acima indicados pode auxiliar a análise da legitimidade da intervenção judicial.

14 ARANTES, Rogério Bastos; KERCHÉ, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 54, jul. 1999, p. 39.

15 SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 10.

16 *Ibidem*, p. 16-17.

17 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O processo – estudos & pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 42.

a) Política pública já existente.

Neste caso, o Judiciário é instado a corrigir eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade de um lado, ou ratificar a sua regularidade, do outro.

Em regra, não se discute aqui a legitimidade do Poder Judiciário em relação à formulação da política pública, mas sim os limites de sua atuação. Ou seja, constatada a irregularidade de uma política pública, que tipo de correção pode o juiz fazer sem violar a discricionariedade administrativa?

De acordo com Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera:

(...) a inconstitucionalidade da política pública adotada deve ser aberrante, a fim de que seja, então, afastada, sob risco de ingerência de poderes. Não compete, assim, ao Judiciário escolher qual a política pública, dentre duas hipóteses igualmente constitucionais, seja melhor. É dizer, a inconstitucionalidade da política adotada deve ser grotesca e clara.¹⁸

Alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal demonstram que nestas situações o princípio da razoabilidade tem sido o vetor adotado, sendo oportuno invocar os ensinamentos da Professora Susana Henriques da Costa sobre o tema:

Embora de natureza extremamente fluida e subjetiva, a ideia de razoabilidade é essencial quando se trata de atuação jurisdicional sobre políticas públicas. É sempre imprescindível que o magistrado, quando da apreciação de ato do administrador público, verifique sua razoabilidade.

de. Não cabe ao Poder Judiciário rever atos razoáveis, que sejam adequados aos princípios e regras vigentes no ordenamento jurídico, ainda que, no caso concreto, conclua o magistrado que, fosse ele o agente público, teria tomado decisão diversa, também razoável. Nesses casos, quando dentre várias possibilidades tenha sido escolhida a política pública apropriada e de acordo com o modelo jurídico vigente, a decisão do administrador deve ser mantida.¹⁹

b) Política pública inexistente, embora prevista no texto constitucional.

O Professor Kazuo Watanabe, ao tratar da justiciabilidade dos direitos fundamentais (requisito para o acolhimento, pelo mérito, da pretensão de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais, ou seja, a efetiva existência do direito fundamental social tutelável jurisdicionalmente), destaca duas circunstâncias aptas a ensejar a intervenção do órgão judicial:

(i) discussão de direito fundamental social integrante do mínimo existencial (núcleo básico do princípio da dignidade humana, assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais): neste caso, o Poder Judiciário pode determinar a imediata implementação do direito, não podendo ser invocada a cláusula da reserva do possível como óbice ao cumprimento da medida;

(ii) discussão de direito fundamental social não integrante do mínimo existencial, mas previsto em norma de densidade suficiente: na hipótese, não obstante cabível a postulação ao Judiciário, é possível a oposição da cláusula da reserva do possível e a efetiva demonstração da impossibilidade fática de adimplemento da obrigação.

18 ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 439.

19 COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 462.

4.2. Reflexos orçamentários das decisões judiciais.

O critério oferecido pelo Professor Kazuo Watanabe torna possível, de um lado, a efetiva implementação do direito fundamental relativo ao mínimo existencial, quando postulado ao Poder Judiciário; de outro lado, permite que, nos demais casos (direitos não relativos ao mínimo existencial), os órgãos competentes para a edição e execução da política pública demonstrem a impossibilidade fática de seu cumprimento, argumento conhecido como “reserva do possível”.

Para alguns, não existe qualquer hierarquia entre os direitos fundamentais, todos eles têm aplicabilidade imediata e são judicializáveis, cabendo ao Judiciário suprir eventual omissão dos demais Poderes, de forma a assegurar a concretização dos comandos constitucionais. Portanto, se os órgãos competentes para a edição de políticas públicas o fazem voluntariamente, ao Judiciário compete apenas verificar sua adequação e proceder à sua correção, caso necessário. No entanto, a falta de regulamentação do direito fundamental constitucionalmente consagrado não impede o seu exercício pelo titular, mediante provocação do órgão judicial. De acordo com o Professor Kazuo, trata-se da linha dogmática constitucional “transformadora e emancipatória”, representada no Brasil, entre outros por Dirley Cunha Júnior.²⁰

A decisão judicial que assegura o exercício de um direito fundamental, através da implementação da política pública necessária mas não prevista originalmente na lei orçamentária, é denominada pela doutrina pátria como “sentença aditiva”.

Segundo Fernando Facury Scaff, sentença aditiva é:



(...) aquela que implica aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do Poder Público demandado.²¹

A teoria do custo dos direitos ganhou dimensão após a publicação da obra “The cost of rights”, de Stephen Holmes e Cass Sunstein, em 1999. A ideia central defendida pelos autores americanos é a de que “nada que custe dinheiro pode ser absoluto”²², vale dizer, os direitos fundamentais (individuais e sociais) só existem se houver disponibilidade econômica que permita a sua efetivação. Se não, são meras palavras vazias. A limitação orçamentária é parte integrante do direito fundamental, donde se conclui que a inexistência de recursos não permite o reconhecimento da existência do

20 WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 216.

21 SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 51, jun. 2007, p. 79.

22 OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 187.

direito. Desta forma, os direitos enunciados no texto constitucional são condicionais.²³

Como bem ressalta Ana Carolina Lopes Olsen, esta doutrina torna legítima a prevalência da dimensão econômica sobre a dimensão jurídica, na medida em que:

(...) a escassez de recursos deixa de ser um elemento externo dos direitos, que pode comprometer sua efetividade, para ser considerada como elemento intrínseco. A questão econômica foi trazida para o próprio âmago dos direitos – sem recursos eles deixam de existir.²⁴

Ao buscarmos a origem da expressão reserva do possível, verificamos que o alcance dado pela doutrina pátria não guarda consonância com o sentido originário.

A discussão foi inicialmente travada no ano de 1970, na Alemanha. O objeto da lide era a obrigação do Estado em fornecer vagas de ensino superior a dois cidadãos interessados em realizar o curso de Medicina. As regras legais estaduais restringiam o acesso, razão pela qual o caso ficou conhecido como *numerus clausus*.

O Tribunal considerou constitucional a restrição, sob a alegação de que o Estado já havia fixado um número razoável de vagas no ensino superior, não sendo obrigado pela norma constitucional a acolher todos os estudantes que pretendessem cursar a universidade. Não se discutiu ali, especificamente, a escassez de recursos, pois o que estava em debate era se as vagas oferecidas atendiam a um critério razoável. Se havia razoabilidade na escolha, desarrazoável seria retirar verbas de outros programas sociais, também amparados pela ordem jurídica, para atender unicamente

aos gastos com educação, já suficientemente destinados.

Por aí se vê que o *leading case*, usualmente invocado em estudos doutrinários e decisões judiciais, diz respeito mais à aplicação da razoabilidade na eleição das escolhas do que à disponibilidade de recursos. Não obstante, a reserva do possível foi traduzida e incorporada pela doutrina pátria unicamente como a relação entre a disponibilidade de recursos e o custo dos direitos, em outros termos como a reserva do financeiramente possível.²⁵

Segundo Olsen:

(...) a reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes. Todavia, não se trata de simplesmente afirmar que os direitos fundamentais existem no mundo jurídico, mas só encontrarão efetividade quando houver recursos suficientes em caixa, disponíveis pelos poderes públicos, para realizar as prestações neles previstas. A questão não é tão simples. Ainda que não se possa exigir o logicamente impossível, quando se busca a efetivação de um direito fundamental prestacional é preciso ter em mente qual a responsabilidade dos órgãos públicos para com a sua efetivação. A Constituição, ao alçar determinados direitos à condição de direitos fundamentais, e determinar expressamente a alocação de recursos para sua realização, admite o argumento da reserva do possível como exceção, e não como regra. Os direitos não existem porque há recursos disponíveis. Sua mera existência determina, por si só, a alocação dos recursos necessários à sua realização. Ainda que não se possa perder a dimensão da realidade, é válido ter em consideração que os direitos fundamentais sociais

23 FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. São Paulo: LTr, 2011, p. 124.

24 OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 187.

25 FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. São Paulo: LTr, 2011, p. 125.

primeiramente existem, foram reconhecidos como tais, e por essa razão devem ser concretizados, de modo que impõem a alocação dos recursos necessários a esta concretização.²⁶

A invocação deste postulado só é possível quando: (i) a pretensão formulada encontrar respaldo no ordenamento jurídico; (ii) houver disponibilidade fática e jurídica dos recursos necessários, ou seja, existirem recursos e o órgão público acionado puder deles dispor. O cerne da questão está na alocação dada aos recursos existentes, sabidamente limitados.

Resta claro do julgado que não basta a mera alegação da inexistência de recursos, sendo necessária a sua efetiva comprovação pelo órgão público.

Embora o eminente Ministro Celso de Mello, Relator da ADPF 45-9/DF, não tenha dado pistas de como proceder caso efetivamente comprovada a insuficiência de recursos, mesmo porque a situação *sub judice* não demandou tal esclarecimento, cabe-nos aqui apresentar duas interessantes soluções oferecidas pela doutrina.

Uma vez demonstrada a insuficiência de recursos, a Eminente Professora Ada Pellegrini Grinover sugere ao Poder Judiciário duas providências: (i) determinar ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública e (ii) obrigar a aplicação da verba para o adimplemento da obrigação.²⁷

Oswaldo Canela Junior, por sua vez, recomenda um modelo processual que contemple, na primeira fase, a declaração da violação do direito fundamental e, na segunda fase, o cumprimento da sentença. A cláusula

da reserva do possível apenas tem aplicação na fase de cumprimento da decisão, não alterando o conteúdo do direito fundamental. Segundo o autor:

(...) durante a fase declaratória do direito, portanto, não é dado ao órgão jurisdicional absorver a questão econômico-financeira para paralisar sua atividade. Isto representaria, em comparação com o plano privado, a esdrúxula figura na qual o devedor não seria condenado à reparação do dano, porque não dispõe de patrimônio suficiente para o adimplemento futuro do título executivo judicial.²⁸

Em interessante estudo sobre as decisões proferidas pelos Tribunais superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, concluiu Luís Fernando Sgarbossa²⁹ que não só a alegação da reserva do possível tem sido considerada nos julgados, como também afastada nas demandas envolvendo direitos fundamentais sociais. Situação inversa é constatada em outros casos, como pedidos de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios, em que a reserva do possível tem sido acolhida pelos julgadores.

4.3. Medidas cabíveis em caso de não cumprimento das decisões judiciais.

Em grande parte das vezes, a reserva do possível é o grande óbice apresentado pelos responsáveis para o não cumprimento da medida judicial que determinou a implementação da política pública.

Em outros, no entanto, o descumprimento da decisão não se funda neste argumento; a bem da verdade, nenhuma razão plausível é apresentada ou razões imperti-

26 OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 212.

27 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O processo – estudos & pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 48.

28 CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

29 SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*: v. 1. Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 172.

nentes, de cunho meramente protelatório, são alegadas, cabendo ao juiz tomar as medidas necessárias para a execução da sua ordem.

Desde logo, cumpre ressaltar que, em matéria de política pública, o que se busca é a concessão da tutela específica, não havendo interesse imediato em pedido indenizatório. A legislação processual contempla expressamente tal medida, a teor do que dispõe o artigo 461 do Código de Processo Civil.

Apontam a doutrina e jurisprudência os principais instrumentos de que o juiz pode se valer para o cumprimento da decisão:

a) Aplicação de multa diária.

Não há controvérsia acerca do cabimento da aplicação de multa contra a Fazenda Pública, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, de ofício ou a requerimento da parte.

A questão é que a multa recai, em princípio, sobre o patrimônio público e só posteriormente pode ser cobrada do responsável. Desta forma, a aplicação desta medida só se justifica, de plano, quando cobrada diretamente do próprio administrador público responsável pelo descumprimento.

b) Responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Nos termos do artigo 11, II, da Lei nº 8.429/92, constitui ato de improbidade administrativa: “II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”.

Para configuração do ato:

(...) levam-se em conta o momento marcado para a sua efetivação e a ausência de razões legais para que se levasse a efeito na devida data ou época. Em relação à omissão, simplesmente deixa-se de realizar a incumbência, sem qualquer justificativa plausível.³⁰

De acordo com o inciso III do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, o responsável pelo ato está sujeito ao ressarcimento integral do dano, se houver, à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, ao pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

c) Intervenção no Estado ou Município.

O artigo 35, IV, da Constituição Federal possibilita a intervenção do Estado no Município para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

De outro lado, o artigo 34, VI, da Constituição Federal possibilita a intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal para prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, expressamente, sobre o cabimento da intervenção nessas hipóteses, *verbis*:

O dever de cumprir as ordens emanadas pelo Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio poder público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho do Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República. A desobediência à ordem ou à decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas consequências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de *impeachment*), quer, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de intervenção federal nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território

30 RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 491.

Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios)

(STF, IF QO 590-2/CE, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, j. 17/09/1998, DJ 09/10/1998)

d) Imputação de crimes de responsabilidade e de desobediência.

De acordo com o artigo 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/67, constitui crime de responsabilidade do prefeito municipal “deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente”.

Para a configuração do crime, é necessária a comprovação do dolo do agente, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, assim ilustrado:

1. O trancamento de ação penal pela via estreita do *habeas corpus*, conforme pacífico magistério jurisprudencial, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na peça acusatória, verifica-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que não existe nenhum elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito imputado ao paciente ou, ainda, quando extinta encontra-se a punibilidade.

2. Inexistente o dolo, elemento subjetivo do tipo penal no art. 1º, inciso XIV, do Decreto-lei 201/67, resulta atípica a conduta imputada ao paciente. (STJ, HC 64.478/MT, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 27/03/2008, DJe 12/05/2008)

Com relação ao crime de desobediência,

o STJ tem afastado a caracterização do delito, quando existir sanção de natureza civil, processual ou administrativa aplicada em razão da omissão, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação. Quando fixada multa diária, não cabe denúncia por crime de desobediência:

1. Consoante firme jurisprudência desta Corte, para a configuração do delito de desobediência de ordem judicial é indispensável que inexistam a previsão de sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação.

2. Se a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança, cujo descumprimento justificou o oferecimento da denúncia, previu multa diária pelo seu descumprimento, não há que se falar em crime, merecendo ser trancada a Ação Penal, por atipicidade da conduta. Precedentes do STJ.

(STJ, HC 92.655/ES, Quinta Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 18/12/2007, DJ 25/02/2008)

Já decidiu o STJ, ainda, que o crime só pode ser praticado por particular contra a Administração Pública, excluindo o Prefeito Municipal como sujeito ativo do crime, vez que revestido da condição de funcionário público (STJ, RHC 7.990/MG, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 29/10/1998, DJ 30/11/1998).

A nova lei do Mandado de Segurança (art. 26 da Lei nº 12.016/2009) prevê como crime de desobediência o descumprimento da ordem emitida em mandado de segurança.

Considerando as vantagens e desvantagens apontadas, a Professora Ada Pellegrini



Grinover entende como mais adequadas, pela ordem, as sanções de responsabilização por improbidade administrativa; intervenção federal ou estadual no Estado ou Município; imputação de crime de desobediência pelo descumprimento da ordem emitida em mandado de segurança e imputação ao Prefeito Municipal de crime de responsabilidade.³¹

4.4. A execução da decisão e a flexibilidade do órgão judicial.

Como dissemos nas linhas anteriores deste tópico, nos casos envolvendo políticas públicas, muitas vezes as penalidades acima apontadas são insuficientes para resolver as questões envolvidas. O que se procura, ao fim e ao cabo, é a outorga judicial do bem da vida específico postulado. Desta feita, o efetivo cumprimento da decisão exige uma postura flexível, criativa e participativa do juiz, avaliando os resultados e adaptando as medidas cabíveis. Conforme destacam Samuel Meira Brasil Júnior e Juliana Justo Botelho Castello:

(...) tratando-se da implementação de uma política pública complexa – decorrente do expressivo número de possibilidades –, importa, muito mais do que o mero estabelecimento de sanções, a participação criativa e flexível do magistrado na aferição das medidas operacionais adequadas ao cumprimento da decisão judiciária.³²

A ideia nos remonta à pertinência do *contempt of court*, instituto pertencente ao sistema da *common law*, “cujo escopo é instrumentalizar dois objetivos essenciais ao sistema jurídico: a necessidade de observância e efetividade e a autoridade das Cortes de

Justiça”.³³ Qualquer resistência ao cumprimento da decisão judicial sujeita o infrator ao procedimento relativo ao *contempt* e aos seus instrumentos punitivos e coercitivos.

Nos Estados Unidos, conforme doutrina abalizada, juízes e tribunais não se limitam a ditar o decreto condenatório e impor as sanções cabíveis em caso de descumprimento; antes, acompanham *pari passu* todos os atos praticados pelos executores da ordem e ajustam os comandos, sempre que necessário para a obtenção do bem da vida postulado.

Também o Professor Carlos Alberto de Salles alerta para a necessidade de flexibilização da tutela executiva, nos seguintes termos:

A tutela executiva, com o objetivo de produzir aqueles resultados práticos que constituem os objetivos últimos da jurisdição, incumbe viabilizar meios para constatar se o cumprimento da obrigação foi efetivamente realizado, sob pena de a tutela jurisdicional de um dado interesse resumir-se a um procedimento meramente formal. Uma vez determinada uma medida executiva, o juízo, a bem da exata realização dos resultados objetivados, deve promover atividades direcionadas à concreta avaliação do atendimento de suas ordens, mormente nas situações de maior complexidade.³⁴

Há um estudo bastante interessante, realizado pela equipe de pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas, “O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público”, publicado na Série Pensando o Direito, em que são analisados três casos envolvendo direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos e que permitem seja pensado o sistema de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público. Interessa-nos, em

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O processo – estudos & pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009.

³² BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 476.

³³ *Ibidem*, p. 477.

³⁴ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 298-299.

especial, o caso dos autistas, sobretudo pelas dificuldades ocorridas na fase de execução.

Segundo consta do relato, o Ministério Público do Estado de São Paulo, após receber denúncia de um pai de autista, apurou que o Estado não oferecia tratamento e educação específicos às necessidades de pessoas com autismo. Não obteve êxito na realização de acordo extrajudicial, ajuizando então ação civil pública, julgada procedente em primeiro e segundo graus.

Na fase de execução, os interessados começaram a se habilitar e foi constatada a inexistência de instituições públicas especializadas, não sendo possível cumprir a expressa determinação contida na sentença. Na prática, foi feita a transferência do serviço às instituições particulares. Ao mesmo tempo, o tratamento especializado de autistas passou a ser previsto no SUS e foram firmados convênios com particulares. As escolas também começaram a contar com profissionais especializados, sendo firmados, aqui também, convênios com instituições particulares.

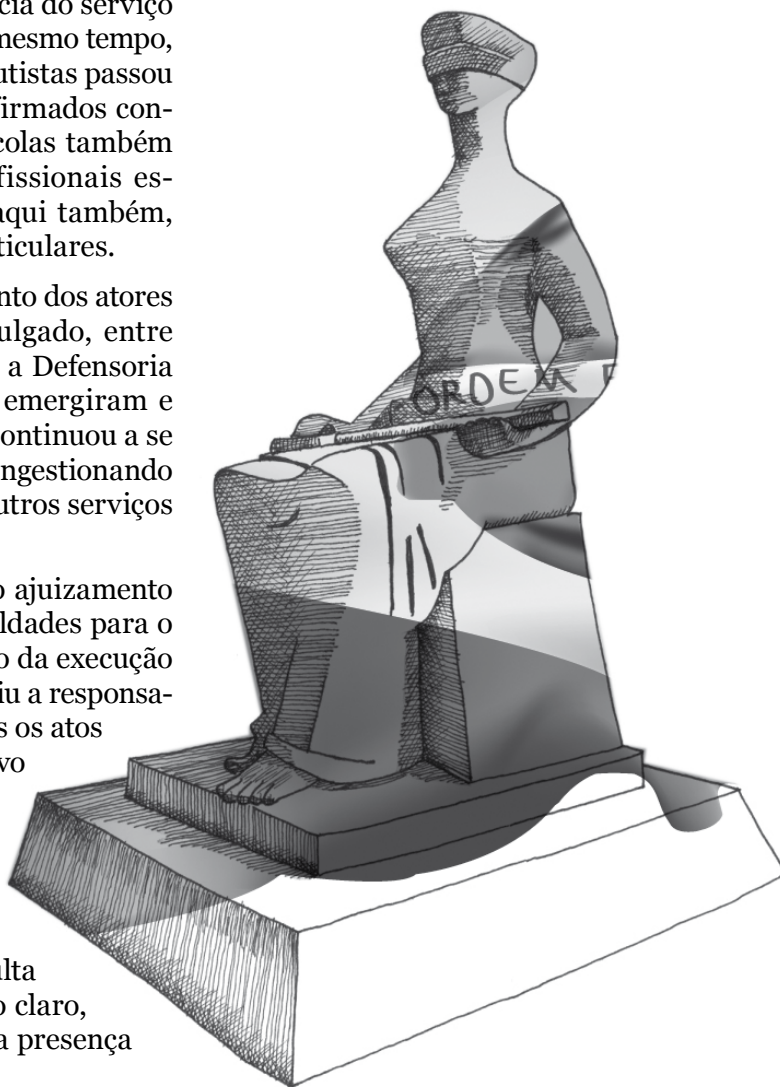
Não obstante o envolvimento dos atores interessados na execução do julgado, entre os quais o Ministério Público e a Defensoria Pública, inúmeras ocorrências emergiram e grande quantidade de pessoas continuou a se habilitar na fase de execução, congestionando a Vara e impossibilitando que outros serviços fossem realizados.

Após oito anos da data do ajuizamento e em razão das múltiplas dificuldades para o cumprimento da decisão, o juízo da execução tomou medida radical e transferiu a responsabilidade pela realização de todos os atos executivos para o Poder Executivo e para o Ministério Público, extinguindo todas as habilitações em curso e impedindo que outras fossem realizadas em cartório. Apenas manteve sob sua alçada a execução de multa diária, quando o caso, deixando claro, no entanto, a desnecessidade da presença

física do interessado no cartório judicial.

A decisão foi cassada pelo Tribunal de Justiça/SP. Embora tenha sido julgada improcedente a exceção de suspeição oposta contra o juiz, por falta de sensibilidade à causa autista, ele foi afastado do caso.

O relato do caso demonstra, com muita propriedade, as dificuldades na execução da implementação de política pública especializada voltada aos autistas, quer em razão da falta de preparo técnico dos atores envolvidos, quer por conta da falta de estrutura administrativa para a realização dos atos determinados.



O exemplo ilustra a importância de acompanhamento, pelo órgão judicial, de todas as etapas da fase executiva, bem como a possibilidade de alteração dos comandos, sempre que outras medidas se mostrarem mais adequadas ao atingimento dos fins pretendidos.

5. Conclusão.

Vimos, ao longo deste trabalho, que o ordenamento jurídico brasileiro contemplou, expressamente, o modelo da *judicial review*, possibilitando ao Poder Judiciário o controle dos atos praticados pelos demais Poderes, sempre que se vislumbrar qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

A abrangência das normas constitucionais, por sua vez, possibilitou que as mais diversas questões passassem a ser debatidas na arena judicial, caracterizando o fenômeno que se passou a denominar judicialização da política.

Nesse ambiente, ganhou destaque a figura do juiz que, valendo-se dos instrumentos já previstos na legislação, adota soluções criativas para questões não expressamente previstas, mas também não proibidas. Cuidase aqui, sem embargo das controvérsias existentes, de outro fenômeno que tem despertado a curiosidade da comunidade jurídica: o ativismo judicial.

Partindo da premissa de que o ativismo não é considerado desbordamento, mas característica do órgão judicial extraída do texto constitucional, vimos de que forma as ações constitucionalmente previstas permitem ao juízo dar novos contornos aos direitos contemplados na Constituição.

Demonstramos, ainda, que nosso sistema jurídico fornece os instrumentos necessários para o controle judicial de políticas públicas, inclusive as medidas cabíveis para o cumprimento da decisão.

Não obstante, as inúmeras dificuldades

constatadas tanto na fase condenatória, como na fase executiva, nos levam a indagar se há ou não necessidade de alteração na legislação processual para que o controle judicial de políticas públicas seja disciplinado de forma específica.

Embora existam instrumentos pontuais, aptos à ampla cognição do juízo e à efetivação do julgado, é certo que a falta de sistematização da matéria possibilita que alguns juízes, por exemplo, se limitem a analisar o caso apenas e tão-somente de acordo com as provas dos autos, não praticando os atos processuais adequados, mesmo que de ofício, para alcançar a solução mais próxima da pretensão e das efetivas possibilidades de seu cumprimento pelos atores envolvidos.

O Professor Fábio Konder Comparato, já no ano de 1997, ao escrever o artigo “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”, alertava para a necessidade de regulamentação específica, mediante emenda constitucional dispondo sobre a forma processual da demanda, a legitimidade das partes e a competência judiciária.

A jurisprudência pátria, com acerto, demonstrou que o controle judicial de políticas públicas prescinde da edição de legislação específica; admitindo-se que a questão seja apreciada pelo Judiciário em qualquer tipo de ação (individual ou coletiva, de forma direta ou incidental).

Sem prejuízo dos debates que certamente ocorrerão, com a participação de todos os atores envolvidos, o grau de incerteza que até aqui tem se verificado, quer em relação ao papel do juízo (na fase de conhecimento e na fase de execução), quer em relação aos entes responsáveis não só pela prestação das informações necessárias mas também para a efetivação da decisão, inclinamo-nos a defender a regulamentação da matéria, a fim de que as lides envolvendo políticas públicas sejam submetidas ao mesmo procedimento, independentemente do entendimento pessoal do juízo ou do comprometimento dos demais envolvidos.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Wania Campoli; BETTING JÚNIOR, Sílvio Germano. Mandado de Injunção. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). *Proteção judicial dos direitos fundamentais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 191-202.

ARANTES, Rogério Bastos; KERCHE, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 54, p. 27-41, jul. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>. Acesso em: 08/06/2012.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista da EMARF*, Cadernos Temáticos, Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito, Rio de Janeiro, p. 389-406, dez. 2010.

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BERNARDES, Juliano Taveira. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Ações constitucionais*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 525-564.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 467-488.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

CAMPOS, Francisco. Orçamento – natureza jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 71, p. 324-371, jan./mar. 1963.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993/reimpr. 1999.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992/reimpr. 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 737, p. 11-22, mar. 1997.

CONTI, José Maurício. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: MP, 2006.

COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 451-466.

DAL MOLIN, Carina Gomes; MELO, Maria Verônica Monteiro de; ESPER, Vivian Maria. Os provimentos judiciais para intervenção em políticas públicas: obrigações de fazer e não fazer – tutela antecipada e sentença condenatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 387-397.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O Poder Judiciário e as políticas públicas previdenciárias*. São Paulo: LTr, 2011.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coord.). *O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflitos de interesse público*. Série Pensando o Direito n. 38/2011 – versão publicação. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 125-150.

_____. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O processo – estudos & pareceres*. São Paulo: DPJ, 2009, p. 36-57.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença na lei de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (org.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 300-329.

MACEDO, Elaine Harzheim. O mandado de injunção como ação constitucional: crônica de uma morte anunciada ou desvelamento de um paradigma? In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 715-748.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Mandados de segurança e de injunção: estudos de direito processual-constitucional em memória de Ronaldo Cunha Campos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 363-385.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de*

segurança e ações constitucionais. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILESKE, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Fernanda Barreto. Ações constitucionais relativas ao controle de constitucionalidade repressivo concentrado. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (coord.). *Proteção judicial dos direitos fundamentais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 127-189.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 419-450.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-32.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 51, p. 79-99, jun. 2007.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*: v. 1. Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213-224.



Jurisprudência em destaque

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0000369-04.2011.4.03.6106

(2011.61.06.000369-7)

Agravante: ADIRLEI SARDINHA PONTES (= ou > de 60 anos)

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 318/321

Apelante: ADIRLEI SARDINHA PONTES (= ou > de 60 anos)

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA

Classe do Processo: AC 1683891

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/08/2012

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. (ART. 557, § 1º, DO CPC). DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS PROVENTOS. IMPLANTAÇÃO DO NOVO BENEFÍCIO. DECISÃO DEFINITIVA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. ART. 103 DA LEI Nº 8.213/91. DECADÊNCIA/PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Entendo que a falta de previsão legal para o desfazimento do ato de aposentação impede que a Autarquia Previdenciária, subordinada ao regime jurídico de direito público, desfaza referido ato. Reconheço, todavia, que este posicionamento é minoritário, e que as duas Turmas do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com competência para decidir questões previdenciárias - Quinta e Sexta Turmas - são favoráveis à possibilidade de o aposentado que retorna à atividade laborativa ter computadas as novas contribuições para efeito de concessão de nova aposentadoria.

2. 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.

3. Pendente de decisão definitiva pelo Pretório Excelso, curvo-me, por prudência, ao entendimento de meus pares na 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.

4. 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.

5. 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.

6. O termo inicial da nova aposentadoria concedida judicialmente deve ser fixado na data citação do INSS.

7. O valor do novo benefício deve ser apurado em liquidação de sentença, devendo haver a compensação dos valores pagos entre a data da citação e a efetiva implantação do novo benefício, para não haver pagamento acumulado de duas aposentadorias.

8. O pedido inicial é de renúncia a benefício previdenciário e não de revisão de sua renda mensal inicial, não havendo, portanto, se falar em decadência/prescrição do direito.

9. Agravo provido.

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

São Paulo, 21 de agosto de 2012.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de agravo interposto por Adirlei Sardinha Pontes contra a r. decisão monocrática de fls. 318/321 que, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento à apelação, mantendo a r. sentença de improcedência do pedido de renúncia da aposentadoria concedida pelo Regime Geral de Previdência Social para fins de obtenção de outra mais vantajosa.

Sustenta o agravante, em síntese, que

a jurisprudência do STJ é favorável à pretensão deduzida na inicial e afasta plenamente a necessidade de restituição dos proventos recebidos.

É o relatório.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Requer a parte autora o cancelamento do benefício de aposentadoria nº 105.096.994-1/42, concedido na via administrativa em 20/01/1997 (fls. 48), para que possa exercer seu direito ao benefício mais vantajoso, computando-se as contribuições posteriores à jubilação.

Em relação à alegação de decadência/prescrição, anoto que o pedido inicial é de renúncia a benefício previdenciário e não de revisão de sua renda mensal inicial, não havendo, portanto, se falar em decadência do direito. Nesse sentido, é a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

Quanto ao prazo decadencial, observa-se a inaplicabilidade do disposto no art. 103, *caput*, da Lei nº 8.213/91, uma vez que os autos não tratam de pleito de revisão de benefício previdenciário, mas de desaposentação. Dessa forma, tem-se que a incidência do disposto no referido dispositivo, aos casos de desaposentação, é indevida, uma vez que a parte autora pretende o desfazimento do ato de concessão, e não a sua revisão. Incide, portanto, na questão levantada, o óbice firmado na Súmula 284 do STF. (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.304.593 - Paraná, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, unânime, DJe 11.05.2012).

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, vigora 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 desfa-

zimento 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 unâimes quanto ao entendimento que se segue, “ad litteram”:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LIMITES NORMATIVOS. APRECIAÇÃO 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.

Observo 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 de meus pares na 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, o segurado pode renunciar a aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, com a utilização de todo o seu tempo de contribuição.

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 irrisignação 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 a parte autora já vem recebendo benefício de aposentadoria.

O termo inicial da nova aposentadoria concedida judicialmente deve ser fixado na data citação do INSS.

O valor do novo benefício deve ser apurado em liquidação de sentença, devendo haver compensação dos valores pagos entre a data da citação e a efetiva implantação do novo benefício, para não haver pagamento acumulado de duas aposentadorias.

No que tange ao cálculo da RMI, sendo o novo benefício instituído a partir de 29/11/1999, seu valor é resultado da média aritmética simples dos 80% maiores salários de contribuição, desde a competência de julho de 1994, face ao que determina o art. 3º da Lei 9.876/99, que deu nova redação ao art. 29 da Lei 8.213/91.

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.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO AO AGRAVO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA para, em novo julgamento, dar provimento à apelação e julgar procedente o pedido de renúncia ao benefício de aposentadoria (NB 105.096.994-1/42), com a utilização de todo o tempo de contribuição e obtenção nova aposentadoria mais vantajosa, com termo inicial a partir da citação, juros de mora, correção monetária, honorários advocatícios

e renda mensal inicial, na forma da fundamentação.

É o voto.

Desembargadora Federal LUCIA URSAIA - 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; AC 0001844-55.2011.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 112/166; AC 0010909-45.2009.4.03.6183/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, publicada na RTRF3R 113/230; AC 0015765-18.2010.4.03.6183/SP, Relator Desembargador Federal Paulo Fontes, publicada na RTRF3R 113/259; AC 0006873-86.2011.4.03.6183/SP, Relator Juiz Federal Convocado Silvio Gemaque, publicada na RTRF3R 113/267 e AC 0006099-88.2010.4.03.6119/SP, Relator Desembargador Federal Paulo Fontes, publicada na RTRF3R 114/273.

“Uma coisa é o ato concessivo do benefício, cuja natureza de ato administrativo regrado e vinculado à lei é inegável; outra é o direito subjetivo que o aposentado tem, direito esse que é disponível pelo titular, pois a aposentadoria faz parte de seu *patrimônio disponível*.”

(Alexandre Sormani)

“A desaposentação – condicionada à obtenção de benefício que implique melhoria econômica – não viola o ato jurídico perfeito mas, ao contrário, aumenta o rol de direitos do segurado, em consonância com os princípios constitucionais de proteção ampla aos direitos sociais.”

(Ana Júlia Kachan)

“Quanto à possibilidade do segurado-contribuinte renunciar à aposentadoria percebida, temos que se trata de direito de caráter patrimonial, portanto, disponível, de modo que, se à Administração Pública somente é dado fazer aquilo que a lei permite, não pode o segurado, na ausência de vedação legal, ser obrigado a permanecer aposentado, sendo a Previdência Social obrigada a acatar, nesse particular, a vontade unilateral do aposentado.”

(Rafael Andrade de Margalho)

Em destaque



Alexandre Sormani

Juiz Federal da 1ª Vara de Marília/SP. Ex-Procurador Federal. Mestre em Direito pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru/SP.

Este venerando voto, da Eminente Desembargadora Lucia Ursaia, teve a rara felicidade de abordar, em um só texto e sem perder a necessária concisão de um julgamento, os principais entendimentos sobre o instituto da *desaposentação*. Pretende-se, neste comentário, no campo propício acadêmico, descortinar com maiores detalhes as questões tratadas.

A *desaposentação* consiste na renúncia da aposentadoria. Não é um instituto novo, pois já foi objeto de previsão na Lei nº 6.903/81, em seu artigo 9º, atualmente revogado, que tratava da aposentadoria dos juízes temporários da União.

Art. 9º. Ao inativo do Tesouro Nacional ou da Previdência Social que estiver no exercício do cargo de juiz temporário e fizer jus à aposentadoria nos termos desta Lei, é lícito optar pelo benefício que mais lhe convier, cancelando-se aquele excluído pela opção.

Justifica-se, na prática, a desaposentação para que o aposentado aproveite o tempo que foi computado no seu benefício em outra aposentadoria, no mesmo regime ou em regime previdenciário diverso, que esse beneficiário entenda mais favorável. É o caso típico daquele que, estando em gozo de aposentadoria por tempo proporcional, continua a trabalhar e a contribuir para a Previdência Social. Assim, para usar todo o tempo, anterior e posterior à jubilação, precisa desfazer a sua aposentadoria proporcional e obter, por exemplo, uma aposentadoria por tempo integral, cujo cálculo lhe será mais favorável.

Muito embora esse exemplo seja o mais corriqueiro (desfazimento de uma aposentadoria proporcional para obter uma aposentadoria integral), não é a única situação em que a desaposentação seria admissível. Pode-se admiti-la na renúncia de uma aposentadoria do regime geral da Previdência para uma nova aposentadoria no regime próprio de servidor público.

Ainda, aquele que recebe aposentadoria integral também poderia ter interesse na desaposentação para obter uma renda mais favorável, por conta, por exemplo, de um maior tempo de contribuição (Tc) no cálculo do fator previdenciário.

Logo, há uma gama de exemplos em que a desaposentação mostra-se útil ao aposentado.

A desaposentação merece ser analisada em dois tópicos, para fins didáticos: (i) sua possibilidade jurídica; (ii) a exigibilidade ou não de devolução dos valores já recebidos.

Possibilidade jurídica?

O direito à aposentadoria é de natureza subjetiva do segurado, cujos requisitos encontram-se definidos em lei de forma objetiva, basicamente: qualidade de segurado, carência e evento (tempo de contribuição, idade ou invalidez). Não há espaço para o agente público previdenciário optar se concede ou não o benefício. Se houver o preenchimento dos requisitos, concede; caso contrário, nega.

Desta forma, enquanto para o segurado o direito à aposentadoria é um direito subjetivo; para a Administração a concessão do benefício é um ato administrativo, cujos requisitos vêm definidos em lei. O administrador público não tem liberdade de avaliação ou de decisão segundo critérios de conveniência ou de oportunidade no que diz com a aposentadoria. Ainda que seja inoportuna a concessão do benefício previdenciário por conta de variados fatores, a análise deve se circunscrever sempre aos requisitos de lei. A lei preconiza de forma prévia e objetiva a tipificação legal do único comportamento administrativo admissível diante da situação igualmente prevista em termos objetivos na própria lei. Portanto, indubitável o enquadramento do ato de concessão de aposentadoria na categoria dos atos administrativos *vinculados ou regrados*.

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração ao expedi-los não interfere com apreciação subjetiva alguma.¹

Se o interessado preenche os requisitos de lei, não há espaço para o administrador público exercer um juízo discricionário para conceder ou não o benefício. Ora, se o ato que concede a aposentadoria é um ato *vinculado* à lei, decerto, adotando-se o princípio jurídico *de que atos se desfazem com a mesma forma que são feitos*, a conclusão é de que o desfazimento da aposentadoria também *deve ser previsto em lei*.

Há um expressivo brocardo neste sentido: *nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur*; isto é, nada é tão natural, como algo se dissolver da mesma maneira pela qual foi constituído; assim a obrigação verbal se desfaz mediante palavras, e a obrigação de puro consentimento se resolve por um consentimento contrário.²

Portanto, nessa linha de raciocínio, se a concessão da aposentadoria é realizada por um ato administrativo regrado em lei, seu desfazimento também deveria estar regrado em lei.

O entendimento pessoal da Eminente Relatora, no voto enfocado, coincide com esse raciocínio até então exposto. Nesse ponto, esclarece Sua Excelência:

O INSS é uma Autarquia Federal regendo-se pelas regras do Direito Adminis-

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 249.

2 FRANÇA, Rubens Limongi. *Brocardos jurídicos: as regras de Justiniano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 65.

trativo 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, vigora 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, desfaza o referido ato.

Portanto, nessa concepção, se a lei não prevê o desfazimento da aposentadoria por manifestação unilateral do beneficiário, não há possibilidade jurídica do desfazimento. Todavia, o contraponto que se faz a esse respeitável entendimento baseia-se na premissa de que a aposentadoria é um ato renunciável, porquanto faz parte do *patrimônio disponível* do beneficiário. Em outras palavras, ninguém é obrigado a permanecer aposentado, podendo a ela renunciar.

Mas a aposentadoria é, de fato, disponível?

Veja-se que há, aqui, uma distinção entre a *natureza do ato* que concede a aposentadoria – ato administrativo, de direito público e vinculado à lei, como já dito –; a *natureza do direito* do segurado à aposentadoria, isto é, a natureza desse direito após ser inserido no patrimônio jurídico do aposentado; e a *natureza própria do benefício* de aposentadoria.

O direito à aposentadoria é um direito subjetivo do segurado que preenche os requisitos de lei. Assim, o objeto desse direito – a aposentadoria – é um bem jurídico.

O bem jurídico aposentadoria liga-se com o beneficiário por uma relação jurídica preconizada na legislação previdenciária. A vinculação do ato concessivo da aposentadoria na lei propicia a coerção jurídica para impor ao agente público a implantação do benefício. Mas, se de um lado há ao agente público o dever de conceder o benefício àquele que preenche os requisitos legais, *não se visualiza a mesma coerção jurídica que obrigue o aposentado a permanecer aposentado*.

A aposentadoria garante ao indivíduo definitividade e irreversibilidade da prestação previdenciária, porém a imutabilidade da situação é obrigação imposta ao instituto segurador, não constituindo razão que impeça o segurado de obter inatividade em melhores condições. O direito é do segurado, e a obrigação é daquele que tem a incumbência de satisfazer o benefício previdenciário. Em outras palavras, a definitividade e a irreversibilidade dos benefícios é garantia que milita em favor do segurado, como regra de proteção, de maneira que se o detentor do direito abre mão da prestação previdenciária, não se legitima a resistência do INSS.³

Os bens jurídicos *disponíveis*; isto é, os que fazem parte do patrimônio disponível do sujeito, eram denominados *coisas que estão no comércio* na vetusta legislação civil. Os *indisponíveis*, *coisas fora do comércio*. Obviamente, o sentido da expressão *comércio* não tem o significado próprio do Direito Comercial, mas sim o significado de alienabilidade, de disposição.

Na dicção do revogado Código Civil, são coisas fora do comércio aquelas *insuscetíveis de apropriação* e as *legalmente inalienáveis* (art. 69 do CC/1916). Em outras palavras, o patrimônio indisponível abrangia direitos que por sua natureza não poderiam ser alienados e aqueles que, por força de lei, não se permitiriam a alienação.

Ora, a renúncia somente é possível em relação aos bens que compõe o patrimônio disponível do sujeito de direitos.

Assim, para compreender se a aposentadoria é um bem irrenunciável, cumpre-se aferir se é possível enquadrá-la adequadamente em uma das hipóteses de bens *fora do comércio*, para manter, aqui, a expressão do Código. Como dito, reprise-se que os bens

fora do comércio consistem nos *insuscetíveis de apropriação* e nos *legalmente inalienáveis*.

Os bens insuscetíveis de apropriação podem ser exemplificados como:

(...) os bens de uso inexaurível, p. ex.: o ar, o mar alto, a luz solar, porém a captação, por meio de aparelhagem, do atmosférico ou da água do mar para extrair certos elementos com o escopo de atender determinadas finalidades, pode ser objeto de comércio; e os direitos de personalidade, como à vida, à honra, à liberdade, ao nome, ao estado, à capacidade da pessoa natural ou jurídica.⁴

A aposentadoria não se encaixa nesses exemplos e, portanto, não poderia ser considerada um bem insuscetível de apropriação: não é um bem inexaurível e não condiz com os direitos de personalidade.

Logo, somente poderia se falar que a aposentadoria é indisponível se a *legislação* a considerasse explicitamente como tal, pois, aí, seria um bem *legalmente inalienável*.

Embora não se possa vender a aposentadoria para terceiros, eis que o direito à aposentadoria é restrito às condições que devem ser preenchidas apenas pelo titular, a lei não veda explicitamente que o aposentado renuncie a esse direito.

Portanto, esse entendimento, que vem sendo admitido pela jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, permite a conclusão de que uma coisa é o ato concessivo do benefício, cuja natureza de ato administrativo regrado e vinculado à lei é inegável; outra é o direito subjetivo que o aposentado tem, direito esse que é disponível pelo titular, pois a aposentadoria faz parte de seu *patrimônio disponível*.

Assim, se somente a previsão explícita

3 MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da seguridade social: direito previdenciário, infortunistica, assistência social e saúde*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 262.

4 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 166.

em lei poderia considerar *irrenunciável* a aposentadoria, não havendo vedação constitucional ou legal, o direito à inatividade é renunciável, podendo o segurado pleitear a sua desaposentação, especialmente por ser a aposentadoria direito disponível, de nítida natureza patrimonial.

A respeito do tema, há precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a aposentadoria é direito patrimonial disponível, sendo, portanto, passível de renúncia (AGRESP nº 497683/PE, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, j. 17/06/2003, DJ 04/08/2003, p. 398). Como se vê, essa foi a conclusão adotada pela Eminente Desembargadora, em respeito à força dos precedentes daquela Corte Superior:

Assim sendo, entendo prudente curvar-me ao entendimento de meus pares na 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, o segurado pode renunciar a aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, com a utilização de todo o seu tempo de contribuição.

Não se ignora que o artigo 181-B do regulamento da Previdência Social explicitamente *proíbe* a renúncia aos benefícios de aposentadoria.

Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. (artigo acrescentado pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/1999)

Decerto, não pode um decreto, ato normativo secundário, criar uma proibição não

prevista em lei. Nos termos do artigo 5º, II, da Constituição, somente os atos normativos primários (leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias e emendas constitucionais) podem estabelecer novos direitos, novos deveres e novas obrigações, porque derivam diretamente da Constituição; isto é, somente esses atos que podem *innovar o ordenamento jurídico*. Os decretos e regulamentos têm por escopo apenas regulamentar os atos normativos primários e, assim, *não inovam o ordenamento jurídico*.

Portanto, o artigo 181-B do Regulamento da Previdência Social é inválido, pois ultrapassou a atribuição meramente regulamentar de um ato dessa natureza.

Logo, conclui-se ser possível juridicamente a desaposentação.

Devolução dos valores recebidos da aposentadoria?

No entanto, admitido o direito à desaposentação, os valores já recebidos a título da aposentadoria renunciada devem ser devolvidos aos cofres públicos?

A resposta a esta questão exige algumas considerações. Embora não se possa descartar a hipótese de simples renúncia à aposentadoria sem visar à concessão de um novo benefício; *na prática*, a desaposentação não se limita apenas à renúncia. Envolve, também, a concessão de outro benefício em substituição ao renunciado, com a consideração dos salários-de-contribuição posteriores à inatividade.

Então, a desaposentação com a finalidade de obter uma nova aposentadoria mais vantajosa causaria prejuízo aos cofres públicos? A resposta é *negativa*. Não há prejuízo algum.

Não se ignora que a Constituição Federal estabelece um sistema de Previdência Social de caráter contributivo. Nesse sistema, há de se observar sempre critérios que preservem

o equilíbrio financeiro e atuarial, na dicção do artigo 201 da Constituição Federal, na versão da Emenda Constitucional nº 20/98. Entretanto, a desaposentação não representa desequilíbrio atuarial ou financeiro ao sistema previdenciário. Ora, as contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício, embora impositivas no regime geral por força do disposto no artigo 11, § 3º, da Lei nº 8.213/91, são atuarialmente imprevisas e não foram levadas em conta quando da concessão da primeira aposentadoria.

Art. 11. (...)

§ 3º. O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social. (incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

Não se ignora, também, que o fundamento da exigência de contribuições no retorno à atividade pelo aposentado reside no princípio da *solidariedade social*.

A *solidariedade* ou *solidarismo* é princípio diretor que ocupa o mais elevado grau de importância na seguridade social, derivado da própria natureza do direito social, cujo conceito se encontra vazado na cooperação de toda a sociedade na promoção e financiamento de ações que visem cobrir necessidades sociais (arts. 194, *caput*, e 195 da CF). Garante-se a proteção dos menos favorecidos com suporte nos recursos alocados por toda a sociedade para o sistema.⁵

Porém, a nova aposentadoria é custeada pelas contribuições anteriores ao benefício

renunciado e, também, custeada pelas contribuições posteriores, ainda que recolhidas sob o fundamento da solidariedade. Assim, a nova aposentadoria tem prévio custeio e, portanto, não gera desequilíbrio financeiro ao sistema previdenciário.

Ainda que o benefício visado seja de outro regime previdenciário, como no caso do regime próprio dos servidores públicos, não há também que se falar de prejuízo atuarial ao regime originário. É cediço que o disposto no artigo 201, § 9º, da Constituição (na versão da EC nº 20/98), assegura a contagem recíproca do tempo de contribuição em regimes diversos, devendo os aludidos regimes se compensar financeiramente na forma da lei.

Assim, todos os servidores que contribuíram parte da sua vida laboral para o RPPS [Regime Próprio de Previdência Social] e parte para o RGPS [Regime Geral de Previdência Social] poderão se aposentar em qualquer um deles (naquele no qual esteja vinculado no momento da aposentadoria) sem causar prejuízo ao outro. De forma que o regime que pagar o benefício receberá o valor das contribuições que foram pagas para o outro regime proporcionalmente ao tempo contribuído.⁶

Mesmo assim, não se visualiza prejuízo financeiro ao regime que deve compensar o regime instituidor do novo benefício. A compensação financeira exigida pela Constituição não significa o repasse de contribuições ou seguro do regime previdenciário de origem. A lei (art. 4º da Lei nº 9.796/99) estabelece a compensação financeira, pelo pagamento do regime de origem ao instituidor da nova aposentadoria, de um valor baseado no cálculo da *menor renda mensal inicial* calculada pelas normas do regime geral ou do regime próprio, com a manutenção, no regime de origem, das contribuições a esse vertidas.

5 MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da seguridade social: direito previdenciário, infortunistica, assistência social e saúde*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 27.

6 SPECHOTO, Karina. *Dos regimes próprios de previdência social*. São Paulo: LTr, 2010, p. 94.

Art. 4º. Cada regime próprio de previdência de servidor público tem direito, como regime instituidor, de receber do Regime Geral de Previdência Social, enquanto regime de origem, compensação financeira, observado o disposto neste artigo.

§ 1º. O regime instituidor deve apresentar ao Regime Geral de Previdência Social, além das normas que o regem, os seguintes dados referentes a cada benefício concedido com cômputo de tempo de contribuição no âmbito do Regime Geral de Previdência Social:

I - identificação do servidor público e, se for o caso, de seu dependente;

II - o valor dos proventos da aposentadoria ou pensão dela decorrente e a data de início do benefício;

III - o tempo de serviço total do servidor e o correspondente ao tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social.

§ 2º. Com base nas informações referidas no parágrafo anterior, o Regime Geral de Previdência Social calculará qual seria a renda mensal inicial daquele benefício segundo as normas do Regime Geral de Previdência Social.

§ 3º. A compensação financeira devida pelo Regime Geral de Previdência Social, relativa ao primeiro mês de competência do benefício, será calculada com base no valor do benefício pago pelo regime instituidor ou na renda mensal do benefício calculada na forma do parágrafo anterior, o que for menor.

§ 4º. O valor da compensação financeira mencionada no parágrafo anterior corresponde à multiplicação do montante ali especificado pelo percentual correspondente ao tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social no tempo de serviço total do servidor público.

§ 5º. O valor da compensação financeira devida pelo Regime Geral de Previdência Social será reajustado nas mesmas datas e pelos mesmos índices de reajustamento dos benefícios da Previdência Social, mesmo que tenha prevalecido, no primeiro mês, o valor do benefício pago pelo regime instituidor.

Expressivo exemplo é trazido pela doutrina (*sic*):

Conforme dispõe esse dispositivo legal, o regime instituidor deve apresentar à Previdência Social o valor dos proventos da aposentadoria ou pensão dela decorrente e o tempo de serviço total do servidor, com destaque relativo ao tempo de contribuição ao RGPS, dentre outras informações (§ 1º do art. 4º). Com tais dados, o INSS calculará qual seria a renda mensal inicial de tal benefício, segundo as normas do RGPS (§ 2º do art. 4º). Com isso, encontrar-se-á a base de cálculo da compensação financeira, relativa ao primeiro mês de competência do benefício, que corresponderá ao valor do benefício pago pelo regime instituidor ou à renda mensal do benefício apurada de acordo com as normas do RGPS, adotando-se sempre o que for menor (§ 3º do art. 4º). Identificada a base de cálculo, o valor da compensação financeira será apurado com a multiplicação da base de cálculo pelo percentual a que corresponde o tempo de contribuição ao RGPS no tempo de serviço total do servidor público (§ 4º do art. 4º), ou seja, se a soma total do tempo de serviço corresponde a 47 anos e o tempo de serviço pelo RGPS corresponde a 32 anos e 7 meses, realizar-se-á regra de três simples e se encontrará o percentual de 69,57%, que corresponde ao tempo de serviço pelo RGPS, percentual esse que deverá ser multiplicado pela base de cálculo, sendo que o valor da compensação financeira será reajustado nas mesmas datas e pelos mesmos índices de reajustamento dos benefícios da previdência social, mesmo que tenha prevalecido, no primeiro mês, o valor do benefício pago pelo regime instituidor (§ 5º do art. 4º).⁷

Logo, a desaposentação em um regime para a concessão de uma nova aposentadoria

7 MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da seguridade social: direito previdenciário, infortunistica, assistência social e saúde*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 263-264.

em outro regime não causa qualquer prejuízo financeiro ao regime previdenciário que deve compensar o outro, pois, se não houvesse a renúncia da aposentadoria, o regime de origem teria que pagar a manutenção do benefício. Há, assim, previsão atuarial do gasto da aposentadoria que é substituído pela compensação ao regime previdenciário que passa a conceder o novo benefício.

Bem por isso, na jurisprudência ora comentada, seguindo a linha de entendimento atual do Colendo Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se que *não há necessidade de devolução das prestações recebidas, independentemente do regime previdenciário objetivado*.

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)

Confira-se entendimento daquela Colenda Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA PENDENTE DE JULGAMENTO NO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. DESAPOSENTAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE.

1. A pendência de julgamento, no Supremo Tribunal Federal, não enseja o

sobrestamento dos recursos que tramitam no Superior Tribunal de Justiça.

2. Está sedimentada neste Tribunal Superior a tese da desnecessidade de o segurado devolver os valores recebidos a título de aposentadoria como consequência da renúncia a esta para utilizar posterior tempo de contribuição para futura concessão de benefício da mesma natureza.

3. Com a ressalva de meu entendimento, esposado pormenorizadamente nos Agravos Regimentais nos Recursos

Especiais 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS (sessão de 27.6.2012 da Segunda Turma), curvou-me à jurisprudência consolidada na Terceira Seção do STJ acerca do tema ora em debate, que posteriormente foi adotada pela Segunda Turma.

4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp nº 1324196/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 16/08/2012, DJe 24/08/2012)

O raciocínio adotado nesses julgados funda-se em duas premissas identificáveis: (i) o benefício era devido até a renúncia e (ii) a verba é de caráter alimentar.

Decerto, há copiosa jurisprudência sobre a natureza alimentar dos benefícios previdenciários. Por conta da natureza alimentar do benefício, já se decidiu a respeito da desnecessidade de devolução de valores recebidos de boa-fé, apesar de o benefício ter sido concedido de forma *indevida*.

“(…) não se trata de validade do pagamento da aposentadoria, do caráter alimentar do benefício ou da inexistência de desequilíbrio atuarial ou financeiro do sistema previdenciário; esses argumentos são todos verdadeiros. O que se depara é com uma vedação legal ao aproveitamento, no *regime geral de previdência*, das contribuições vertidas aos cofres previdenciários, após a jubilação.”

ANTECIPADA, POSTERIORMENTE MODIFICADA. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER ALIMENTAR.

1. A controvérsia estabelecida em tela está em saber se os valores percebidos pelo segurado, por força de tutela ante-

cipada posteriormente revogada, deveria ou não serem devolvidos aos cofres públicos.

2. “Esta Corte, de fato, perfilha entendimento no sentido da possibilidade de repetição de valores pagos pela Administração, por força de tutela judicial provisória, posteriormente reformada, em homenagem ao princípio jurídico basilar da vedação ao enriquecimento ilícito. Entretanto, tal posicionamento é mitigado nas hipóteses em que a discussão

envolva benefícios previdenciários, como no caso em apreço, tendo em vista o seu caráter de verba alimentar, o que inviabiliza a sua restituição.” (REsp 1.255.921/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.8.2011.) Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp nº 151.349/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, j. 22/05/2012, DJe 29/05/2012)

No caso da desaposentação, a devolução das prestações não se funda na ilegalidade da aposentadoria, ao contrário, a aposentadoria era devida, válida, o que houve foi a sua renúncia. Logo, se no caso de *pagamento indevido* e de boa-fé, há razoável consenso sobre a não necessidade de devolução por conta da natureza alimentar do benefício, com muito maior razão, se o pagamento *era devido*.

Portanto, não há, nesse entender, motivo para a restituição das parcelas pagas da aposentadoria, pois o valor era devido até

então e, ainda, possui natureza alimentar. Logo a renúncia da aposentadoria, para o fim de desaposentação, é, nesse raciocínio, com efeitos *ex nunc*.

Em contraponto a essa conclusão, tem-se a dizer que não se trata de validade do pagamento da aposentadoria, do caráter alimentar do benefício ou da inexistência de desequilíbrio atuarial ou financeiro do sistema previdenciário; esses argumentos são todos verdadeiros. O que se depara é com uma vedação legal ao aproveitamento, no *regime geral de previdência*, das contribuições vertidas aos cofres previdenciários, após a jubilação.

Nos termos da legislação previdenciária em vigor, as contribuições vertidas aos cofres previdenciários, após a aposentadoria, não justificam a concessão de novos benefícios, exceto o salário-família e a reabilitação profissional, quando empregado (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91).⁸

Assim, para contornar essa previsão legal, há de compreender a desaposentação como uma renúncia *ex tunc*; isto é, desde o início da concessão do benefício. O retorno da situação ao *status quo ante* não impõe ao beneficiário a vedação do artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, porquanto o segurado não estaria, para todos os efeitos de direito, aposentado, e, assim, as suas contribuições posteriores à primeira aposentadoria poderiam ser consideradas sem qualquer ressalva.

Neste entender, a renúncia sem a devolução dos valores recebidos, assim por dizer,

renúncia parcial (pois se circunscreve apenas à parte que interessa ao segurado), com efeitos *ex nunc*, seria uma forma de burla à revogação do *abono de permanência por tempo de serviço*, realizada pela Lei nº 8.870/94.

Diante do dispositivo legal mencionado, somente se pode cogitar do aproveitamento de contribuições previdenciárias recolhidas após a aposentadoria, para fins de obter novo benefício dessa natureza, se restaurada a situação existente antes do ingresso do segurado na inatividade. Para que isso ocorra, é indispen-

sável que o segurado, com a desaposentação, proceda à devolução dos valores recebidos durante o período em que permaneceu aposentado, sob pena de burla ao disposto no § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, pouco importando, no caso, que o regime financeiro previdenciário seja o da repartição simples.

Além disso, admitir-se a desaposentação para

posterior aposentadoria no mesmo regime, sem a restituição dos proventos recebidos, seria restaurar o extinto abono de permanência, de forma indireta e em condições muito melhores às outrora admitidas, o que se mostra flagrantemente contrário ao sistema previdenciário vigente.⁹

Portanto, se a desaposentação somente se justifica por não haver vedação em lei; por óbvio, não há que se falar do exercício desse direito se houver restrição legal.

A renúncia à aposentadoria é possível, pois não há vedação legal; como a lei estabe-

“(...) a renúncia sem a devolução dos valores recebidos, assim por dizer, renúncia parcial (pois se circunscreve apenas à parte que interessa ao segurado), com efeitos *ex nunc*, seria uma forma de burla à revogação do *abono de permanência por tempo de serviço*.”

8 Percebe-se que essa restrição legal não existe na desaposentação para aposentadoria em regime previdenciário diverso.

9 MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da seguridade social: direito previdenciário, infortunistica, assistência social e saúde*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 264-265.

lece o não aproveitamento das contribuições vertidas após a jubilação para fins de uma aposentadoria no *mesmo regime geral* (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91), a única possibilidade de contornar essa proibição é o desfazimento *integral* da primeira aposentadoria, o que implica a devolução dos valores já recebidos.

[...] a renúncia à aposentadoria concedida com base no RGPS, ainda que para obtenção de benefício semelhante no mesmo regime, não encontra vedação legal. Contudo, considerando a legislação previdenciária vigente, nova aposentadoria no mesmo regime somente se mostra viável se o interessado restituir os valores recebidos a título de proventos.¹⁰

Como já observado, o venerando acórdão ora comentado não caminhou por esse entendimento. Adotou o mesmo sentido da consolidação do tema no âmbito da jurisprudência do Colendo STJ; contudo, no campo doutrinário, é possível visualizar, ainda, controvérsias a respeito. Sem a pretensão de dar uma palavra final sobre o assunto, este texto é apenas uma singela contribuição ao debate, de modo a instigar o pensamento jurídico a respeito deste importante assunto que continua a visitar os pretórios do Brasil e, inclusive, é tema de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

Referências bibliográficas

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1986.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Brocardos jurídicos: as regras de Justiniano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da seguridade social: direito previdenciário, infortunistica, assistência social e saúde*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SPECHOTO, Karina. *Dos regimes próprios de previdência social*. São Paulo: LTr, 2010.

¹⁰ *Ibidem*, p. 264.



Ana Júlia Kachan

Advogada em São Paulo. Pós-graduada em Direito Processual Civil – Mackenzie. Pós graduada em Direito Previdenciário – Unisal. MBA em Direito Previdenciário – Unisal. Membro efetivo do Comitê Acidentário da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/SP. Relatora do Segundo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP. Professora de cursos jurídicos nas áreas previdenciária e acidentária: Legale Cursos Jurídicos e Curso FMB – Flávio Monteiro de Barros.

A possibilidade de renúncia à aposentadoria, com vistas à obtenção de novo benefício, mais vantajoso, com aproveitamento do tempo de contribuição posterior ao ato administrativo, sem restituição de proventos, é tema atual e relevante, que foi solucionado de forma absolutamente louvável pela Egrégia 10ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no julgamento do Agravo Legal em Apelação nº 0000369-04.2011.4.03.6106.

Naqueles autos, aposentado do Regime Geral de Previdência Social, que permaneceu em atividade após a aposentadoria, obteve o reconhecimento de seu direito à renúncia ao benefício percebido, para obtenção de outro, utilizando, no cálculo desta nova aposentadoria, as contribuições vertidas posteriormente ao sistema.

Essa r. decisão é de inquestionável importância jurídica e social, haja vista o hodierno conjunto normativo previdenciário.

De fato, conforme previsão expressa da legislação previdenciária em vigor, o aposen-

tado que permanece ou retorna ao mercado de trabalho, exercendo atividade sujeita ao sistema, é segurado obrigatório da Previdência Social, não fazendo jus, contudo, a qualquer contraprestação, exceto salário família e reabilitação profissional, quando empregado (art. 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91).

“Com extinção do pecúlio, (...) os valores destinados à Previdência Social pelo segurado que permanece ou retorna à atividade não lhe trariam qualquer benesse ou quase nenhuma. Sob esse prisma, a desaposentação constitui singular instrumento de justiça social.”

Com extinção do pecúlio pela Lei nº 9.032/95 – destinado a restituir ao segurado as contribuições vertidas após a aposentadoria – e em função do sistema de custeio adotar a repartição simples, os valores destinados à Previdência Social pelo segurado que permanece ou retorna à atividade não

lhe trariam qualquer benesse ou quase nenhuma.

Sob esse prisma, a desaposentação constitui singular instrumento de justiça social.

Acenando favoravelmente à tese – não obstante a questão permaneça em debate no Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral da matéria – o Ministro

Marco Aurélio, com muita propriedade, retrata a realidade dos segurados:

É triste, mas é isso mesmo: o trabalhador alcança a aposentadoria, mas não pode usufruir o ócio com dignidade, sem decesso no padrão de vida. Ele retorna à atividade e, o fazendo, torna-se segurado obrigatório. Ele está compelido por lei a contribuir, mas contribui para nada, ou melhor dizendo, para muito pouco: para fazer jus ao salário-família e à reabilitação. Esse é um caso importantíssimo, como da tribuna se anunciou, porque nós temos 500 mil segurados obrigatórios que retornaram à atividade e contribuem como se fossem trabalhadores que estivessem ingressando pela primeira vez na Previdência Social.¹

Na mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça, consolidou entendimento no sentido de ser plenamente possível a renúncia à aposentadoria com o objetivo de aproveitar o tempo de contribuição posterior para a obtenção de benefício mais vantajoso:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. APRECIACÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS EM ÂMBITO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (...)

4. Permanece incólume o entendimento firmado no decisório agravado, no

sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado poderá renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que tal renúncia não implica a devolução dos valores percebidos.

5. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp nº 1241805/SC, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 08/11/2011, DJe 21/11/2011)

O voto condutor do julgamento em comento, da lavra da Desembargadora Federal Lucia Ursaia, que, ressaltando seu posicionamento pessoal, no sentido da impossibilidade do desfazimento do ato administrativo, por ausência de previsão legal, curvou-se ao entendimento dominante, aborda os aspectos mais relevantes da matéria.

O primeiro aspecto que se revela essencial ao deslinde da questão diz respeito à diferença que há de se estabelecer entre desaposentação e pedido de revisão de aposentadoria. Desaposentação significa renúncia a benefício, “com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição”.² O pedido de revisão, de outra banda, cinge-se tão somente à apuração de eventual defeito e à consequente revisão do benefício concedido.

E justamente por não se tratar de revisão de benefício é que não se aplica o prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei nº 8.213/91, claro no sentido de ser de “10 (dez) anos o prazo decadencial de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para revisão do ato de concessão de benefício”, como bem decidido.

1 Suspensão julgamento sobre recálculo de benefício de aposentadas que voltaram a trabalhar. Notícias STF, Brasília, 16 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=161743>>. Acesso em: 25 out. 2012.

2 STJ, AgRg no REsp nº 1241805/SC, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 08/11/2011, DJe 21/11/2011.

No que diz respeito à possibilidade de renúncia, perfeito o entendimento de que se trata de direito patrimonial disponível, passível, portanto, de desfazimento.

A concessão de aposentadoria se materializa por meio de ato administrativo do Poder Público, no exercício de suas atribuições, após constatação de preenchimento dos requisitos previstos na legislação (Lei nº 8.213/91) para cada uma de suas espécies: tempo de contribuição, idade, invalidez e especial.

Como todo ato administrativo, o deferimento do benefício é um ato jurídico perfeito, que produz efeitos e que está resguardado contra alterações futuras, em observância à segurança jurídica.

Todavia, a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito, ao lado do direito adquirido e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), visa salvaguardar o seu titular de eventuais alterações legislativas.

Segurança jurídica, de modo algum, significa a imutabilidade das relações sobre as quais há a incidência da norma jurídica, mas, sim a garantia da preservação do direito, o qual pode ser objeto de renúncia por parte de seu titular em prol de situação mais benéfica.

Sem dúvida, o ato jurídico perfeito, à semelhança do direito adquirido, é uma garantia individual, mas a vedação constitucional à sua exclusão não impede o acerto de relações jurídicas no sentido da melhor adequação aos princípios fundamentais da Carta Magna pátria.³

Assim, a desaposentação – condicionada à obtenção de benefício que implique melhoria econômica – não viola o ato jurídico perfeito mas, ao contrário, aumenta o rol de direitos do segurado, em consonância com os princípios constitucionais de proteção ampla

aos direitos sociais.

Não há, de fato, previsão legal específica autorizadora da desaposentação. De outro lado, é igualmente certo que não há vedação. O Decreto nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social), em seu artigo 181–B, dispondo sobre a irrenunciabilidade e irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial, na condição de norma regulamentadora, extrapolou os limites a que está sujeito. A Constituição Federal, no artigo 5º, II, estabelece de maneira inquestionável que apenas a lei poderá criar, modificar ou restringir direitos.

Por certo, não de se levantar vozes defendendo a tese de que a desaposentação acarretaria inadmissível desequilíbrio atuarial à Previdência. Todavia, o argumento parece ter sido muito bem repellido pela Egrégia 10ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, segundo a qual:

Não merece acolhida o argumento de que a desaposentação representaria desequilíbrio atuarial ou financeiro ao sistema protetivo. Com efeito, as contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício são atuarialmente imprevistas e não foram levadas em conta quando da verificação dos requisitos de elegibilidade para a concessão da primeira aposentadoria. Continuando a contribuir para a Previdência Social após a jubilação, não subsiste vedação atuarial ou financeira à revisão do valor do benefício.

(TRF 3ª Região, Apelação/Reexame Necessário nº 0012772-02.2010.4.03.6183/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, j. 21/08/2012, e-DJF3 29.08.2012)

Superada a questão relativa à possibilidade de renúncia, e uma vez operado o instituto, questionar-se-ia a respeito da necessidade ou não de devolução das parcelas recebidas a título de benefício durante o período de gozo da aposentadoria desfeita.

3 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 49/50.

A mesma 10ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal vem reiteradamente manifestando entendimento no sentido de que da renúncia não decorre a obrigação de devolução de parcelas, em função do caráter alimentar do benefício previdenciário e da circunstância de que a aposentadoria era de fato devida no período em que gozada, como acertadamente se consagrou na decisão em comento.

De fato, a concessão da aposentadoria não estava eivada de qualquer vício ou irregularidade, não se justificando, assim, qualquer restituição. Anote-se, neste particular, que a Lei nº 8.112/90 prevê a “reversão”, que é a possibilidade de retorno do servidor público federal aposentado à atividade, hipótese em que não se exige devolução de parcelas, norma que se invoca analogicamente.

Sustenta ainda esse entendimento a discussão travada acerca do efeito que se deve atribuir à renúncia verificada. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça entendeu ser “*ex nunc* e não gera o dever de devolver valores, pois enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos”

(REsp nº 692.628/DF, Sexta Turma, Relator Ministro Nilson Naves, j. 17/05/2005, DJ 05/09/2005, p. 515).

Não se controverte, assim, sobre a desnecessidade de devolução dos proventos recebidos a título de aposentadoria renunciada.

Enfim, o acórdão da 10ª Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região resolveu acertadamente as questões nucleares e acessórias da demanda, posicionamento que será de grande valia para a discussão que se trava no Supremo Tribunal Federal.

Elogiável a postura adotada pela MMA. Desembargadora Relatora que, ressaltando sua respeitável convicção, curvou-se ao entendimento da Turma, “diante da hodierna homenagem rendida à força da jurisprudência na solução dos conflitos trazidos ao Poder Judiciário”.

Esse direcionamento atende aos anseios da população, esmagada com regras previdenciárias incompreensíveis aos leigos e impregnada do sentimento de inadequação da prestação efetivada pela Previdência Social, quase sempre insuficiente à garantia da dignidade daqueles vitimados pelas contingências sociais.

“(...) da renúncia não decorre a obrigação de devolução de parcelas, em função do caráter alimentar do benefício previdenciário e da circunstância de que a aposentadoria era de fato devida no período em que gozada, como acertadamente se consagrou na decisão em comento.”



Rafael Andrade de Margalho

Bacharel em Direito pela USP. Ingressou na Magistratura Federal em 24/09/1999. Atualmente é lotado na 2ª Vara-Gabinete do JEF/Campinas e Presidente do JEF/Campinas.

Aposentadoria insere-se no contexto dos direitos previdenciários ou sociais, que, prevista nos artigos 6º, 201 e 202 da Constituição Federal, destina-se à cobertura dos eventos invalidez e velhice, fundando-se na contributividade. Trata-se de modalidade de direito humano fundamental, estando a fundamentalidade desses direitos expressa

(...) pelo fato de que sem eles a pessoa humana não conseguiria viver plenamente a vida, ou nem mesmo conseguiria existir. A existência de direitos fundamentais, por sua vez, só é possível por meio do seu reconhecimento pelo Estado, que ao prevê-los também cria mecanismos para serem observados, e demarca um determinado perfil, expressando uma maneira de ser e de atuar.¹

Sendo a contributividade uma das condicionantes ao exercício dos direitos previdenciários, em especial no que tange à aposentadoria, tem-se presente caracterizado o tributo *taxa*, pois que sua cobrança obrigatória quando da realização do fato gerador (cf. art. 11 da Lei nº 8.213/91, sobre os segurados obrigatórios) está vinculada a uma contraprestação devida pelo Estado, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional.²

Desta feita o contribuinte-segurado mantém relação jurídica com a Previdência Social em que ao mesmo tempo é credor dos benefícios previdenciários e devedor da exação prevista no artigo 195, II, da Constituição Federal, combinado com os artigos 20 e 21 da Lei nº 8.212/91, *conforme se enquadre como segurado empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso (art. 20), bem como segurado contribuinte individual ou facultativo. A base de cálculo da contribuição devida pelo segurado denomina-se salário-de-contribuição, e será utilizada no cálculo do salário-de-benefício. Estabelecendo, ainda, a Lei nº 8.212/91, em seu artigo 12, § 4º, que o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por esse regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata essa lei para fins de custeio da Seguridade Social.*³

A *desaposentação* não dispõe de conceito positivado no ordenamento jurídico pátrio, mas decorre dos dispositivos legais e constitucionais que integram o sistema previdenciário, podendo ser entendida, ao que diz

Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”.

1 CEDENHO, Antonio Carlos. *Diretrizes constitucionais da assistência social*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 56/57.

2 “Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo

3 SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76/78.

com o presente escorço, como a

Renúncia a uma aposentadoria, já implementada, para aproveitamento do respectivo tempo de contribuição/serviço, inclusive do tempo de contribuição/serviço posterior, na perspectiva de obtenção de nova e melhor aposentadoria.⁴

A questão da desaposentação se põe na medida em que, apesar de vedada a contribuição previdenciária do aposentado ou pensionista (art. 1º, EC nº 20/98), o referido artigo 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 exige o tributo do aposentado que se mantém em atividade coberta pelo Regime Geral da Previdência Social ou a ela retorna.

Ora, tratando-se da incidência tributária de taxa, é imperiosa, isto é, trata-se de atividade vinculada, a inclusão das novas contribuições previdenciárias posteriores à aposentadoria para fins de cômputo no cálculo do salário-de-benefício (art. 28 e seguintes da Lei nº 8.213/91), de modo que, abrindo mão da aposentadoria menos vantajosa, o segurado, ao crescer na base de cálculo do novo benefício mais contribuições previdenciárias, fará jus à aposentadoria em melhores termos. Outra não pode ser a solução para a questão, já que como a contribuição previdenciária tem natureza jurídica de taxa, caso não se pudesse computá-la para a concessão de novo benefício (com

a renúncia ao anterior e aproveitamento do respectivo tempo de contribuição), ter-se-ia modalidade de exação indevida e ilegal, por não se amoldar aos ditames do já mencionado artigo 77 do Código Tributário Nacional, configurando-se, portanto, locupletamento indevido por parte da Previdência Social.

Quanto à possibilidade do segurado-contribuinte renunciar à aposentadoria percebida, temos que se trata de direito de caráter patrimonial, portanto, disponível, de modo que, se à Administração Pública somente

é dado fazer aquilo que a lei permite, não pode o segurado, na ausência de vedação legal, ser obrigado a permanecer aposentado, sendo a Previdência Social obrigada a acatar, nesse particular, a vontade unilateral do aposentado.

Outro ponto interessante na discussão da desaposentação refere-se à necessidade ou não de devolução dos valores percebidos em razão da aposentadoria renunciada.

Quando se tem em vista o recebimento de nova aposentadoria em outro regime de previdência, que não o Regime Geral da Previdência Social, tem se posicionado majoritariamente a jurisprudência no sentido de que o segurado não é obrigado a devolver os proventos recebidos para fins de aproveitar o tempo de contribuição/serviço no novo benefício, pois não há se falar em transferência dos recursos de custeio do regime de origem para o regime instituidor da aposentadoria para fins de contagem recíproca do tempo de contribuição, nos termos da Lei nº 9.796/99.

“(...) como a contribuição previdenciária tem natureza jurídica de taxa, caso não se pudesse computá-la para a concessão de novo benefício (com a renúncia ao anterior e aproveitamento do respectivo tempo de contribuição), ter-se-ia modalidade de exação indevida e ilegal, por não se amoldar aos ditames do já mencionado artigo 77 do Código Tributário Nacional, configurando-se, portanto, locupletamento indevido por parte da Previdência Social.”

4 SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 50/51.

Já quando a renúncia tem por finalidade a concessão de outro benefício no próprio Regime Geral da Previdência Social, tem-se, conforme ressaltado linhas acima, que o aposentado que continuar exercendo ou voltar a exercer atividade vinculada ao Regime Geral da Previdência Social, é sujeito passivo obrigatório de relação jurídica tributária, nos termos dos artigos 12, § 4º, 20 e 21, todos da Lei nº 8.212/91.

Assim, caso o aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social submetido à hipótese do artigo 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 não possa renunciar à primitiva aposentadoria, aproveitando o tempo de contribuição/serviço para, somando-se ao novo tempo de contribuição, perceber nova aposentadoria mais vantajosa, teria como contrapartidas possíveis ao pagamento da contribuição previdenciária o salário-família e a reabilitação profissional (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91), afrontando o princípio constitucional da isonomia.

Não bastasse isso, o direito de percepção do pecúlio assegurado ao aposentado que voltasse a trabalhar (art. 81, II, da Lei nº 8.213/91), correspondente às importâncias relativas às contribuições do segurado, referentes ao período posterior à aposentação, foi revogado pela Lei nº 8.870/94. Desta feita,

“(...) as contribuições previdenciárias incidem sobre cada fato gerador, configurando relação jurídico-tributária que se alonga no tempo, tem-se presente a cláusula *rebus sic stantibus*, devendo ser levadas em consideração as contribuições posteriores à aposentadoria primitiva para fins de obtenção de uma nova, mais vantajosa, mediante renúncia à anterior e aproveitamento de todo o tempo de contribuição/serviço.”

(...) uma vez retirado do trabalhador aposentado o direito ao pecúlio, bem como afastada a garantia aos mesmos direitos conferidos aos trabalhadores ainda não aposentados, entendo que não há que se falar em devolução dos proventos recebidos, pois, enquanto perdurou a aposentadoria renunciada, os pagamentos efetuados pelo Instituto Previdenciário, de caráter nitidamente alimentar, eram indiscutivelmente devi-

dos, já que advindos de um benefício implantado de forma legítima. Dessa forma, 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.

(TRF 3ª Região, AC nº 2012.61.83.001549-0/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, j. 11/09/2012, e-DJF3 19/09/2012)

Por fim, como as contribuições previdenciárias incidem sobre cada fato gerador, configurando relação jurídico-tributária que se alonga no tempo, tem-se presente a cláusula *rebus sic stantibus*, devendo ser levadas em consideração as contribuições posteriores à aposentadoria primitiva para fins de obtenção de uma nova, mais vantajosa, mediante renúncia à anterior e aproveitamento de todo o tempo de contribuição/serviço.



Jurisprudência

Direito Administrativo



APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0003858-33.1998.4.03.6000

(2008.03.99.048379-1)

Apelante: UNIÃO FEDERAL

Apelado: ZENILDO DE OLIVEIRA

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE

Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Classe do Processo: ApelReex 1357015

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/09/2012

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM RAZÃO DE OMISSÃO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL FERIDO EM SERVIÇO. ART. 37, § 6º, CF. NÃO FORNECIMENTO DE TREINAMENTO E EQUIPAMENTO DE SEGURANÇA ADEQUADOS. COMPROVAÇÃO. FATO LESIVO, DANOS E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. VALOR DAS INDENIZAÇÕES. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - O autor, policial rodoviário federal, pleiteia indenização por danos morais, estéticos e materiais, que, segundo alega, foram causados em razão de ter sido atingido por disparo de arma de fogo, desferido por indivíduo em relação ao qual procedia fiscalização durante seu plantão em posto policial rodoviário. Aduz que a responsabilidade da administração pública, no caso, é objetiva, uma vez que se omitiu ao não oferecer treinamento adequado e reciclagem à sua categoria profissional e por deixar de fornecer equipamentos de proteção individual como colete à prova de balas. Relata que, nesse contexto, ainda jovem, com 32 (trinta e dois) anos à data dos fatos, ficou paraplégico, com impotência sexual, dependente de sondas para realizar necessidades fisiológicas e com os membros inferiores atrofiados. Afirma que teve e mantém gastos com medicamentos.

II - Demonstrou-se a conduta omissiva da administração pública federal, consistente em deixar de fornecer treinamento adequado, reciclagem dos funcionários e equipamentos de segurança para o exercício da função de policial rodoviário, quando podia/devia proceder de modo diverso.

III - Restaram demonstrados os *danos morais e estéticos* consubstanciados respectivamente na perturbação de ordem psíquica e social e na deformidade física permanente sofridas em consequência do fato de ter sido alvejado por projétil de arma de fogo que atingiu sua coluna lombo-dorsal e o tornou paraplégico, com limitação em seus movimentos, em sua independência de deambulação, impotente sexualmente, com flacidez de membros inferiores, considerado inválido de forma permanente, conforme restou amplamente demonstrado nos autos por meio da prova testemunhal (fls. 277/282 e 286/291) e documental (fls. 22/193 e 231/261) produzida.

IV - Configurou-se o nexo causal, liame entre a conduta omissiva da ré e as lesões acarretadas, porquanto os danos moral e estético causados ao apelado decorreram da circunstância de ter sido atingido pelo projétil de arma de fogo quando estava no

exercício de sua profissão sem utilizar o equipamento de segurança que não lhe foi fornecido pela instituição, assim como sem possuir o treinamento adequado para a atividade que executava.

V - O montante fixado para a indenização deve ser mantido à vista da gravidade dos danos ocasionados ao apelado.

VI - À vista de que a decisão recorrida não fixou juros e correção monetária, consignese que essa deverá incidir a partir da condenação (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), a ser calculada na forma da Resolução nº 134 de 21.12.2010 do Conselho da Justiça Federal, que instituiu o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Os juros moratórios incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça) em 6% (seis por cento) ao ano, observado o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil/1916 até a entrada em vigor do novo Código, quando submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma, que, nos moldes de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, corresponde à taxa SELIC. A partir da vigência da Lei nº 11.960/2009, cujo artigo 5º deu nova redação ao 1º-F da Lei nº 9494/97, a atualização monetária será calculada de acordo com os *índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança*. Ressalve-se que a correção monetária não incide nos dois últimos períodos, pois é fator que já compõe as referidas taxas (REsp 1139997/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 23/02/2011; REsp 938.564/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 16/02/2011).

VII - Os honorários advocatícios devem ser mantidos conforme fixados na sentença - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) -, uma vez que estão de acordo com o disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

VIII - Apelação desprovida. Remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de agosto de 2012.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

Reexame necessário e apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de indenização do autor para condenar a União ao pagamento de danos morais e estéticos no valor de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais) e honorários advocatícios no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Sustenta-se que:

a) as circunstâncias dos autos demonstram que o autor agiu com negligência e contribuiu diretamente para o evento danoso, pois subestimou o risco que sofria ao interpelar sem qualquer precaução os indivíduos que o atacaram no posto policial;

b) o valor da condenação proporciona o enriquecimento sem causa do apelado e supera a justa reparação, uma vez que não se apresenta coerente com a sua condição sócioeconômica de servidor público federal aposentado com razoável padrão salarial.

Contrarrrazões do apelado às fls. 441/447, nas quais alega que a insurgência do recorrente contra o *quantum* fixado para a indenização é vaga e que no caso restou comprovado o dano moral e estético causado por culpa da União. Requer, também, a reforma da decisão a fim de que seja fixada a atualização do valor da indenização a partir da citação da ré, assim como a majoração dos honorários advocatícios para 15 ou 20% do montante da condenação.

Junte-se o relatório e encaminhe-se ao revisor.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE (Relator):

I - DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL

O autor, policial rodoviário federal, pleiteia indenização por danos morais, estéticos e materiais, que, segundo alega, foram causados em razão de ter sido atingido por disparo de arma de fogo, desferido por indivíduo em relação ao qual procedia fiscalização durante seu plantão em posto policial rodoviário. Aduz que a responsabilidade da administração pública, no caso, é objetiva, uma vez que se omitiu ao não oferecer treinamento adequado e reciclagem à sua categoria profissional e por deixar de fornecer equipamentos de proteção individual como colete à prova de balas. Relata que, nesse contexto, ainda jovem, com 32 (trinta e dois) anos à data dos fatos, ficou paraplégico, com impotência sexual, dependente de sondas para realizar necessidades fisiológicas e com os membros inferiores atrofiados. Afirma que teve e mantém gastos com medicamentos.

II - DA RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

A Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado o dever de indenizar os danos causados a terceiros por seus servidores, independentemente da prova do dolo ou culpa, *verbis*:

Art. 37 § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Tal norma firmou, em nosso sistema jurídico, o postulado da *responsabilidade civil objetiva* do poder público, sob a modalidade do risco administrativo. A doutrina é pacífica no que toca à sua aplicação em relação aos atos comissivos, contudo diverge em relação aos *atos omissivos*. Prevalece no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o referido princípio constitucional se refere tanto à ação quanto à omissão, o qual encontra apoio na doutrina de Hely Lopes Meirelles, dentre outros. Segundo esse autor:

Desde que a Administração defere ou possibilita ao servidor a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, *cobrando o risco da sua ação ou omissão*, é que assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.

(*Direito Administrativo Brasileiro*, 36ª atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 687)

Nesse sentido trago à colação os seguintes julgados das cortes superiores:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - INFECÇÃO POR CITOMEGALOVÍRUS - FATO DANOSO PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DA EXPOSIÇÃO DE SUA MÃE, QUANDO GESTANTE, A AGENTES INFECIOSOS, POR EFEITO DO DESEMPENHO, POR ELA, DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM HOSPITAL PÚBLICO, A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL - PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DE ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL - PARTO TARDIO - SÍNDROME DE WEST - DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESSARCIBILIDADE - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o “eventus damni” ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. - Servidora pública gestante, que, no desempenho de suas atividades laborais, foi exposta à contaminação pelo citomegalovírus, em decorrência de suas funções, que consistiam, essencialmente, no transporte de material potencialmente infecto-contagioso (sangue e urina de recém-nascidos). - Filho recém-nascido acometido da “Síndrome de West”, apresentando um quadro de paralisia cerebral, cegueira, tetraplegia, epilepsia e malformação encefálica, decorrente de infecção por citomegalovírus contraída por sua mãe, durante o período de gestação, no exercício de suas atribuições no berçário de hospital público. - Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido.

(STF, RE 495740 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/04/2008, DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-07 PP-01432 RTJ VOL-00214 - PP-00516)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE

INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA FEDERAL. FALTA DE SINALIZAÇÃO. ART. 37, § 6º, CF/88. NEXO CAUSAL. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Existência de nexo causal entre a omissão da autarquia e acidente que causou morte do marido e filhos da autora. Precedentes. 2. Incidência da Súmula STF 279 para afastar a alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva do Estado. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravamento regimental improvido. (STF, AI 693628 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-13 PP-02452 LEXSTF v. 32, nº 373, 2010, p. 91-96)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MATERIAIS. BURACO NA VIA. RODA ARRANCADA DO EIXO DO REBOQUE DO CAMINHÃO. CAPOTAMENTO DO VEÍCULO QUE TRAFEGAVA NA DIREÇÃO CONTRÁRIA. ARTIGO 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NEXO DE CAUSALIDADE. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional.

2. Controvérsia dirimida pelo C. Tribunal *a quo* à luz da Constituição Federal, razão pela qual revela-se insindicável a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial. Precedentes: REsp 889.651/RJ, DJ 30.08.2007; REsp nº 808.045/RJ, DJU de 27/03/2006; REsp nº 668.575/RJ, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJU de 19/09/2005.

3. *In casu*, restou assentado no acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, *verbis*: (...) Restou, pois, demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão do DNIT em não corrigir as falhas na pavimentação da rodovia na qual ocorreu o acidente, e os prejuízos causados ao veículo da Autora. Fica caracterizada no caso concreto, portanto, a responsabilidade civil objetiva da Autarquia, o que acarreta a obrigação de indenizar. Sobre a responsabilidade civil objetiva da Administração, dispõe o parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição Federal, “*verbis*”: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (grifei).

Estando, pois, presentes os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil objetiva, quais sejam: a omissão estatal (o DNIT não procedeu à conservação da rodovia); a ocorrência de danos materiais no veículo da Autora em consequência do acidente; e o nexo de causalidade entre o fato da omissão estatal e o dano, cabe ao DNIT o ônus de indenizar à Autora. (fls. 107 e 108).

4. A ausência de indicação da lei federal violada revela a deficiência das razões do Recurso Especial, fazendo incidir a Súmula 284 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

5. A admissão do Recurso Especial pela alínea “c” exige a comprovação do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas (Precedentes: AgRg no AG 394.723/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 19/11/2001; REsp 335.976/RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 12/11/2001).

6. Recurso especial não conhecido.

(STJ, REsp 1103840/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 07/05/2009)

Frise-se o ensinamento do Ministro Celso de Mello, expresso em precedentes da corte suprema de sua relatoria, como o citado, o qual sumariza de forma bastante didática os elementos caracterizadores desse dever do Estado de indenizar em razão de danos causados por seus agentes, *verbis*:

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Segundo a doutrina, para fazer jus ao ressarcimento em juízo, cabe à vítima provar o nexo causal entre o fato ofensivo, que segundo a orientação citada pode ser comissivo ou omissivo, e o dano, assim como o seu montante. De outro lado, o poder público somente se desobrigará se provar a culpa exclusiva do lesado.

III - DA CONDUTA OMISSIVA DANOSA

Restou comprovado que em 27.07.92, por volta das 19 horas, o autor foi atacado no posto policial rodoviário federal localizado na BR-163, à altura do km 382, por indivíduo que havia sido interceptado por ele na rodovia, para fins de fiscalização, conforme relata o processo administrativo disciplinar, de fls. 28/193, instaurado pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal - 3ª Superintendência/MS. A agressão consistiu em disparo de arma de fogo, desferido à “queima roupa” (laudo de fl. 135) pelas costas, o qual lhe causou lesões na medula e levou à paraplegia flácida, com diagnóstico de choque medular traumático (fls. 74 e 232/240). Como consequência foi aposentado por invalidez permanente decorrente de acidente de trabalho em 25.03.96 (fls. 22 e 255).

Demonstrou-se a conduta omissiva da administração pública federal, consistente em deixar de fornecer treinamento adequado, reciclagem dos funcionários e equipamentos de segurança para o exercício da função de policial rodoviário, quando podia/devia proceder de modo diverso. Quanto ao tema, a testemunha PEDRO CANTARIN, patrulheiro rodoviário federal, relatou (fls. 279/280):

(...) estava de serviço juntamente com o autor, no posto da polícia rodoviária federal denominado “21”, saída para São Paulo. O turno de trabalho era das 17 as 07h do dia seguinte. O fato ocorreu por volta das 18h. No posto só estavam trabalhando o depoente o autor. *O depoente e o autor ingressaram na Polícia Rodoviária Federal em 1979, após o curso de três meses na Academia da Polícia no 110 Distrito Rodoviário Federal, ainda em Cuiabá - MT. No período de 13 anos entre o ingresso na instituição e o evento que vitimou o autor nunca voltaram a academia para cursos de reciclagem ou treinamento. Em verdade, a instituição nunca ofereceu cursos de treinamento ou reciclagem para seus patrulheiros. Nunca houve treinamento de tiro ou físico. Quando algum policial fazia curso era por iniciativa própria.* Sobre o aparelhamento existente no posto rodoviário federal denominado “21”, local onde se deu o evento, esclarece que havia uma viatura Ford Belina. Quanto ao armamento, cada policial (o depoente e o autor) portava um revólver calibre 38 com 05 munições. Não havia munição de reserva. No posto havia ainda uma espingarda calibre 12, normal. Havia um rádio comunicação VHF. Não havia telefone no posto. Não usavam colete a prova de bala. Os patrulheiros não

usavam pistolas. Na verdade *somente a partir de 1995 é que a instituição adquiriu pistolas, coletes e a espingarda 12 de repetição*. Zemido era casado e tinha 04 filhos pequenos. Após o acidente separou-se da esposa. Zenildo era uma pessoa bastante dinâmica e ágil. Em razão do acidente que o deixou paraplégico, sua vida mudou completamente. (...) Na academia o curso de treinamento foi muito vago. Foram dadas apenas noções básicas sobre defesa pessoal e tiro. Lembra-se que cada aluno deve ter consumido o correspondente a apenas duas cargas de 38, ou seja, 12 tiros. Em 1994 houve o curso de formação de uma nova turma de patrulheiros, com apenas um mês de academia. Nesse período de exercício das funções, o depoente e por certo o autor passaram por inúmeras experiências de perigo, mas nenhuma delas chegou ao desfecho acontecido com relação ao autor Zenildo de Oliveira. Fizeram revistas pessoais nos elementos detidos a procura de armas. Havia uma arma pequena no bolso interno do casaco do Maurício, que depois foi utilizada contra o autor Zenildo. Esta arma não foi encontrada na revista feita. Não é procedimento normal o policial ficar de costa para o elemento suspeito. Não é procedimento normal dizer na frente do elemento suspeito que será chamado reforço policial. Esclarece que é normal se pedir o reforço policial. O fato aconteceu muito rápido e o depoente não chegou a refletir sobre se a situação havia ou não fugido ao controle. Quem realizava os procedimentos era Zenildo, já que o depoente permanecia do lado de fora, na pista ou no pátio. O depoente estava fiscalizando o veículo juntamente com o autor. O depoente permaneceu do lado de fora, mas, acompanhando os procedimentos realizados por Zenildo no interior do posto. A espingarda 12 estava no armário. Era início de turno. O depoente e o autor não empregaram suas armas pessoais porque foram pegos de surpresa. O depoente ainda trocou tiros com um dos marginais. (...)

A testemunha WOLNEY DE ALMEIDA LIMA, patrulheiro rodoviário federal, afirmou (fls. 281/282):

(...) ingressou na polícia rodoviária federal em 1979. Conhece o autor Zenildo de Oliveira e o patrulheiro Pedro Cantarin, que também ingressaram na instituição no mesmo ano de 1979. Quando ocorreu o fato que vitimou o autor Zenildo de Oliveira, o depoente estava de férias. No mesmo dia foi convocado para ajudar nas buscas aos marginais. *No posto da polícia rodoviária federal denominado “21”, saída para S. Paulo, só estavam de serviço no dia dos fatos o autor Zenildo de Oliveira e seu colega Pedro Cantarin*. Lembra-se que o fato ocorreu por volta das 18h. Tanto Zemldo de Oliveira quanto Pedro Cantarin foram baleados por dois elementos que haviam sido detidos momentos antes. *O depoente esclarece que fizeram academia de polícia durante 03 a 04 meses. Não se recorda se o autor também participou do curso na academia. O curso foi feito no Exército, em Cuiabá-MT. Houve treinamento de tiro e de defesa pessoal. No período de 13 anos entre o ingresso na instituição e o evento que vitimou o autor os patrulheiros não mais voltaram à academia para cursos de reciclagem ou treinamento. Fizeram cursos à distância, mas sobre trânsito. Nunca fizeram treinamento físico ou de tiro. Ao que se recorda no Posto 21 havia uma ou duas viaturas. Zemido e Cantarin portavam revólver calibre 38, com carga da própria polícia. Não tinha munição de reserva. No posto não havia nenhuma outra arma. O equipamento de comunicação era um rádio VHF. Não havia nenhum outro tipo de equipamento de comunicação. Os patrulheiros não usavam coletes a prova de bala. Os patrulheiros não usavam pistola à época. Somente o depoente tinha uma pistola calibre 9 mm. Há dois anos atrás a instituição adquiriu pistolas para os patrulheiros e também coletes a prova de bala. Zenildo era casado, tem 05 ou 06 filhos. Após o acidente separou-se da esposa. Está aposentado por invalidez. (...) Na academia não foi ensinado ao aluno e depois patrulheiro da polícia rodoviária federal como proceder em relação a repressão aos elementos criminais. (...)*

Note-se que, de acordo com os depoentes, à época dos fatos, o poder público não fornecia colete à prova de balas aos policiais rodoviários federais, equipamento que passou a ser oferecido somente a partir de 1995, o que demonstra que realmente é necessário para assegurar a integridade física desses profissionais. De outro lado, revelou-se também que a segurança em geral do posto policial rodoviário era precária, pois no momento do fato havia somente o autor e outro policial de plantão, com apenas uma viatura à disposição, não havia munição de reserva e nem mesmo linha telefônica, unicamente um rádio de comunicação VHF, bem como que o acusado passou por um treinamento de defesa pessoal e de tiro pelo período de aproximadamente 3 a 4 meses quando tomou posse no cargo em 1979 e que após não lhe foi oferecido curso de reciclagem. Nesse ponto, destaque-se trecho do depoimento da testemunha Pedro Canatarin, no qual afirma: *não é procedimento normal o policial ficar de costa para o elemento suspeito. Não é procedimento normal dizer na frente do elemento suspeito que será chamado reforço policial. Esclarece que é normal se pedir o reforço policial.* Da assertiva, constata-se o despreparo do autor para o exercício do cargo que ocupava. Desse modo, evidencia-se que os policiais rodoviários federais tinham como função a interpelação de condutores de veículos, contudo não dispuseram de treinamento/orientação para o exercício dessa atividade.

IV - DO DANO MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO

A decisão recorrida entendeu comprovado o dano moral e o estético. O autor também pleiteou indenização por danos materiais, os quais não foram concedidos na sentença, no entanto a matéria não foi devolvida ao tribunal, pois deixou de recorrer.

Restaram demonstrados os *danos morais e estéticos* consubstanciados respectivamente na perturbação de ordem psíquica e social e na deformidade física permanente sofridas em consequência do fato de ter sido alvejado por projétil de arma de fogo que atingiu sua coluna lombo-dorsal e o tornou paraplégico, com limitação em seus movimentos, em sua independência de deambulação, impotente sexualmente, com flacidez de membros inferiores, considerado inválido de forma permanente, conforme restou amplamente demonstrado nos autos por meio da prova testemunhal (fls. 277/282 e 286/291) e documental (fls. 22/193 e 231/261) produzida. É certo que tamanho trauma causou ao recorrido sério abalo psicológico, social e na sua integridade física, tanto é assim que o recurso não questiona esse fato.

V - DO NEXO CAUSAL

Configurou-se o nexo causal, liame entre a conduta omissiva da ré e as lesões acarretadas, porquanto os danos moral e estético causados ao apelado decorreram da circunstância de ter sido atingido pelo projétil de arma de fogo quando estava no exercício de sua profissão sem utilizar o equipamento de segurança que não lhe foi fornecido pela instituição, assim como sem possuir o treinamento adequado para a atividade que executava. Ademais, o ente estatal não provou causa excludente de responsabilidade e se cingiu a alegar que o apelado teria agido com negligência na interpelação do autor do disparo. Assim, é de rigor a reparação dos prejuízos causados ao apelado.

VI - VALOR DA INDENIZAÇÃO

Quanto ao valor da indenização por danos morais e estéticos, o *decisum* consignou:

Considerando as circunstâncias do acidente e o nível sócio-econômico do autor, bem como o caráter de solidariedade e exemplariedade de que deve estar revestida a indenização por danos morais, e, por fim, os danos estéticos advindos ao autor, tenho como razoável a fixação da

indenização em R\$ 114.000,00 (cento e quatorze mil reais), o que equivale a 300 (trezentos) salários-mínimos, na atualidade. (fl. 423)

Constata-se que no dispositivo (fl. 424) constou equivocadamente a condenação no valor de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais). Assim, diante de evidente erro material, corrijo a decisão para que fique registrado no dispositivo o valor da condenação em R\$ 114.000,00 (cento e catorze mil reais) no lugar de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais).

Retificada a decisão, verifica-se que o montante fixado para a indenização deve ser mantido à vista da gravidade dos danos ocasionados ao apelado. O autor aos 32 anos, ainda bastante jovem, sofreu lesão na medula, que o incapacitou de forma permanente, e terá que conviver com uma série de limitações no decorrer de sua vida, o que certamente lhe tirou a tranquilidade e lhe provocou graves transtornos de ordem psicológica, estética e social. Diante desse quadro, penso que a indenização por danos morais e estéticos fixada em R\$ 114.000,00 (cento e catorze mil reais), o que correspondia a 300 (trezentos) salários mínimos na época da prolação da sentença, se demonstra adequado, na medida em que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e cumpre os critérios mencionados.

Advirta-se que de acordo com a jurisprudência pacificada no âmbito da corte superior:

É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.
(Súmula 387, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 01/09/2009)

VII - DOS CONSECUTÓRIOS LEGAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

À vista de que a decisão recorrida não fixou juros e correção monetária, consigne-se que essa deverá incidir a partir da condenação (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), a ser calculada na forma da Resolução nº 134 de 21.12.2010 do Conselho da Justiça Federal, que instituiu o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Os juros moratórios incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça) em 6% (seis por cento) ao ano, observado o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil/1916 até a entrada em vigor do novo Código, quando submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma, que, nos moldes de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, corresponde à taxa SELIC. A partir da vigência da Lei nº 11.960/2009, cujo artigo 5º deu nova redação ao 1º-F da Lei nº 9494/97, a atualização monetária será calculada de acordo com os *índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança*. Quanto à possibilidade de aplicação dessa norma aos processos em curso, decidiu a corte superior:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas “condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza”, quais sejam, “os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”.

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)

Ressalve-se que a correção monetária não incide nos dois últimos períodos, pois é fator que já compõe as referidas taxas (REsp 1139997/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 23/02/2011; REsp 938.564/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 16/02/2011).

No que toca à viabilidade da fixação por força da remessa oficial de juros e correção monetária a ser computada sobre a condenação, no caso de a sentença ser omissa quanto ao tema, confira-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO. ESGOTAMENTO DE VIAS ADMINISTRATIVAS. DESNECESSIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO-OCORRÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICE. IPC. JUROS DE MORA. AÇÃO AJUIZADA APÓS A EDIÇÃO DA MP 2.180-35/2001. 6% AO ANO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. A fixação, em remessa oficial, de correção monetária, porque constitui simples atualização da moeda, e de juros de mora, porque incluídos no pedido principal, nos termos do art. 293 do CPC, não implicam *reformatio in pejus*.

(...)

(REsp 764.560/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 01/08/2006, p. 529)

Os *honorários advocatícios* devem ser mantidos conforme fixados na sentença - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) -, uma vez que estão de acordo com o disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

VIII - DISPOSITIVO

Ante o exposto, *nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial* para corrigir a decisão de primeiro grau, a fim de que conste no dispositivo o valor da indenização em R\$ 114.000,00 (cento e catorze mil reais) no lugar de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais) e consignar que esse montante deve ser acrescido de correção monetária a partir da condenação (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), a ser calculada na forma da Resolução nº 134 de 21.12.2010 do Conselho da Justiça Federal, que instituiu o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, e juros moratórios a contar da data do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça) em 6% (seis por cento) ao ano, observado o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil/1916 até a entrada em vigor do novo Código, quando submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma, que, nos moldes de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, corresponde à taxa SELIC. A partir da vigência da Lei nº 11.960/2009, cujo artigo 5º deu nova redação ao 1º-F da Lei nº 9494/97, a atualização monetária será calculada de acordo com os *índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança*. A correção monetária não incide nesses dois últimos períodos, pois é fator que já compõe as referidas taxas.

Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE - Relator

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL

1007926-64.1998.4.03.6111

(2001.03.99.047670-6)

Parte Autora: PREFEITURA MUNICIPAL DE PIRAJU - SP

Partes Rés: VERATEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO TÊXTIL LTDA. E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MARÍLIA - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW

Classe do Processo: REO 736841

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/10/2012

EMENTA

MEDIDA CAUTELAR. REQUISITOS. *FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA*. AUSÊNCIA. DOAÇÃO. BEM PÚBLICO. ZONA INDUSTRIAL. ENCARGOS. CUMPRIMENTO. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE. PENHORA. POSSIBILIDADE.

1. São requisitos para a procedência da medida cautelar a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, consubstanciados, respectivamente, na plausibilidade do direito invocado e na irreversibilidade do dano provocado (TRF da 3ª Região, AC nº 00333234919964036100, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 30.05.12; AC nº 200061100004867, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 03.08.09; AC nº 199903990942861, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 03.03.09).

2. Em 31.01.86, com fundamento na legislação municipal vigente à época, foi efetivada a doação à empresa Veratex Indústria e Comércio Têxtil Ltda. de 5 (cinco) lotes de terrenos situados no então Distrito Industrial, por meio do Decreto nº 2.062/86 (fl. 23). Em 02.09.97, após se verificar que a empresa constava como ré em diversas ações judiciais e que havia descumprido o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei Municipal nº 1.133/81 ao suspender as suas atividades, bem como que os imóveis doados pela municipalidade haviam sido penhorados como garantia em execuções propostas pela União, foi editado o Decreto nº 3.357/97, que revogou o Decreto nº 2.062/86, determinando a “retrocessão dos imóveis” doados.

3. O Município de Piraju ingressou, então, com a ação nº 2004.03.99.025293-3 (referente aos Lotes nº 1, 2, 4 e 5) e com a ação nº 2002.03.99.013694-8 (referente ao Lote nº 3), nas quais pretende a retrocessão dos imóveis, sendo que, para evitar a realização de leilões dos bens, propôs a presente Ação Cautelar nº 2001.03.99.047670-6.

4. A legislação municipal estabeleceu como encargos ao donatário o início da construção de indústria ou fábrica dentro do prazo de 6 (seis) meses da data da escritura, e a conclusão dentro de 24 (vintes e quatro) meses, condicionado à execução de melhoramentos básicos pela municipalidade, bem como determinou que a destinação dos imóveis fosse voltada exclusivamente para atividades industriais ou fabris, sendo que sua alienação dependeria da manutenção de atividades da mesma natureza no local. Não há outra limitação temporal, de forma que, uma vez verificada a conclusão das obras, se dentro do prazo, e o regular exercício de atividade fabril ou industrial, ter-se-ia por cumpridos os encargos legais e consolidada a propriedade sobre os bens.

5. Infere-se dos documentos juntados pela própria autora (fls. 37/48 dos autos da ação ordinária nº 2004.03.99.025293-3) que a empresa deu cumprimento aos encargos

fixados pela legislação, pois efetuou a construção de seu estabelecimento industrial, dando início às atividades a que se comprometeu dentro do prazo legal (construção entre 6 meses e 24 meses após a escritura), fato que a municipalidade, aponte-se, não contesta. Pelo contrário, o fundamento do pedido de reversão é o fato de haver a empresa cessado suas atividades fabris ou industriais sem comunicar à Prefeitura e deixado de efetivar a alienação do imóvel no prazo e nas condições da lei, incidindo na conduta prevista no art. 8º e parágrafo único supracitados.

6. A Prefeitura não logrou, contudo, demonstrar quando a empresa deixou de realizar suas atividades fabris ou industriais no local, havendo informação apenas de que a primeira ação de falência foi distribuída em 27.07.93, de modo que é seguro concluir que a ré iniciou e manteve atividade entre os 24 meses após a escritura (23.04.86, cf. fls. 39/44) até aproximadamente o ano de 1993, atentado o fato de que a autora somente averiguou a situação de inatividade do empreendimento no ano de 1997.

7. A propriedade sobre os bens já havia se consolidado no patrimônio da empresa antes da edição do Decreto nº 3.357/97, que teve o intuito de revogar a doação, o que já não mais era possível, nos termos da própria Lei nº 1.133/81. A pretensão da autora, nesse sentido, implicaria na manutenção *ad infinitum* dos condicionamentos à doação dos bens, o que não é admissível.

8. Uma vez cumpridos os encargos da doação, o bem passou a responder pelas dívidas da empresa, tornando-se passível de constrição judicial em garantia de execução. Acresça-se que não medra a alegação de que eventual arrematante poderia dar destinação diversa ao imóvel que não a industrial, uma vez que a Lei nº 1.431/88 determinou que a área atendesse aos critérios estabelecidos pela Lei Estadual nº 5.597/87, a qual, ao estabelecer “normas e diretrizes para o zoneamento industrial no Estado de São Paulo”, autorizou os municípios a criar zonas destinadas exclusivamente às indústrias, como é o caso da Zona Industrial do Município de Piraju (art. 5º e art. 13 da Lei nº 2.257/98).

9. Reexame necessário 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 reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de outubro de 2012.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

Trata-se de reexame necessário da sentença de fls. 231/238, proferida em sede de medida cautelar, que julgou improcedente o pedido inicial, revogando a liminar concedida, e condenou a autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) para cada requerido.

A presente ação cautelar foi proposta com o fito de obter a suspensão de leilões designados para o mês de agosto de 1997, referentes a imóveis doados à empresa Veratex Indústria e Comércio Têxtil Ltda. e cuja propriedade pretende o Município de Piraju (SP) reaver por meio de ações ordinárias, uma vez que a referida empresa não teria cumprido os encargos fixados para a doação (fls. 02/18).

Foi concedida a liminar apenas para que não fosse expedida carta de arrematação (fls. 129/130).

É o relatório.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW (Relator):

A sentença não merece reforma. São requisitos para a procedência da medida cautelar a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, consubstanciados, respectivamente, na plausibilidade do direito invocado e na irreversibilidade do dano provocado (TRF da 3ª Região, AC nº 00333234919964036100, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 30.05.12; AC nº 200061100004867, Rel. Des. Fed. Ramza Tartuce, j. 03.08.09; AC nº 199903990942861, Rel. Des. Fed. Johonsom di Salvo, j. 03.03.09).

Em 31.01.86, com fundamento na legislação municipal vigente à época, foi efetivada a doação à empresa Veratex Indústria e Comércio Têxtil Ltda. de 5 (cinco) lotes de terrenos situados no então Distrito Industrial, por meio do Decreto nº 2.062/86 (fl. 23).

Em 02.09.97, após se verificar que a empresa constava como ré em diversas ações judiciais e que havia descumprido o disposto nos arts. 7º e 8º da Lei Municipal nº 1.133/81 ao suspender as suas atividades, bem como que os imóveis doados pela municipalidade haviam sido penhorados como garantia em execuções propostas pela União, foi editado o Decreto nº 3.357/97, que revogou o Decreto nº 2.062/86, determinando a “retrocessão dos imóveis” doados.

O Município de Piraju ingressou, então, com a ação nº 2004.03.99.025293-3 (referente aos Lotes nº 1, 2, 4 e 5) e com a ação nº 2002.03.99.013694-8 (referente ao Lote nº 3), nas quais pretende a retrocessão dos imóveis, sendo que, para evitar a realização de leilões dos bens, propôs a presente Ação Cautelar nº 2001.03.99.047670-6.

A Lei Municipal nº 1.133/81, com a redação que lhe deu a Lei nº 1.156/82, estabelecia o seguinte:

(...)

Art. 2º - Os lotes poderão ser doados às pessoas físicas e jurídicas que, através de requerimento devidamente fundamentado, manifestarem interesse em instalar indústria ou fábrica na área industrial.

(...)

Art. 5º - Não poderá o donatário dar destinação diversa ao lote da prevista nesta lei.

Art. 6º - A construção deverá ter início dentro de seis meses, da data da escritura e conclusão dentro de 24 (vintes e quatro) meses, somente podendo ser dilatado esse prazo quando se tratar de obra de vulto, mediante requerimento do interessado e parecer da assessoria técnica de engenharia da Prefeitura.

Art. 7º - Na hipótese do donatário não cumprir as disposições desta lei, o imóvel reverterá ao patrimônio municipal, assim como as construções ou materiais de construção existentes no lote, sem direito a qualquer indenização ou retenção.

Art. 8º - Se por qualquer motivo a indústria ou fábrica cessar suas atividades, o imóvel somente poderá ser alienado para fins industriais, na forma prevista nesta Lei após o donatário fazer as devidas comunicações à municipalidade, bem como o adquirente informar sobre o prosseguimento ou alteração da atividade fabril.

Parágrafo único - não efetivando a alienação dentro do prazo de 06 (seis) meses contados da paralisação, ou a não utilização do imóvel em atividade fabril ou industrial, cessarão as isenções previstas nesta lei.

Art. 9º - Para implantação do Distrito Industrial, fica o Poder Executivo autorizado a executar os serviços de terraplanagem, bem como dotar o local dos melhoramentos necessários, tais como: rede de água, esgotos, energia elétrica, guias, pavimentação, arborização e outros, cujos custos finais que onerarem o Poder Público serão repassados aos donatários a partir da doação e proporcionalmente à área do lote.

§ 1º - Para a instalação de indústria pioneira na área do Distrito Industrial, os prazos estabelecidos no Artigo 6º da Lei 1.133/81 ficam condicionados à execução pela municipalidade de melhoramentos básicos, consistentes na implantação da rede de água, energia elétrica e linha telefônica.

§ 2º - Recorrendo o Poder Público a estabelecimentos de crédito oficiais ou particulares para obtenção de recursos para execução dos melhoramentos, as despesas financeiras decorrentes dos financiamentos serão consideradas como custo dos melhoramentos executados e serão repassados aos donatários.

(...)

Art. 11 - Na escritura de doação deverá conter obrigatoriamente cláusula de retrocessão do imóvel à Prefeitura, no caso do donatário não cumprir as determinações desta lei.

(...)

Observa-se, portanto, que a legislação municipal estabeleceu como encargos ao donatário o início da construção de indústria ou fábrica dentro do prazo de 6 (seis) meses da data da escritura, e a conclusão dentro de 24 (vintes e quatro) meses, condicionado à execução de melhoramentos básicos pela municipalidade, bem como determinou que a destinação dos imóveis fosse voltada exclusivamente para atividades industriais ou fabris, sendo que sua alienação dependeria da manutenção de atividades da mesma natureza no local. Não há outra limitação temporal, de forma que, uma vez verificada a conclusão das obras, se dentro do prazo, e o regular exercício de atividade fabril ou industrial, ter-se-ia por cumpridos os encargos legais e consolidada a propriedade sobre os bens.

Infere-se dos documentos juntados pela própria autora (fls. 37/48 dos autos da ação ordinária nº 2004.03.99.025293-3) que a empresa deu cumprimento aos encargos fixados pela legislação, pois efetuou a construção de seu estabelecimento industrial, dando início às atividades a que se comprometeu dentro do prazo legal (construção entre 6 meses e 24 meses após a escritura), fato que a municipalidade, aponte-se, não contesta. Pelo contrário, o fundamento do pedido de reversão é o fato de haver a empresa cessado suas atividades fabris ou industriais sem comunicar à Prefeitura e deixado de efetivar a alienação do imóvel no prazo e nas condições da lei, incidindo na conduta prevista no art. 8º e parágrafo único supracitados.

Ocorre que a Prefeitura não logrou, contudo, demonstrar quando a empresa deixou de realizar suas atividades fabris ou industriais no local, havendo informação apenas de que a primeira ação de falência foi distribuída em 27.07.93, de modo que é seguro concluir que a ré

iniciou e manteve atividade entre os 24 meses após a escritura (23.04.86, cf. fls. 39/44) até aproximadamente o ano de 1993, atentado o fato de que a autora somente averiguou a situação de inatividade do empreendimento no ano de 1997.

Conclui-se, portanto, que a propriedade sobre os bens já havia se consolidado no patrimônio da empresa antes da edição do Decreto nº 3.357/97, que teve o intuito de revogar a doação, o que já não mais era possível, nos termos da própria Lei nº 1.133/81. A pretensão da autora, nesse sentido, implicaria na manutenção *ad infinitum* dos condicionamentos à doação dos bens, o que não é admissível. Tanto é assim que a Lei nº 2.257/98 do Município de Piraju, posterior à edição dos decretos de doação e de revogação dos quais se trata nos autos, passou a prever que “a doação será em definitivo após o prazo de 05 (cinco) anos de efetivo início das atividades”. Em outras palavras, expressamente vedou a possibilidade de a Prefeitura requerer a reversão dos bens a qualquer tempo, como pretende com relação aos imóveis objeto dos presentes feitos.

Do mesmo modo, a Lei nº 8.666/93, que passou a reger as doações de bens públicos a partir de sua vigência, expressamente determinou, em seu art. 17, § 4º, que do instrumento da doação com encargos devem constar, obrigatoriamente, “os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado”.

Assim, uma vez cumpridos os encargos da doação, o bem passou a responder pelas dívidas da empresa, tornando-se passível de constrição judicial em garantia de execução. Acresça-se que não medra a alegação de que eventual arrematante poderia dar destinação diversa ao imóvel que não a industrial, uma vez que a Lei nº 1.431/88 determinou que a área atendesse aos critérios estabelecidos pela Lei Estadual nº 5.597/87, a qual, ao estabelecer “normas e diretrizes para o zoneamento industrial no Estado de São Paulo”, autorizou os municípios a criar zonas destinadas exclusivamente às indústrias, como é o caso da Zona Industrial do Município de Piraju (art. 5º e art. 13 da Lei nº 2.257/98).

Ausente, portanto, o requisito da plausibilidade do direito invocado, de rigor a improcedência da medida cautelar, nos termos da sentença.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao reexame necessário.

É o voto.

Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0000385-28.2001.4.03.6002

(2001.60.02.000385-0)

Agravantes: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 1.329/1.333

Apelantes: INCOLUSTRE IND. E COM. DE LUSTRES LTDA. E INSTITUTO NACIONAL DE
COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

Apelados: OS MESMOS

Interessados: JOÃO ANTONIO VICENTIN E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI

Classe do Processo: AC 1503293

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/10/2012

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. INDENIZAÇÃO PELA TERRA NUA. PARÂMETROS.

1. A Constituição Federal assegura a justa indenização no caso de desapropriação (art. 5º, XXIV). Ainda na ocorrência de revelia, a justa indenização deve ser perseguida, sendo fundamental para tanto a prova pericial. Esta tem sido considerada prescindível apenas se houver expressa concordância do expropriado com o valor da oferta inicial. Ademais, nossa sistemática processual determina ao juiz que indique as provas necessárias à instrução do processo, inclusive de ofício (CPC, art. 130).

2. A indenização deve se dar com base na área efetivamente expropriada, ainda que a área registrada seja inferior. Nesse sentido, consolidou-se a jurisprudência do STJ.

3. O valor da indenização deve considerar avaliação específica do imóvel, feita *in loco* por perito competente, conjugando-se os elementos presentes no art. 12 da Lei nº 8.629/93. Assim, deve ser reformada a sentença nesse tocante, posto que contempla a realidade de outro imóvel - “Fazenda Tolardi”. Dessa forma, acolho os valores constantes do laudo elaborado pelo perito judicial quanto à avaliação da terra nua. As partes não se insurgiram quanto ao valor da indenização pelas benfeitorias.

4. O pagamento da indenização pela terra nua, no caso de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, é feito mediante títulos da dívida agrária, em razão de expressa determinação constitucional (CF, art. 184), devendo ser observados os prazos de resgate previstos no § 3º do art. 5º da Lei nº 8.629/93.

5. Aplica-se correção monetária sobre o valor indenizatório através de TDA, para resguardar o princípio da justa indenização prevista no art. 184 da CF. Segundo a jurisprudência do STJ, “é devida a correção monetária dos Títulos da Dívida Agrária - TDAs, inclusive quanto aos chamados ‘expurgos inflacionários’”, pois “raciocínio inverso implicaria em desvirtuamento da cláusula constitucional que garante a justa indenização” (REsp 597.552/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 25.10.2004).

6. A correção monetária é devida sobre o valor total da indenização, desde a data do laudo pericial (entendimento firmado pelo STJ) até a data do efetivo pagamento da

indenização. Portanto, já levantados 80% (oitenta por cento) do valor, deve incidir sobre eles até a data de seu levantamento, e sobre os 20% (vinte por cento) restantes até seu pagamento.

7. “O depósito prévio não inibe os juros compensatórios, porquanto visam implementar a perda antecipada da propriedade, salvo se houver coincidência entre o valor do depósito preliminar e o da sentença final. Assim, os juros compensatórios devem incidir sobre a diferença eventualmente apurada entre oitenta por cento (80%) do preço ofertado em juízo - percentual máximo passível de levantamento, nos termos do art. 33, § 2º, do Decreto-Lei 3.365/41 - e o valor do bem fixado na sentença, conforme decidido pela Corte Suprema no julgamento da aludida ADIn 2.332-2/DF, pois é essa a quantia que fica efetivamente indisponível para o expropriado.” (REsp 779.310/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23/09/2008).

8. O termo *a quo* da incidência é a imissão antecipada na posse, entendimento sumulado nos Tribunais Superiores: Súmula 164 do STF e Súmulas 69 e 113 do STJ.

9. Os juros moratórios devem incidir somente sobre o valor a ser pago em dinheiro, dado que os títulos da dívida agrária têm prazo de resgate próprio.

10. “Conforme prescreve o art. 15-B do Decreto-lei 3.365/41, introduzido pela Medida Provisória 1.997-34, de 13.01.2000, o termo inicial dos juros moratórios em desapropriações é o dia ‘1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição’. É o que está assentado na jurisprudência da 1ª Seção do STJ, em orientação compatível com a firmada pelo STF, inclusive por súmula vinculante (Enunciado 17).” (REsp nº 1.118.103 - SP, julgado nos termos do art. 543-C do CPC).

11. “Segundo jurisprudência assentada por ambas as Turmas da 1ª Seção, os juros compensatórios, em desapropriação, somente incidem até a data da expedição do precatório original. Tal entendimento está agora também confirmado pelo § 12 do art. 100 da CF, com a redação dada pela EC 62/09. Sendo assim, não ocorre, no atual quadro normativo, hipótese de cumulação de juros moratórios e juros compensatórios, eis que se tratam de encargos que incidem em períodos diferentes: os juros compensatórios têm incidência até a data da expedição de precatório, enquanto que os moratórios somente incidirão se o precatório expedido não for pago no prazo constitucional.” (REsp nº 1.118.103 - SP, julgado nos termos do art. 543-C do CPC).

12. No caso do valor da indenização ser fixado em preço superior ao oferecido pelo desapropriante, os honorários advocatícios devem ser arbitrados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil (DL nº 3.365/41, art. 27, § 1º).

13. As despesas judiciais, incluídas a remuneração do assistente técnico (CPC, art. 20, § 2º), e os honorários do perito constituem encargos do sucumbente, *in casu*, o expropriante (LC 76/93, art. 19).

14. Agravos legais providos. Apelações parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento aos agravos legais, para reconsiderar a decisão monocrática anteriormente proferida, e dar parcial provimento à apelação da expropriada, para fixar a indenização pela terra nua com

base nos valores apurados pelo perito judicial, devendo ser considerada a área efetivamente desapropriada, bem como para determinar o ressarcimento das despesas processuais pela expropriante, incluídos os honorários do assistente técnico, arbitrados no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); dar parcial provimento à apelação do expropriante, para reduzir o valor dos honorários advocatícios, fixando-os em 2% (dois por cento) sobre a diferença entre o valor da oferta e a indenização arbitrada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 15 de outubro de 2012.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Trata-se de agravos legais interpostos pelo INCRA e pelo Ministério Público Federal, em face da decisão de fls. 1.329/1.333, que, com fundamento no artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, aplicou a vedação legal imposta pelo art. 2º, § 6º da Lei 8.629/93, redação dada pela MP 2.027-38 de 05-05-2000, anulando a sentença e o decreto expropriatório, e determinando o retorno dos autos à vara de origem para transformação do feito em perdas e danos decorrente de ato de desapossamento administrativo.

Contra essa decisão o INCRA interpôs o agravo legal de fls. 1.336/1.345, ao qual foi negado provimento em julgamento proferido pela Egrégia Quinta Turma em 18/07/2011.

Embargos de declaração do INCRA às fls. 1.355/1.360, bem como do MPF às fls. 1.363/1.367. Em julgamento de 28/05/2012, a Turma, por maioria, deu provimento aos embargos de declaração do Ministério Público Federal para anular o julgamento proferido em 18/07/2011, deferindo-lhe vista dos autos logo após a decisão monocrática de fls. 1.329/1.333, restando prejudicados os embargos de declaração opostos pelo INCRA.

Aberta vista ao Ministério Público Federal, este interpôs o agravo legal de fls. 1.384/1.387.

Retorno dos autos à conclusão para novo julgamento do agravo legal do INCRA e do recurso do MPF.

Alega o INCRA, em suas razões de agravo legal (fls. 1.336/1.345):

a) “a ação de desapropriação, a despeito de estar lastreada no interesse público, não afasta a possibilidade de haver concordância do desapropriado - tanto é que esta encontra expressa previsão no art. 10 da Lei Complementar 76/93 - o que, com a devida vênia, descaracteriza o caráter da indisponibilidade impresso na r. decisão ora recorrida. Neste particular, (...) em diversas oportunidades (v. fls. 1062 e ss.) a expropriada manifestou intenção de celebrar acordo com a expropriante”;

b) há de prevalecer, portanto, no caso em tela, o princípio dispositivo contido no art. 128 do CPC, segundo o qual a iniciativa de alegação e de comprovação cabe às partes e a atividade do juiz fica limitada aos fatos controvertidos no processo. Não pode o juiz conhecer de matéria a respeito da qual a lei exige a iniciativa da parte;

c) a expropriada deixou de apresentar contestação e de impugnar tempestiva e especificamente os pontos do laudo de vistoria administrativa realizada no imóvel, o que faz reputar verdadeiros os fatos trazidos pelo autor, especialmente a conclusão técnica de improdutividade

do imóvel. Eventual alteração desta realidade do imóvel em razão da interferência de terceiros (“sem terras”) encontra-se atingida pelo efeito da revelia (CPC, art. 319);

d) conforme se extrai do art. 9º da LC 76/93, na ação de desapropriação somente é permitida discussão quanto ao preço, não em relação à produtividade do imóvel;

e) além da preclusão temporal sobre a produtividade do imóvel (contestação extemporânea), ocorreu a preclusão lógica, porquanto o expropriado requereu o levantamento de 80% do valor da indenização, providência incompatível com o pleito de improcedência;

f) a conversão da ação de desapropriação por interesse social em desapropriação indireta afronta o princípio da inércia, estabelecido no art. 2º do CPC, bem como implica em inversão dos pólos processuais, subvertendo a sistemática processual pátria. Assim, eventual indenização deve ser pleiteada em ação própria;

g) os atos relativos à desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, não podem ser anulados, haja vista que já foi editado o decreto federal, que deles é consequência;

h) a declaração de nulidade do decreto federal somente pode ser processada perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, *caput*, I, *d*).

O Ministério Público Federal, por sua vez, sustenta, em síntese, que a anulação da sentença não foi requerida nas apelações interpostas, que se limitaram a discutir o valor da indenização, de modo que a decisão monocrática proferida não se enquadra nas hipóteses do art. 557 do CPC (fls. 1.384/1.387).

É o relatório.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal LUIZ STEFANINI (Relator): Merecem provimento os agravos legais.

Verifico que a questão sobre a produtividade do imóvel restou preclusa ante a intempestividade da contestação apresentada, cabendo discussão apenas em relação ao valor da justa indenização.

A citação da expropriada se deu em 25/07/2001, data da juntada da respectiva carta precatória (fl. 117), certificando a citação da empresa na pessoa de seu representante legal em 06/06/2001 (fl. 120v). Tendo sido a contestação protocolada em 10/12/2001 (fl. 162), evidenciada está sua intempestividade, dado cuidar de prazo muito superior aos 15 (quinze) dias estabelecidos no art. 9º da Lei Complementar nº 76/93.

Outrossim, como bem observou o INCRA e a sentença recorrida, ocorreu a preclusão lógica, porquanto a expropriada requereu o levantamento de 80% do valor da indenização, providência incompatível com o pleito de improcedência, assim como as tentativas de acordo de iniciativa da própria expropriada quanto ao valor da indenização (cf. fls. 948/949, 1.062/1.078, 1.097/1.099).

Aliás, ressalto a postura incongruente da expropriada nestes autos. Somada à incompatibilidade, conforme exposto, da alegação de não-cabimento da desapropriação, por se tratar de grande propriedade produtiva, ao tempo em que pleiteava o levantamento da indenização,

concomitantemente ainda propôs ação anulatória do ato de venda e compra do imóvel (cf. fls. 357/360, 371/378, 940, 992), julgada improcedente (fls. 1.146, 1.148 e 1.162).

Ademais, dos pedidos das apelações, infere-se que a matéria devolvida a este juízo *ad quem* cinge-se ao valor da indenização e consectários.

Desta forma, superada a questão da expropriação do bem, passemos à análise do valor da indenização.

A sentença de fls. 1.184/1.195 julgou parcialmente procedente a desapropriação, declarando como expropriado e incorporado ao patrimônio do INCRA o imóvel rural denominado “Fazenda Rancho Loma”, condenando o INCRA a indenizar a expropriada, pela área do imóvel constante do registro imobiliário, a título de terra nua o valor de R\$ 1.873.854,40 (um milhão, oitocentos e setenta e três mil, oitocentos e cinquenta e quatro reais e quarenta centavos), pagos em TDAs com abatimento dos valores já levantados, e a título de benfeitorias no imóvel o valor de R\$ 453.673,58 (quatrocentos e cinquenta e três mil, seiscentos e setenta e três reais e cinquenta e oito centavos), a ser pago em dinheiro, sendo certo que este valor já foi objeto de depósito judicial, devendo incidir sobre o montante da indenização, nos termos do artigo 12, § 2º, da Lei Complementar nº 76/93, correção monetária a partir da data do Laudo de Vistoria e Avaliação realizado pelo INCRA (29.11.2000); juros moratórios, quanto à indenização em dinheiro, de 6% ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido feito; e juros compensatórios de 12% ao ano, desde a data da imissão na posse, a ser calculado sobre a diferença entre 80% do valor ofertado e o sobre o valor final total conferido à indenização na presente decisão. Condenou ainda a Autarquia ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), nos moldes do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, bem como ao reembolso dos honorários periciais fixados em R\$ 28.160,00 (vinte e oito mil, cento e sessenta reais), nos moldes do artigo 19 da Lei Complementar nº 76/93.

Apela a expropriada (fls. 1.220/1.237) pretendendo ver reformada a sentença no que diz respeito ao valor da indenização pela terra nua, sustentando que: a) o cálculo deve ser baseado na área real encontrada pelo INCRA e pelo senhor perito, e não na área constante do registro imobiliário; b) o valor por hectare deve ser o valor médio da tabela elaborada, emitida e divulgada pelo próprio INCRA, ou seja, VTN/H de R\$ 4.720,84 para aquela região. Alega, ainda, a aplicação de juros moratórios e compensatórios de forma composta e cumulativa, que devem incidir sobre a totalidade da indenização, terra nua mais benfeitorias, a partir da data da imissão do INCRA na posse; bem como que o pagamento deve ser em dinheiro e não em TDAs. Requer honorários advocatícios de 20% sobre a diferença entre a oferta e a condenação e o ressarcimento dos honorários assistenciais e das custas processuais de apelação.

Apela o INCRA (fls. 1.269/1.290), por sua vez, que, sendo a contestação intempestiva, deve ser desconsiderada a prova judicial, para ser fixada a indenização no valor da oferta inicial, tendo em vista que não impugnada, ou ao menos que seja reduzida, dada a forma equivocada de arbitramento do valor da terra nua pela instância *a quo*. Argui, ainda, a aplicação de correção monetária somente sobre a diferença entre os 80% e a indenização total, e que não incida sobre a parcela referente aos TDAs, que possuem correção por força de lei, configurando *bis in idem*. Requer, por fim, que os honorários advocatícios sejam fixados em 0,5% na mencionada diferença, nos termos do art. 27 do DL 3.365/41.

Revelia. Prova pericial. Justa indenização.

A Constituição Federal assegura a justa indenização no caso de desapropriação (art. 5º,

XXIV). Ainda na ocorrência de revelia, a justa indenização deve ser perseguida, sendo fundamental para tanto a prova pericial. Esta tem sido considerada prescindível apenas se houver expressa concordância do expropriado com o valor da oferta inicial. Ademais, nossa sistemática processual determina ao juiz que indique as provas necessárias à instrução do processo, inclusive de ofício (CPC, art. 130).

Nesse sentido, os precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. JUSTA INDENIZAÇÃO. PROVA PERICIAL. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

1. De acordo com os arts. 130 e 131 do CPC, o magistrado deve assegurar a produção das provas que considera necessárias à instrução do processo, de ofício ou a requerimento das partes, bem como apreciá-las livremente para a formação de seu convencimento.
2. O juiz pode determinar *ex officio* a realização da perícia técnica com vista à apuração da justa indenização constitucionalmente garantida.
3. Em se tratando de desapropriação, a prova pericial para a fixação do justo preço somente é dispensável quando há expressa concordância do expropriado com o valor da oferta inicial.
4. A revelia do desapropriado não implica aceitação tácita da oferta, não autorizando a dispensa da avaliação, conforme Súmula 118 do extinto Tribunal Federal de Recursos.
5. Agravo Regimental não provido.
(2ª Turma; AgRg no REsp 993680/SE; Rel. Min. Herman Benjamin; j. 19/02/2009; DJe 19/03/2009)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. OFERTA INICIAL NÃO CONTESTADA. DETERMINAÇÃO PARA ELABORAÇÃO DE LAUDO PERICIAL *EX OFFICIO*. POSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO FIXADA EM QUANTIA INFERIOR AO PREÇO INICIALMENTE OFERTADO. ADOÇÃO DO LAUDO OFICIAL. POSSIBILIDADE.

1. A ação de desapropriação dispensa a elaboração da prova pericial, quando houver acordo entre as partes, sendo certo que esta prescindibilidade deve ser analisada *cum granu salis*, porquanto a indenização deve buscar sempre o princípio constitucional da justa indenização (CF, art. 5º, XXIV).
2. A perícia na desapropriação para fins de reforma agrária deve obedecer os arts. 9º, § 1º, e 10, ambos da LC 76/93, cujo regramento impõe limites à prova pericial, restringindo-a aos pontos efetivamente impugnados do laudo de vistoria administrativa, ou, ainda, a dispensa da análise técnica na hipótese de acordo entre as partes acerca da indenização, *verbis*:
“Art. 9º - A contestação deve ser oferecida no prazo de quinze dias e versar matéria de interesse da defesa, excluída a apreciação quanto ao interesse social declarado.
§ 1º - Recebida a contestação, o juiz, se for o caso, determinará a realização de prova pericial, adstrita a pontos impugnados do laudo de vistoria administrativa, a que se refere o art. 5º, inciso IV e, simultaneamente: (grifou-se)

.....
Art. 10 - Havendo acordo sobre o preço, este será homologado por sentença.”

3. Malfere o princípio da justa indenização quando a oferta encontra-se *prima facie* evidente superior ao valor do imóvel, cabendo ao juiz, de ofício, requerer a produção da prova pericial, buscando uma prestação jurisdicional mais justa e equânime, máxime quando visa a tutela daquele mandamento constitucional. Inteligência dos arts. 129, 130 e 131, da lei adjetiva civil. Precedente: (Resp 780542/MT, DJ. 28.08.2006)
(...).

6. Ademais, a fixação do valor indenizatório em montante inferior à oferta inicial não constitui julgamento *extra petita*. Precedentes: (Resp 886258/DF, DJ 02.04.2007; Resp 780542/MT, 28.08.2006.

7. O prequestionamento é requisito essencial à apreciação do recurso especial. Ante à sua ausência, impõe-se a aplicação da Súmula 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(1ª Turma; REsp 886672/RO; Rel. Min. Luiz Fux; j. 25/09/2007; DJ 22/11/2007 p. 199)

PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO. PERÍCIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REVELIA. JUSTO PREÇO. ART. 23 DA LEI Nº 3.365/41.

1. Só nos casos em que não houver consentimento expresso do expropriado, quanto ao preço, será dispensada a realização da prova pericial para aferir-se o justo preço do bem objeto da expropriação.

2. Para que haja a justa indenização, mostra-se imperiosa a realização da perícia, mesmo que revel o expropriado. Não deve ser aplicada a regra geral do processo civil, com a decretação da revelia e confissão sobre a matéria fática, mas a regra especial encartada na Lei Geral das Desapropriações (art. 23 do DL 3.365/41) que preconiza a realização do exame pericial.

3. “Na ação expropriatória, a revelia do expropriado não implica em aceitação do valor da oferta e, por isso, não autoriza a dispensa da avaliação” (Súmula nº 118, do extinto TFR).

4. Recurso especial improvido.

(2ª Turma; REsp 686901/BA; Rel. Min. Castro Meira; j. 18/05/2006; DJ 30/05/2006 p. 140)

Terra nua. Valor.

Primeiramente, a indenização deve se dar com base na área efetivamente expropriada, ainda que a área registrada seja inferior. Nesse sentido, a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. ART. 12, § 2º, DA LC 76/1993. DATA DA PERÍCIA JUDICIAL DO IMÓVEL. DIVERGÊNCIA ENTRE A ÁREA MEDIDA E A REGISTRADA EM NOME DOS RECORRIDOS. RETENÇÃO DA INDENIZAÇÃO SOBRE A DIFERENÇA EM JUÍZO. (...)

6. É incontroverso que a área medida pelo perito e expropriada pelo Incra é muito superior àquela registrada em nome do expropriado. O experto mediu 1.324,6274 ha, menos, inclusive, que a área apurada pelo Incra (1.397,1864 ha), enquanto o registro imobiliário aponta apenas 814,5330 ha.

7. Considerando que o Poder Público expropriou efetivamente 1.324,6274 ha e que haverá de pagar por eles, é devida indenização relativa a toda essa área. Entretanto, é também certo que o pagamento sobre a diferença entre a área medida e a registrada deverá permanecer em juízo até que se saiba quem é o real proprietário, nos termos do art. 34, parágrafo único, do DL 3.365/1941.

8. Ressalte-se que, apesar do impacto orçamentário, não haverá dispêndio financeiro pela Fazenda em relação à diferença de área, já que a terra nua é indenizada em títulos que vencem em 20 anos (TDAs). Caso não se identifique proprietário privado, os títulos poderão ser revertidos para a União, conforme decisão do juízo competente.

9. Recurso Especial parcialmente provido.

(2ª Turma; REsp 1262837/BA; Rel. Min. Herman Benjamin; j. 13/09/2011; DJe 16/09/2011)

O valor da indenização deve considerar avaliação específica do imóvel, feita *in loco* por perito competente, conjugando-se os elementos presentes no art. 12 da Lei nº 8.629/93. Assim, deve ser reformada a sentença nesse tocante, posto que contempla a realidade de outro imóvel - “Fazenda Tolardi”.

Dessa forma, acolho os valores constantes do laudo elaborado pelo perito judicial quanto à avaliação da terra nua: R\$ 797,80 (setecentos e noventa e sete reais e oitenta centavos) VTN/ha (fl. 494).

As partes não se insurgiram quanto ao valor da indenização pelas benfeitorias.

TDAs.

O pagamento da indenização pela terra nua, no caso de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, é feito mediante títulos da dívida agrária, em razão de expressa determinação constitucional (CF, art. 184), devendo ser observados os prazos de resgate previstos no § 3º do art. 5º da Lei nº 8.629/93.

Correção monetária.

Incidência sobre o TDA.

Aplica-se correção monetária sobre o valor indenizatório através de TDA, para resguardar o princípio da justa indenização prevista no art. 184 da CF. Segundo a jurisprudência do STJ, “é devida a correção monetária dos Títulos da Dívida Agrária - TDAs, inclusive quanto aos chamados ‘expurgos inflacionários’”, pois “raciocínio inverso implicaria em desvirtuamento da cláusula constitucional que garante a justa indenização” (REsp 597.552/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 25.10.2004).

Incidência apenas sobre os 20% restantes.

A correção monetária é devida sobre o valor total da indenização, desde a data do laudo pericial (entendimento firmado pelo STJ) até a data do efetivo pagamento da indenização. Portanto, já levantados 80% (oitenta por cento) do valor, deve incidir sobre eles até a data de seu levantamento, e sobre os 20% (vinte por cento) restantes até seu pagamento.

Juros compensatórios.

O depósito prévio não inibe os juros compensatórios, porquanto visam implementar a perda antecipada da propriedade, salvo se houver coincidência entre o valor do depósito preliminar e o da sentença final. Assim, os juros compensatórios devem incidir sobre a diferença eventualmente apurada entre oitenta por cento (80%) do preço ofertado em juízo - percentual máximo passível de levantamento, nos termos do art. 33, § 2º, do Decreto-Lei 3.365/41 - e o valor do bem fixado na sentença, conforme decidido pela Corte Suprema no julgamento da aludida ADIn 2.332-2/DF, pois é essa a quantia que fica efetivamente indisponível para o expropriado. (REsp 779.310/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 23/09/2008)

O termo *a quo* da incidência é a imissão antecipada na posse, entendimento sumulado nos Tribunais Superiores:

Súmula 164 do STF: “No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência.”

Súmula 113 do STJ: “Os juros compensatórios, na desapropriação direta, incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente.”

Súmula 69 do STJ “Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel.”

Juros moratórios.

Devem incidir somente sobre o valor a ser pago em dinheiro, dado que os títulos da dívida agrária têm prazo de resgate próprio.

Conforme prescreve o art. 15-B do Decreto-lei 3.365/41, introduzido pela Medida Provisória 1.997-34, de 13.01.2000, o termo inicial dos juros moratórios em desapropriações é o dia “1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição”. É o que está assentado na jurisprudência da 1ª Seção do STJ, em orientação compatível com a firmada pelo STF, inclusive por súmula vinculante (Enunciado 17). (REsp nº 1.118.103 - SP, julgado nos termos do art. 543-C do CPC).

Os juros moratórios fluem a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ocorrer. Afasta-se a aplicação do disposto na Súmula 70/STJ às ações de desapropriação em curso com o advento do art. 15-B do Decreto-Lei 3.365/1941, incluído pela MP 1.577/1997, mesmo que iniciadas no período anterior. (REsp 1007301 - PB).

Cumulação de juros compensatórios e moratórios.

Segundo jurisprudência assentada por ambas as Turmas da 1ª Seção, os juros compensatórios, em desapropriação, somente incidem até a data da expedição do precatório original. Tal entendimento está agora também confirmado pelo § 12 do art. 100 da CF, com a redação dada pela EC 62/09. Sendo assim, não ocorre, no atual quadro normativo, hipótese de cumulação de juros moratórios e juros compensatórios, eis que se tratam de encargos que incidem em períodos diferentes: os juros compensatórios têm incidência até a data da expedição de precatório, enquanto que os moratórios somente incidirão se o precatório expedido não for pago no prazo constitucional. (REsp nº 1.118.103 - SP, julgado nos termos do art. 543-C do CPC).

Honorários advocatícios.

No caso do valor da indenização ser fixado em preço superior ao oferecido pelo desapropriante, os honorários advocatícios devem ser arbitrados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil (DL nº 3.365/41, art. 27, § 1º).

Nesse sentido, consolidou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C) do REsp nº 1.114.407 (j. 09/12/2009, DJe 18/12/2009):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE RAZÕES FUNDAMENTADAS NA ALÍNEA “B” DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO E DE CONTRADIÇÃO NO ARESTO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. REVISÃO DO VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LIMITES IMPOSTOS PELO ARTIGO 27 DO DECRETO-LEI 3.365/41. (...)

4. A jurisprudência sedimentada nas duas turmas da 1ª Seção é no sentido de que o valor dos honorários advocatícios em sede de desapropriação deve respeitar os limites impostos pelo artigo 27, § 1º, do Decreto-lei 3.365/41 - qual seja: entre 0,5% e 5% da diferença entre o valor proposto inicialmente pelo imóvel e a indenização imposta judicialmente;

5. Uma vez a sentença foi prolatada em momento posterior a edição da MP nº 1.577/97, a alíquota dos honorários advocatícios deve ser reduzida de 10% para 5%.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. Recurso sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

Assim, aplicadas as normas do § 3º do art. 20 do CPC, e tendo em vista a revelia e a postura incongruente adotada pela defesa da expropriada, conforme exposto, mas considerando-se também o tempo de duração da demanda, ação distribuída em 08/03/2001, fixo os honorários em 2% (dois por cento) sobre a diferença entre o valor da oferta e a indenização arbitrada nesta decisão (laudo pericial judicial).

Despesas judiciais. Honorários periciais.

As despesas judiciais, incluídas a remuneração do assistente técnico (CPC, art. 20, § 2º), e os honorários do perito constituem encargos do sucumbente, *in casu*, o expropriante (LC 76/93, art. 19):

PROCESSUAL CIVIL. SUCUMBÊNCIA. OMISSÃO. DESAPROPRIAÇÃO. DEPÓSITO INICIAL INFERIOR À CONDENAÇÃO. ÔNUS DOS EXPROPRIANTES.

1. Considerando que houve prequestionamento a respeito da matéria e adequada impugnação no Recurso Especial, cabe manifestação do STJ quanto aos ônus sucumbenciais reconhecidos pelas instâncias ordinárias.

2. Os expropriantes respondem pelos honorários de advogado e de assistente técnico da parte adversa quando o valor da condenação é superior àquele ofertado inicialmente, sendo irrelevante a realização do depósito complementar determinado pelo juiz de origem.

3. Embargos de Declaração acolhidos sem efeito infringente.

(STJ, EDcl no REsp 1204241/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 07/04/2001, DJe 25/04/2011)

Dessa forma, arbitro os honorários do assistente técnico da expropriada, a serem suportados pelo sucumbente, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Ante o exposto, *DOU PROVIMENTO aos agravos legais*, para reconsiderar a decisão monocrática anteriormente proferida, e *DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação da expropriada*, para fixar a indenização pela terra nua com base nos valores apurados pelo perito judicial, devendo ser considerada a área efetivamente desapropriada, bem como para determinar o ressarcimento das despesas processuais pela expropriante, incluídos os honorários do assistente técnico, arbitrados no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); *DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação do expropriante*, para reduzir o valor dos honorários advocatícios, fixando-os em 2% (dois por cento) sobre a diferença entre o valor da oferta e a indenização arbitrada.

É como voto.

Desembargador Federal LUIZ STEFANINI - Relator

- Sobre a indenização em casos de desapropriação para fins de reforma agrária, veja também os seguintes julgados: AC 1999.03.99.002719-8/SP, Relator Desembargador Federal André Nabarrete, publicada na RTRF3R 76/234 e ApelReex 0004570-52.2000.4.03.6000/MS, Relator Juiz Federal Heraldo Vitta, publicada na RTRF3R 108/31.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0016039-47.2004.4.03.6100

(2004.61.00.016039-3)

Agravantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Apelantes: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E UNIÃO FEDERAL

Apelados: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS - FENAPEF E SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CÍVIS FEDERAIS DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL NO ESTADO DE SÃO PAULO - SINDPOLF/SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 11ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO

Classe do Processo: AC 1430877

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/10/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES E AO REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL OBJETIVANDO A RESPONSABILIZAÇÃO DE ENTIDADES SINDICAIS POR DANOS PROVOCADOS POR GREVE DOS AGENTES DA POLÍCIA FEDERAL, ESCRIVÃES E PAPILOSCOPISTAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO REJEITADA. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO MPF COMO *CUSTUS LEGIS* QUANDO É AUTOR DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE GREVE. RECURSOS IMPROVIDOS.

1. Sendo o Ministério Público Federal o autor da ação civil pública, o princípio da unidade da instituição determina a não obrigatoriedade de intervenção como *custus legis*. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. A celeuma a respeito da necessidade de lei específica para o exercício do direito de greve pelo servidor público foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670/ES e 708/DF, quando a Corte decidiu pela aplicação das Leis nº 7.783/89 e 7.701/88 enquanto não for editada norma específica para os servidores públicos civis.

3. Sendo a greve um direito assegurado ao servidor público, evidente que o exercício regular deste direito, ou seja, o exercício sem abusos, não enseja a responsabilidade civil do servidor e da entidade sindical que o representa. Sim, pois o titular de um direito apenas comete ato ilícito quando pratica excessos no seu exercício (art. 187 do Código Civil, aplicável como regra geral de Direito).

4. Ora, ao contrário do que supõem os agravantes, toda greve é instrumento de pressão; a greve foi concebida para tal fim, quando falham as possibilidades de conversação entre o patronato - ainda que o patrão seja o Estado - e as empregados/funcionários. Assim, é da normalidade da greve que aconteça prejuízo na prestação dos serviços. Não há greve que não cause redução na prestação dos serviços, seu acúmulo de serviço e efeitos correlatos. O que caracteriza o abuso é a prática de atos destoantes da greve pacífica, tais como violência, constrangimentos, depredações, etc. Assim, o exercício

do direito de greve e suas consequências correlatas não podem ser confundidos, *a priori*, com o exercício abusivo do direito.

5. Os elementos dos autos atestam que realmente houve prejuízo na prestação de serviços de incumbência da Polícia Federal, implicando em filas em aeroportos, dificuldade para retirar passaportes, atraso nas investigações, comprometimento da segurança pública, etc, fatos que sem dúvida causam prejuízos para a coletividade, mas que não destoam do que é próprio de uma greve da categoria. De outro lado, o Ministério Público Federal e a União Federal não fizeram qualquer prova da superveniência de eventos que superassem os aborrecimentos individuais e coletivos do movimento paredista, menos ainda da ocorrência de algum dano material oriundo da ação dos grevistas.

6. De tudo o que consta dos autos - e deve-se recordar que o ônus da prova atinge quem alega - deduz-se que o movimento foi deflagrado de forma pacífica, sem violência, depredações ou dano patrimonial, visando apenas o atendimento das reivindicações das categoriais funcionais vinculadas ao Departamento de Polícia Federal, cuja legitimidade não cabe perquirir nesta ação.

7. De se lembrar, ainda, que os réus são entidades sindicais e não podem ser responsabilizados por atos individuais perpetrados por um ou mais grevistas, destacando-se que nem dessas ocorrências os autores se desincumbiram do encargo probatório (art. 333, I, CPC).

8. Agravos legais 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, *rejeitar a matéria preliminar e negar provimento a ambos os agravos legais*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de outubro de 2012.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Cuida-se de recursos de agravo interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela UNIÃO nos termos do parágrafo 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil, contra decisão monocrática deste Relator que *negou seguimento às apelações e ao reexame necessário*.

A ação civil pública foi ajuizada em 08.06.2004 pelo Ministério Público Federal em face da Federação Nacional dos Policiais Federais - FENAPEF e do Sindicato dos Servidores Públicos Federais do Departamento da Polícia Federal em São Paulo - SINDPOLF, objetivando a condenação dos réus a *indenizar os danos* provocados pela greve dos Agentes da Polícia Federal, Escrivães e Papiloscopistas, desde 09.03.2004, no âmbito do Estado de São Paulo, no valor de 100 vezes os vencimentos iniciais das carreiras (R\$ 4.200,00).

Narra que as entidades promoveram movimento grevista entre 09.03.2004 e 13.05.2004, que implicou na paralisação do trabalho de agentes, escrivães e papiloscopistas da Polícia

Federal, defendendo a ilegitimidade do movimento, pois: “a) quis obrigar a União a adotar entendimento jurídico, em prejuízo do princípio da indisponibilidade do interesse público e do direito de ação da própria União; b) excedeu os limites da paralisação, prejudicando serviços que não deveriam pela sua importância na vida coletiva, restar interrompidos ou diminuídos; c) bem como porque não se limitou a greve à simples paralisação das atividades do profissional, mas promoveu o abuso e desvio de finalidade no exercício funcional que fizeram os grevistas ao executar as chamadas ‘operações padrão’”.

Contestação da FENAPEF às fls. 1965/2001.

A União foi admitida a integrar a relação jurídica processual na qualidade de assistente litisconsorcial do autor (fls. 2182 e 2187).

Em seguida, a MM^a Magistrada *a qua* determinou a redistribuição do feito por dependência aos autos nº 2004.61.00.08809-8, em trâmite perante a 11^a Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo (fls. 2189/2191).

Em 16.05.2008, a MM^a Juíza *a qua* proferiu a sentença de fls. 2197/2201, *julgando improcedente o pedido* nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, por entender que *não houve prática de excesso* a justificar o ressarcimento de um dano passível de mensuração econômica. Sem condenação em honorários nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Irresignado o Ministério Público Federal apelou sustentando que a sentença deveria ser reformada, pois: (a) estão presentes no caso em tela todos os requisitos da responsabilidade civil, pois a deliberação de paralisar as atividades violou e prejudicou o exercício de direitos difusos pertencentes à coletividade e foi causa indireta de inúmeros prejuízos por ela suportados, conforme notícias do tempo dos fatos: tumulto no atendimento da Polícia Federal, favorecimento do tráfico de drogas nas fronteiras, prejuízo às investigações sobre *trabalho escravo* no país, filas e atrasos em vôos em São Paulo, prejuízo de ações policiais em todo o país; (b) a MM^a Magistrada equivocou-se na interpretação dos dispositivos legais atinentes a responsabilidade civil, pois exigiu a “intenção de prejudicar terceiros”, pressuposto inexistente na seara civil; (c) houve excesso aos limites impostos ao direito de greve, pois conforme demonstrado pelas notícias colacionadas, os princípios da continuidade, da regularidade, da obrigatoriedade, da eficiência e da responsabilidade foram patentemente desrespeitados; (d) os fundamentos constitucionais para o exercício do direito de greve, quais sejam, o da dignidade da pessoa humana e o da valorização social do trabalho não foram verificados, pois a greve foi utilizada como *instrumento de pressão* para que se interpretasse uma norma jurídica (Lei nº 9.266/96) da maneira que a classe grevista julgava lhe ser favorável; (e) o direito de greve deve ser ponderado com outros direitos albergados pela Constituição Federal, eis que os serviços prestados pela Polícia Federal - segurança pública, persecução penal e política de fronteiras - são essenciais e obrigatórios para a garantia da soberania do Estado Brasileiro.

Contrarrazões às fls. 2225/2262.

Também inconformada, a União apelou sustentando, em síntese, que houve *excesso* no exercício do direito de greve, cabendo aos réus responder pelos danos materiais ocorridos, decorrentes da ultrapassagem do limite crítico de aceitabilidade e sustentabilidade de suas reivindicações perante o Estado. Defende que é equivocada a imunização dos réus por impossibilidade ou inviabilidade de se dimensionar monetariamente a lesão ocorrida, pois a lesão material tem seu mínimo de aferibilidade, indicada pelos valores dos vencimentos dos substituídos processuais, elegendo-se um padrão objetivo mínimo para o início da ressarcibilidade.

Contrarrazões às fls. 2324/2356.

Com fulcro no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, *neguei seguimento às apelações e ao reexame necessário*.

Inconformado, o Ministério Público Federal recorreu nos termos do § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil pleiteando a reforma do *decisum*, sustentando, preliminarmente, que a nulidade da decisão porque a Procuradoria Regional da República não foi notificada para manifestação antes da prolação da decisão monocrática. No mérito, defende que a decisão deve ser reformada, repisando os argumentos da apelação. Por fim, defende a inaplicabilidade do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, argumentando que o recurso não é manifestamente inadmissível e que o seu julgamento exige o órgão colegiado.

Também irresignada, a UNIÃO recorreu nos termos do § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil pleiteando a reforma do *decisum*, sustentando, em síntese, ser descabido o julgamento o julgamento monocrático porque os recursos não são manifestamente improcedentes e o Relator não fundamentou sua ilação em precedentes jurisprudenciais, mas na sua análise particular das provas e do direito. No mérito, defende que houve abuso no exercício do direito de greve, ensejando a responsabilidade das entidades de classe rés pelos prejuízos causados.

É o relatório.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Cuida-se de recursos de agravo interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pela UNIÃO nos termos do parágrafo 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil, contra decisão monocrática deste Relator que *negou seguimento às apelações e ao reexame necessário*.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade do julgamento monocrático aventada pelo Ministério Público Federal a pretexto da não notificação da Procuradoria Regional da República para manifestação antes da prolação da decisão monocrática.

Com efeito, sendo o Ministério Público Federal o autor da ação civil pública, o princípio da unidade da instituição determina a não obrigatoriedade de intervenção como *custus legis*.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO - DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE - RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO - POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARRECERISTA - ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS - SÚMULA 7/STJ.
1. Sendo o Ministério Público o autor da ação civil pública, sua atuação como fiscal da lei não é obrigatória. Isto ocorre porque, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno como instituição, motivo pelo qual, o fato dele ser parte do processo, dispensa a sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei.

2. Ademais, a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullités sans grief*.

(...)

6. O fato de a instância ordinária ter excluído, preliminarmente, o recorrido do polo passivo da ação de improbidade administrativa não significa que foi subtraído do autor a possibilidade de demonstrar a prova em sentido contrário. Na verdade, o que houve é que, com os elementos de convicção trazidos na inicial, os magistrados, em cognição exauriente e de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, encontraram fundamentos para concluir que, no caso concreto, o recorrido não praticou um ato ímprobo. Recurso especial improvido.

(RESP 201000407765, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 17/06/2010.)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE JULGAMENTO PELA NÃO INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INOCORRÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESNECESSARIEDADE. ART. 5º, PAR. 1º, DA LEI Nº 7.347/85.

1. O Ministério Público, quando atua como parte na instância a quo, torna desnecessária a intervenção do órgão como custos legis (Precedentes: AgRg no MS 12757/DF, Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, DJ 18/02/2008 p. 20; REsp 554906/DF, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 28/05/2007 p. 308)

2. Ação pública proposta pelo Ministério Público Estadual visando o fornecimento de medicamento destinado a tratamento de paciente portador de doença diverticular dos cólons e síndrome do intestino irritável, bem como aos demais pacientes residentes no município que, comprovarem por prescrição médica, a necessidade do tratamento.

3. O princípio da unidade revela que o Ministério Público é uno como instituição, pelo que o fato do mesmo ser parte do processo dispensa a sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade, através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei.

4. A doutrina sob esse enfoque preconiza que: “Há, aliás, mais de um motivo para tal conclusão. O Ministério Público, mesmo quando atua como parte processual, nunca de despe sua condição constitucional de fiscal da lei. Cuida-se de função constitucional que torna irrelevante considerar se sua posição é a de parte ou a de custos legis. Afinal, o art. 127 da Const. Federal confere à instituição a incumbência de defesa da ordem jurídica e, nesta expressão, como é fácil perceber, se aloja a função de fiscalização da lei. Desse modo, se a ação civil pública é ajuizada por determinado órgão de execução do Ministério Público, desnecessária se tornará a presença de outro órgão como fiscal da lei.” (José dos Santos Carvalho Filho, in “Ação Civil Pública, Comentários por Artigo”, 6ª Edição, 2007, Lumen Juris, p. 164/165).

5. A título de argumento *obiter dictum*, sobreleva notar, o entendimento desta Egrégia Corte no sentido de que em sendo o Ministério Público o autor da ação civil pública, sua atuação como fiscal da lei não é obrigatória, a luz do que dispõe o art. 5º, par. 1º, da Lei 7.347/85, muito embora no caso dos autos o Ministério Público não esteja atuando em prol dos interesses elencados nesta legislação. Precedentes: (AgRg no MS 12757/DF, Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, DJ 18/02/2008 p. 20; REsp 554906/DF, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 28/05/2007 p. 308)

6. Recurso especial conhecido e desprovido.

(RESP 200800617748, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 19/02/2009.)

Rejeitada a matéria preliminar, passo à análise do mérito de ambos os recursos.

Por ocasião do julgamento monocrático a matéria já foi devidamente apreciada, sendo que os argumentos apresentados nos agravos de fls. 2365/2376 e 2378/2380 não modificaram o entendimento deste Relator, motivo pelo qual transcrevo os fundamentos daquela decisão, adotando-os como razão de decidir este agravo:

(...)

A controvérsia posta em desate consiste em verificar se os réus - Federação Nacional dos Policiais Federais e Sindicato dos Servidores Públicos Federais do Departamento da Polícia Federal em São Paulo - devem ser responsabilizados civilmente por danos oriundos da greve dos Agentes da Polícia Federal, Escrivães e Papiloscopistas, no Estado de São Paulo, ocorrida entre 09.03.2004 e 13.05.2004.

A greve é *direito social* dos trabalhadores em geral, consagrado no art. 9º da Constituição Federal, cabendo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

Quanto aos *servidores públicos*, a Constituição reconheceu-lhes o direito de greve no art. 37, VII, estabelecendo que o seu exercício dar-se-á “nos limites definidos em lei específica”. É de todos sabido que a União não legisla para regular o direito constitucional de greve dos servidores públicos porque essa legislação específica não lhe interessa.

Assim, a celeuma a respeito da necessidade de lei específica para o exercício do direito de greve pelo servidor público foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670/ES e 708/DF, quando a Corte decidiu pela *aplicação das Leis nº 7.783/89 e 7.701/88* enquanto não for editada norma específica para os servidores públicos civis.

Sendo a greve um direito assegurado ao servidor público, evidente que o exercício regular deste direito, ou seja, o exercício sem abusos, não enseja a responsabilidade civil do servidor e da entidade sindical que o representa. Sim, pois o titular de um direito apenas comete ato ilícito quando pratica excessos no seu exercício (*art. 187 do Código Civil*, aplicável como regra geral de Direito).

Como destaca o prof. THIAGO RODOVALHO, “... para caracterização do ato ilícito objeto substanciado no ‘abuso de direito’, não se perquire acerca do animus ou da culpa do agente, mas analisa-se tão somente se o exercício se deu conforme o espaço de licitude concedido pela norma, ou se lhe transbordou manifestamente os limites, abusando-se portanto” (*Abuso de direito e direitos subjetivos*, p. 170, RT, 2012).

Assim, para o deslinde do feito não se prescinde da análise do que poderia, em tese, configurar abuso do direito de greve, *de parte das entidades sindicais* que congregavam os paredistas. Ora, ao contrário do que supõem os apelantes, toda greve é instrumento de pressão; a greve foi concebida para tal fim, quando falham as possibilidades de conversação entre o patronato - ainda que o patrão seja o Estado - e as empregados/funcionários. Assim, é da normalidade da greve que aconteça prejuízo na prestação dos serviços (como está ocorrendo na atual greve da Receita Federal).

Destaco, por oportuno, que não há greve que não cause redução na prestação dos serviços, seu acúmulo de serviço e efeitos correlatos. O que caracteriza o abuso é a prática de *atos destoantes da greve pacífica*, tais como violência, constrangimentos, depredações, etc.

Assim, o exercício do direito de greve e suas consequências correlatas não podem ser confundidos, a priori, com o exercício abusivo do direito. Como assinala o mesmo THIAGO RODOVALHO, “... quando o exercício de um direito subjetivo se afasta de sua função social, afasta-se também do próprio direito, e estamos diante de um ato ilícito ou de um exercício abusivo” (obra citada, p. 173).

Nesse sentido destaco precedente desta Corte Regional:

PROCESSO CIVIL. DANO MORAL E MATERIAL. MOVIMENTO GREVISTA. ABUSOS.

DANO MORAL NÃO COMPROVADO. PREJUÍZOS PATRIMONIAIS. DEMONSTRADOS. EXCLUSÃO DE PREJUÍZOS A TERCEIROS. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. JUROS E CORREÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO.

1. *O legítimo direito de greve (art. 9º, CF) não pode ser confundido com o seu abuso (§ 2º do mesmo artigo). Outrossim, a existência de prejuízo à continuidade do trabalho é decorrência óbvia do movimento paredista, não havendo sentido em greve que não cause paralisação dos serviços, com os efeitos dela decorrentes. É evidente, assim, que toda greve causa prejuízo, cabendo aquilatar se durante o movimento houve prática de atos destoantes da greve pacífica e que, assim, configurar-se-iam abusos, tal como ocorre com a ameaça, a violência e o dano patrimonial.*

2. Extrair de uma ampla divulgação de um movimento grevista ou das manifestações exercidas durante esse um ato atentatório à honra objetiva da instituição autora indica, sim, exagero. Há a necessidade para a configuração do dano moral causado à pessoa jurídica a ocorrência de abalo a seu bom nome, eis que não goza o ente jurídico de subjetividade própria das pessoas físicas. Neste ponto, o dano moral deve vir bem demonstrado, não podendo ser confundido com mero dissabor ou aborrecimento causado aos prepostos da autora em razão do movimento grevista. Mesmo no caso de haver prova de dano, a ofensa realizada aos prepostos e não à pessoa jurídica é matéria estranha nestes autos, eis que não pode a parte autora postular em nome deles a reparação de danos sofridos (art. 6º, CPC).

3. Quanto aos danos materiais, procede a reforma parcial da r. sentença. Ao contrário do aduzido em primeiro grau, há comprovação suficiente de prejuízos patrimoniais à autora em razão do movimento grevista. Além da prova oral colhida em juízo, há relato de ocorrências do Gerente da entidade autora (fls. 43 a 48); boletins de ocorrência com notas fiscais relativos aos prejuízos, inclusive fotos (fls. 56, 59 a 94); interpelação da autora para a cessação de práticas abusivas (fls. 95 a 103); relatos do Gerente operacional sobre os prejuízos (fl. 104 e 106). Portanto, o contexto probatório é suficiente a demonstrar a ocorrência de prejuízo material sofrido pela entidade autora, não havendo contraprova por parte do réu.

4. Ficou evidente do contexto entre os depoimentos e os boletins de ocorrência que os atos praticados foram em razão do movimento grevista, respondendo o sindicato promotor do movimento pelos danos causados à parte autora, em razão da culpa, eis que negligenciou no controle dos atos de “piquete” praticados durante o movimento (art. 159 do CC antigo), sem prejuízo de ação regressiva do sindicato às pessoas físicas causadoras do dano.

5. A inexistência de condenação no âmbito da Justiça do Trabalho de primeiro grau, em dissídio individual, cuja finalidade é restrita a analisar a relação de emprego, não impede a demonstração do prejuízo material sofrido pela autora em razão do movimento grevista (art. 109, I, CF). De outra parte, o que se analisa nesta ação é a ocorrência do prejuízo patrimonial à autora por conta de abusos cometidos durante o movimento paredista. Não é da competência desta justiça federal analisar a legalidade ou não da greve ou se foram cumpridos os serviços essenciais ou não para a lisura do movimento paredista, bem como se houve demissões devidas ou não, eis que tal assunto é de competência da Justiça do Trabalho, em especial no que toca aos dissídios coletivos. Portanto, por decorrência, não pode ser apurado como dano material, eis que vinculado diretamente com o exercício da greve, a necessidade de contratação de pessoal, a realização de horas extraordinárias acima da média, as horas extras no setor de transporte e a contratação de veículos e de despesas.

6. *Não havendo informação sobre a decretação de ilegalidade da greve, os prejuízos dela decorridos não se constituem, por si só, danos materiais. Bem assim, não detém legitimidade a parte autora para postular pela reparação de danos materiais causados em veículos de terceiros (art. 6º, CPC).*

7. Considerando que os valores apurados relativos aos danos ocorridos em face da autora, comprovados nos autos (pichação, incêndio, danificação de fechadura, quebra de azulejos e portas frontais, danos à viatura do ECT), relacionados nas fls. 43 a 48, foram unilateralmente apresentados, cumpre-se proceder em liquidação por arbitramento a apuração do prejuízo

causado (arts. 475-C do CPC), valendo-se de perito nomeado pelo juízo. Os juros de mora, em se tratando de indenização por danos materiais decorrente de ato ilícito, incidem a partir do evento danoso (Súmula 54 do C. STJ). A correção monetária deve obedecer ao que estabelece o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução 561, de 02 de julho de 2007, do E. Conselho da Justiça Federal. A correção monetária da indenização por dano material incidirá a partir do prejuízo, a teor da Súmula 43 do STJ: “Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”.

8. Por tudo isso, a ação procede em pequena parte, entretanto, tendo a parte autora decaído da maior parte do pedido, cumpre-se manter em seu prejuízo a sucumbência, tal qual fixado em primeiro grau (art. 21, p. único, do CPC).

9. Apelação da parte autora parcialmente provida. Sentença reformada em parte.

(AC 06083291919984036105, JUIZ CONVOCADO ALEXANDRE SORMANI, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 01/10/2009 PÁGINA: 110 FONTE REPUBLICAÇÃO) Defende o Ministério Público Federal que houve excesso aos limites impostos ao direito de greve, eis que os serviços públicos prestados pela Polícia Federal, tais como segurança pública, persecução penal e defesa de fronteiras são essenciais e obrigatórios para a garantia da soberania do Estado Brasileiro.

O que se verifica dos documentos dos autos é que realmente houve prejuízo na prestação de serviços de incumbência da Polícia Federal, implicando em filas em aeroportos, dificuldade para retirar passaportes, atraso nas investigações, comprometimento da segurança pública, etc, fatos que sem dúvida causam prejuízos para a coletividade, mas que não destoam do que é próprio de uma greve da categoria.

De outro lado, o Ministério Público Federal e a União Federal não fizeram qualquer prova da superveniência de eventos que superassem os aborrecimentos individuais e coletivos do movimento paredista, menos ainda da ocorrência de algum dano material oriundo da ação dos grevistas; diante desse quadro, mais uma vez invoca-se o claro magistério de THIAGO RODOVALHO, que pontua: “o exercício legítimo, lícito, portanto, de uma posição jurídica é aquele que se centra dentro do espaço de liberdade conferido pela norma” (obra citada, p. 181). De tudo o que consta dos autos - e deve-se recordar que o ônus da prova atinge quem alega - deduz-se que o movimento foi deflagrado de forma pacífica, sem violência, depredações ou dano patrimonial, visando apenas o atendimento das reivindicações das categorias funcionais vinculadas ao Departamento de Polícia Federal, cuja legitimidade não cabe perquirir nesta ação como bem pontuou a MMª Magistrada *a qua*.

De se lembrar, ao fim e ao cabo, que os réus são entidades sindicais e não podem ser responsabilizados por atos individuais perpetrados por um ou mais grevistas, destacando-se que nem dessas ocorrências os autores se desincumbiram do encargo probatório (art. 333, I, CPC). Tenho para mim que, à luz do que se abriga nos autos, os recursos são de *manifesta improcedência*, ainda mais porque a essencialidade dos serviços não pode ser invocada para o fim de impedir o direito de greve, sob pena de submeter certas categorias profissionais aos arbítrios do patrão e do Estado.

(...)

Pelo exposto, *rejeito a matéria preliminar e nego provimento a ambos os agravos legais.*

É como voto.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

APELAÇÃO CÍVEL
0000518-34.2011.4.03.6127
(2011.61.27.000518-2)

Apelante: GUTEMBERG ADRIAN DE OLIVEIRA
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES
Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES
Classe do Processo: AC 17041126
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/11/2012

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. CIRURGIAS RES-SARCIDAS PELO SUS. PREENCHIMENTO DE GUIAS DE INTERNAÇÃO. CÓDIGO DO PROCEDIMENTO LANÇADO PELO MÉDICO NÃO CORRESPONDENTE À CI-RURGIA EFETUADA. ATO DE IMPROBIDADE COMPROVADO. RESSARCIMENTO E MULTA CIVIL CABÍVEIS. INCABÍVEIS A PERDA DO CARGO DE PREFEITO, A SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E A PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. Cuidando-se de ação que visa ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes de ato causador de danos ao erário, há que se aplicar a parte final do § 5º, do art. 37, da CF/1988, e não as normas da Lei de Improbidade Administrativa. Embora a aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei 8.429/92 se submeta ao prazo prescricional quinquenal, fica excetuada de tal prazo a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória.

2. O requerido, enquanto exercia a função de cirurgião do Hospital Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Aguaí, efetuou dez procedimentos cirúrgicos para correção de incontinência urinária por esforço em pacientes do sexo feminino, no entanto, nos respectivos laudos médicos, no campo relativo a “pagamento solicitado”, lançou o código relativo ao procedimento de “cistoplastia” em nove das dez cirurgias, e, em uma delas, o de “ureteroplastia”, os quais não correspondiam aos procedimentos cirúrgicos efetivamente realizados.

3. O requerido procurou um procedimento cirúrgico que apresentasse valor equivalente à somatória dos valores relativos à cirurgia de incontinência urinária via abdominal e via vaginal, efetivamente realizadas. No entanto, não levou em conta o fato de que o procedimento lançado nos laudos médicos não guardava qualquer semelhança com aquele realizado.

4. Não há previsão legal que autorize o médico, no caso de inexistência de código na tabela do SUS para classificação do procedimento realizado, a empregar a analogia com base nos valores reembolsáveis para adotar um código outro, diverso da realidade, com base naquilo que subjetivamente supõe seja o justo pagamento para o trabalho levado a efeito.

5. O ato ímprobo de fato se consumou com dolo, incorrendo o réu nas condutas previstas artigo 10, *caput* e inciso I, e artigo 11, *caput* e inciso I, ambos da Lei 8.429/1992.

6. O proveito econômico ilícito restou consubstanciado no fato de ter o réu recebido valores que correspondiam ao ressarcimento de procedimentos cirúrgicos diversos daqueles realmente realizados, tendo sido comprovado nos autos que tais valores eram superiores aos atribuídos à cirurgia para correção de incontinência urinária.
7. Entre as infrações descritas nos incisos do artigo 11, da Lei nº 8429/1992, existem notórias diferenças de gravidade, sendo que algumas das sanções previstas no artigo 12 da mesma lei admitem variações entre limites mais ou menos amplos. A amplitude das hipóteses infracionais, as diferenças de gravidade entre ela e as infinitas variações possíveis nas condutas contempladas conduzem à conclusão de que é possível a aplicação a certos casos de apenas uma ou algumas das sanções previstas, circunstância que impõe a observância de uma dosimetria coerente, razoável e proporcional.
8. O ato ilegal imputado não foi praticado pelo réu na qualidade de exercente de mandato eletivo, mas sim como particular, no exercício da atividade de cirurgia contratado por hospital privado, razão pela qual a perda do cargo de Prefeito Municipal de Aguai, que ora exerce, bem como a suspensão dos direitos políticos, se mostram excessivas e desproporcionais. Da mesma forma, afigura-se descabida a proibição de contratar com o poder público.
9. O pedido inicial limitou-se a requerer a condenação do réu ao ressarcimento do valor por ele recebido indevidamente, tendo a sentença, na parte que condenou o réu ao pagamento em valor superior ao requerido pela autoria, incorrido em julgamento *ultra petita*, devendo ser, portanto, reduzida aos limites do pedido, qual seja, R\$ 915,17, determinando-se a sua devolução com juros e correção monetária computados a partir da citação, descontando-se desse montante, no momento oportuno, o valor já restituído pelo réu à Administração Pública.
10. Multa civil fixada no mesmo valor estabelecido para o ressarcimento do dano. Verba honorária fixada em 10% do valor total da condenação.
11. Apelação a que se dá parcial 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 maioria, dar parcial provimento à apelação, vencido o Desembargador Federal Nery Júnior, que lhe dava total provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de novembro de 2012.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator): Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, em face de GUTEMBERG ADRIAN DE OLIVEIRA, na qual se pretende a condenação do requerido nas sanções do artigo 12, incisos I, II e III, da Lei nº 8.429/1992.

Na inicial, sustentou a autoria, em síntese, que: a) o requerido, na condição de médico

no Hospital Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Aguaí, nos anos de 2005 e 2006, fraudou dez autorizações de internação hospitalar, lançando procedimentos cirúrgicos diversos dos realizados, com o fim de obter maior valor de repasse de honorários; *b)* segundo o que foi apurado pela Comissão Técnica de Auditoria Regional - CTAR XIV, da Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo, o médico réu realizou, no biênio de 2005/2006, procedimentos cirúrgicos para corrigir incontinência urinária de esforço, em pacientes adultas do sexo feminino, no entanto, ao preencher os laudos médicos para expedição de Autorização de Internação Hospitalar - AIH, para ressarcimento pelo SUS, relatou que teria executado nove procedimentos de *cistoplastia* (código SUS 0031007031) e um de *ureteroplastia* (código SUS 3108020); *c)* com base em tais laudos médicos, foram pagas as AIH's com verbas públicas federais, em valor excedente ao valor real das cirurgias realizadas; *d)* além de obter honorários indevidos, o requerido proporcionou benefício também ao hospital, que recebeu valores maiores pelos serviços prestados, no total de R\$ 5.825,48.

Requeriu a condenação do réu: *a)* a ressarcir os valores remanescentes do dano sofrido pelo SUS, relativos à diferença dos montantes pagos, no total de R\$ 915,17 (novecentos e quinze reais e dezessete centavos), com juros e correção monetária; *b)* à perda da função pública que porventura estiver exercendo à época da sentença; *c)* à suspensão dos direitos políticos; *d)* à proibição de contratar com os poderes públicos por um período de 5 (cinco) anos; *e)* à proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 5 (cinco) anos; *f)* ao pagamento de multa civil a ser fixada no importe de até 30 vezes o valor da remuneração percebida indevidamente.

Notificado, o requerido apresentou resposta (fls. 19/31) e, após, contestação (fls. 60/72). Réplica às fls. 75/80.

O Juízo concedeu oportunidade para ambas as partes especificarem as provas que pretendiam produzir, justificando-as (fls. 73).

O MPF requereu produção de provas e oitiva de testemunhas (fls. 75/80). O MM. Juízo *a quo* deferiu o pedido (fls. 105).

O requerido, então, solicitou concessão de prazo para indicação de testemunhas (fls. 108).

Posteriormente, foi indeferido o pedido de produção de prova testemunhal feito pelo réu, ao argumento de que, quando intimado para tanto, quedou-se inerte no prazo regulamentar. O Juízo, na mesma decisão, designou data para a audiência de instrução e julgamento, para depoimento do réu e oitiva das testemunhas arroladas pelo MPF (fls. 110). Contra essa decisão, o requerido opôs agravo retido nos autos (fls. 127/132). Contraminuta a fls. 155/160.

Realizada a audiência de instrução e julgamento, o requerido desistiu de produzir prova testemunhal (fls. 546/547).

As partes apresentaram memoriais (fls. 571/589 e 598/626).

A autoria, em suas alegações finais, pleiteou a antecipação dos efeitos da tutela para o afastamento cautelar do requerido do mandato de prefeito do Município de Aguaí, afirmando que o Hospital Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Aguaí encontra-se, no momento, sob intervenção municipal, situação que, segundo alega o MPF, é incompatível com o exercício do mandato de prefeito pelo próprio requerido, mormente porque o interventor Nelson Rangel Luciano é também advogado do réu.

A sentença julgou procedente o pedido, com resolução de mérito, nos termos do art.

269, I, do Código de Processo Civil, para condenar o requerido Gutemberg Adrian de Oliveira nas seguintes sanções: a) ressarcimento, em favor do Sistema Único de Saúde, do valor de R\$ 8.294,52, com correção monetária e juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação; b) perda do cargo de Prefeito Municipal de Aguaí, após o trânsito em julgado desta sentença; c) suspensão dos direitos políticos por seis anos, após o trânsito em julgado desta sentença; c) pagamento de multa civil no valor do dano; d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Rejeitou o pleito antecipatório deduzido pela autoria, entendendo inviável relativamente às sanções de perda do cargo público e suspensão dos direitos políticos, em face do que prevê o art. 20, *caput*, e parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992, uma vez que a instrução processual fora encerrada.

Condenou o requerido a pagar honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Apela o requerido, alegando, preliminarmente, a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que o laudo médico que deu início ao procedimento ora questionado foi assinado pelo apelante em 7/7/2005, enquanto que a peça vestibular foi distribuída em 2/2/2011. Aduz que, ainda que se reconheça como imprescritível a pretensão de ressarcimento ao erário, é certo que a pretensão da condenação nas penalidades previstas na Lei nº 8.429/92, artigo 12, estaria alcançada pela prescrição contida em seu artigo 23.

No mérito, sustenta, em suma, o seguinte: 1) a conduta do apelante - inserção de um código da tabela do SUS para intervenção cirúrgica diversa da que foi realizada - foi promovida unicamente porque a cirurgia efetivamente realizada não constava na tabela SUS; 2) os valores repassados a título de serviços prestados foram ínfimos e equivalentes àqueles que seriam cabíveis, por analogia, à intervenção de fato, razão pela qual não houve caracterização da improbidade administrativa; 3) não houve má-fé nem ressarcimento indevido, pois todas as cirurgias foram de fato realizadas com sucesso; 4) a prática de classificação na tabela do SUS por analogia é comum, tendo em vista a escassez de códigos na tabela padrão, sendo que não cabe ao médico negar socorro a pacientes da rede pública em razão da inexistência de classificação para o procedimento cabível; 4) o procedimento administrativo de sindicância aberto junto à Secretaria de Saúde do Estado para apuração desses fatos foi aberto por iniciativa da médica Renata Fassina, conhecidamente desafeta pessoal, profissional e política do apelante, o que denota a intenção única de prejudicá-lo por motivos pessoais; 5) a conclusão da sindicância foi unicamente no sentido de determinar a restituição dos valores em questão, o que foi feito em 5/8/2009, quando o apelante depositou o valor de R\$ 12.811,03 a título de ressarcimento; 6) noutra seara, junto ao Conselho Regional de Medicina, foi instaurado procedimento pela Comissão de Ética Médica, cujo resultado apontou para a ausência de qualquer infração do apelante, tendo sido arquivado o procedimento; 7) o dolo tem que estar incontestavelmente comprovado na conduta abrangida pela Lei de Improbidade, sob pena de sua não incidência; 8) não houve, na sentença, correta adequação da conduta dos fatos ao ordenamento jurídico, sendo nítido o excesso de sancionamento e ausência da correta dosimetria das sanções, eis que se colocou sobre um jovem médico e prefeito a ameaça de perda do cargo, suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público, não obstante a realidade dos autos, que não possuem a menor gravidade.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer, opinando pelo não provimento da apelação.

É o Relatório.

Á revisão, nos termos regimentais.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MÁRCIO MORAES (Relator): Trata-se de apelação interposta por Gutemberg Adrian de Oliveira, contra sentença que julgou procedente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, condenando o requerido nas sanções do artigo 12, incisos I, II e III, da Lei nº 8.429/1992.

Segundo narrou a autoria, extraiu-se do procedimento preparatório em anexo que o requerido, na qualidade de médico do Hospital Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Aguaí, teria praticado desvio de verba pública, por meio de fraude na elaboração de Autorizações de Internação Hospitalar - AIH's, lançando nas referidas guias de internação códigos de procedimentos cirúrgicos diferentes e mais complexos do que aqueles efetivamente realizados, procedimento que teria ensejado o recebimento de valores superiores aos devidos a título de ressarcimento proveniente do Sistema Único de Saúde - SUS.

Em preliminar, alega o apelante a prescrição da pretensão punitiva, sustentando que o laudo médico que teria dado origem ao procedimento ora questionado fora assinado pelo apelante em 7/7/2005, enquanto que a peça vestibular da presente foi distribuída somente em 2/2/2011. Segundo afirma, ainda que se reconheça como imprescritível a pretensão de ressarcimento ao erário, é certo que a pretensão da condenação nas penalidades previstas na Lei nº 8.429/92, artigo 12, estaria alcançada pela prescrição contida em seu artigo 23.

Não procedem as alegações, devendo ser afastada a preliminar arguida.

O art. 37, § 5º, da CF/1988, dispõe que:

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Cuidando-se de ação que visa ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes de ato causador de danos ao erário, acompanho o posicionamento doutrinário e jurisprudencial que aplica a parte final do § 5º, do art. 37, da CF/1988, e não as normas da Lei de Improbidade Administrativa.

Trago, nesse sentido, os seguintes ensinamentos doutrinários, que adoto integralmente:

A prescrição da ação de improbidade está disciplinada no artigo 23, que distingue duas hipóteses: pelo inciso I, a prescrição ocorre cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; para os que exercem cargo efetivo ou emprego, o inciso II estabelece que a prescrição ocorre no mesmo prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. São, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público,

seja ele servidor público ou não, conforme estabelece o art. 37, § 5º, da Constituição. Assim, ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento de danos.

(Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in “Direito Administrativo”, Ed. Atlas, 19ª edição, 2006, pág. 791, grifos nossos)

(...) Por força do art. 37, § 5º, da Constituição, são imprescritíveis as ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário. (Celso Antônio Bandeira de Mello, in “Curso de Direito Administrativo”, 19ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, pág. 981)

No mesmo sentido, o C. Supremo Tribunal Federal já decidiu, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. *RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.*

I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor.

II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau.

III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição.

IV - Segurança denegada.

(MS 26210/DF, Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 4/9/2008, DJe de 9/10/2008)

A Primeira Turma do E. Superior Tribunal de Justiça também assim se manifestou, conforme se verifica do seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. *RESSARCIMENTO DE DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. IMPRESCRITIBILIDADE.*

I - *A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível.* (REsp 810785/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 25.05.2006 p. 184).

II - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp 705715, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 2/10/2007, DJe de 14/5/2008, grifos nossos)

Em assim sendo, embora a aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei 8.429/92 se submeta ao prazo prescricional quinquenal, fica excetuada de tal prazo a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória.

Cito, nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ: AgRg no REsp 1038103, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, DJ de 04/05/2009; REsp 801846, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, 1ª Turma, DJ de 12/02/2009.

Mesmo que assim não fosse, é certo que, da análise da documentação acostada aos autos, verifica-se que não transcorreu o prazo quinquenal entre as emissões de nove das dez autorizações de internação hospitalar - AIH que deram origem ao procedimento preparatório

em apenso, e a data do ajuizamento da ação, razão pela qual não há que se falar, de qualquer sorte, em prescrição para a aplicação das penalidades previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

Com efeito, todos os dez laudos médicos que compõem o objeto das investigações que deram origem à presente ação de improbidade estão acostados no anexo dos autos (fls. 107 a 137), sendo que apenas um deles foi emitido em data anterior a cinco anos contados a partir do ajuizamento da ação. Portanto, quanto aos nove laudos emitidos após 16/2/2006, de qualquer forma não se teria operado a prescrição, tendo em vista que a ação foi ajuizada em 2/2/2011.

Portanto, afasto a preliminar de prescrição.

Passo à análise do mérito.

Quanto à narrativa trazida na exordial, conforme bem asseverado na sentença vergastada, encontram-se devidamente comprovados nos autos, sendo pois incontroversos, os seguintes fatos:

a) o requerido era, à época dos fatos (julho de 2005 a outubro de 2006), médico contratado pelo Hospital Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Aguai;

b) no referido período, a instituição hospitalar recebeu recursos do SUS;

c) o requerido, conforme os laudos acostados aos autos, emitidos em 7/7/2005, 16/2/2006, 20/4/2006, 26/4/2006, 4/5/2006, 6/7/2006, 20/7/2006, 26/7/2006, 18/8/2006 e 26/10/2006, efetuou dez procedimentos cirúrgicos para correção de incontinência urinária por esforço em pacientes do sexo feminino;

d) o requerido lançou, nos respectivos laudos médicos, no campo relativo a “pagamento solicitado”, o código relativo ao procedimento de “cistoplastia” em nove das dez cirurgias, e, em apenas uma delas, lançou o código relativo a “ureteroplastia”;

e) os códigos lançados não correspondiam aos procedimentos cirúrgicos efetivamente realizados.

Pois bem. Conforme a documentação acostada aos autos, corroborada pelos depoimentos colhidos na instrução processual, restou comprovado que o réu realmente preencheu os laudos médicos que originaram as guias para restituição pelo SUS de maneira inadequada, eis que, embora tenha realizado cirurgias para correção de incontinência urinária, acostou nos laudos médicos códigos relativos a cirurgias diversas daquelas realmente realizadas.

Ressalte-se que esse fato foi reconhecido pelo próprio réu, já na contestação, na qual afirmou o seguinte:

(...) os procedimentos realizados pelo Demandado tratam-se de correções de incontinência urinária de forma mista, via abdominal e vaginal.

O procedimento em questão simplesmente não fazia parte da tabela de procedimentos cirúrgicos do SUS à época, pois, esta somente contemplava ou *via abdominal* ou *via vaginal*. Nas situações em apreço, havia a necessidade de se realizar o procedimento misto para evitar que a incontinência retornasse às pacientes e, como consequência, trariam transtornos a elas para novo procedimento cirúrgico.

(...)

E como o procedimento misto comprovadamente não fazia parte da tabela à época, o Demandado optou por utilizar um código de procedimento similar à somatória dos dois procedimentos, *por analogia*.

É notório perante os profissionais de saúde, que vários outros procedimentos médicos, dignos de cirurgia ou internações, não existem na tabela de procedimentos do SUS - Sistema Único de Saúde.

Logo, o profissional médico fica a mercê da situação, pois, para poder realizar os procedimentos necessários e até mesmo *salvar a vida das pessoas*, é obrigado a utilizar outros códigos similares *por analogia*. (fls. 23/25, grifos no original)

Melhor explicando os fatos, ocorreu que as cirurgias realizadas se referiam à correção de incontinência urinária por esforço, mas, quanto a esse procedimento, a técnica cirúrgica utilizada pelo requerido, denominada mista ou SLING, ou seja, com incisões abdominal e vaginal, não era contemplada pela tabela de classificação do SUS.

Embora a referida tabela contemplasse as duas técnicas simples isoladamente - só pela via vaginal ou só pela via abdominal -, optou o requerido por classificar as cirurgias em código relativo a procedimento diverso, o qual, à ocasião, entendeu o réu que se mostrava similar, quanto aos valores reembolsáveis, à somatória dos dois procedimentos que alega terem sido praticados (incisão pela via vaginal e pela via abdominal).

A justificativa do réu para optar um procedimento totalmente diverso do que foi realmente realizado foi melhor explicitada nas razões de apelação, nos seguintes termos:

Vale frisar que não há tal previsão nem na tabela do SUS da época dos fatos, nem na atual (fls. 153), razão pela qual o apelante, após ter socorrido as pacientes e ter realizado com sucesso todos os procedimentos médicos (sendo as pacientes gratas ao mesmo até hoje), *procurou, na mais absoluta boa-fé, inserir um código existente para outra intervenção mas cujos valores pudesse se aproximar de eventual somatório entre a cirurgia via abdominal e a via vaginal*, as quais foram feitas cumulativamente, como explicado (sic, fls. 779/770, grifei).

Trancrevo, ainda, trecho das alegações finais do réu sobre a questão:

Considerando que a extrofia vesical (cistoplastia) contempla financeiramente o profissional com valor correspondente a R\$ 333,32 (trezentos e trinta e três reais e trinta e dois centavos), considerando ainda que a soma dos procedimentos para a incontinência urinária via vaginal e abdominal totalizam o valor de R\$ 300,00 (*trezentos reais*) atingidos pela somatória dos valores R\$ 166,64 (*via abdominal*) e R\$ 133,36 (*via vaginal*) (fls. 614, grifos no original).

Ora, não há dúvida, portanto, a respeito da motivação que levou o réu a acostar código diverso dos procedimentos realizados, ou seja, procurou um procedimento cirúrgico que apresentasse valor equivalente à somatória dos valores relativos à cirurgia de incontinência urinária via abdominal e via vaginal, sem levar em conta, no entanto, o fato de que o procedimento lançado nos laudos médicos - “cistoplastia” para correção de “extrofia vesical”, em nove dos dez laudos, - *não guarda qualquer semelhança com o procedimento efetivamente realizado*, qual seja, cirurgia para correção de incontinência urinária de esforço.

De fato, as duas patologias em nada se assemelham, conforme se observa das definições dadas pelo Conselho Regional de Medicina (fls. 39):

A Extrofia Vesical, é uma anomalia, rara, congênita, ocorre em 1 em 40.000 nascimentos,

acomete principalmente fetos do sexo masculino, onde a bexiga fica exposta e protusa no abdômen. A correção cirúrgica geralmente ocorre nas primeiras 48 horas após o nascimento para reduzir as chances de infecção.

A Incontinência Urinária aos Esforços é caracterizada pela perda involuntária de urina, provocada por esforços físicos, como tosse ou espirro, ocorre geralmente em mulheres, e os principais fatores desencadeantes estão exercícios físicos pesados, múltiplas gestações, partos, obesidade, fumos, deficiência de estrógeno.

Mesmo em se considerando que o réu tenha procurado usar certa analogia entre o procedimento cirúrgico que veio a realizar, utilizando como critério os valores reembolsáveis, tendo em conta que não haveria código exato concernente à técnica mista aplicada nas cirurgias em questão, certo é que o réu tinha plena ciência de que os dados consignados nos laudos médicos *não correspondiam à realidade*, e, mais do que isto, tinha conhecimento de que a patologia por ele eleita como análoga em nada se assemelhava à real enfermidade das pacientes por ele operadas.

Ademais, o réu não se desincumbiu, nos autos, de comprovar que a citada incisão “mista” praticada em suas pacientes equivaleria à uma dupla cirurgia, melhor dizendo, não ficou demonstrado que uma única cirurgia com duas incisões equivaleria à cumulação de duas cirurgias, a ponto de justificar o recebimento de honorários equivalentes à soma de uma cirurgia feita pela via vaginal com outra feita pela via abdominal, conforme o cálculo elaborado por conta e risco do réu para a escolha da patologia supostamente análoga, financeiramente, à efetivamente realizada.

Inclusive houve nos autos o depoimento de uma testemunha que, no seu teor, põe em dúvida o raciocínio engendrado pelo réu nessa questão. É que o médico Paulo Fabri dos Anjos, quando inquirido pelo Juízo, declarou que, da análise da descrição cirúrgica constante dos prontuários das pacientes dos réus, verifica-se que as cirurgias efetivamente realizadas visavam o tratamento de incontinência urinária por esforço “em que se usa um fragmento de tecido para elevar a uretra, por via vaginal”, ressaltando a testemunha que, nesses casos, o procedimento em que há as duas incisões - abdominal e vaginal - “não deve ser denominado misto” (fls. 548).

De qualquer forma, a par da inconsistência das provas em relação à natureza e forma dos procedimentos cirúrgicos tratados nos autos, restou evidente, de qualquer sorte, que o confessado recurso analógico do qual se utilizou o réu não tem qualquer suporte na legalidade.

De fato, não há previsão legal que autorize o médico, no caso de inexistência de código na tabela do SUS para classificação do procedimento realizado, a empregar a analogia com base nos valores reembolsáveis para adotar um código outro, diverso da realidade, com base naquilo que subjetivamente supõe seja o justo pagamento para o trabalho levado a efeito.

Nem se diga que não havia, na situação posta, alternativa no proceder do cirurgião. Como bem salientou o Juízo *a quo* na sentença, no caso em apreço, deveria o médico efetuar o procedimento cirúrgico e, na ausência de código específico para classificá-lo, poderia descrevê-lo com exatidão nas respectivas guias de internação próprias para a cobrança junto ao SUS, e aguardar o deferimento. Em caso de recusa por parte do SUS ao reembolso, haveria ao médico a possibilidade de buscar, administrativa ou judicialmente, os seus direitos, sendo essa a conduta esperada de quem esteja investido em função pública, nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.429/1992.

Ora, da maneira que conduziu a situação em testilha, o réu, além de violar o princípio da legalidade, incorreu em malferimento a outros ditames constitucionais que, decerto, deveriam ter sido observados.

Quanto a esse tocante, vale transcrever excerto da sentença que com propriedade avaliou a situação em tela em face dos princípios constitucionais, pelo que adoto tais fundamentos como razões de decidir:

Ora, a malfadada analogia fere a legalidade, na medida em que o funcionário público, ao contrário do particular, somente pode agir quando autorizado por lei.

Ofende, outrossim, a impessoalidade, pois cada médico teria prerrogativa de engendrar os mais diversos procedimentos não previstos na tabela e valorá-lo pela somatória de dois ou mais outros, em detrimento de um padrão de comportamento válido par todos os profissionais. Fere, também, a moralidade e a eficiência, na medida em que dificulta o controle dos atos do médico pelos órgãos fiscalizadores, que, em cada caso, teria de sopesar a necessidade e as circunstâncias do emprego da analogia.

Atinge, finalmente, a publicidade, porque nos documentos que são remetidos ao SUS anotam-se procedimentos inteiramente incompatíveis com as moléstias dos pacientes. (fls. 754 v.)

Portanto, o ato ímprobo de fato se consumou com dolo, incorrendo o réu nas condutas previstas artigo 10, *caput* e inciso I, e artigo 11, *caput* e inciso I, ambos da Lei 8.429/1992, *in verbis*:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa, que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Quanto ao proveito econômico ilícito, este restou consubstanciado no fato de ter o réu recebido valores que correspondiam ao ressarcimento de procedimentos cirúrgicos diversos daqueles realmente realizados, tendo sido comprovado nos autos que tais valores eram superiores aos atribuídos à cirurgia para correção de incontinência urinária, pelo que se há de concluir que houve recebimento indevido de verba pública.

Segundo o relatório constante a fls. 252 do apenso, elaborado pelo SUS, o requerido recebeu, *por todas as dez cirurgias*, a importância total de R\$ 1.529,92, correspondente aos procedimentos declarados (nove “cistoplastias” e uma “ureteroplastia”), ao passo que, pelas cirurgias para correção de incontinência urinária, faria jus ao ressarcimento de apenas R\$ 612,12, fato que gerou uma diferença recebida pelo réu, a maior, no montante de R\$ 917,82.

Malgrado o referido proveito econômico seja diminuto, principalmente em face da realização de procedimentos cirúrgicos que exigem especialização profissional, não se pode olvidar que, de fato, ocorreu aquisição de recurso financeiro indevido com prejuízo ao erário.

É fato, também, que tal valor foi prontamente restituído pelo réu assim que solicitado administrativamente pela Santa Casa de Misericórdia de Aguaí, que se viu obrigada a recolher os valores pagos indevidamente junto à Secretaria de Estado da Saúde (fls. 249/253 do apenso), o que ocorreu antes mesmo do ajuizamento da presente ação.

Configurada a ocorrência da improbidade administrativa, na hipótese prevista nos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, o que resta, segundo o disposto no artigo 12 do mesmo diploma legal, é conformar as diversas penalidades nele prevista, à gravidade do ato cometido.

Assim dispõe o referido dispositivo legal:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, *que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato*: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

(...)

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Conforme trecho adrede destacado no texto legal retro, as penas ali relacionadas podem ser aplicadas *isolada ou cumulativamente*, de acordo com a gravidade do fato, devendo o julgador levar em conta a extensão do dano causado, assim como o *proveito patrimonial obtido pelo agente*.

A jurisprudência pátria tem aplicado reiteradamente tal dispositivo legal, prestigiando, assim, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme se observa, exemplificativamente, dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. APLICAÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE DA SIMPLES DISPENSA DA SANÇÃO.

1. Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. *Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as conseqüências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal.* O que não se compatibiliza com o direito é simplesmente dispensar a aplicação da pena em caso de

reconhecida ocorrência da infração.

2. Recurso especial provido para o efeito de anular o acórdão recorrido.

(RESP 200300540065, FRANCISCO FALCÃO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA: 06/03/2006 PG: 00164)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONVÊNIO ENTRE A UNIÃO E MUNICÍPIO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DAS VERBAS REPASSADAS. ART. 10, IX E XI, DA LEI Nº 8.429/92. PENA. ART. 12, INCISO II, LIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Dispõe o Art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa que: “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:”.

2. *Além de observarem a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, as sanções devem ser proporcionais, de modo a terem em conta a gravidade e as circunstâncias da falta. Devem, ademais, ser razoáveis, ou seja, adequadas e coerentes à conduta do réu.* 3. Na fixação dos valores referente a honorários advocatícios o juiz deve analisar o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, nos termos do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

4. Apelação do Ministério Público Federal desprovida e Apelação da União Federal parcialmente provida.

(AC 200733070021081, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO, TRF1 - 3ª TURMA, e-DJF1 DATA: 02/12/2011 PAGINA: 170)

Nesse diapasão, não se pode olvidar que entre as infrações descritas nos incisos do artigo 11, da Lei nº 8429/1992, existem notórias diferenças de gravidade. Também cabe observar que algumas das sanções previstas no artigo 12 da mesma lei admitem variações entre limites mais ou menos amplos. A amplitude das hipóteses infracionais, as diferenças de gravidade entre ela e as infinitas variações possíveis nas condutas contempladas conduzem à conclusão de que é possível a aplicação a certos casos de *apenas uma ou algumas das sanções previstas*, circunstância que impõe a observância de uma dosimetria coerente, razoável e proporcional.

In casu, restou comprovado que houve dano ao patrimônio público. No entanto, não se pode dizer que tenha ocorrido enriquecimento ilícito do agente, considerando que houve a efetiva prestação de serviços médicos, embora remunerada além do que era legalmente previsto, e tendo-se em conta, ainda, que os valores percebidos pelo réu indevidamente são de pequena monta, principalmente se confrontados com a dimensão dos serviços prestados - dez cirurgias -, razão pela qual, à luz do contexto fático delineado nos autos, entendo haver desproporcionalidade nas sanções impostas ao réu pela r. sentença.

A própria intensidade do dolo, no caso, ficou esmaecida diante das conclusões a que chegou o *Conselho Regional de Medicina*, na Sindicância instaurada em face do ora apelante (fls. 46/48), a qual terminou por ser arquivada, porquanto entendeu o Conselho por qualificar o procedimento médico em questão, no que respeita ao preenchimento das guias do SUS com códigos relativos a patologias diversas das tratadas, *como práticas usuais ou desculpáveis diante do contexto da época*, eis que inexistente código específico para os procedimentos realizados.

Outrossim, é certo que o ato ilegal imputado não foi praticado pelo réu na qualidade de exercente de mandato eletivo, mas sim como particular, no exercício da atividade de cirur-

gião contratado por hospital privado. Nesta senda, entendo que a perda do cargo de Prefeito Municipal de Aguaí, ao qual no momento o requerido está investido, bem como a suspensão dos direitos políticos, não possuem qualquer liame com a conduta imputada, que não foi praticada em razão da função pública, motivo pelo qual tais penalidades se mostram excessivas e desproporcionais. Da mesma forma, afigura-se descabida a proibição de contratar com o poder público.

Trago à colação, por oportuno, julgado do Superior Tribunal de Justiça que justamente afastou a condenação da perda do cargo público a agente que praticou ato de improbidade, em razão da desproporção da pena em relação à gravidade do ato:

ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DA PENA.

1. A aplicação da pena, em improbidade administrativa, deve ser empregada de forma que seja considerada a gravidade do ilícito, a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido.
2. Pena de multa pecuniária no valor de 12 (doze) vezes o valor do subsídio pago a vereador do município.
3. Publicidade de promoção pessoal para fins eleitorais por conta do erário público.
4. Aplicação das penas de suspensão de direitos políticos e perda do cargo que não se justificam.
5. Razoabilidade e proporcionalidade da pena aplicada.
6. Recurso especial conhecido e não-provido.

(RESP 200700408248, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA: 28/02/2008 PG: 00077)

Daí porque não se justifica, por falta de proporcionalidade e razoabilidade, as seguintes penalidades impostas pela sentença: perda do cargo público de prefeito, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Quanto às penas pecuniárias, considerando a situação fática dos autos, não se pode isentar o réu de suportar as duas consequências de cunho financeiro, que são *o ressarcimento e a multa civil*. O primeiro vai cumprir a missão de caucionar o prejuízo consumado em desfavor do erário, enquanto que a segunda tem o papel de verdadeiramente sancionar o agente ímprobo.

Contudo, não andou bem a r. sentença ao fixar a condenação ao ressarcimento ao SUS no valor de R\$ 8.294,52.

É certo que tal arbitramento fixado na sentença foi baseado no valor total da quantia paga a maior à Santa Casa de Misericórdia em razão da classificação errônea das dez cirurgias praticadas pelo réu. De fato, o ato de preenchimento das guias de internação com códigos equivocados, teve por consequência não só o pagamento a maior ao próprio requerido, mas também ao seu assistente, ao anestesista e ao nosocômio, a título de ressarcimento dos serviços prestados, culminando em uma diferença total transferida indevidamente ao hospital à razão de R\$ 8.294,52 (fls. 6 do apenso).

No entanto, este valor já foi devolvido na integralidade ao SUS pelo próprio Hospital, o qual, por sua vez, exigiu de cada profissional o reembolso da parte que lhe coube, conforme documentos de fls. 249/253 do apenso.

Ademais, o pedido inicial na presente ação se limitou a requerer a condenação do réu ao ressarcimento *apenas do valor por ele recebido* indevidamente, nos seguintes termos: “*seja o réu condenado (...) a ressarcir os valores remanescentes do dano sofrido ao Sistema Único*”

de Saúde - SUS, determinando-se a devolução, com juros e correção monetária - computados a partir da liberação da verba, ou seja, julho/2005 - da diferença dos valores pagos, conforme noticiado na fl. 199, no montante de R\$ 915,17 (novecentos e quinze reais e dezessete centavos)” (fls. 8, grifei).

Destarte, a sentença, na parte que condenou o réu ao pagamento em valor superior ao requerido pela autoria, é *ultra petita*, devendo ser, portanto, reduzida aos limites do pedido, o que faço para que a condenação pecuniária do réu fique limitada ao valor de R\$ 915,17 (novecentos e quinze reais e dezessete centavos), a título de ressarcimento do dano sofrido ao SUS, determinando-se a sua devolução com juros e correção monetária computados a partir da citação, devendo, contudo, ser descontado desse montante, no momento oportuno, o valor já restituído pelo réu à Administração Pública.

Reduzo também a sentença quanto à condenação do requerido ao *pagamento de multa civil*, que fixo no mesmo valor estabelecido para o ressarcimento do dano.

Por fim, condeno o réu ao pagamento de verba honorária, que arbitro em 10% do valor total da condenação.

Ante o exposto, *dou parcial provimento à apelação*, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Desembargador Federal MÁRCIO MORAES - Relator

PROCESSO ADMINISTRATIVO

0001023-39.2012.4.03.0000

(2012.03.00.001023-6)

Requerente: SÓCRATES HOPKA HERRERIAS

Excluído: BRUNO TAKAHASHI (desistente)

Requerido: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD

Classe do Processo: PA 815

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 3/10/2012

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE REMOÇÃO INCONDICIONADO DE JUIZ FEDERAL PARA OUTRA REGIÃO. DISPOSIÇÕES LEGAIS E REGIMENTAIS OBSERVADAS. POSSIBILIDADE. EDITAL DE REMOÇÃO DA COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO DE DESTINO.

I. A Constituição Federal autoriza a remoção de juízes federais no âmbito da Justiça Federal, remetendo o trato do assunto à legislação ordinária, nos termos do § 1º do art. 107.

II. Observadas as disposições legais e regimentais sobre a remoção (Res. CNJ nº 32/2007, art. 2º; Res. CJF nº 01/2008, art. 26 e ss; e RITRF3, arts. 11, inc. II, letra “g” e 324 e parágrafos), é de rigor o deferimento da pretensão.

III. O regramento normativo acerca do pedido de remoção foi devidamente observado, com a satisfação de todas as exigências necessárias ao deferimento do pleito de remoção. O pedido de remoção foi dirigido ao Presidente desta C. Corte. O Conselho da Justiça Federal da 3ª Região manifestou-se favorável ao pleito, porém, condicionado à posse de novo Juiz Federal Substituto. O requisito de vitaliciedade foi atendido. O magistrado apresentou desempenho satisfatório das suas atividades jurisdicionais, não havendo em seus assentos profissionais qualquer anotação que o desabone.

IV- Desnecessário o condicionamento da remoção à posse de novo Juiz Federal, visto que não se vislumbra prejuízo ao interesse público ou à administração da Justiça, diante do concurso público em andamento para provimento de cargo de Juiz Federal Substituto da 3ª Região (Concurso XVI), de maneira a possibilitar o preenchimento da vaga decorrente do deferimento do pleito.

V. A expedição de edital de remoção para os Juízes Federais e Juízes Federais Substitutos de outras regiões é providência que compete ao órgão de destino. Neste sentido, decidiu a Corte Especial Administrativa do Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao deferir o pedido de remoção do Juiz Federal Substituto Bruno Takahashi para este Tribunal.

VI. Deferido pedido de remoção incondicionado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, deferir o pedido de remoção incondicionado do magistrado SÓCRATES HOPKA HERRERIAS para o Tribunal

Regional Federal da 4ª Região, nos termos do voto do Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator).

Votaram os Desembargadores Federais RAMZA TARTUCE, SALETTE NASCIMENTO, PEIXOTO JUNIOR, CECÍLIA MARCONDES, THEREZINHA CAZERTA, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, ALDA BASTO, SÉRGIO NASCIMENTO (convocado para compor quórum), LUIZ STEFANINI (convocado para compor quórum como suplente da Desembargadora Federal MARISA SANTOS), PAULO FONTES (convocado para compor quórum), MÁRCIO MORAES, DIVA MALERBI, BAPTISTA PEREIRA, ANDRÉ NABARRETE, MARLI FERREIRA e NEWTON DE LUCCA (Presidente). Tendo os Desembargadores Federais SALETTE NASCIMENTO, THEREZINHA CAZERTA, CARLOS MUTA, PAULO FONTES, BAPTISTA PEREIRA, MARLI FERREIRA e NEWTON DE LUCCA (Presidente) condicionado a remoção à posse de novo Juiz Federal Substituto na 3ª Vara de São José do Rio Preto. Ausentes, justificadamente, os Desembargadores Federais FÁBIO PRIETO, MAIRAN MAIA e MARISA SANTOS.

São Paulo, 26 de setembro de 2012.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator):

Trata-se de pedido formulado, conjuntamente, pelos Juízes Federais Substitutos SÓCRATES HOPKA HERRERIAS e BRUNO TAKAHASHI, respectivamente da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária em São José do Rio Preto/SP e da Vara Federal e Juizado Especial Federal Adjunto em Jacarezinho/PR, solicitando a permuta de vagas entre si, nos termos da Resolução nº 01/2008, do Conselho da Justiça Federal. Subsidiariamente, o magistrado desta Região, Juiz Federal Substituto SÓCRATES HOPKA HERRERIAS, caso indeferido o pedido de permuta, pleiteia a remoção para a 4ª Região, nos termos do artigo 26 da aludida Resolução.

O presente processo administrativo foi originariamente instaurado em virtude de pedido de permuta entre si, formulado, conjuntamente, pelos Juízes Federais Substitutos SÓCRATES HOPKA HERRERIAS e BRUNO TAKAHASHI, sendo este último magistrado em exercício no Juizado Especial Federal Adjunto em Jacarezinho/PR, nos termos da aludida Resolução/CJF. Subsidiariamente, o magistrado desta Região, Juiz Federal Substituto SÓCRATES HOPKA HERRERIAS, caso indeferido o pedido de permuta, pleiteava a remoção para a Justiça Federal da 4ª Região (Res. Nº 01/2008 - CJF).

Na peça inaugural, os postulantes aduzem ser vitalícios. O Juiz Federal Substituto Sócrates Hopka Herrerias foi aprovado no XIII Concurso Público para provimento de cargos de Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, tendo concluído o seu vitaliciamento em agosto de 2009. O Juiz Federal Substituto Bruno Takahashi foi aprovado no XIII Concurso Público para provimento de cargos de Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tendo concluído seu período de vitaliciamento em setembro de 2010.

Esclarecem não ter sofrido qualquer processo administrativo disciplinar apto a impedir a permuta.

Noticiam que o Juiz Federal Substituto Sócrates Hopka Herrerias é natural de Maringá, Estado do Paraná, enquanto o Juiz Federal Substituto Bruno Takahashi é natural de São Paulo, Estado de São Paulo, cidade em que realizou toda a sua formação. Assim, ambos encontram-se

afastados de suas regiões de origem por mais de 03 (três) anos.

Afirmam concentrar os seus vínculos afetivos e sociais em suas respectivas regiões. Desta forma, a permuta pretendida reflete os seus interesses na manutenção da estrutura familiar, merecendo especial proteção do Estado (CF, art. 226).

Defendem que o interesse público está resguardado com a permuta, pois nenhum dos Tribunais envolvidos sofrerá prejuízo em sua força de trabalho, tampouco os magistrados das regiões não serão prejudicados em suas lotações, além de a permuta não resultar acréscimo orçamentário para as Cortes.

Assim, estariam satisfeitas as exigências estabelecidas pela Resolução nº 01/2008, do Conselho da Justiça Federal, cargos de idêntica natureza e denominação, conclusão do período de vitaliciamento e inexistência de procedimentos administrativos disciplinares.

Informam estar cientes do disposto no artigo 33 da referida Resolução, bem como que idêntico pedido será formulado perante o Tribunal Regional da 4ª Região, de modo a viabilizar a célere tramitação do processo correspondente.

No tocante ao pedido subsidiário, salienta que a remoção do Juiz Federal Substituto Sócrates Hopka Herrerias não implicará em prejuízo da prestação jurisdicional, pois a 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São José do Rio Preto conta com um Juiz Titular e, ainda, há mais quatro juízes lotados naquela Subseção. Ademais, estaria em andamento concurso para provimento de cargos de Juiz Federal Substituto na 3ª Região, podendo a vaga ser rapidamente suprida.

Alegam, ainda, que o pedido será no absoluto interesse do serviço da 4ª Região, tendo em vista a previsão de instalação de três varas em 2012 no âmbito da Justiça Federal daquela região, por força da Lei nº 12.011/2009.

Por derradeiro, ressaltam que deferido o pedido, ainda haverá análise final quanto à conveniência e oportunidade da remoção pelo TRF da 4ª Região, na forma do artigo 30 da Resolução CJF nº 01/2008.

Autuado o procedimento perante o Conselho da Justiça Federal desta 3ª Região sob o nº 2011.03.0310, foi distribuído à relatoria do Exmo. Desembargador Federal André Nabarrete.

Certidões das E. Corregedorias Regionais da Justiça Federal da 4ª e 3ª Regiões às fls. 07, 09 e 61 atestam o vitaliciamento dos magistrados e a inexistência de processos disciplinares relacionados aos mesmos.

Certidão deste E. Órgão Especial à fl. 10 atesta a inexistência de processos disciplinares relacionados ao Juiz Federal Substituto Sócrates Hopka Herreiras.

Documentos às fls. 37/46, 68/70, 76/77, referentes à produtividade e tramitação de processos referentes aos magistrados postulantes.

Pedido de permuta dirigido ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região às fls. 78/81.

Informações da Divisão da Magistratura às fls. 15/16, com juntada de documentos atinentes à matéria.

Manifestação da Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região às fls. 31/32, no sentido de não se opor ao deferimento do pleito de permuta, observado o trâmite regular e a decisão do Órgão Especial desta Corte.

No âmbito do Conselho da Justiça Federal desta 3ª Região, o processo foi submetido a julgamento na sessão do dia 17 de janeiro do ano em curso, ocasião em que, à unanimidade, sobreveio manifestação favorável a permuta pretendida, com determinação da remessa dos autos ao E. Órgão Especial.

Autuado o processo administrativo perante este Órgão Especial, foi distribuído à relatoria do Exmo. Desembargador Federal Newton De Lucca em 19 de janeiro de 2012, que exarou despacho às fls. 58, determinando o saneamento de irregularidades, o que foi devidamente cumprido (fls. 60, 61/63, 68/70 e 71/81).

Em 23 de fevereiro de 2012, vieram-me os autos conclusos, na qualidade de sucessor regimental do Exmo. Desembargador Federal Newton De Lucca (fls. 83).

Noticiada decisão proferida pelo E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fl. 86), nos autos do Processo Administrativo nº 0000290-39.2011.404.8000 (1110001377271), a qual homologa pedido de desistência de permuta formulado pelo Juiz Federal Substituto Bruno Takahashi, determinou-se juntada de sua cópia nos autos, intimando-se os requerentes para apresentar manifestação no prazo de 10 dias (fl. 84).

Na oportunidade, o Juiz Federal Substituto Bruno Takahashi informou que os requerentes desistiram do pedido de permuta perante o E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, dada as dificuldades administrativas existentes, o que restou deferido. Após, houve análise e deferimento do seu pedido de remoção, o qual deverá ser examinado por esta Corte. Assim, considerando prejudicado o pedido de permuta, requereu sua exclusão do presente processo (fl. 92 e documentos de fls. 93/100).

No mesmo sentido, o Juiz Federal Substituto Sócrates Hopka Herrerias manifestou sua desistência quanto ao pedido de permuta perante esta C. Corte. De outra parte, requereu a análise do pedido subsidiário de remoção (fls. 101/102 e documentos de fls. 103/106). Reafirmou os argumentos expendidos na inaugural e solicitou a juntada de cópia do Ato nº 263/2012 (fl. 106), da Secretaria de Assuntos da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual declarou vago o cargo de Juiz Federal Substituto ocupado junto à 2ª Vara Criminal em Foz de Iguaçu/PR, de molde a demonstrar a existência de cargo vago na Região de destino (TRF - 4ª Região).

O pedido de desistência quanto à permuta foi homologado, com a exclusão do Juiz Federal Substituto Bruno Takahashi do presente feito. Considerando que o pedido subsidiário de remoção formulado pelo Juiz Federal Sócrates Hopka Herrerias não foi apreciado pelo Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, determinou-se a remessa dos autos aquele órgão para sua análise (fl. 108).

Encaminhados os autos ao Conselho da Justiça Federal da 3ª, foram redistribuídos a Exma. Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (fls. 115/116). Na 330ª Sessão Ordinária, realizada em 16/08/2012, o Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, por unanimidade, deferiu o pedido de remoção, condicionando-o à posse de novo Juiz Federal Substituto na 3ª Vara de São José do Rio Preto, submetendo o pedido a este C. Órgão Especial, nos termos do voto da Exma. Desembargadora Federal Relatora - fls. 117/124.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ROBERTO HADDAD (Relator):

Trata-se de pedido formulado, conjuntamente, pelos Juízes Federais Substitutos SÓCRATES HOPKA HERRERIAS e BRUNO TAKAHASHI, respectivamente da 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária em São José do Rio Preto/SP e da Vara Federal e Juizado Especial Federal Adjunto em Jacarezinho/PR, solicitando a permuta de vagas entre si, nos termos da Resolução nº 01/2008, do Conselho da Justiça Federal. Subsidiariamente, o magistrado desta Região, Juiz Federal Substituto SÓCRATES HOPKA HERRERIAS, caso indeferido o pedido de permuta, pleiteia a remoção para a 4ª Região, nos termos do artigo 26 da aludida Resolução.

Contudo, os postulantes manifestaram desistência quanto ao pedido de permuta, o que foi homologado, com a exclusão do Juiz Federal Substituto Bruno Takahashi do presente feito, razão pela qual passo a analisar tão-somente o pedido subsidiário de remoção formulado pelo Juiz Federal Sócrates Hopka Herrerias.

A Constituição Federal, no § 1º do artigo 107 (*primitivo parágrafo único, renumerado pela Emenda Constitucional nº 45/2004*), autoriza a remoção ou a permuta de juízes federais no âmbito da Justiça Federal, remetendo o trato do assunto à legislação ordinária.

A Lei nº 5.010/1966 (LJF), no artigo 18, dispõe, de forma genérica, acerca da remoção, que fica subordinada à concordância do antigo Tribunal Federal de Recursos.

Pertinente à temática, o Conselho Nacional da Justiça Federal editou a Resolução nº 32, de 10 de abril de 2007, estabelecendo em seu artigo 2º:

Art. 2º. Até que seja editado o Estatuto da Magistratura previsto no art. 93, “caput”, da Constituição Federal, os critérios para as remoções a pedido e permutas de magistrados serão os estabelecidos em leis de organização judiciária, atos normativos e/ou regimentos internos dos tribunais, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Conselho da Justiça Federal.

Por sua vez, o Conselho da Justiça Federal, inicialmente, regulamentou a matéria por meio da Resolução nº 08, de 28 de novembro de 1989, revogada pela Resolução nº 01, de 20 de fevereiro de 2008, do mesmo Conselho.

A Resolução nº 01/2008, do Conselho da Justiça Federal, disciplina a remoção e a permuta dos juízes no âmbito da Justiça Federal de primeiro grau no Capítulo VI, artigos 26 a 34.

Para melhor ilustração, transcrevo dispositivos da Resolução CJF nº 01/2008 pertinentes à remoção:

Art. 26. A remoção ou permuta de Juiz Federal ou Juiz Federal Substituto de uma região para outra *far-se-á com a anuência dos Tribunais Regionais Federais interessados.*

Parágrafo único. A remoção ou a permuta na hipótese de que trata o *caput* deste artigo *somente ocorrerá entre juízes vitalícios.*

Art. 27. A remoção ou a permuta somente ocorrerá para cargo de idêntica natureza e denominação.

§ 1º Somente poderá ser removido para se titularizar o juiz substituto vitalício.

§ 2º O juiz substituto vitalício de outra região pode ser removido para se titularizar quando não houver na região de destino quem aceite o lugar vago, observando-se o art. 93, II, “b”, da Constituição Federal.

Art. 28. Verificada a vaga, o Tribunal Regional Federal fará publicar edital, com prazo de vinte dias, para possibilitar pedidos de remoção pelos Juízes Federais e Juízes Federais Substitutos de outras regiões.

Art. 30. O magistrado deverá formular o pedido de remoção ao Tribunal Regional Federal a que estiver vinculado. Se houver concordância, o requerimento será encaminhado ao Tribunal Regional Federal onde ocorreu a vaga, o qual, anuindo, baixará o ato administrativo correspondente.

Art. 31. No caso de haver mais de um interessado na remoção de que tratam os arts. 26 e 27 desta Resolução serão considerados os seguintes critérios de desempate:

a) maior tempo de exercício de carreira, contado do ingresso inicial como Juiz Federal Substituto;

b) maior tempo de exercício no cargo;

c) maior idade;

d) maior prole.

(...)

Art. 33. O juiz removido de uma região para outra, ainda que em decorrência de permuta, ocupará o último lugar na lista de antiguidade para fins de promoção dentre aqueles que ocupem o mesmo cargo.

Art. 34. Não será autorizada a permuta quando qualquer dos interessados tenha sido indicado para integrar Tribunal Regional Federal ou exercer outra função pública.

Por sua vez, o Regimento Interno desta Corte regulamenta a remoção nos artigos 11, inciso II, letra “g” e artigo 324 e parágrafos, determinando a observância dos seguintes critérios: 1) requerimento dirigido ao Presidente do Tribunal; 2) manifestação do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região; e 3) decisão do Órgão Especial, que observará “a conveniência e oportunidade do ato, observados o interesse público, a boa administração da Justiça e o desempenho dos postulantes”.

No caso em tela, verifica-se que o regramento normativo acerca da matéria foi devidamente observado, com a satisfação de todas as exigências necessárias ao deferimento do pleito de remoção.

O pedido de remoção foi dirigido ao Presidente desta C. Corte, atendendo a exigência estabelecida no Regimento Interno deste E. Tribunal.

Por seu turno, o Conselho da Justiça Federal da 3ª Região manifestou sobre o pedido de remoção, pelo deferimento, requisito previsto no Regimento Interno desta C. Corte também verificado.

O vitaliciamento é exigência para o deferimento da remoção de Juiz Federal Substituto para outra Região (Resolução CJF nº 01/2008).

Na espécie, o Juiz Federal Sócrates Hopka Herrerias foi nomeado pelo Ato nº 8.661, de 21/08/2007, da Presidência deste E. Tribunal, com posse e exercício em 27/08/2007 (fls. 15 e 17). O postulante é vitalício, nos termos do acórdão proferido em 24 de agosto de 2009, no Processo Administrativo nº 0028307-27.2009.403.0000 (Expediente Administrativo nº 2007.01.0579), consoante atesta a certidão da Corregedoria Regional desta Região de fl. 09. Portanto, o requisito de vitaliciedade está devidamente comprovado pela certidão anexa, atendendo o disposto na Resolução CJF nº 01/2008 (art. 26).

O postulante apresenta desempenho satisfatório das suas atividades jurisdicionais, conforme se constata da estatística juntada aos autos (fl. 46). Ademais, não há em seus assentos

profissionais qualquer anotação que o desabone (inexiste processo disciplinar instaurado em face do requerente), consoante informam a Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região e a Subsecretaria deste Órgão Especial (fls. 09 e 10).

O Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, igualmente, manifestou no sentido de que nada há que desabone a conduta profissional do Juiz Federal Sócrates Hopka Herrerias, sendo satisfatório o seu desempenho profissional.

Mostra-se viável a remoção, por não se vislumbrar prejuízo ao interesse público ou à administração da Justiça, visto que há concurso público em andamento para provimento de cargo de Juiz Federal Substituto da 3ª Região (Concurso XVI), de maneira a possibilitar o preenchimento da vaga decorrente do deferimento da remoção postulada.

Por outro lado, registre-se que a Subseção Judiciária de São José do Rio Preto/SP, localidade em que o Juiz Federal postulante está em exercício, é composta pelas 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª e 6ª Varas Federais, sendo as 5ª e 6ª Varas de Execução Fiscal. A Subseção Judiciária em comento conta com cinco Juízes Titulares e quatro Juízes Federais Substitutos, já incluindo o Juiz Federal postulante (em exercício da 3ª Vara Federal).

Desta feita, comungo da manifestação do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região quanto ao deferimento do pedido de remoção. Contudo, entendo desnecessário o condicionamento da remoção à posse de novo Juiz Federal Substituto na 3ª Vara de São José do Rio Preto, não desconhecendo o fato da adiantada fase do Concurso Público XVI para Provimento de Cargo de Juiz Federal Substituto da 3ª Região. Assim, não vislumbro prejuízo à prestação jurisdicional da Subseção Judiciária de São José do Rio Preto/SP a ensejar tal condicionamento, notadamente em razão do aproximado término do citado concurso público.

Portanto, ausentes óbices legais e administrativos e não havendo notícia nos autos que desabone a conduta dos requerentes, a pretensão de remoção formulada comporta deferimento.

Neste sentido, transcrevo excerto do voto da lavra do Exmo. Desembargador Federal André Nabarrete, proferido por ocasião da apreciação do pedido de permuta no âmbito do Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, os quais também podem ser considerados quanto ao pleito de remoção:

Em atendimento ao disposto no § 2º do artigo 324 supracitado, frise-se que, à primeira vista, não haverá prejuízo ao interesse público ou à administração da Justiça, porquanto nenhum dos tribunais sofrerá perda em seu quadro de magistrados - as vagas serão mutuamente preenchidas - e as lotações deverão ficar sob a responsabilidade de cada corte. Ademais, os postulantes apresentaram desempenho suficiente ao bom andamento dos trabalhos jurisdicionais, nos termos das estatísticas de fls. 34/46 e não há em seus assentos profissionais qualquer anotação que os desabone, consoante informam as respectivas Corregedorias Regionais (fl. 07 e fls. 31/32).

Respeitante à expedição de edital de remoção para os Juízes Federais e Juízes Federais Substitutos de outras regiões, entendo que a providência compete ao órgão de destino, não comportando manifestação desta C. Corte. Neste sentido, decidiu a Corte Especial Administrativa do Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao deferir o pedido de remoção do Juiz Federal Substituto Bruno Takahashi para este Tribunal (fl. 96/100), como bem destacado no voto da Exma. Desembargadora Federal Therezinha Cazerta (fls. 117/123), acolhido à unanimidade

pelo Conselho da Justiça Federal da 3ª Região.

Por derradeiro, impende assinalar que para efetivar a remoção, caso deferida por este Colegiado, deverá ter a anuência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Ante o exposto, voto pelo *deferimento* do pedido de remoção do magistrado SÓCRATES HOPKA HERRERIAS para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

É o voto.

Desembargador Federal ROBERTO HADDAD - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0004116-10.2012.4.03.0000

(2012.03.00.004116-6)

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravado: CELSO REIS DE AVILA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA

Classe do Processo: AI 466312

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/10/2012

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MILITAR. DISPENSA DE INCORPORAÇÃO POR EXCESSO DE CONTINGENTE. SUPERVENIENTE GRADUAÇÃO EM MEDICINA. NOVA CONVOCAÇÃO PARA O SERVIÇO MILITAR. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL: IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI 12.336/2010: IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO LEGAL.

1. O art. 29, da Lei 4.375/64, consigna a possibilidade de adiamento da incorporação em razão de matrícula em curso destinado à formação de médicos, dentistas, veterinários e farmacêuticos.
2. O art. 4º, da Lei 5.292/67 estabelece que o estudante que tenha obtido adiamento da incorporação em razão de matrícula em curso de medicina, farmácia, dentista e veterinária deverá prestar o serviço militar inicial obrigatório no ano seguinte ao término do respectivo curso.
3. Não é possível interpretar as normas em comento com o intuito de ampliar a sua abrangência, sob pena de se ferir o direito garantido constitucionalmente de que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5, II, da CF).
4. O caso concreto não se subsume às hipóteses previstas nos referidos diplomas, pois o agravado foi dispensado em 20/07/1998 por ter sido incluído no excesso de contingente, e não em razão de estar matriculado em curso de formação de médico.
5. Inadmissível aplicar a Lei nº 12.336/2010 ao caso em exame, conferindo-lhe efeitos retroativos, atingindo fatos pretéritos à sua edição.
6. Agravo legal improvido.

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

São Paulo, 16 de outubro de 2012.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator): Trata-se de agravo legal interposto pela UNIÃO contra decisão monocrática, da lavra da MM. Juíza Federal Convocada Silvia Rocha, proferida nos termos do artigo 557 do CPC - Código de Processo Civil, que negou seguimento ao agravo de instrumento.

Busca a agravante a reforma da decisão, sustentando que não pretende discutir matéria já pacificada pelo STJ, acerca da impossibilidade dos MFDV posteriormente à dispensa por excesso de contingente. Mas “o que se pretende é estabelecer o alcance da Lei nº 12.336/2010.”

Sustenta a agravante que deve prevalecer o entendimento da “obrigatoriedade de prestação de serviço militar àqueles que tenham sido dispensado ou que não tenham prestado por adiamento de incorporação”. Pede a reforma da decisão.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa, em consonância com o artigo 263 do Regimento Interno deste Tribunal.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA (Relator): Não vislumbro, nos argumentos deduzidos pela agravante, motivos para infirmar a decisão agravada, razão pela qual retomo seus fundamentos:

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União Federal em face da decisão proferida nos autos do mandado de segurança, em tramitação perante o MM. Juízo Federal da 4ª Vara de Campo Grande - SP, que deferiu liminar para suspender os efeitos do ato de convocação e designação do impetrante para prestar serviço militar. Alega a agravante que não estão presentes os requisitos para concessão da liminar, tendo em vista que a concessão de dispensa ou de adiamento jamais inibiu a convocação em momento posterior, conforme se depreende do texto da Lei 5.292/67.

Se esta lei sempre admitiu a convocação, não subsiste o argumento de direito adquirido diante da Lei 12.336/10, que prevê ao portador de CDI (Certificado de Dispensa de Incorporação) concludente do curso da área da saúde (medicina, farmácia, odontologia e veterinária), a seleção e a efetiva incorporação ao serviço militar obrigatório, por um ano, como oficial do quadro da saúde.

Defende que a decisão agravada poderá causar prejuízos ao serviço público e afronta à competência da União. Requerendo, assim, a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso, bem como, a reforma da decisão agravada com a cassação da liminar concedida.

Relatei.

Fundamento e decido.

O art. 29, da Lei 4.375/64, consigna a possibilidade de adiamento da incorporação em razão de matrícula em curso destinado à formação de médicos, dentistas, veterinários e farmacêuticos. Por seu turno, o art. 4º, da Lei 5.292/67 estabelece que o estudante que tenha obtido adiamento da incorporação em razão de matrícula em curso de medicina, farmácia, dentista e veterinária deverá prestar o serviço militar inicial obrigatório no ano seguinte ao término do respectivo curso.

Em que pesem os nobres motivos em razão dos quais se pretende justificar a convocação do impetrante, não é possível interpretar as normas em comento com o intuito de ampliar a sua abrangência, sob pena de se ferir o direito garantido constitucionalmente de que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5, II, da CF). Dito isto, verifico que o caso concreto não se subsume às hipóteses previstas nos referidos diplomas, pois, como se constata às fls. 51, o agravado foi dispensado em 20/07/1998 por ter sido incluído no excesso de contingente, e não em razão de estar matriculado em curso de formação de médico. Assim, não merece reforma a sentença ora atacada.

Nesse sentido, trago à colação julgados do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

“ADMINISTRATIVO. E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA Nº 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SERVIÇO MILITAR. DISPENSA. MUNICÍPIO NÃO-TRIBUTÁRIO. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. PROFISSIONAL DA ÁREA DE SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A mera arguição de que o Tribunal *a quo* não se manifestou a respeito das questões suscitadas nos embargos de declaração, não sendo esclarecido de maneira específica, ponto a ponto, quais questões, objeto da irresignação recursal, não foram debatidas pela Corte de origem, faz incidir, na hipótese, a Súmula nº 284 da Suprema Corte. 2. O art. 4º, § 2º, da Lei nº 5.292/1967 aplica-se aos casos de ‘adiamento de incorporação’, não podendo ser empregado nos casos de ‘dispensa’ por excesso de contingente ou pelo fato do município não ser contribuinte para a Prestação do Serviço Militar Obrigatório, hipótese dos autos. 2. Recurso desprovido.” (REsp 1066532/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 17/11/2008)

“DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO. PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A indicação genérica de ofensa aos arts. 535, II, e 538, parágrafo único, do CPC, sem particularizar qual seria a suposta omissão, contradição ou obscuridade existente no acórdão recorrido que teria implicado ausência de prestação jurisdicional, importa em deficiência de fundamentação, nos termos da Súmula 284/STF. 2. É indevida a nova convocação de profissionais da área de saúde que tenham sido anteriormente dispensados do serviço militar por excesso de contingente. Precedentes do STJ. 3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag 982.396/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJe 03/11/2008)

Ante o exposto, *nego seguimento ao agravo de instrumento*, com fundamento no art. 557, “caput”, do CPC.

Intimem-se.

Comunique-se ao D. Juízo de origem.

Observadas as formalidades legais, baixem-se os autos à origem.

Acrescento ser inadmissível aplicar a Lei nº 12.336/2010 ao caso em exame, conferindo-lhe efeitos retroativos, atingindo fatos pretéritos à sua edição, como pretende a União. Nesse sentido, aponto precedente desta Primeira Turma:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. POSSIBILIDADE DE APRECIACÃO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RECURSO EM CONFRONTO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO RESPECTIVO TRIBUNAL OU DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NOS TERMOS DO ARTIGO 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIÇO MILITAR. PROFISSIONAL DA ÁREA DA SAÚDE. DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONVOCAÇÃO POSTERIOR. INOVAÇÃO LEGISLATIVA INAPLICÁVEL AO CASO SOB ANÁLISE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O art. 557 do Código de Processo Civil autoriza o relator a julgar monocraticamente qualquer recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos Tribunais Superiores. Dessa sorte, cabe julgamento por decisão monocrática do Relator.
2. A dispensa do serviço militar obrigatório por “excesso de contingente” é situação distinta a do adiamento de incorporação ao serviço militar obrigatório, por ocasião de admissão em curso de ensino superior na área de saúde.
3. O argumento da União Federal referente ao advento da Lei nº 12.336, de 26/10/2010, não dá suporte à pretendida reforma da decisão agravada, à suposta razão que a “novatio legis” invalidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
4. A lei nova regula somente os casos futuros, não tendo efeitos retroativos. Nesse passo, não haveria de ser levada em conta para fulminar a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, já que a mesma consolidou-se ao tempo da redação original da Lei nº 5.292/67, sendo que era justamente o texto dessa lei que vigorava quando o impetrante foi dispensado do serviço militar por “excesso de contingente”.
5. Agravo improvido.
(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AMS 0001664-31.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 18/09/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/09/2012)

Pelo exposto, *nego provimento* ao agravo legal.

É o voto.

Juiz Federal Convocado MÁRCIO MESQUITA - Relator

- Sobre a nova convocação para prestação de serviço militar aos graduados em curso de medicina, considerando as disposições da Lei nº 12.336/2010, veja também o seguinte julgado: AI 0002261-30.2011.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Antonio Cedenho, publicado na RTRF3R 107/125.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0009730-93.2012.4.03.0000

(2012.03.00.009730-5)

Agravante: DROGA GIO LTDA. - ME

Agravada: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRAESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA DE CAMPINAS – SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

Classe do Processo: AI 471187

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2012

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESOCUPAÇÃO JÁ APRECIADA. BENFEITORIAS.

Retorna objetivando neste recurso eventual direito de retenção por benfeitorias necessárias realizadas pela empresa no espaço ocupado em decorrência da avença, questão já apreciada pelo magistrado singular e ratificada nesta Corte.

Não se vislumbra prejuízo à recorrente visto que foi transferida para novo espaço maior inclusive que o anterior. A mudança a favoreceu expressivamente e a lisura da Infraero se depreende da documentação juntada pela própria recorrente aos autos, nas quais se lê a preocupação da amortização dos valores despendidos pela concessionária para a adequação, segundo os seus interesses do novo espaço, para o ramo de atividade de prestação de serviço realizada pela agravante.

As benfeitorias realizadas encontrar-se-iam muito antes da data apazada amortizadas. No entanto, por culpa exclusiva da empresa que passou a exercer atividade vedada pelo ordenamento jurídico, de caráter infracional penal, pelo que se depreende dos autos, foi a única e determinante causa da rescisão antecipada do seu contrato de concessão. As obras realizadas na área objeto de concessão podem ser qualquer coisa, menos benfeitorias necessárias, posto que o necessária já se encontrava à disposição, tanto assim que essas mesmas foram as condições ofertadas pela Infraero para que os Juizados Especiais se fixassem nos aeroportos. Várias obras úteis e voluptuárias foram feitas e a devolução da área se deu sem retirada senão os objetos móveis de utilidade para a atividade principal.

O contrato de concessão não se vincula ademais a qualquer regramento do direito civil, eis que a normatização que os informa é totalmente diversa. Eventuais interesses decorrentes da inserção na área de materiais que não poderiam ser retirados e decorrentes indenizações, não podem ser, por evidente trazidas dentro do rito desse procedimento especial de reintegração de posse, pois não há direito de retenção em face do Poder Público, até mesmo pela indisponibilidade do interesse público de oferecer aos usuários do aeroporto, o serviço interrompido por culpa da agravante.

Agravo 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 ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 11 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto por DROGA GIO LTDA. - ME contra decisão que, nos autos da ação de reintegração de posse, indeferiu o requerimento de suspensão da liminar de reintegração de posse anteriormente deferida.

A agravante relata que a agravada ingressou com a ação de reintegração de posse em face dela, alegando que firmou contrato de concessão de uso de área, através de concorrência pública nº 11/SBJO-CNSP/2001, sendo o referido contrato aditado por duas vezes com prorrogação de prazo, tendo como último período 01/06/2008 a 31/05/2013.

Conta que, em decorrência da autuação da ANVISA, o seu estabelecimento foi interditado e lacrado, permanecendo fechado por mais de 130 (cento e trinta) dias, acarretando prejuízo à população aeroportuária e usuários, sendo tal fato considerado como rescisão unilateral do contrato, em face do descumprimento do item 4 da cláusula 17 do contrato.

Relata que, por tal razão, houve deferimento da liminar de reintegração de posse do referido imóvel, expedindo o mandado com prazo de 10 (dez) dias para desocupação voluntária.

Alega a empresa que, ao apresentar sua contestação, aduziu a inocorrência de inadimplemento de cláusula contratual, requereu indenização por benfeitorias e direito a retenção, indenização pelos prejuízos resultantes de eventual esbulho possessório, bem como o reconhecimento da litigância de má-fé.

Posteriormente, requereu a suspensão da liminar, enquanto não houvesse decisão acerca do pedido de indenização por benfeitorias, em virtude de seu direito de retenção pelo valor das benfeitorias contido no art. 1219 do Código Civil Brasileiro, pelo fato de ter construído todo o prédio para funcionamento de seu estabelecimento.

O juiz monocrático indeferiu o pedido de suspensão da liminar, sob o argumento de que o contrato não prevê a indenização por benfeitoria e que o próprio Decreto-Lei 9.760/1946, recepcionado pela Constituição de 1988, não especifica direito de indenização por benfeitorias que não as necessárias.

Destaca que houve introdução de benfeitorias necessárias com prévia autorização da Infraero, o que está comprovado, e que, de acordo com o artigo 90, do Decreto-Lei nº 9.760/46, a benfeitoria necessária é indenizável quando há prévia notificação ao Poder Público.

Esclarece que o direito de retenção constitui uma exceção necessária para se evitar injustiça, ensejando, ao possuidor, a faculdade de ficar com a coisa devida até ser satisfeito o referido crédito.

Recurso processado sem a concessão do efeito suspensivo (fls. 264/265).

Com contraminuta.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora): Ao apreciar o pedido de efeito suspensivo, assim foi decidido:

Sob novo fundamento volta a agravante a interpor recurso da decisão proferida em autos de Reintegração de Posse, deferida pelo MM. Juízo “a quo” e confirmada em decisão liminar por esta Relatoria à favor da INFRAERO para que a recorrente desocupe a área objeto de concessão no Terminal de Passageiros do Aeroporto Internacional de Viracopos.

Retorna, pois, objetivando, neste recurso eventual direito de retenção por benfeitorias necessárias realizadas pela empresa no espaço ocupado em decorrência da avença.

Contudo não lhe assiste razão.

Por dois fundamentos.

Primeiramente a agravante foi transferida para novo espaço que segundo a documentação dos autos, era maior inclusive que o anterior. A mudança a favoreceu expressivamente e a lisura da Infraero se depreende da documentação juntada pela própria recorrente aos autos, nas quais se lê a preocupação da amortização dos valores despendidos pela concessionária para a adequação, segundo os seus interesses do novo espaço, para o ramo de atividade de prestação de serviço realizada pela agravante.

É evidente que as benfeitorias realizadas encontrar-se-iam muito antes da data aprazada amortizadas. No entanto, por culpa exclusiva da empresa que passou a exercer atividade vedada pelo ordenamento jurídico, de caráter infracional penal, pelo que se depreende dos autos, foi a única e determinante causa da rescisão antecipada do seu contrato de concessão. Demais disso é evidente que as obras realizadas na área objeto de concessão podem ser qualquer coisa, menos benfeitorias necessárias, posto que o necessária já se encontrava à disposição, tanto assim que essas mesmas foram as condições ofertadas pela Infraero para que os Juizados Especiais se fixassem nos aeroportos. Várias obras úteis e voluptuárias foram feitas e a devolução da área se deu sem retirada senão os objetos móveis de utilidade para a atividade principal.

O contrato de concessão não se vincula ademais a qualquer regramento do direito civil, eis que a normatização que os informa é totalmente diversa. Eventuais interesses decorrentes da inserção na área de materiais que não poderiam ser retirados e decorrentes indenizações, não podem ser, por evidente trazidas dentro do rito desse procedimento especial de reintegração de posse, pois não há direito de retenção em face do Poder Público, até mesmo pela indisponibilidade do interesse público de oferecer aos usuários do aeroporto, o serviço interrompido por culpa da agravante.

Assim considerando, nego a concessão do efeito suspensivo.

...

Assim, não há nos autos alteração substancial capaz de influir na decisão proferida quando do exame do pedido de efeito suspensivo.

Destarte, não merece acolhida a pretensão deduzida neste recurso.

Isto posto, nego provimento ao presente agravo de instrumento.

É como voto

Desembargadora Federal MARLI FERREIRA - Relatora

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**0029134-33.2012.4.03.0000****(2012.03.00.029134-1)**

Requerente: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO - IFSP

Requerido: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BARRETOS - SP

Interessada: RAFAELA CUNHA ARUTIM SANTOS

Classe do Processo: SLAT 2957

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2012

DECISÃO

Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada apresentado pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo - IF-SP contra a decisão proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Barretos/SP que, nos autos do processo nº 0007353-05.2011.4.03.6138, determinou a nomeação da autora Rafaela Cunha Arutim Santos para o cargo de Administradora, tendo em vista a sua aprovação em concurso público realizado pela instituição no ano de 2010.

Sustenta que a vigência do concurso público (Edital nº 45/2010) “somente se encerrará em 20.06.2013” (fls. 3), e que “dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação” (fls. 4vº). Em relação à servidora Simone Delphino, aduz ter havido a transferência de uma das vagas do *campus* São Paulo para o *campus* Barretos, e não a mera remoção daquela funcionária para ocupar vaga aberta neste último (*campus* Barretos). Argumenta que “não compete ao Poder Judiciário substituir o Poder Executivo” (fls. 5vº) sendo-lhe vedada a concessão de decisão liminar contra o Poder Público que venha a esgotar o objeto da ação ou a conceder o pagamento de vencimentos a servidores, na forma do art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92, art. 1º da Lei nº 5.021/66 e art. 2º-B da Lei nº 9.494/97.

É o breve relatório.

A hipótese é de não conhecimento do incidente de suspensão, por três razões que a seguir serão expostas.

Primeiramente, observo que a peça inaugural de fls. 2/11 contém, em sua essência, a reprodução das alegações e argumentos apresentados pela requerente na contestação oferecida nos autos da ação originária (fls. 188/208), sem alterações dignas de nota.

Tal circunstância indica a intenção da requerente em utilizar o incidente de suspensão com finalidade recursal, empregando-o não para proteger, efetivamente, os bens jurídicos descritos no art. 4º da Lei nº 8.437/92, mas sim para obter um novo pronunciamento judicial a respeito de questões que já estão sendo debatidas e analisadas nas vias ordinárias. Sobre a impossibilidade de utilização do incidente de suspensão com caráter recursal, já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal:

SERVIDOR PÚBLICO. Processo administrativo disciplinar. Devido processo legal. Alegação de grave lesão à ordem administrativa. Questão de fundo da causa. *Sucedâneo recursal. Inadmissibilidade. Pedido de suspensão rejeitado. Agravo regimental improvido. Rejeita-se*

pedido de suspensão que não demonstra grave lesão aos interesses públicos tutelados, mas apresenta nítido caráter de recurso.

(Segundo AgR na STA nº 452, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, v.u., j. 14/09/11, DJ 11/10/11, grifos meus)

1. SUSPENSÃO DE LIMINAR. Lesão à economia pública. Não ocorrência. Pedido indeferido. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte 2. RECURSO. Agravo Regimental em Suspensão de Liminar. *Argumentos que guardam pertinência com a causa principal. Inadmissibilidade. Agravo regimental improvido. Precedentes. A jurisprudência desta Corte veda o uso dos pedidos de contracautela como sucedâneo recursal.*

(AgR na SL nº 391, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, v.u., j. 18/05/11, DJ 02/06/11, grifos meus)

Logo, pautado o pedido de suspensão apenas na renovação dos argumentos jurídicos já apresentados nos autos de Origem - sem a demonstração de como os valores do art. 4º da Lei nº 8.437/92 teriam sido vulnerados -, não há como se conhecer do incidente.

Ainda que assim não fosse, outro fundamento levaria, também, ao não conhecimento do incidente. Trata-se do esaurimento dos efeitos da tutela, quando manejada a presente suspensão, em 04/10/12.

Em 03/04/12, houve o deferimento do pedido de antecipação de tutela, impondo, no prazo assinalado, a nomeação da candidata aprovada Rafaela Cunha Arutim Santos para o cargo de Administradora, *in verbis*:

... Diante do exposto, defiro a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a nomeação da autora, Rafaela Cunha Arutim Santos, para o cargo de Administradora, nos quadros do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo - *campus* Barretos, no prazo de 45 (quarenta e cinco), contados a partir da juntada de toda a documentação exigida pelo edital, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), aplicável ao dirigente da autarquia... (fls. 230)

Referida determinação foi integralmente cumprida pela requerente com a edição da Portaria nº 1.711/2012, de 30/5/12, conforme noticiam as informações prestadas pelo próprio Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo - IF-SP, acostadas a fls. 210.

Desta forma, fica afastado o interesse processual da requerente na utilização do incidente de suspensão, uma vez que é inviável suspender-se decisão que já esgotou por completo os seus efeitos. Neste sentido, esclarece Elton Venturi:

O postulante deve ainda, para ver admitida (conhecida) sua pretensão, demonstrar que persiste de fato a necessidade da não execução do provimento objeto da ação incidental de suspensão. (...)

Entretanto, se já executada faticamente e na sua plenitude a decisão judicial cuja eficácia se pretendia suspender, consumando-se a grave lesão ao interesse público, falece o interesse processual na dedução do pedido de suspensão, por perda de objeto, aludindo-se então à perempção da medida.

(*in Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*, 2ª ed. rev. atual. ampl.,

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 96/97).

Por derradeiro, o presente pedido mostra-se igualmente inadmissível em face da inadequação da via eleita. Isso porque, o referido incidente, na forma como previsto na Lei nº 8.437/92, consiste em instrumento jurídico extremo, só passível de utilização em situações de extraordinária seriedade. A situação descrita na peça inaugural, contudo, não aparenta possuir o grau de gravidade exigido para facultar a utilização da medida, nem se verifica, na petição, fundamentação apta a demonstrar a excepcionalidade da lide debatida nos autos originários. A respeito do tema, trago precedente do C. Supremo Tribunal Federal, proferido em caso semelhante ao presente:

2. É caso de extinção anômala do processo.

(...)

A medida excepcional da suspensão depende também da comprovação de que o interesse público esteja sendo gravemente comprometido.

O requerente, contudo, não demonstrou de que modo a decisão ora impugnada, que reconheceu o direito da servidora municipal tomar posse em cargo de professora da rede pública estadual, após aprovação em concurso público, seria capaz de gerar grave lesão à ordem pública.

A jurisprudência desta Corte assentou que a potencialidade danosa da decisão deve ser comprovada de forma inequívoca pelo requerente, dado o caráter excepcional do pedido de suspensão. Nesse sentido, o Ministro CELSO DE MELLO, então na Presidência da Corte, decidiu, na SS nº 1.185 (DJ 4.8.1999), que:

“A existência da situação de grave risco ao interesse público, alegada para justificar a concessão da drástica medida de contracautela, há de resultar cumpridamente demonstrada pela entidade estatal que requer a providência excepcional autorizada pelo art. 4º da Lei nº 4.348/64. Não basta, para esse efeito, a mera e unilateral declaração de que, da execução da decisão concessiva da liminar mandamental, resultará comprometido o interesse público.”

(...)

3. Ante o exposto, nego seguimento ao pedido (artigo 21, § 1º, do RISTF).

(STA nº 512, decisão monocrática, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28/01/11, DJ 09/02/11, grifos meus)

Destaco, ainda, excerto da decisão proferida pelo E. Ministro Celso de Mello na citada SS nº 1.185, na qual consignou que:

Em tema de suspensão de segurança, não se presume a potencialidade danosa da decisão concessiva do writ mandamental ou daquela que defere liminar em sede de mandado de segurança.

Portanto, não demonstrada a potencialidade lesiva da decisão a ser suspensa, no plano teórico, não há como ser admitido o manejo do incidente.

Ante o exposto, nego seguimento ao pedido de suspensão, com fundamento no art. 33, inc. XIII, do Regimento Interno desta Corte. Comunique-se. Decorrido *in albis* o prazo recursal, promova-se a respectiva baixa. Int. Dê-se ciência ao MPF.

São Paulo, 25 de outubro de 2012.

Desembargador Federal NEWTON DE LUCCA - Presidente

Direito Civil



APELAÇÃO CÍVEL
0005203-11.2006.4.03.6111
(2006.61.11.005203-4)

Apelante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
Apelada: SILVIA REGINA BASSO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MARÍLIA - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES
Classe do Processo: AC 1350893
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2012

EMENTA

AÇÃO ORDINÁRIA - LEGITIMIDADE DA CEF E DA PARTE AUTORA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - DEPÓSITO REALIZADO VIA TERMINAL ELETRÔNICO - ENVELOPE APONTADO PELO BANCO COMO CONTENDO SOMENTE R\$ 710,00, QUANDO O CORRETO, SEGUNDO A CORRENTISTA, SERIA R\$ 1.710,00 - CEF A DEIXAR DE COMPROVAR, POR MEIO DE FILMAGENS, QUAL O PROCEDIMENTO ADOTADO NO MANUSEIO DO RECEPÇÃO - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO - PROCEDÊNCIA AO PEDIDO.

1. Não procedem as alegações relativas à ilegitimidade, vez que a parte autora a ser a destinatária do depósito guerreado, assim a única interessada a insurgir-se sobre o valor que deixou de entrar em sua poupança, igualmente incorreta a localização economiária no feito, afinal a Instituição Financeira depositária da importância e que recepcionou o envelope que continha as cédulas, destacando-se que toda a operação ocorreu em recinto de sua propriedade.
2. Realizado depósito de R\$ 1.710,00 por pessoa indicada pela autora, via terminais eletrônicos, foi surpreendida com a entrada em sua poupança de apenas R\$ 710,00, obtendo a informação de que somente esta quantia teria sido inserida no envelope.
3. Como constatado pela r. sentença, a própria CEF admitiu a impossibilidade de extrair a imagem que demonstre tanto a ação do depositante como a conferência do envelope respectivo.
4. Deve a CEF compreender que suas alegações a merecerem, também, comprovação, inciso II, do artigo 333, CPC, afigurando-se omissa sua postura de não apresentar as imagens do momento da abertura dos envelopes, à luz, outrossim, da Lei 8.078/90.
5. Perceba-se ser do pólo economiário o dever de adotar mecanismos eficazes para conceder lisura aos seus serviços, de modo que somente poderia comprovar que o envelope não continha a quantia declinada (R\$ 1.710,00) se trouxesse as imagens demonstrando o exato momento da constatação/checagem pelo seu funcionário.
6. Veemente que tudo a denotar redobradas cautelas sempre dinamicamente a se imporem sobre os agentes financeiros, perante os quais operações destes matizes normativamente admitidas.
7. Para a visão de qualquer comum mortal da sociedade e máxime para um cliente, a utilização dos serviços bancários a merecer atingimento aos seus fins, restando provada a falha do Banco, que jamais logrou evidenciar com esmero agiu no trato no depósito guerreado.

8. Imperiosa se põe a recomposição material do valor extraviado, tal como firmado pelo E. Juízo *a quo*, a bem de um mínimo de justiça sobre a incolumidade a que deveria se manter o depósito em tela. Precedente.
9. Improvimento ao retido agravo e à apelação. Procedência ao pedido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 09 de outubro de 2012.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Cuida-se de agravo retido e de apelação, em ação ordinária, ajuizada por Silvia Regina Basso em face da Caixa Econômica Federal - CEF.

A r. sentença, fls. 94/106, julgou procedente o pedido, asseverando que a própria ré reconheceu a falha na prestação do serviço bancário, à medida que não comprovou, pelas imagens do circuito interno, o exato momento em que houve a abertura do envelope que apresentou valor divergente ao defendido pelo cliente (CEF aponta somente havia R\$ 710,00, quando o cliente pontua a existência de R\$ 1.710,00), sendo dever do Banco provar a culpa do correntista. Condenou a CEF ao pagamento de danos materiais no importe de R\$ 1.000,00, corrigidos monetariamente e com juros a partir da citação, conforme a Resolução 561/2007, além de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor da causa.

Apelou a CEF, fls. 110/113, requerendo, preliminarmente, a análise de retido agravo interposto a fls. 53/54 (sustentou sua ilegitimidade passiva, pois somente tem responsabilidade sobre a quantia depositada, devendo a diferença ser resolvida entre a autora e a pessoa que realizou os depósitos, bem como aduz que a demandante é ilegítimada para a causa, tendo-se em vista foi o depósito feito por terceiro). No mérito, consigna que o valor contido no envelope era de R\$ 710,00, consoante a prova testemunhal produzida, assim imperiosa se afigura a reforma da r. sentença.

Apresentadas as contrarrazões, fls. 120/122, sem preliminares, subiram os autos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental (inciso VIII de seu artigo 33).

É o relatório.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator): Não procedem as alegações relativas à ilegitimidade, vez que a parte autora a ser a destinatária do depósito

guerreado, fls. 12/14, assim a única interessada a insurgir-se sobre o valor que deixou de entrar em sua poupança, igualmente escoreita a localização economiária no feito, afinal a Instituição Financeira depositária da importância e que recepcionou o envelope que continha as cédulas, destacando-se que toda a operação ocorreu em recinto de sua propriedade.

Superados, pois, ditos óbices.

No mais, revela a teoria da responsabilidade civil pátria, tendo por referencial o artigo 186, CCB, a presença das seguintes premissas:

O evento fenomênico naturalístico;

A responsabilização ou imputação de autoria ao titular da prática daquele evento;

A presença de danos;

O nexo de causalidade entre aqueles;

Como se afigura imperioso, deve-se proceder ao circunstanciamento do que efetivamente ocorrido, nos termos das provas carreadas aos autos (*quod non est in actis non est in mundo*).

Estes, em essência, os principais eventos contidos nos autos e objeto da causa: realizado depósito de R\$ 1.710,00 por pessoa indicada pela autora, via terminais eletrônicos, foi surpreendida com a entrada em sua poupança de apenas R\$ 710,00, obtendo a informação de que somente esta quantia teria sido inserida no envelope.

Neste diapasão, como constatado pela r. sentença, a própria CEF admitiu a impossibilidade de extrair a imagem que demonstre tanto a ação do depositante como a conferência do envelope respectivo, fls. 25, penúltimo parágrafo:

Foi pedido a fita de gravação interna, tanto da SAA a pedido do Gustavo, para ver se ele tinha deixado no balcão de preenchimento da SAA e da parte interna da Ret. Pela fita de gravação nada foi constatado de irregular. E pelas imagens da fita não é mesmo possível ver exatamente o nr do MD, e confirmar valores.

Ora, deve a CEF compreender que suas alegações a merecerem, também, comprovação, inciso II, do artigo 333, CPC, afigurando-se omissa sua postura de não apresentar as imagens do momento da abertura dos envelopes, à luz, outrossim, da Lei 8.078/90.

Ora, percebe-se ser do pólo economiário o dever de adotar mecanismos eficazes para conceder lisura aos seus serviços, de modo que somente poderia comprovar que o envelope não continha a quantia declinada (R\$ 1.710,00) se trouxesse as imagens demonstrando o exato momento da constatação/checagem pelo seu funcionário.

Em outras palavras, veemente que tudo a denotar redobradas cautelas sempre dinamicamente a se imporem sobre os agentes financeiros, perante os quais operações destes matizes normativamente admitidas.

Ou seja, para a visão de qualquer comum mortal da sociedade e máxime para um cliente, a utilização dos serviços bancários a merecer atingimento aos seus fins, restando provada a falha do Banco, que jamais logrou evidenciar com esmero agiu no trato no depósito guerreado.

Então, imperiosa se põe a recomposição material do valor extraviado, tal como firmado pelo E. Juízo *a quo*, a bem de um mínimo de justiça sobre a incolumidade a que deveria se manter o depósito em tela.

Neste sentido, o v. aresto pretoriano:

TRF1 - AC 200633110004958 - AC - APELAÇÃO CIVEL - 200633110004958 - ÓRGÃO JULGADOR: SEXTA TURMA - FONTE: e-DJF1 DATA: 24/10/2011 PAGINA: 407 - RELATOR: JUIZ FEDERAL MARCOS AUGUSTO DE SOUSA (CONV.)

CIVIL E PROCESSO CIVIL. CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CAIXA-RÁPIDO. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DECLARADO NO ENVELOPE E O DE SEU CONTEÚDO NÃO COMPROVADA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CONFIGURADA.

1. A responsabilidade da CEF na relação com seus clientes é objetiva, bastando para sua caracterização a demonstração da ação (prestação defeituosa do serviço), resultado danoso e nexo de causalidade, podendo ser excluída por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, tudo nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

3. A CEF não logrou comprovar a alegada divergência entre o valor declarado no envelope e o de seu conteúdo. Como bem afirmou a sentença, a falta dos valores no envelope deveria ser comprovada através da abertura deste em local específico, na presença do gerente da agência e com registro de filmagem, ou por qualquer outro meio idôneo que garantisse a segurança da operação. Sem tal prova, prevalece sua responsabilidade objetiva.

4. Pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 712,00 (setecentos e doze reais), sobre o qual incidirão correção monetária e juros moratórios, contados a partir do dia que foi efetuado o depósito, qual seja, 25.09.2000, nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

...

Desta forma, embora os esforços jus-argumentativos da parte recorrente, bem assim os elementos ao feito carreados com sua tese, tais não resultam em modificação do quadro objetivamente constatado pelo E. Juízo *a quo*, assim naufragando a intenção recursal ajuizada.

Portanto, refutados se põem os demais ditames legais invocados em pólo vencido, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado pólo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, pelo *improvemento ao retido agravo e à apelação*, mantida a r. sentença, tal qual lavrada.

É como voto.

Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES - Relator

Direito Constitucional



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/ REEXAME NECESSÁRIO (AMS)

0024847-70.2006.4.03.6100

(2006.61.00.024847-5)

Agravante: UNIÃO FEDERAL

Agravada: R. DECISÃO DE FLS.

Interessados: MAURO NEWTON VIEIRA, FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO E PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ - SP

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES

Classe do Processo: AMS 309663

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2012

EMENTA

PROCESSO CIVIL - AGRAVO - ARTIGO 557, § 1º, DO CPC - MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - NEOPLASIA MALIGNA - LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DOS ESTADOS E DOS MUNICÍPIOS - SOLIDARIEDADE.

I - A Constituição Federal, em seu artigo 23, II, estabelece ser competência comum da União, dos Estados e dos Municípios cuidar da saúde pública. Os três entes políticos são conjuntamente gestores do SUS, cujas respectivas competências ou funções na área da saúde estão definidas nas Leis nºs 8.080/90 e 8.142/90.

II - Encontra-se consagrado no âmbito desta E. Turma o entendimento de que a União é legitimada a figurar no polo passivo das ações judiciais em que se discute questões relacionadas à vida e à saúde, incluindo o fornecimento de tratamento médico e de medicamentos, por se cuidar de obrigação solidária de todos os entes federados. Nesse sentido: (*TRF 3ª Região, AC nº 2005.61.23.001828-1/SP, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 09.05.2007, DJU 23.05.2007, pág. 722*).

III - O Poder Judiciário pode e deve intervir em casos como o presente, pois também recebeu da Constituição Federal a competência para promover a concretização das políticas públicas, especialmente no que tange aos direitos sociais, culturais e econômicos.

IV - Encontra-se suficientemente instruído e provado documentalmente que o impetrante é portador de adenocarcinoma de cólon, sendo-lhe indicado o medicamento Xeloda de 500 mg e de 150 mg diante da dificuldade de acesso venoso. Não foi indicado pelas impetradas a existência de outro medicamento com efeito semelhante ao requerido, salvo na forma injetável, inadequada para o caso *sub judice*.

V - Embasada em precedentes da Corte e do STJ, permite-se o julgamento monocrático.

VI - Agravo improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Trata-se de agravo interposto com fulcro no § 1º do artigo 557 do CPC contra decisão monocrática de juiz federal convocado que, embasado no artigo 557 do CPC, acolheu a ilegitimidade de parte do município de Santo André e deu parcial provimento à apelação da União apenas para incluir na lide o Estado de São Paulo, mantendo, no mais, a sentença que determinou o fornecimento do medicamento Xeloda 500 mg e 150 mg ao impetrante.

A União, por meio de agravo interposto a fls. 446/457 alega, em síntese, ser parte ilegítima para figurar no polo passivo porque a política de saúde pública estabelece a descentralização dos serviços, de modo que a execução, o acompanhamento, o controle e a avaliação concreta dos serviços e ações são de responsabilidade dos Estados e dos Municípios. Argumenta que decisões judiciais não podem impor à União atribuições que são de outros entes, sob pena de desrespeito ao princípio federativo e que por conta de decisões em sentido contrário o feito não poderia ser julgado monocraticamente. Afirma que a moléstia que acomete o impetrante possui programa específico e medicamentos fornecidos pelo SUS, realizado por meio dos Centros de Alta Complexidade em Oncologia - CACON, não havendo notícia de que o impetrante tenha procurado atendimento junto a este. Questiona, por fim, a via do mandado de segurança, dizendo que o direito não é líquido e nem certo.

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

Dispensada a revisão nos termos regimentais.

É o relatório.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES (Relatora): Cuida-se de agravo interposto contra decisão que manteve a obrigatoriedade de fornecimento de medicamento de alto custo a paciente com neoplasia maligna.

O entendimento sobre o tema há muito se encontra pacificado e a decisão proferida está em consonância com este entendimento.

Quando da prolação da decisão terminativa, assim foi manifestado:

Vale observar, desde logo, que revendo orientação anterior firmada em casos análogos, a União tem legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual aqui deduzida. De fato, embora o art. 198 da Constituição Federal de 1988 tenha prescrito a existência de um sistema único de saúde, financiado com recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de “outras fontes”, não se trata de atribuir competências simultâneas ou superpostas a cada um desses entes da Federação.

Essa partilha de competências vem delineada na Constituição Federal e é mais bem detalhada na legislação infraconstitucional que rege a matéria (Lei nº 8.080/90 e alterações posteriores). Apesar disso, diante da estatura do direito constitucional em discussão (o direito à saúde), a jurisprudência tem admitido que, nas ações em que se pretende obter uma prestação concreta do Estado, haveria uma legitimidade concorrente entre as pessoas políticas, quer para o fornecimento de medicamentos, quer para obter uma prestação concreta na área da saúde. Acrescente-se, realmente, que, diante da estatura constitucional do *direito fundamental à saúde* (arts. 6º e 196 da Constituição Federal de 1988), tais óbices de natureza formal ou processual não podem ser interpretados de forma a importar uma virtual recusa à tutela do direito material em discussão.

Portanto, possuem legitimidade para figurar no polo passivo os três entes federativos, quais sejam, o Município, o Estado de São Paulo e a União.

Este entendimento encontra guarida em precedentes das duas mais altas Cortes do país, conforme se vislumbra pelos v. arestos abaixo transcritos:

“MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.”

(STF, RE nº 195192/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.02.2000, DJ 31.03.2000)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO.

1. Esta Corte em reiterados precedentes tem reconhecido a responsabilidade solidária do entes federativos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que concerne à garantia do direito à saúde e à obrigação de fornecer medicamentos a pacientes portadores de doenças consideradas graves.

2. Agravo regimental não provido.”

(STJ, AgRg no Ag nº 961677/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.05.2008, DJe 11.06.2008)

“ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. RECURSO QUE NÃO LOGRA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

2. Mantém-se na íntegra a decisão agravada quando não infirmados seus fundamentos.

3. Agravo regimental improvido.”

(STJ, AgRg no Ag nº 886974/SC, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 20.09.2007, DJ 29.10.2007, pág. 208)

Por conseguinte, não há como se acolher a preliminar de ilegitimidade de parte da União, devendo ser acolhida, por outro lado, a que pleiteia a reinclusão do Estado de São Paulo.

No caso em apreço, uma *peculiaridade* chama a atenção e não pode passar despercebida. Conquanto União, Estado e Município tenham responsabilidade solidária para o fornecimento de medicação, o autor não reside no município de Santo André, de modo que deve buscar tratamento junto ao SUS de sua cidade, São Caetano do Sul.

Diante da manifesta ilegitimidade de parte do Município de Santo André para figurar no polo

passivo, promovo a sua exclusão da lide, extinguindo o feito, em relação a ele, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 267, VI, do CPC.

Ultrapassadas as preliminares, destaco ser perfeitamente legítima a intervenção do Poder Judiciário em casos como o presente, como órgão que *também* recebeu da Constituição Federal a competência para promover a concretização de políticas públicas, especialmente no que se refere aos direitos sociais, culturais e econômicos.

Por essa razão é que a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região tem admitido como válida a intervenção do Poder Judiciário em casos tais, de que são exemplos os seguintes precedentes:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E SEGURIDADE SOCIAL. SAÚDE. SUS. UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO. DEVER DO ESTADO.

1. ‘Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda’ (REsp 690483/SC, Rel. Min. José Delgado, DJ 06/06/2005, p. 208).

2. A Lei nº 9.494/97 não constitui óbice aos provimentos antecipatórios contra entidades de direito público, senão nas hipóteses taxativamente previstas em lei (REsp 513.842/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ 1/3/2004).

3. É legítima a exigência de medicamento sob a condição - única - representada pela correlação entre a doença e a cura ou, quando menos, a redução dos danos à saúde.

4. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo de instrumento não provido”.

(TRF 3ª Região, Quarta Turma, AI 2008.03.00.007708-o, Rel. Des. Fed. FÁBIO PRIETO, DJ 25.11.2008)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. UNIÃO FEDERAL. DIREITO INDIVIDUAL E SOCIAL À VIDA E À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SOBREPRINCÍPIO DA ORDEM CONSTITUCIONAL. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA E NECESSIDADE DE MEDICAMENTOS. PATOLOGIA GRAVE. RISCO À SAÚDE E À VIDA. ARTIGOS 196 E SEQUINTE DA LEI MAIOR. LEI Nº 8.080/90. MULTA DIÁRIA.

1. É solidária a obrigação dos entes federados, integrantes do Sistema Único de Saúde, pelo fornecimento de tratamentos e medicamentos necessários à garantia da saúde e vida, por isso inviolável - nos limites do recurso - o reconhecimento da ilegitimidade passiva da União Federal.

2. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido da prevalência da garantia de tutela à saúde do cidadão hipossuficiente sobre eventual custo financeiro imposto ao Poder Público, pois o Sistema Único de Saúde deve prover os meios para o fornecimento de medicamento e tratamento que sejam necessários, segundo prescrição médica, a pacientes sem condições financeiras de custeio pessoal ou familiar, sem o que se afasta o Estado da sua concepção de tutela social, reconhecida e declarada pela Constituição de 1988.

3. Caso em que pacífica a jurisprudência, em relação à validade da fixação de multa diária a fim de assegurar o cumprimento da obrigação de fazer, dentro do prazo estipulado.

4. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma”.

(TRF 3ª Região, AG 2007.03.00.056420-9, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, DJ 23.9.2008)

Alexandre de Moraes leciona que “o direito à vida e à saúde, entre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.” (*Constituição do Brasil Interpretada*, Ed. Atlas, 2ª Edição, pág. 1926).

Em seu artigo 198, a Constituição da República assegura que as ações e serviços públicos de saúde devem ter como diretriz o atendimento integral, linha mestra elevada à categoria de princípio pela Lei nº 8.080/90, cujo artigo 7º, II, edita:

“Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as

diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;”

E por integralidade da assistência deve-se entender o fornecimento de remédios àqueles que precisam, atividade incluída no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme se extrai do artigo 6º, I, “d”, da já mencionada Lei nº 8.080/90:

“Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

- a) de vigilância sanitária;
- b) de vigilância epidemiológica;
- c) de saúde do trabalhador; e
- d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;”

Tendo-se em conta a natureza qualificada do direito cuja proteção é requerida, os autos estão suficientemente instruídos com documentos que indicam que o autor é portador de adenocarcinoma de cólon, sendo-lhe indicado o medicamento Xeloda de 500 mg e de 150 mg diante da dificuldade de acesso venoso (fls. 43/44).

A dificuldade de acesso venoso está devidamente comprovada pelo atestado médico de fls. 44, não havendo qualquer circunstância que faça presumir a falsidade dessa declaração, firmado pelo profissional da Medicina que assiste o autor.

Outrossim, observo que as impetradas não indicaram a existência de outro medicamento com efeito semelhante ao requerido, salvo na forma injetável. Contudo, por recomendação médica a forma injetável mostrou-se inadequada ao caso, necessitando o autor de medicação via oral. A medicação, de seu turno, demonstrou ser de alto custo, tendo o município afirmado que seis meses de tratamento gerará gasto de R\$ 14.700,00 (quatorze mil e setecentos reais). Desta forma, não dispondo o autor de recursos suficientes para custear o tratamento recomendado, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário para prover o necessário à preservação da saúde do requerente.

Saliento, finalmente, que diante dos comandos emanados da Constituição da República Federativa do Brasil e da Lei (Lei nº 8.080/90), regramentos destinados a proteger um bem maior - o direito à vida -, não cabe a alegação, de cunho meramente financeiro, de que o fornecimento de remédio ao autor, em detrimento dos demais cidadãos, privilegiaria o interesse de um em prejuízo do interesse de muitos. A argumentação, embora substancial, levaria ao incrédulo entendimento de que somente os brasileiros vitimados por endemias receberiam tratamento estatal, ficando os demais acometidos por outros males, diversos daqueles, abandonados à própria sorte. Certamente esta não é e nem foi a intenção do legislador.

Esta E. Turma, apreciando caso análogo, entendeu que “os princípios invocados pelo Poder Público, inseridos no plano da legalidade, discricionariedade e economicidade de ações e custos, mesmo como emanções do princípio da separação dos Poderes, não podem prevalecer sobre valores como vida, dignidade da pessoa humana, proteção e solidariedade social, bases e fundamentos de nossa civilização” (AC nº 2005.61.23.001828-1/SP, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, j. 09.05.2007, DJU 23.05.2007, pág. 722).

No mesmo sentido:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AGRAVO INOMINADO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS . LEGITIMIDADE PASSIVA. UNIÃO FEDERAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL E SOCIAL À VIDA E À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SOBREPRINCÍPIO DA ORDEM CONSTITUCIONAL. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA E NECESSIDADE DE MEDICAMENTOS . PATOLOGIA GRAVE. RISCO À SAÚDE E À VIDA. ARTIGOS 196 E SEQUINTE DA LEI MAIOR. LEI Nº 8.080/90. É solidária a obrigação dos entes federados, integrantes do Sistema Único de Saúde,

pelo fornecimento de tratamentos e medicamentos necessários à garantia da saúde e vida, por isso inviável - nos limites do recurso - o reconhecimento da ilegitimidade passiva da União Federal. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido da prevalência da garantia de tutela à saúde do cidadão hipossuficiente sobre eventual custo financeiro imposto ao Poder Público, pois o Sistema Único de Saúde deve prover os meios para o fornecimento de medicamento e tratamento que sejam necessários, segundo prescrição médica, a pacientes sem condições financeiras de custeio pessoal ou familiar, sem o que se afasta o Estado da sua concepção de tutela social, reconhecida e declarada pela Constituição de 1988. Afastada a alegação de que se trata de medicamento de alto custo, visto que em circunstâncias tão especiais, de perigo de vida ou à saúde, deve o Poder Público primar pelo direito subjetivo essencial, relacionado à dignidade da pessoa humana, previsto e tutelado pela Constituição Federal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma.”

(TRF 3ª Região, AI nº 2009.03.00.018253-0, 3ª Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. Souza Ribeiro, DJF3 08.09.2009, pág. 3895)

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. ILEGITIMIDADE DE PARTE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Assegurado constitucionalmente o efetivo tratamento médico aos pacientes desprovidos de condições financeiras, inclusive com o fornecimento de medicamentos e próteses de forma gratuita, se necessário, pelo Poder Público, o qual compreende União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o que foi reafirmado pela Lei nº 8.080/90, que estabelece a responsabilidade solidária dos entes federativos, bem como de seus respectivos órgãos, em promover ações e serviços de saúde, não há que cogitar acerca de ilegitimidade passiva da agravante. 2. Agravo de instrumento improvido.”

(TRF 3ª Região, AI nº 2007.03.00.069848-2, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Roberto Haddad, DJF3 04.08.2009, pág. 188)

“PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ORDINÁRIA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADO - TRATAMENTO DE DEGENERACÃO MACULAR - ILEGITIMIDADE DA UNIÃO FEDERAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - AGRAVO IMPROVIDO. 1 - A União é parte legítima nesta contenda, em face de sua obrigação constitucional de resguardar e promover a saúde à população, solidariamente com os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, transferindo a gestão da saúde aos três níveis de governo, para se dar por meio de seus órgãos que são, respectivamente, Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais de Saúde e Secretarias Municipais de Saúde, todos constituindo o Sistema Único de Saúde (SUS), ainda que cada esfera política compartilhe atribuições diversas. 2 - O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do medicamento para a garantia da vida da paciente, deverá ser ele fornecido. 3 - Sob a óptica de princípios constitucionais - da dignidade humana, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade - infere-se que a lesão grave e de difícil reparação se mostra, na verdade, na expectativa de vida do paciente. 4 - Precedentes do STJ. 5 - É fundamental que o fornecimento gratuito atinja toda a medicação necessária ao tratamento dos necessitados, significando que não só são devidos os remédios padronizados pelo Ministério da Saúde, como todos aqueles que porventura sejam necessários às particularidades de cada paciente. A padronização significa que os medicamentos padronizados serão os habitualmente fornecidos, o que não impede que o SUS forneça outro tipo de medicamento indispensável ao tratamento. 6 - Agravo de instrumento improvido.”

(TRF 3ª Região, AG nº 2007.03.00.092494-9, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Nery Junior, DJF3 09.09.2008)

Portanto, sopesando todos os valores envolvidos, tenho que aqueles relacionados ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à saúde, à assistência social e à solidariedade, devem prevalecer sobre eventuais restrições financeiras.

Ante o exposto, ACOLHO a preliminar de ilegitimidade de parte do Município de Santo André e, com fundamento no artigo 557, 1º-A, do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo da União e à remessa oficial, apenas para incluir na lide o Estado de São Paulo.

Transitada em julgado a decisão, baixem os autos à E. Vara de origem.
Intimem-se.

A decisão, observa-se, encontra-se robustamente fundamentada e ampara em precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte Federal.

Não há que se falar em ausência de direito líquido e certo porque inúmeros documentos comprovam a existência da moléstia e a necessidade do tratamento.

Destarte, NEGO PROVIMENTO ao agravo inominado.

É como voto.

Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES - Relatora

- Sobre a responsabilidade solidária dos entes federados (União, Estados e Municípios) na garantia do direito à saúde, seja no fornecimento de medicamentos, seja no oferecimento de tratamento médico específico, veja também os seguintes julgados: Ag 2004.03.00.047023-8/SP, Relator Desembargador Federal Fábio Prieto, publicado na RTRF3R 74/147 e ApelReex 0006899-90.2007.4.03.6000/MS, Relator Desembargador Federal Carlos Muta, publicada na RTRF3R 109/104.

APELAÇÃO CÍVEL
0002088-24.2007.4.03.6118
(2007.61.18.002088-9)

Apelante: JOAO PAULO RUSSO COLLYER
Apelada: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE GUARATINGUETÁ – SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA
Classe do Processo: AC 1566776
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/11/2012

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - CARREIRA MILITAR - REPERCUSSÃO GERAL - LIMITE DE IDADE ESTABELECIDO EM EDITAIS E REGULAMENTOS - VALIDADE ATÉ 31 DE DEZEMBRO DE 2011.

1. Ao dispor sobre os direitos sociais dos militares, o art. 142, VIII não arrola as proibições contidas no art. 7º, XXX, dentre elas proibição de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.
2. O Pleno do STF ao apreciar o RE 600885 de Relatoria da Min. Carmen Lúcia, na sistemática do artigo 543-B do CPC decidiu pela “manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei nº 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011”.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 08 de novembro de 2012.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Cuida-se de ação de conhecimento, processada sob o rito comum ordinário, proposta com o objetivo de assegurar a participação no concurso de EAGS “B”/2008, afastando as disposições que vedam a inscrição de candidato com idade superior a 24 anos.

A sentença julgou improcedente o pedido. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da causa, observado o disposto no art. 12 da Lei nº 1.060/50.

Em apelação, o autor pugnou pela reforma da sentença.

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a esta Corte.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA – Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal MAIRAN MAIA (Relator): Nos termos do art. 142, § 1º da Constituição Federal, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais que versem sobre organização, preparo e emprego das Forças Armadas.

Por conseguinte, o ingresso nas carreiras das Forças Armadas, conforme art. 142, § 3º, X da Constituição Federal será disposto em lei, que conferirá os limites de idade, estabilidade e outras condições do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, estabelecendo, assim, reserva legal.

Ao dispor sobre os direitos sociais dos militares, o art. 142, VIII não arrola as proibições contidas no art. 7º, XXX, *verbis*:

XXX. Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Por conseguinte, o art. 5º do Texto Constitucional assim assevera:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

....

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

No mesmo sentido, o art. 37 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº18/98 assim dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

Todavia, o Pleno do Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 600885, de Relatoria da Min. Carmen Lúcia, na sistemática do artigo 543-B do Código de Processo Civil, assim decidiu:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS: CRITÉRIO DE LIMITE DE IDADE FIXADO EM EDITAL. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMA. ART. 10 DA LEI Nº 6.880/1980. ART. 142, § 3º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NÃO-RECEPÇÃO DA NORMA COM MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Repercussão geral da matéria constitucional reconhecida no Recurso Extraordinário nº 572.499: perda de seu objeto; substituição pelo Recurso Extraordinário nº 600.885.

2. O art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República, é expresse ao atribuir exclusiva-

mente à lei a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas.

3. A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal.

4. Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” do art. 10 da Lei nº 6.880/1980.

5. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não-recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei nº 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011.

6. Recurso extraordinário desprovido, com modulação de seus efeitos.

(STF - Tribunal Pleno - RE 600885 - Rel. Min. Cármen Lúcia - j. 09/02/2011 - DJe-125 DI-VULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011)

Assim, da leitura do acórdão supra, cabível a limitação etária tão-somente até 31 de dezembro de 2011. Na hipótese, tratando-se de concurso de admissão ao Estágio de Adaptação à Graduação de Sargento anterior à data limite estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, de rigor a manutenção da sentença.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Desembargador Federal MAIRAN MAIA – Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0029586-43.2012.4.03.0000

(2012.03.00.029586-3)

Agravante: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

Agravado: OSMAR LUIZ BONAMIGO

Partes Rés: UNIÃO FEDERAL E COMUNIDADE INDÍGENA PYELITO KUE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE NAVIRAÍ - MS

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO

Classe do Processo: AI 488455

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/11/2012

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI contra a r. decisão do MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Naviraí/MS, reproduzida às fls. 281/287, que nos autos da ação de manutenção de posse proposta por Osmar Luis Bonamigo em face da Fundação Nacional do Índio - FUNAI e da União Federal, deferiu o pedido de liminar para determinar a retirada imediata de silvícolas da Comunidade Indígena Pyelito Kue que se encontram estabelecidos na área da Fazenda Cambará no Município de Iguatemi/MS e, ainda, fixou multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) em caso de descumprimento, a ser suportada pela recorrente.

Alega a Fundação Nacional do Índio - FUNAI que a área em que se encontra localizada a Fazenda Cambará é objeto de estudo com vistas a identificar e delimitar as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas desde 2008, época em que foi publicada a Portaria nº 790, o que significa que não se tem, até o presente momento, a confirmação de quem são os verdadeiros proprietários das terras.

Aduz que o Grupo de Trabalho já se pronunciou no sentido de que a Fazenda Cambará se encontra na região denominada Bacia Iguatemipecuá, área tradicionalmente ocupada pelos índios, situação que torna questionável as alegações do autor da possessória de que é legítimo proprietário das terras.

Sustenta que a cadeia dominial apresentada pelo autor não deve ser encarada como verdade absoluta, vez que outros documentos demonstram que os índios foram expulsos de suas terras com o objetivo de favorecimento de interesses privados.

Assevera que existem agrupados, numa área de 10 (dez) mil metros quadrados e de reserva legal, cerca de 160 (cento e sessenta) índios, situação que não atrapalha em absolutamente nada a atividade da Fazenda Cambará, até porque a área total das terras é de mais de 760 (setecentos e sessenta) hectares.

Afirma que os índios estão desenvolvendo a caça, a pesca e a coleta na região, mantendo resguardada a integridade da vegetação nativa e os bovinos criados na Fazenda.

Salienta que o permanente estado de remoção da comunidade indígena na região, em decorrência das sucessivas decisões judiciais de reintegração de posse, tem despertado a indignação dos silvícolas, os quais ficam privados de condições mínimas de sobrevivência (habitação, segurança, alimentação, saúde), fato este que contraria a própria ordem constitucional.

Ressalta que não detém a tutela da comunidade indígena presente na região, não influencia no seu modo de vida, na sua cultura e nem mesmo foi responsável pela retomada da área em conflito e, portanto, não pode ser penalizada com a estipulação de multa em caso de descumprimento da ordem judicial.

Pugna pela atribuição de efeito suspensivo, a fim de que seja revogada a ordem de desocupação da área pelos índios, ou pelo menos até o término dos estudos técnicos e, ainda, pela revogação da ordem que determinou o pagamento de multa em caso de descumprimento.

É o relatório.

DECIDO.

O caso dos autos reflete, de um lado, o drama dos índios integrantes da Comunidade Indígena Pyelito Kue que, assim como outros tantos silvícolas brasileiros, almejam de há muito a demarcação de suas terras. E, de outro lado, o drama não menos significativo daqueles que hoje ocupam terras supostamente indígenas que, na maioria das vezes, adquiriram a propriedade ou foram imitados na posse de forma lícita e lá se estabeleceram.

Acrescente-se, ainda, que os indígenas se encontram em situação de penúria e de falta de assistência e, em razão do vínculo que mantêm com a terra que crêem ser sua, colocam a própria vida em risco e como escudo para a defesa de sua cultura.

Dessa forma, há notícias críveis de que a Comunidade Indígena Pyelito Kue resistirá até a morte à eventual ordem de desocupação.

A situação dos autos reflete, também, a total ausência de providências essenciais por parte do Poder Público, relativas à demarcação das terras indígenas, omissão essa que obriga o Poder Judiciário a emitir decisões impregnadas de cunho social. Sim, porque o que se apresenta é um conflito de relevância social indiscutível e não um embate sobre meros interesses contrapostos, não sendo competência do Poder Judiciário substituir o Estado para prover as necessidades de um segmento da população que não foi atendido pela falta de implantação de políticas públicas específicas.

O Poder Judiciário tem a típica função de julgar, que consiste na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que se fizer necessário. O juiz tem a obrigação e a responsabilidade de decidir aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é apresentado a partir de um conflito de interesses gerado entre os indivíduos.

Anote-se que, embora deva ter a equidade e a busca da Justiça como norte, não pode o Juiz desprezar a lei, na medida em que é o Poder Judiciário, dentro da estrutura do Estado, justamente aquele a quem cabe aplicá-la.

A segurança jurídica e a legalidade devem caminhar juntas, de mãos dadas, para que a Justiça aflore.

Entretanto, para apaziguar confronto desta grandeza, não posso ater-me exclusivamente aos limites do direito de propriedade ou à posse da área em conflito, mas devo, indiscutivelmente, atentar para os reflexos maiores desta conjuntura que podem colocar em risco valores e direitos cuja preservação deve ocorrer a qualquer custo, tal como determina o nosso ordenamento constitucional, quais sejam, a manutenção da vida e da ordem.

A propósito, a Colenda 2ª Turma desta Egrégia Corte já teve a oportunidade de se manifestar a respeito da relevância da questão aqui relatada, conforme se verifica do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÍNDIOS QUE SE ENCONTRAM NA MARGEM DE RODOVIA. ALEGAÇÃO DE QUE, DESCUMPRINDO LIMINAR JUDICIAL, OS ÍNDIOS INVADIRAM A FAZENDA DO AUTOR. DECISÃO QUE DETERMINA AO CACIQUE QUE SE ABSTENHA DE INCENTIVAR A INVASÃO E QUE ORDENA À FUNAI A REMOÇÃO DOS ÍNDIOS “PARA LOCAL DISTANTE”. AGRAVO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO PARCIALMENTE. (...) 3. Os conflitos possessórios entre fazendeiros e indígenas não podem ser resolvidos unicamente com os olhos voltados para a legislação civil comum, como se o problema fosse eminentemente patrimonial. A lei civil sabidamente não foi concebida para resolver a questão indígena, que abrange aspectos sociais, históricos e culturais bastante importantes e, exatamente por isso, tutelados pela Constituição Federal. 4. Não se mostra razoável a determinação, dirigida à FUNAI, para que promova, em dez dias, a remoção de índios instalados à margem de rodovia, levando-os para “local distante” e não definido. 5. Agravo parcialmente conhecido e provido em parte. (TRF 3ª Região - Agravo nº 0015611-32.2004.4.03.0000 - Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos - 2ª Turma - j. 31/05/05 - v.u. - DJU 10/06/05)

Conforme já referido, o autor Osmar Luis Bonamigo apresenta documentação no sentido de ser proprietário de uma área de terras de mais de 762 (setecentos e sessenta e dois) hectares denominada Fazenda Cambará, localizada no Município de Iguatemi, no Mato Grosso do Sul. Por outro lado, a Comunidade Indígena Pyelito Kue se apega a fatos históricos para se dizer dona da área onde está situada a Fazenda Cambará, ou pelo menos de parte dela.

A ação possessória e, principalmente, este agravo de instrumento, não são vias processuais adequadas para discutir a propriedade das terras. O que irá ser apreciado neste recurso é a legitimidade ou não do ingresso dos índios em uma parte de terras localizada na Fazenda Cambará.

Segundo consta dos autos, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI publicou a Portaria nº 790 no dia 14/07/08 para realizar estudos de identificação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios Guarani Kaiowá e Nhandeva na região das bacias denominadas Amambaipeguá, Dourados-Amambaipeguá, Iguatemipecuá, Brilhantepecuá, Nhandevapeguá e Apapeguá, situadas no Mato Grosso do Sul. Posteriormente, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI publicou a Portaria nº 179/09 para estabelecer os procedimentos a serem adotados pelos Grupos Técnicos criados a partir da Portaria nº 790/08. Por fim, no dia 01/10/12 a Fundação Nacional do Índio - FUNAI publicou a Portaria nº 1.244 para constituir Grupo Técnico com o objetivo de complementar os estudos de natureza fundiária e cartorial necessários à identificação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos Guarani e Kaiowá, nas bacias denominadas Iguatemipecuá (Portaria nº 790/PRES, de 10.07.2008) e Nhandevapeguá (Portaria nº 792, de 10.07.2008), localizadas nos municípios de Amambaí, Paranhos e Tacuru, no Estado do Mato Grosso do Sul.

A Comunidade Indígena Pyelito Kue, integrante da etnia Guarani Kaiowá, se estabeleceu em período pretérito na Bacia Iguatemipecuá que, segundo estudos preliminares e não conclusivos, está inserida na área da Fazenda Cambará. Esse fato, por si só, não rende aos índios o direito de invadir as terras. Entretanto, as ações que tratam de conflitos de índios com fazendeiros merecem atenção especial e equilíbrio do juiz para restabelecer a ordem e contribuir para a paz social.

Aliás, cabe ressaltar a maneira com a qual os eminentes Juízes Federais que atuaram na ação possessória em referência no Juízo da 1ª Vara Federal de Naviraí/MS conduziram o feito. Todos demonstraram preocupação com a questão e foram muito diligentes na prestação

jurisdicional, o que é digno de admiração e respeito por parte desta Relatora.

Não obstante, fato é que há um procedimento administrativo de delimitação e demarcação de terras em curso na região onde está situada a Fazenda Cambará. A inércia do Poder Público e a morosidade do procedimento administrativo contribuem para provocar tensões e conflitos entre índios e fazendeiros, restando ao Poder Judiciário responder ao embate apresentado.

Assim, tenho que, salvo melhor juízo, a demanda não está próxima de ter um desfecho, não importando a favor de quem venha a ser decidida. O caminho reservado às partes pode ser longo e árduo, eis que o caso envolve, de forma ampla, a solução de um dos maiores conflitos sociais de nossa época, qual seja, a demarcação das terras indígenas brasileiras, além de, tecnicamente, envolver intrincado exame de matéria constitucional.

Retomando a particularidade do caso, certo é que os agravados não poderão ser desapossados das terras que ocupam apenas porque tais terras são objeto de processo administrativo de demarcação, pois apenas a conclusão de todas as fases do procedimento é que poderá ensejar a alteração da respectiva titularidade.

Todavia, estando em risco valores que suplantam a necessidade de término do processo administrativo de demarcação - a vida e a ordem -, valho-me do poder geral de cautela conferido pelos artigos 798 e 799, ambos do Código de Processo Civil, os quais seguem transcritos:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

O Professor Paulo Afonso Garrido de Paula, na obra *Código de Processo Civil Interpretado*, 3^a edição, 2.008, coordenador Antonio Carlos Marcato, Editora Atlas, páginas 2.482/2.484, explica de maneira singular as particularidades do poder geral de cautela conferido ao juiz, senão vejamos:

1. Poder geral de cautela do juiz. O dispositivo em apreço fundamenta o poder geral de cautela do juiz, hoje em consonância com a tutela preventiva prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, consistente na possibilidade de proteção jurisdicional a qualquer direito ameaçado de lesão.

1. Alcance do poder geral de cautela. Trata-se de norma exemplificativa do alcance do poder geral de cautela do juiz, que não sofre qualquer limitação, de vez que eventual restrição genérica importaria negação à efetivação da tutela preventiva prevista na Constituição da República. (...)

Indica a norma em questão que direitos fundamentais podem ser juridicamente relativizados quando em conflito com outros direitos básicos, desde que observada a garantia genérica do devido processo legal.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça valoriza a aplicação do poder geral de cautela para

resguardo de interesses maiores, conforme se verifica do seguinte acórdão, a título de exemplo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. MEDIDA CAUTELAR. RESGUARDO DO INTERESSE PÚBLICO. EFETIVIDADE PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL ÀS PECULIARIDADES DA DEMANDA. ARTIGO 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CLÁUSULA GERAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO, COM BASE NO PODER GERAL DE CAUTELA. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. POSSIBILIDADE,

1. As medidas cautelares resguardam, sobretudo, o interesse público, sendo necessárias e inerentes à atividade jurisdicional. O artigo 798 do CPC atribui amplo poder de cautela ao magistrado, constituindo verdadeira e salutar cláusula geral, que clama a observância ao princípio da adequação judicial, propiciando a harmonização do procedimento às particularidades da lide, para melhor tutela do direito material lesado ou ameaçado de lesão.

2. A efetividade do processo exige tutela jurisdicional adequada, por isso o poder geral de cautela pode ser exercitado *ex officio*, pois visa o resguardo de interesses maiores, inerentes ao próprio escopo da função jurisdicional, que se sobrepõem aos interesses das partes.

(...)

6. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp 1.241.509 - Relator Ministro Luiz Felipe Salomão - 4ª Turma - j. 09/08/11 - v.u. - DJe 01/02/12)

Neste caso, por tudo quanto foi exposto, a melhor solução é circunscrever a permanência dos índios num espaço de 1 (um) hectare, ou seja, 10 (dez) mil metros quadrados, até o término do procedimento administrativo de delimitação e demarcação das terras na região. Os índios devem ficar exatamente onde estão agrupados, com a ressalva de que não podem estender o espaço a eles reservado em nenhuma hipótese.

Os índios não devem impedir a livre circulação de pessoas e bens no interior da Fazenda Cambará, tampouco estender plantações, praticar a caça de animais na fazenda e, ainda, desmatar áreas verdes consistentes em Reserva Legal. Índios, fazendeiros e demais indivíduos que se fizerem presentes na região devem conviver de maneira harmônica. Não será tolerado nenhum tipo de comportamento que quebre a ordem e não contribua para a paz social, princípio que deve se fazer presente no Estado Democrático de Direito.

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI deve adotar todas as providências no sentido de intensificar os trabalhos e concluir o mais rápido possível o procedimento administrativo de delimitação e demarcação das terras. Aliás, cabe aqui uma ressalva. Embora cause estranheza a afirmação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI no sentido de que “não detém a tutela da Comunidade Indígena, não influencia na sua cultura, modo de viver e nem mesmo foi responsável pela retomada da área em conflito”, deverá sim zelar pelo total cumprimento desta decisão, haja vista que na sua competência se insere exatamente a tutela e a guarda dos interesses dos índios.

Autorizo a Fundação Nacional do Índio - FUNAI e outros órgãos governamentais - especialmente a Agência de Saúde - a adentrar na área *sub judice*, a fim de prestar toda e qualquer assistência que se fizer necessária à população silvícola ali alojada.

Revogo a multa estipulada em caso de descumprimento da decisão exarada pelo Juízo de origem, ante as considerações aqui realizadas.

Ante o exposto, concedo o efeito suspensivo ao agravo de instrumento, para determinar a manutenção dos silvícolas da Comunidade Indígena Pyelito Kue exclusivamente no espaço atualmente por eles ocupado, delimitado em 1 (um) hectare, ou seja, 10 (dez) mil metros quadrados, até o término dos trabalhos que compreendem a delimitação e demarcação das terras na região, com a ressalva de que tudo o que foi aqui estabelecido deve ser estritamente observado por todas as partes envolvidas.

A Fundação Nacional do Índio - FUNAI deverá atuar junto à comunidade indígena, no exercício de suas funções institucionais, esclarecendo às lideranças que a demarcação administrativa das terras não lhes garante a posse das mesmas de imediato, razão que desautoriza a ocupação de outras áreas que não sejam os 10 (dez) mil metros quadrados definidos.

Ao Ministério Público Federal, recomendo estar atento ao desenrolar das atividades na região de maneira a diligenciar, quando necessário e com a maior brevidade possível, visando resguardar a ordem e a legalidade. Recomendo, ainda, que harmonize a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas com a defesa dos direitos e interesses do restante da sociedade, cumprindo assim, de fato, o que dispõe o artigo 127 da Constituição Federal.

Oficie-se ao Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça, Dr. José Eduardo Martins Cardozo, a quem está subordinada funcionalmente a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, anexando cópia da presente decisão, para que determine, se julgar cabíveis, outras providências.

Oficie-se à Excelentíssima Senhora Presidenta da República, Dilma Vana Rousseff, anexando cópia da presente decisão, para fins de ciência da situação.

Cumpra a Subsecretaria o disposto no artigo 527, V, do Código de Processo Civil.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Cumpram-se, ainda, todas as formalidades de praxe.

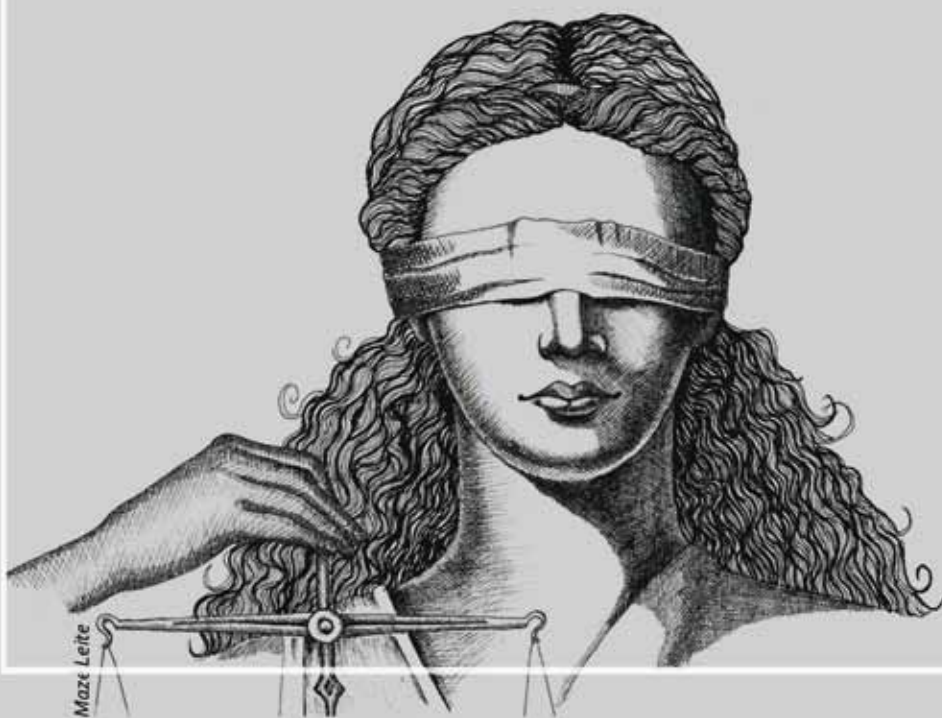
P.I.

São Paulo, 30 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal CECILIA MELLO - Relatora

- Sobre conflitos possessórios envolvendo terras indígenas, veja também os seguintes julgados: Ag 1999.03.00.004554-2/MS, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicado na RTRF3R 39/133; SL 2005.03.00.064067-7/MS, Relatora Desembargadora Federal Diva Malerbi, publicada na RTRF3R 73/69; Ag 2004.03.00.071885-6/MS, Relator Desembargador Federal Nelson dos Santos, publicado na RTRF3R 80/243; AC 2003.60.00.005222-0/MS, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 90/387; AI 2005.03.00.064533-0/MS, Relator Desembargador Federal Henrique Herkenhoff, publicado na RTRF3R 92/118; SLAT 2008.03.00.049219-7/MS, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, publicada nas RTRF3R 92/10, RTRF3R 95/4, RTRF3R 97/52 e RTRF3R 98/7; AI 2000.03.00.055798-3/MS, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicado na RTRF3R 98/227; AI 0010497-05.2010.4.03.0000/MS, Relator Juiz Federal Silvio Gemaque, publicado na RTRF3R 101/141; SLAT 0037604-24.2010.4.03.0000/MS, Relator Desembargador Federal Roberto Haddad, publicada na RTRF3R 105/285 e SuExSe 0000072-45.2012.4.03.0000/MS, Relator Desembargador Federal Newton De Lucca, publicada na RTRF3R 112/252.

Direito Penal



RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO CRIMINAL

0002467-64.2004.4.03.6119

(2004.61.19.002467-2)

Recorrente: ISTVAN MERCHENTHALER

Recorrido: V. ACÓRDÃO DE FLS.

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA

Apelado: ISTVAN MERCHENTHALER

Codinome: ISTVAN ATTILA MERCHENTHALER

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP

Classe do Processo: ACr 22117

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/11/2012

DECISÃO

Recurso extraordinário interposto por Istvan Merchenthaler, com fulcro no artigo 102, III, letra “a”, da Constituição Federal, contra v. acórdão deste Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu provimento à apelação ministerial para reformar a sentença absolutória e condenar o réu à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado e ao pagamento de 88 (oitenta e oito) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime previsto no artigo 12, *caput*, c/c o artigo 18, inciso I, da Lei nº 6.368/76.

Alega-se:

- a) preliminarmente, suscita repercussão geral da matéria;
- b) ofensa ao artigo 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal;
- c) contrariedade ao artigo 5º incisos XL e XLVI, da Constituição Federal, “em virtude da não aplicação das partes benéficas previstas na Lei nº 11.343/06”.

Contrarrrazões, às fls. 1199/1218 em que se sustenta a não admissão do recurso e, se cabível, seu não provimento.

Decido.

Pressupostos genéricos recursais presentes.

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

O recorrente alega violação do artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, sob o argumento de contrariedade ao “Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal” introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 3.801/01 ao argumento de que “as requisições, o envio e o recebimento de documentos e informações feitos de uma parte a outra deveriam, todos, ter tramitado perante o Ministério da Justiça Brasileiro e a Procuradoria Geral dos EUA. (...), entretanto, os documentos oriundos dos Estados Unidos não chegaram ao país pelas vias devidas, tendo sido encaminhados diretamente por ‘agente da DEA’ à Polícia Federal” (fl. 1054). Aduz não ser possível comprovar a autenticidade do documento, razão pela qual o acórdão deve ser anulado. O acórdão tratou da matéria:

No entanto, o MM. Juiz afirmou que os fatos narrados no referido ofício não poderiam ser aceitos como meio de prova válido para fundamentar a condenação do réu, porquanto se faria necessária a observância do princípio do devido processo legal, insculpido no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

Contudo, esse ofício, encaminhado pelo Consulado Americano, trata-se de um documento público oficial, dotado de autenticidade e emitido por um agente da *United States Drug Enforcement Administration* (DEA), autoridade competente; Sabe-se que os documentos públicos provam, com presunção de veracidade *juris tantum* o que nele está declarado, de forma que apenas poderia ser desqualificado como prova se fosse falso, o que não é o caso, razão pela qual não se há de falar que sua consideração violaria os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Consoante também ressaltado nas razões de apelação, é importante ressaltar que, diante da prisão de um estrangeiro envolvido em tráfico internacional de entorpecentes, é comum a expedição de ofícios ao Consulado do país de nacionalidade do indiciado, requerendo a confirmação de sua identidade, bem como informações de seus antecedentes.

As circunstâncias da prisão são comunicadas através da INTERPOL e contatam-se adidos policiais dos países supostamente interessados, com a finalidade de intercâmbio de informações, tudo em consonância com o disposto na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas celebrado no âmbito da ONU e incorporada ao ordenamento brasileiro pelo DL 162/91 e pelo Decreto 154/91.

Destaco ainda que as anotações contidas no passaporte do réu, bem como as informações do referido ofício, ainda que não sejam considerados como provas documentais, constituem-se em indícios muito esclarecedores acerca de seu envolvimento com o tráfico de drogas.

Diante desses elementos, entendo que as provas dos autos apontaram decisivamente para o fato de que o réu era, sim, o proprietário da mala que continha a cocaína que, livre e conscientemente pretendia transportar entre países na condição de “mula”, devendo, pois, ser reformada a sentença absolutória sem que se possa cogitar em uma condenação temerária.

Pelo exposto, condeno o réu Istvan Merchenthaler pela prática do crime previsto no artigo 12, *caput*, c/c o artigo 18, I, da Lei 6.368/76, em vigor à época dos fatos.

A jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, exigente no que tange aos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, firmou-se no sentido de que

A alegação de contrariedade à Constituição deve ser necessária, indispensável. Não é necessária a arguição de princípio constitucional genérico e abrangente, quando a lei ordinária contém disposição particular sobre a matéria. Se para provar a contrariedade à Constituição tem-se antes, de demonstrar a ofensa à lei ordinária, é esta que conta para a admissibilidade do recurso.

(RE nº 94.264-SP, rel. Décio Miranda, RTJ 94/462 - grifei)

Da leitura dos argumentos apresentados nas razões recursais, verifica-se que a discussão versada não diz respeito a uma violação direta ao mencionado dispositivo da Constituição da República, mas meramente reflexa, pois sua configuração depende da resolução de questões anteriores, reguladas por lei federal, conforme já asseverou o C. STF, reiteradamente, consoante ilustram os seguintes precedentes que versam sobre os dispositivos constitucionais invocados:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. VIOLAÇÕES DEPENDENTES DE REEXAME PRÉVIO DE NORMAS

INFERIORES. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 268681 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 16/12/2004, DJ 22-04-2005 PP-00012 EMENT VOL-02188-02 PP-00296)

EMENTA: PROCESSO PENAL. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. IRRESIGNAÇÃO VEICULADA EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOB ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 1., E 5., XXXVII, XXXIX, XLVI, LIII, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Recurso que, quanto ao princípio da ampla defesa e do contraditório, carece de prequestionamento, enfrentando, ainda, o óbice da Súmula 279. Alegações, de resto, insuscetíveis de serem apreciadas senão por via da interpretação da legislação infraconstitucional, relativas ao processo penal, procedimento inviável em sede de recurso extraordinário, onde não tem guarida alegações de ofensa reflexa e indireta a Constituição Federal. Agravo regimental improvido. (AI-AgR 179216, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, STF - grifei)

Os vários precedentes colacionados demonstram o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à impossibilidade de apreciação da matéria objeto da impugnação. A irresignação quanto à observância ou não de regras de natureza infraconstitucional, inclusive com repetição da mesma argumentação apresentada nas razões de recurso especial, revela ofensa reflexa à Carta Magna e não autoriza o uso da via extraordinária, limitada aos casos de maltrato direto e frontal à Constituição, segundo pacífica orientação do Excelso Pretório.

Alega-se, ainda, contrariedade ao artigo 5º incisos XL e XLVI, da Constituição Federal, “em virtude da não aplicação das partes benéficas previstas na Lei nº 11.343/06”. Também aqui se verifica a repetição das razões apresentadas no recurso especial interposto e, consequentemente, a ofensa reflexa à Constituição Federal, o que, por si só, inviabiliza a admissibilidade do recurso extraordinário. Não bastasse, ao contrário do alegado nas razões recursais, o acórdão considerou a possibilidade de aplicação retroativa da lei penal mais benéfica, mas afastou o benefício introduzido pela nova Lei de Drogas porque, após análise de provas, entendeu não preenchidos os seus requisitos, conforme de verifica:

Por fim, consigno que a nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06), em vigor a partir de 08 de outubro de 2006, modificou a política criminal em relação à antiga lei de Tóxicos (Lei nº 6.368/76), introduzindo, no parágrafo 4º do artigo 33, uma causa de redução de pena inexistente na lei anterior e diminuindo o patamar mínimo para a causa de aumento derivada da transnacionalidade do tráfico.

A regra básica, em casos de sucessão de leis penais, é de retroatividade da *lex mitior*, em face do princípio da isonomia ou da igualdade diante das leis.

No entanto, essa regra básica sofre restrições relativas ao princípio da legalidade, segundo o qual cabe ao legislador legislar e ao magistrado interpretar a lei. E isso ocorre porque o Juiz, ao fazer a combinação da “parte boa” de cada uma das leis em conflito, conjugando artigos, parágrafos e incisos, ou parte deles, termina por atuar como legislador positivo, criando quantas leis novas forem as combinações efetivadas, com imensa e desmedida discricionariedade, desprovida de critérios legais pré-fixados.

De fato, em que pesem entendimentos contrários, é inadmissível a combinação das regras mais benignas de dois sistemas legislativos diversos que conflitam no tempo, fracionando-se a norma para considerar retroativa apenas a parte benéfica, e irretroativa a parte prejudicial ao

rêu, por não se poder criar uma terceira lei, jamais editada, combinando dispositivos de duas leis emanadas do Poder Legislativo. Isso porque não cabe ao Julgador legislar, e sim verificar, entre as leis, se a posterior é mais benigna ao réu e então aplicá-la em toda a sua integridade. Por outro lado, a nova lei nem sempre será mais benéfica para os delitos de tráfico e assestados, uma vez que o agente condenado por crime cometido na sua vigência não estará necessariamente em situação melhor do que o réu que praticou o delito na vigência da lei anterior, apesar da causa de aumento de pena da internacionalidade ser eventualmente mais branda e haver previsão de uma causa de diminuição anteriormente inexistente, elas serão aplicadas sobre uma pena base mais grave.

Concluiu-se, portanto, que a Lei 11.343/06 não poderá retroagir tão somente no que diz respeito aos dispositivos mais benéficos ao réu, alcançar fatos cometidos em data anterior à sua plena vigência, ou seja, sob a égide da Lei 6368/76.

Em processos que envolvem casos semelhantes, tem sido esta a orientação jurisprudencial: “PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/1976. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

I - É inadmissível a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 à pena relativa à condenação por crime cometido na vigência da Lei 6.368/1976. Precedentes.

II - Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da reserva legal e da separação de poderes. Precedentes. (...)”

(STF, HC 94687, Relator(a) RICARDO LEWANDOWSKI)

“*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. RETROATIVIDADE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF. PACIENTE QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA.

1 - A paciente foi condenada à pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática da conduta tipificada no art. 12, *caput*, c/c o art. 18, I, ambos da Lei 6.368/76.

2 - Requer o impetrante a concessão da ordem de *habeas corpus* para a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

3. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que não é possível a combinação de leis no tempo. Entende a Suprema Corte que agindo assim, estaria criando uma terceira lei (*lex tertia*).

4. Com efeito, extrair alguns dispositivos, de forma isolada, de um diploma legal, e outro dispositivo de outro diploma legal, implica alterar por completo o seu espírito normativo, criando um conteúdo diverso do previamente estabelecido pelo legislador.

(...)”

(STJ, HC 96430, Relator(a) ELLEN GRACIE),

“PENAL - PROCESSO PENAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI 11.343/2006 (ART. 40, INCISO I E § 4º. DO ART. 33) - IMPOSSIBILIDADE PORQUE NÃO BENEFICIA A RÉ - IRRETROATIVIDADE DA LEI NOVA MAIS SEVERA - AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 - PROIBIÇÃO DO HIBRIDISMO OU ALQUIMIA DE LEIS - APLICAÇÃO INTEGRAL DA ANTIGA LEI ANTIDROGAS - PENA MANTIDA COMO FIXADA EM PRIMEIRO GRAU, POR SER MAIS BENÉFICA À RÉ NO CASO CONCRETO -

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

(...)

2. O v. acórdão confrontou a lei revogada com a lei nova e optou pela aplicação da lei anterior em sua integralidade, tendo em vista o entendimento majoritário desta Turma, no sentido de que a antiga Lei Antidrogas, no caso concreto, seria mais benéfica para a ré, aplicando-se o princípio da irretroatividade da lei nova mais severa. A maioria da Turma entendeu que a aplicação da nova Lei 11.343/06 não seria a mais favorável a ré, em decorrência do entendimento no sentido de que, avaliando as circunstâncias concretas do delito praticado pela ré, não se aplicaria a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33, da nova Lei, como, aliás, restou claramente consignado no julgado.

3. E fazendo o cotejo entre a lei nova e a lei antiga, foi reconhecido, por maioria de votos, pela Turma Julgadora desta Corte Regional, que em favor da acusada deve ser aplicada, em sua integralidade, a lei que censurava a sua conduta à época dos fatos (Lei 6368/76), tendo sido mantido pelo voto-condutor a pena fixada em primeiro grau que, mesmo exasperando a pena-base em 1/3 pela internacionalidade do tráfico (fl. 126), no cômputo final resultaria em pena definitiva menor que a aplicada pelo voto vencido que adotou a aplicação da nova Lei Antidrogas.

(...)

8. É de ser mantida a condenação da ré, adequada a sua conduta à tipificação mais branda, atendendo a lei que vigia na época dos fatos, como concluiu o voto condutor, que deixou claro não ser possível o hibridismo, alquimia ou combinação de leis, mas a aplicação da lei mais benigna, aplicada em sua integralidade, na mesma esteira dos julgados do Supremo Tribunal Federal, transcritos no voto.

9. Concluiu-se, portanto, que a Lei 11.343/06 não poderá retroagir tão somente no que diz respeito aos dispositivos mais benéficos à ré, para alcançar fatos cometidos em data anterior à sua plena vigência, ou seja, sob a égide da Lei 6368/76, tendo sido aplicada a lei antiga, em sua integralidade.

(...)”

(TRF 3, ACR 200603990214576, Relator(a) JUÍZA RAMZA TARTUCE, QUINTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 13/12/2010 PÁGINA: 62)

(grifei)

Portanto, há que se verificar, caso a caso, se a aplicação retroativa da nova lei em sua integralidade beneficiará o réu, com fundamento no artigo 5º, XL, da Constituição da República e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal. Como abstratamente não é possível definir qual das leis será mais favorável ao agente, deve-se fazer um juízo hipotético e analisar, retroagindo a pena-base do art. 33, *caput* e § 1º, a causa de diminuição e a de aumento em comparação com a Lei anterior, tendo em vista as particularidades concretas da conduta.

No caso *sub judice*, se fosse aplicada a nova lei na integralidade para o réu, a pena-base pela prática do delito previsto no artigo 33, se fixada no mínimo legal, seria de 5 (cinco) anos de reclusão.

Não seria aplicável a causa de redução prevista no parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/06 tendo em vista que não foram preenchidos os requisitos legais. De fato, ainda que primário e de bons antecedentes, as provas dos autos são suficientes a demonstrar o envolvimento do acusado em uma organização criminosa, integrando essa organização ainda que fosse a primeira vez que atuou como “mula”.

Ante o exposto, não admito o recurso extraordinário.

Dê-se ciência.

São Paulo, 05 de novembro de 2012.

Desembargadora Federal SALETTE NASCIMENTO - Vice-Presidente

APELAÇÃO CRIMINAL
0001974-22.2005.4.03.6000
(2005.60.00.001974-1)

Apelante: JAILSON SOUZA DA SILVA

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Excluída: JUSSARA APARECIDA FACCIN BOSSAY

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR

Revisora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE

Relator designado para o Acórdão: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO

Classe do Processo: ACr 38913

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/11/2012

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. ARTIGO 1º, I E IV, DA LEI Nº 8.137/90. PRESCRIÇÃO NÃO OCORRIDA. SÚMULA VINCULANTE Nº 24. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA. UTILIZAÇÃO DE RECIBOS FALSOS. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DOLO ESPECÍFICO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal assentou que o exaurimento da via administrativa é condição objetiva de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, vez que o delito previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, é material ou de resultado, e que, enquanto pendente o procedimento administrativo, fica suspenso o curso da prescrição (Súmula Vinculante nº 24).

2. O crédito tributário constante do auto de infração indicado na denúncia não foi impugnado administrativamente pelo ora recorrente, razão pela qual o crédito tributário se constituiu definitivamente na data de sua lavratura, sendo o marco interruptivo do prazo prescricional.

3. Apesar do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, sendo possível calcular o lapso prescricional da pretensão punitiva com base na sanção penal concreta fixada na sentença, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, calculada com base na pena imposta pela sentença, pois a pena do apelante foi fixada em 2 (dois) anos de reclusão, cujo prazo prescricional é de 4 (quatro) anos, não transcorrido entre a data do fato e do recebimento da denúncia, nem entre esta e a data da publicação da sentença.

4. O delito ora em apreço dispensa exame pericial, pois as provas materiais colhidas foram hábeis a formar um juízo de convicção, bem como a proporcionar o exercício da ampla defesa.

5. A materialidade restou comprovada através da cópia da Declaração de Ajuste Anual de Imposto de Renda - Pessoa Física, ano-calendário 1999, em que há declaração de gastos a título de despesas médicas, utilizados para deduzir o referido imposto; Recibos emitidos, hipoteticamente, por fisioterapeuta e cirurgião-dentista, os quais afirmaram que não prestaram os referidos serviços em favor da denunciada.

6. A autoria é incontestável, uma vez que o próprio recorrente confessou, em

interrogatório judicial, que entregou à acusada recibos médicos decorrentes de serviços não executados como pagamento de dívida que tinha com ela.

7. Não é hábil a afastar a responsabilidade penal do recorrente o fato de quem realmente emitiu os recibos falsos, sendo irrelevante, uma vez que ele tinha pleno conhecimento acerca de que aqueles não correspondiam a realidade, mas mesmo assim entregou-lhes a contribuinte.

8. O dolo específico consistente na vontade livre e consciente de prestar declaração falsa à Receita Federal restou caracterizado pelo fato do acusado ter adquirido e entregado recibos médicos falsos, utilizados para deduzir imposto de renda de pessoa física.

9. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de outubro de 2012.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa de Jailson Souza da Silva de sentença que o condenou a dois anos de reclusão em regime aberto, com substituição por prestação de serviços à comunidade, e dez dias-multa, arbitrado no valor unitário de metade do salário mínimo, como incurso no artigo 1º, incisos I e IV, da Lei nº 8.137/90.

No arrazoado que apresenta a defesa em preliminar alega a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal e, no mérito, postula a absolvição aos argumentos de insuficiência de provas.

Com contrarrazões, subiram os autos e, nesta instância, manifestou-se a procuradora regional da república oficiante no feito pela extinção da punibilidade do delito pela prescrição da pretensão punitiva estatal, prejudicado o mérito recursal.

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO (Relator): Inicialmente, ratifico o relatório de fl. 341.

Quanto à matéria relativa à extinção de punibilidade decorrente da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, o Supremo Tribunal Federal assentou que o exaurimento da via administrativa é condição objetiva de punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, vez

que o delito previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, é material ou de resultado, e que, enquanto pendente o procedimento administrativo, fica suspenso o curso da prescrição:

Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo.

1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 - que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.

2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal.

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspenso o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.

(STF, HC 81611, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 10/12/2003, DJ 13/05/2005, p. 06)

Nesse sentido, o Enunciado da Súmula Vinculante nº 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”

Na hipótese dos autos, o crédito tributário constante do auto de infração indicado na denúncia não foi impugnado administrativamente pelo ora recorrente, razão pela qual o crédito tributário se constituiu definitivamente na data de sua lavratura (13.10.2003), sendo o marco interruptivo do prazo prescricional (fls. 101/107).

Portanto, apesar do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, sendo possível calcular o lapso prescricional da pretensão punitiva com base na sanção penal concreta fixada na sentença, nos termos do artigo 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal (na redação anterior à Lei nº 12.234/10), não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, calculada com base na pena imposta pela sentença, pois a pena do apelante foi fixada em 2 (dois) anos de reclusão, cujo prazo prescricional é de 4 (quatro) anos (art. 109, V, do CP), não transcorrido entre a data do fato (13.10.2003) e do recebimento da denúncia (03.02.2006), nem entre esta e a data da publicação da sentença (25.02.2009).

Em relação ao argumento da defesa de imprescindibilidade de prova pericial em razão de se tratar de crime que deixa vestígios, verifica-se que o delito ora em apreço a dispensa, pois as provas materiais colhidas foram hábeis a formar um juízo de convicção, bem como a proporcionar o exercício da ampla defesa. Ademais, é cediço que não se exige a prova pericial para comprovação da materialidade do delito nos crimes que não deixam vestígios, como é o caso dos autos.

Nesse sentido:

PENAL - LEI Nº 8.137/90 - ART. 1º, INC. I - OMISSÃO DE DECLARAÇÃO DE TRIBUTOS SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - PERÍCIA TÉCNICA - DESNECESSIDADE -

CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE - PRELIMINARES AFASTADAS - DIFICULDADES FINANCEIRAS - NÃO COMPROVAÇÃO - ÔNUS DA DEFESA - MATERIALIDADE, AUTORIA DELITIVA E DOLO - COMPROVAÇÃO - PENA DE MULTA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL - MANUTENÇÃO - PENA SUBSTITUTIVA CONFORME AO ABALO COMETIDO PELO CRIME - IMPROVIMENTO DO RECURSO.

- 1.- Desnecessidade de perícia contábil, diante do arcabouço das provas materiais colhidas.
- 2.- Não prospera a alegação de cerceamento de defesa pelo indeferimento do pedido de diligência meramente protelatória. Oportunizada à parte a produção de prova de suas alegações a qualquer momento.
- 3.- Materialidade delitiva comprovada pelo procedimento administrativo que ensejou a representação para fins penais.
- 4.- Comprovação de autoria delitiva consubstanciada na gerência e responsabilidade pela empresa exercida conforme contrato juntado aos autos.
- 5.- Demonstração do dolo específico voltado a desonerar-se de obrigação tributária através de omissão de declaração de tributo devido.
- 6.- Alegação de dificuldades financeiras não corroborada por elementos seguros de prova, diligência cujo ônus recai sobre o réu, em face de alvitado reconhecimento de exclusão de culpabilidade.
- 7.- Pena de multa imposta proporcionalmente à pena privativa de liberdade, majorada em decorrência da continuidade delitiva. Multa substitutiva conforme ao abalo ocasionado pelo crime cujo bem jurídico assegurado é supra-individual.
- 8.- Preliminares rejeitadas. Improvimento do recurso.

(ACR 200161050006817, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 06/10/2009 PÁGINA: 362)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I E II, DA LEI 8.137/90. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. ORDEM DENEGADA.

1. Não se afigura necessária a realização de perícia contábil sobre os documentos obtidos pela Receita Federal, uma vez que a ação penal está instruída por procedimento administrativo-fiscal, que goza de presunção de veracidade.
2. Assim, a realização de perícia contábil só se faria necessária caso a defesa apresentasse documentação diversa daquela que instruiu o processo administrativo fiscal, o que não ocorreu no caso.
3. Ademais, o delito de sonegação fiscal não exige exame de corpo de delito, pois o dano ao erário pode ser demonstrado pelo procedimento administrativo-fiscal, do qual exsurge a materialidade delitiva.
4. Portanto, não houve o cerceamento de defesa e, ainda, a prova requerida pela defesa do paciente, mostrou-se protelatória e desnecessária para a solução da controvérsia.
5. Ordem denegada.

(HC 201103000168873, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 22/09/2011 PÁGINA: 134)

A materialidade restou devidamente comprovada através dos seguintes documentos: cópia da Declaração de Ajuste Anual de Imposto de Renda - Pessoa Física de Jussara Aparecida Faccin, ano-calendário 1999, a qual declarou que realizou gastos de R\$ 34.803,06 (trinta e quatro mil e oitocentos e três reais e seis centavos) a título de despesas médicas, utilizados para deduzir o referido imposto; Recibos emitidos, hipoteticamente, pelo fisioterapeuta Marcos Antonio M. de França (fls. 48/51) e pela cirurgiã-dentista Ediana Possebon Pradebon (fls. 57/61), que afirmaram que não prestaram os referidos serviços em favor da denunciada Jussara Aparecida Faccin (fls. 73 e 76/83).

A autoria também é incontestável, uma vez que o próprio recorrente Jailson Souza da Silva confessou, em interrogatório judicial, que entregou à acusada Jussara Aparecida Faccin recibos médicos decorrentes de serviços não executados como pagamento de dívida que tinha com ela por serviços advocatícios. Dessa feita, transcrevo trechos de seu depoimento:

(...) É verdadeira a acusação em parte. De fato, conheço a co-ré Jussara e tinha uma dívida com ela, decorrente de uma prestação de serviços. Resolvi pagá-la entregando-lhe recibos médicos. Ressalto que esses recibos eu comprei dos profissionais, eu não falsifique. Os referidos recibos médicos foram emitidos realmente pelos profissionais que assinam, entretanto, os serviços médicos não foram prestados. Eu comprava dos profissionais os recibos pagando-lhes 5% do valor declarado no recibo e revendia por 7% do valor declarado. Eu ofereci à co-ré Jussara esses recibos como forma de pagamento da minha dívida e ela aceitou. (...) Em relação à declaração que consta da denúncia de que eu teria confessado que falsifiquei as assinaturas e carimbos de diversos profissionais da saúde, não é verdadeira. Isto por que eu não falsifiquei, apenas comprei dos referidos profissionais. (...)
(fls. 158/186)

Aliás, não é hábil a afastar a responsabilidade penal do recorrente o fato de quem realmente emitiu os recibos falsos, sendo irrelevante, uma vez que ele tinha pleno conhecimento acerca de que aqueles não correspondiam a realidade, mas mesmo assim entregou-lhes a denunciada Jussara Aparecida Faccin.

Verifica-se, portanto, a presença do elemento subjetivo do crime ora em comento, o dolo específico consistente na vontade livre e consciente de prestar declaração falsa à Receita Federal, caracterizado pelo fato do acusado ter adquirido e entregado recibos médicos falsos, utilizados para deduzir imposto de renda de pessoa física, causando prejuízos aos cofres da União.

Sendo assim, a manutenção da condenação do acusado Jailson Souza da Silva pela prática do delito tipificado no artigo 1º, incisos I e IV, da Lei nº 8.137/90 é de rigor.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL
0000540-32.2008.4.03.6181
(2008.61.81.000540-2)

Apelante: JUSTIÇA PÚBLICA
Apelado: SEVERINO JOSÉ DA SILVA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR
Classe do Processo: ACr 45282
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/10/2012

EMENTA

PENAL. DELITOS DOS ARTIGOS 1º, I, DA LEI 8.176/91 E 336 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. REFORMA. CONDENAÇÃO. DELITO DO ARTIGO 336 DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO.

- Fatos imputados que são de revenda de gasolina em desacordo com as normas estabelecidas em lei e de violação de sinal empregado por funcionário público da Agência Nacional do Petróleo para cerrar bombas de combustível.
- Caso em que restou devidamente demonstrada a condição do réu como sócio e administrador. Hipótese de responsabilidade de funcionário subalterno que se desvela inadmissível, não se concebendo deliberasse à revelia do administrador uma prática de tamanha gravidade, além do que o acusado é o maior interessado na situação.
- Realização de perícia oficial cuja imprescindibilidade não é possível sustentar porquanto o nosso sistema processual penal não adotou o modelo das provas tarifadas, mas sim o do livre convencimento motivado. Inteligência do artigo 158 do CPP. Precedente do Tribunal.
- Materialidade e autoria dolosa comprovadas no conjunto processual.
- Decretada a condenação do réu como incurso nos artigos 1º, inciso I, da Lei 8.176/91 e 336 do Código Penal.
- Quanto ao delito do artigo 336 do Código Penal, regulando-se a prescrição, na espécie, em razão da pena de multa aplicada, pelo prazo de dois anos e decorrido tal lapso temporal do recebimento da denúncia até a presente data, é de ser declarada a extinção da punibilidade do delito.
- Recurso provido e, de ofício, declarada a extinção da punibilidade do delito do artigo 336 do Código Penal pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

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 condenar o acusado Severino José da Silva como incurso no artigo 336 do Código Penal a cinquenta dias-multa no valor unitário de 1/10 do salário-mínimo e no artigo 1º, inciso I, da Lei 8.176/91 a um ano de detenção, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária no valor de vinte salários-mínimos em favor de entidade pública ou privada com destinação

social a ser definida pelo Juízo das Execuções, e, de ofício, declarar extinta a punibilidade do delito do artigo 336 do Código Penal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 09 de outubro de 2012.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Severino José da Silva foi denunciado como incurso nos artigos 1º, inciso I, da Lei 8.176/91 e 336, do Código Penal, c.c. 69, também do Código Penal, descritos os fatos nestes termos pela denúncia:

Consta dos inclusos autos que em 2 de agosto de 2006, na Avenida Nordestina nº 6.455, nesta Capital, o denunciado revendia gasolina em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei.

Consta, também, que no mesmo local, em data incerta, porém entre 2 de junho e 2 de agosto de 2008, o denunciado violou sinal empregado por funcionário público para cerrar bombas de combustível.

Narram os autos que agentes da Agência Nacional de Petróleo compareceram, em 2 de junho de 2006, ao posto de combustíveis Salgueiro Serviços Automotivos Ltda. e ali lacraram as bombas de combustível em razão de irregularidades apuradas (fls. 36 e seguintes). Posteriormente, em 2 de agosto de 2006, agentes da ANP retornaram ao local e constataram que os lacres haviam sido violados e que o posto voltara a comercializar gasolina adulterada (fls. 07 e 10). O denunciado era proprietário do posto na época dos fatos, conforme fls. 51 e 57 e 72. Embora tenha negado ter dado a ordem para a violação dos lacres, é certo que ele, como proprietário do estabelecimento e responsável por uma rede de postos de combustível, determinou a reabertura das bombas, bem como o retorno ao comércio de combustíveis adulterados.

A sentença proferida é de absolvição do acusado por entender a juíza “a quo” não haver provas suficientes da autoria.

Recorre o Ministério Público Federal pretendendo a condenação do acusado nos termos da denúncia.

Com contrarrazões subiram os autos.

O parecer ministerial é pelo provimento do recurso da acusação.

É o relatório.

Dispensada a revisão na forma regimental.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR (Relator): Os fatos imputados são de revenda de gasolina em desacordo com as normas estabelecidas em lei e de violação de sinal empregado por funcionário público da Agência Nacional do Petróleo para cerrar bombas

de combustível no período de 2 de junho a 2 de agosto de 2006.

Ao início, ressalvo ser da competência da Justiça Federal processar e julgar a presente demanda penal.

Com efeito, o caso é de imputação de dois delitos, um previsto no artigo 1º, inciso I, da Lei 8.176/96 - referente à conduta de revenda de gasolina adulterada-, cuja competência é da Justiça Estadual conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no CC 90035, 3ª Seção, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 13/05/2009; CC 56804, 3ª Seção, Rel. Min. Thereza de Assis Moura, DJ 09/04/2007) e da Turma (RSE 0006580-17.2006.4.03.6111, Rel. Des. Fed. Nilton dos Santos, e-DJF3 DATA: 20/08/2009; RSE 0001941-70.2008.4.03.6115, Rel. Des. Fed. Cecília Mello, e-DJF3 DATA: 15/10/2009), e outro tipificado no artigo 336 do Código Penal - concernente à conduta de violação de sinal empregado por funcionário público da Agência Nacional do Petróleo (autarquia federal) -, cuja competência é da Justiça Federal porquanto configurada a hipótese do artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal, mas restando patente nos autos a conexão entre ambos os delitos comporta o caso a aplicação do disposto na súmula 122 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece que “compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, ‘a’, do Código de Processo Penal”. Neste sentido:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL E JUÍZO ESTADUAL. CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR E CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. DENÚNCIA RECEBIDA PELO JUÍZO FEDERAL QUANTO AO CRIME DE INUTILIZAÇÃO DE SINAL (ROMPIMENTO DE LACRES DA ANP). ATO QUE FIRMA A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS DELITOS CONEXOS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 122.

1. Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, compete à Justiça estadual o processamento e julgamento dos crimes previstos nas Leis nº 8.137/1990 e 8.176/1991, quando relacionados à adulteração de combustível. Precedentes.
 2. Não obstante se tratar de conflito suscitado em investigação na qual se apura a prática de crimes relacionados à distribuição e venda de combustível irregular, há peculiaridade referente ao recebimento de denúncia pelo Juízo Federal no tocante ao crime tipificado no art. 336 do Código Penal (inutilização de lacre da ANP).
 3. No caso, tal ato implica firmar a própria competência para o julgamento dos demais crimes, pois evidente a conexão probatória entre eles. Aplicação da Súmula 122/STJ.
 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara de Santo André/SP, o suscitado.
- (STJ, CC 115445/SP, Terceira Seção, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 09/11/2011)

Feita essa observação, passo ao exame do recurso.

Insurge-se o Ministério Público Federal contra sentença de absolvição do acusado, destacando-se os seguintes excertos do “decisum”:

Crime da Lei nº 8.176/91

[...]

A *materialidade* do delito descrito na denúncia está devidamente comprovada nos autos. Os Documentos de Fiscalização (ff. 7/9, 12 e 28/45) e o Boletim de Análise (ff. 10/11), relatam que a gasolina comum comercializada no posto de que *Severino* era sócio encontrava-se fora das especificações da Agência Nacional do Petróleo, ANP.

[...]

Observa-se também, segundo documentos da ANP, que foi constatado que o produto, gasolina comum, não estava em conformidade com as especificações estabelecidas na legislação vigente, por ter sido *detectada a presença de marcador*, o que *comprova a adulteração do produto por edição de solvente marcado*, bem como temperatura de destilação do produto (ff. 13).

Noto que os agentes da Anatel são especializados no tema e são servidores públicos, gozando de fé pública (rejeito a tese nº 10). Por fim, a defesa não apontou defeitos concretos nos laudos existentes na ação penal.

Rejeito, portanto, as teses nnº 10, 12 e 13.

Vejamos a *autoria do delito*.

Em depoimento, Arnaldo de Souza Fleury, fiscal da ANP declarou:

“... era rotineira essa situação com o Sr. Severino, rompimento de lacre, adulteração de combustível ... os postos dele chegaram a ser fechados 28 a 30 vezes ...”

Wagner Aquino em seu depoimento declarou que trabalhava como frentista no posto. Afirmou que Arilson era gerente do posto enquanto Severino era o dono. Disse que o posto já havia sido lacrado umas três vezes enquanto trabalhava lá. Disse que não via o acusado no Posto. Arilson também trabalhou como frentista no posto, alegou que nunca viu o denunciado, afirmou que quem cuidava era “Zeferino”. Afirmou que o *combustível* vendido era de *má qualidade*, pois havia muita reclamação por parte dos clientes do posto.

Severino José em seu interrogatório declarou:

“... este estabelecimento eu adquirir por pouco tempo ... no final de 2005 eu vendi para Pedro Francisco da Silva ... *então em 2006 não possuía mais poder sobre este estabelecimento* ... o fato de transferir para ele em 2007 é que ele ficou devendo e no final foi transferido para ele ...”

“... na época eu trabalhava interno ... eu fazia parte de uma empresa ... *quem comprava o combustível era minha sócia Rafaela e existia alguns problemas sobre gasolina sim, não tinha conhecimento total ... ela quem comprava ...*”

“... *quem administrava era Rafaela Freire da Silva e o outro administrador seria Vítor Queino Monteiro ...*”

Conclui-se que Severino era dono do posto, todavia, a prova de que a determinação para a comercialização do combustível adulterado tenha partido dele não foi produzida.

Pode-se presumir que ele tivesse interesse em aumentar seus lucros com tal prática, mas essa suposição não é suficiente para embasar o decreto condenatório.

Fica prejudicada a análise das demais teses.

Crime do artigo 366 do CP

[...] A *materialidade* da conduta de inutilizar o lacre está provada, consoante as f. 07.

Quanto à *autoria delitiva*, igualmente, já as mesmas provas acima citadas, também insuficientes para o decreto condenatório.

Novamente, não há prova direta ou indícios veementes de que o acusado determinou a violação. Fica prejudicada a análise das demais teses.

A decisão impugnada merece reparo.

No interrogatório judicial, o réu alegou que à época dos fatos não tinha mais poder sobre o estabelecimento vez que o havia vendido no final de 2005 a pessoa de nome Pedro Francisco da Silva, ressaltando que a transferência apenas ocorreu em 2007 porque o comprador ainda estava lhe devendo, também dizendo que foi realizado contrato de compra e venda e que possui tal documento, ainda aduzindo que quem cuidava da compra de combustível era sua sócia Rafaela e que esta era administradora, juntamente com Vítor (mídia de fl. 204).

A tese escusativa não está em consonância com os elementos probatórios coligidos aos autos.

Uma primeira consideração a ser feita é que restou suficientemente comprovado que no período indicado na inicial acusatória o acusado era sócio e administrador do posto de gasolina.

Com efeito, as declarações das testemunhas Arilson Batista Souza e Vagner Aquino Costa - que à época dos fatos trabalhavam como frentistas no posto de gasolina referido na inicial acusatória - são uníssonas no sentido de que, embora não conhecessem pessoalmente o acusado, sabiam que ele era o dono do estabelecimento (mídia de fls. 184 e 189).

Também há a ficha cadastral da Junta Comercial do Estado de São Paulo acostada às fls. 49/53, da qual consta que em 18 de abril de 2005 o acusado foi admitido na sociedade “na situação de sócio e administrador”, somente tendo se retirado em 31 de janeiro de 2007.

Não é destituído de interesse anotar que, se o acusado alegou em juízo que vendeu o posto de gasolina a pessoa de nome Pedro Francisco da Silva no final de 2005 e que a transferência apenas foi efetivada em 2007 uma vez que o suposto comprador ainda não havia quitado a dívida contraída, caberia a ele o ônus da prova, à luz do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, que estabelece que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, observando-se em tempo que qualquer contrato não levado a registro na Junta Comercial não faria prova favorável sem idôneos elementos de comprovação e, ademais, embora o réu tenha afirmado possuir o contrato de compra e venda realizado, não apresentou tal documento.

Não avulta dos autos, destarte, qualquer elemento apto a infirmar a validade das provas de acusação produzidas, de conseguinte fazendo prova que o acusado ostentava a condição de sócio e administrador do posto de gasolina no período de 2 de junho a 2 de agosto de 2006, ao qual se refere a imputação, os depoimentos das testemunhas acima mencionadas e a ficha cadastral da Junta Comercial.

Isto estabelecido, anoto que é inadmissível a hipótese de responsabilidade de funcionário subalterno, não se concebendo deliberasse à revelia do administrador uma prática de tamanha gravidade, além do que o acusado é o maior interessado na situação. Isto já bastaria para afastar a hipótese mas ainda avultam as circunstâncias, conforme declarações das testemunhas, de reiteradas ocorrências de aposição de lacre por funcionário da ANP em ato fiscalizatório e posterior violação para prosseguimento na comercialização do combustível, pelo que se depreende tratar-se de situação rotineira, quadro que não era de qualquer suposto deslize de qualquer funcionário mas de sistemática prática incorporada à estrutura organizacional do posto, o que só se concebe como resultado de conduta do proprietário do negócio.

A motivação ora exposta já seria suficiente para reforma do decreto absolutório, mas outros elementos ainda se apresentam nos autos desacreditando a tese escusativa, merecendo destaque as declarações das já referidas testemunhas Arilson Batista Souza e Vagner Aquino Costa, a primeira afirmando que era o acusado quem comprava o combustível e a segunda declarando que em uma das vezes em que o posto foi lacrado estava presente e que o gerente ligou para uma pessoa e depois deslacrrou o posto, sublinhando-se que embora não conste do depoimento quem era a tal pessoa para a qual foi feita a ligação, demonstra que o gerente - na condição de funcionário - não possuía poder e autonomia nas tomadas de decisões.

Quanto à alegação do réu de que os administradores do posto de gasolina eram “Rafaela” e “Vitor”, anoto que não consta da ficha cadastral da Junta Comercial (fls. 49/53) nenhuma pessoa de nome Vitor como sócio ou administrador da sociedade, e quanto a Rafaela Ferreira da Silva constando que foi admitida em 09 de setembro de 2004 e retirou-se em 18 de abril de 2005, ou seja, em data anterior aos fatos.

Em relação ao elemento subjetivo, anoto que não há a mais ligeira dúvida da prática das condutas com consciência e vontade e, portanto, com o dolo exigido pelo tipo penal.

Também restou devidamente comprovada a materialidade delitiva pelos documentos de fiscalização da Agência Nacional do Petróleo de fls. 07/09, 12 e 28/45 e boletim de análise do Instituto de Pesquisas Tecnológicas de fls. 10/11.

Quanto à alegação da defesa em sede de contrarrazões de que referidos documentos não são suficientes para embasar uma condenação “a uma porque não se trata de perícia realizada sob o crivo do contraditório conforme determinado pelo artigo 158 e seguintes do Código de Processo Penal, a duas porque, não respeita o Princípio Constitucional da Ampla Defesa”, deve ser rejeitada porquanto não se trata de prova reproduzível em juízo.

Uma coisa é um depoimento de testemunha, que necessita ser reproduzido na instrução contraditória, outra documentos de fiscalização do órgão competente (ANP - Agência Nacional do Petróleo) e laudo emitido pelo IPT (Instituto de Pesquisas Tecnológicas), prova que não se submete ao contraditório concomitante e que pode perfeitamente ser objeto de questionamentos futuros a serem solucionados com aplicação dos critérios do ônus da prova, tudo no uso do livre convencimento do juiz.

Isto estabelecido, passo ao exame das demais alegações da defesa concernentes à materialidade delitiva, sublinhando-se que foram suscitadas sob a ótica de “necessidade de se produzir provas periciais nos crimes que deixam vestígios”.

No caso dos autos, verifica-se que o laudo do Instituto de Pesquisas Tecnológicas foi elaborado antes de deflagrada a persecução penal, vale dizer, fora do âmbito do inquérito policial e da ação penal.

Diante do quadro que se apresenta, reputo necessário verificar num primeiro momento se era necessária ou não a realização de perícia oficial, convindo esclarecer que uma coisa é a existência do corpo de delito e outra a qualificação do corpo de delito.

O corpo de delito, conforme já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal (RTJ 45/625), “é o próprio crime em sua tipicidade” e quanto à sua existência não haveria possibilidade de válidas controvérsias, consubstanciando-se as alegações da defesa em questionamentos atinentes à qualificação do corpo de delito na perspectiva do tipo de prova produzido.

Cabe também observar que o nosso sistema processual penal não adotou o modelo das provas tarifadas, mas sim o do livre convencimento motivado no qual cabe ao juiz valorar com base nas peculiaridades do caso concreto as provas coligidas aos autos, e se é entendimento consolidado que o magistrado não está adstrito ao laudo, “a contrario sensu” não é possível sustentar a imprescindibilidade de realização de perícia oficial.

Entendo, enfim, que é sob essa perspectiva que deve ser interpretado o artigo 158 do Código de Processo Penal, que estabelece que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Destaco precedente da Corte de interesse na questão:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. USO DE CERTIDÃO DE CASAMENTO FALSA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. FALSIDADE MATERIAL E NÃO IDEOLÓGICA DA CERTIDÃO. MATERIALIDADE COMPROVADA. DESNECESSIDADE DE EXAME DE CORPO DE DELITO. AUTORIA

COMPROVADA POR CONFISSÃO E DEMAIS PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO. AUSÊNCIA DE OITIVA EM JUÍZO DAS TESTEMUNHAS OUVIDAS POR OCASIÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE QUE NÃO IMPEDE A CONDENAÇÃO.

.....
5. Não impede o reconhecimento da materialidade do delito a inexistência, nos autos, de exame de corpo de delito. Não se deve emprestar ao artigo 158 do Código de Processo Penal interpretação de caráter absoluto, pois a sistemática do referido código é a da liberdade dos meios de prova (artigo 155) e o do livre convencimento motivado (artigo 157). Assim, o artigo 158, que constitui exceção, por vincular-se ao arcaico sistema das provas legais, merece interpretação restritiva, sob pena de ofensa ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.
6. Prescindível portanto o exame do corpo de delito, caso esteja a falsidade cabalmente comprovada por outros meios. No caso dos autos, a falsidade da certidão de casamento é comprovada pela declaração do Oficial do Cartório. A única providência que um perito poderia tomar nesse caso seria pedir ao cartório informações de qual seria o modelo de certidão utilizado e se ele confirma ou não a autenticidade, e isso foi feito diretamente pelo delegado que presidiu o inquérito, sendo mais do que suficiente para a prova da materialidade do falso.
.....

(TRF3, ACR 0007744-06.1999.4.03.6000, Primeira Turma, Relator para Acórdão: Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, DJF3 DATA: 23/06/2008)

Feita essa observação, desvela-se imperiosa, num segundo momento, a análise da prova produzida.

Com relação à alegação de que “o documento tratado como ‘laudo’, na verdade é um ‘documento administrativo de fiscalização’, e como tal, não pode ser considerado como um exame de corpo de delito para conferir materialidade ao delito”, é necessário deixar assente que os documentos de fiscalização não foram “tratados como laudo”, uma coisa sendo os atos fiscalizatórios e outra o laudo elaborado pelo IPT (Instituto de Pesquisas Tecnológicas).

E o que se verifica da análise dos autos é que o referido laudo foi elaborado por profissionais de áreas de conhecimento pertinentes à questão, a saber, uma química e um engenheiro mecânico, devidamente registrados nos respectivos conselhos de classe, destarte não se permitindo válidos questionamentos acerca da idoneidade do trabalho realizado.

No tocante à alegação de que “o acusado está sendo processado em virtude da constatação de irregularidade pela falta de observância dos termos da portaria 274/00, que estabelece a proibição de marcador na gasolina automotiva, sendo que para sua constatação faz-se necessário um cromatógrafo a gás que custa mais de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e sua manipulação somente pode ser realizada por um químico” e de que “a identificação de marcador na gasolina automotiva é competência exclusiva da ANP e nem distribuidores, nem postos revendedores tem condições para identificar a presença de marcadores”, registro que a questão não influi na solução do caso, afinal esta não é a única portaria que o laudo concluiu não ter sido atendida, também havendo menção à portaria 309/2001, que estabelece as especificações para a comercialização de gasolinas automotivas em todo o território nacional e define obrigações dos agentes econômicos sobre o controle de qualidade do produto.

Por fim, assevero que também consiste em inútil tentativa da defesa de infirmar as provas da materialidade delitiva a alegação de que o laudo “traz dúvida quanto à qualidade da amostra coletada, uma vez que não reproduziu qualitativamente as especificações do combustível supostamente comercializado”, bastando uma simples análise do laudo para se constatar que a amostra foi detalhadamente examinada, com especificações técnicas.

Assim, cabalmente comprovadas a autoria dolosa e a materialidade delitiva, impõe-se o decreto condenatório.

Passo, então, à dosimetria das penas.

Primeiramente reputo necessário tecer algumas considerações acerca das circunstâncias judiciais, anotando-se que o que se verifica nos autos são diversos registros de inquéritos e processos em desfavor do acusado constantes da folha de antecedentes, mas não havendo informação de condenação com trânsito em julgado, pelo que não se configura a existência de maus antecedentes em conformidade com a súmula 444 do E. STJ, segundo a qual “é vedada a utilização de inquéritos e ações penais em curso para agravar a pena-base”, no mais não avultando elementos que autorizem avaliar desfavoravelmente ao réu as circunstâncias judiciais remanescentes.

Feita essa observação registro que o tipo penal do artigo 336 do Código Penal comina pena de detenção de um mês a um ano *ou* multa e, diante da possibilidade conferida pelo legislador de fixação de sanção pecuniária de forma alternativa à pena privativa de liberdade, impõe-se analisar os critérios legais para aplicação de uma ou outra pena, estando a solução no disposto no artigo 59 do Código Penal, que prevê que “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; [...]”. Vale dizer, as circunstâncias judiciais servem de parâmetro para o julgador optar por uma das penas entre as previstas no tipo penal quando cominadas alternativamente.

Na hipótese dos autos, considerando a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, conforme fundamentação acima exposta, concluo não haver óbices à fixação de pena de multa de forma alternativa.

Fica a sanção pecuniária fixada em *cinquenta dias-multa* em razão da gravidade em tese do delito cujo bem jurídico tutelado é a Administração Pública, a propósito destacando-se as lições de Delmanto que preconiza que na escolha do número de dias-multa “deve-se atentar para a natureza mais ou menos grave do crime (pois não há mais cominação particular para cada delito)” (*Código Penal Comentado*, 2010, p. 261), anotando-se, quanto ao valor unitário, que deve ser aplicado em *1/10 do salário-mínimo* em vista da profissão exercida pelo réu a revelar maior capacidade econômica.

Regulando-se a prescrição, na espécie, em razão da pena de multa aplicada, pelo prazo de dois anos e decorrido este do recebimento da denúncia (18 de dezembro de 2008 - fl. 84) até a presente data, é de ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal, na forma dos artigos 107, inciso IV, primeira figura, c.c. 114, inciso I, ambos do Código Penal.

Ressalvo a possibilidade de interpretação extensiva do artigo 110, § 1º, segunda figura, do Código Penal, expressivo do princípio de que os recursos para os Tribunais Superiores não obstam o reconhecimento da prescrição na modalidade retroativa.

Se na hipótese de desprovimento do apelo da acusação não deixa de haver a possibilidade de recurso para os Tribunais Superiores por identidade de razões deve aplicar-se o preceito nas demais situações em que pela pena confirmada ou aplicada pelo Tribunal resulta configurada a prescrição.

Quanto ao delito do artigo 1º, inciso I, da Lei 8.176/91, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu conforme motivação supra, fixo a pena-base no mínimo legal.

Ausentes atenuantes e agravantes, não havendo causas de aumento ou diminuição, fica a pena estabelecida em *um ano de detenção*.

Em vista da quantidade de pena aplicada e considerando a ausência de circunstância judicial desfavorável ao réu a justificar a fixação de regime mais gravoso, fica estabelecido o regime aberto para início de cumprimento de pena, na forma do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal.

Presentes os requisitos da Lei 9.714/98 e não sendo a pena privativa de liberdade ora fixada superior a um ano, substituo-a por uma restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária no valor de vinte salários mínimos em favor de entidade pública ou privada com destinação social a ser definida pelo Juízo das Execuções.

Observe que a prestação pecuniária ora fixada não viola o critério da capacidade econômica e ainda adequando-se às finalidades de reprovação e prevenção do delito alguma dose de sacrifício pessoal além da perda representada pela mera redução patrimonial.

Custas a cargo do réu (artigo 804 do Código de Processo Penal).

Com o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para condenar o acusado como incurso nos artigos 1º, inciso I, da Lei 8.176/91 e 336 do Código Penal, e, de ofício, declaro extinta a punibilidade do delito do artigo 336 do Código Penal, nos termos supra.

É o voto.

Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR - Relator

APELAÇÃO CRIMINAL

0007306-88.2011.4.03.6119

(2011.61.19.007306-7)

Apelante: PASCHAL CHIDI OKEREKE (réu preso)

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO PAULO DOMINGUES

Revisor: JUIZ FEDERAL CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA

Classe do Processo: ACr 50926

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/11/2012

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - MATERIALIDADE COMPROVADA - EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE CONSISTENTE NA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NÃO DEMONSTRADA - PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - INAPLICABILIDADE DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO - INTERNACIONALIDADE DO TRÁFICO COMPROVADA - INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* - INAPLICABILIDADE DAS CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTAS NO ARTIGO 24, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 - CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA - IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E DE RECORRER EM LIBERDADE - REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO CORRETAMENTE FIXADO - APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Réu condenado pela prática de tráfico internacional de entorpecentes porque trazia consigo - em 109 (cento e nove) cápsulas por ele ingeridas -, para fins de comércio ou entrega de qualquer forma a consumo de terceiros, no exterior, 1.967g (um mil novecentos e sessenta e sete gramas) - peso líquido - de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar.
2. Materialidade comprovada pelo auto de apresentação e apreensão; laudo preliminar de constatação; exame químico toxicológico e interrogatório do réu, oportunidade na qual confessou que ingeriu as cápsulas contendo entorpecente. As perícias toxicológicas, de um modo geral, são realizadas por amostragem, sem que tal modo de proceder retire a credibilidade da conclusão pericial, de modo que eventuais divergências deveriam ter sido demonstradas pela defesa e não apenas alegadas em sede recursal. Ora, é inconcebível a suposição da defesa de que do conteúdo das 109 (cento e nove) cápsulas expelidas pelo réu, num total de 1.967g - peso líquido - de substância em pó, apenas e tão somente os 5g retirados aleatoriamente e enviados para a realização do exame químico toxicológico, conteriam substância entorpecente, ao passo que todo o material restante transportado clandestinamente pelo réu, dentro de seu organismo, com idênticas características físicas aos da amostragem, consistiria em mero pó inofensivo, de natureza diversa da constatada pela perícia.
3. Não há a menor demonstração da condição financeira adversa do réu, alegada de forma genérica pela Defensoria Pública, como motivo “justificador” da narcotraficância à conta de “estado de necessidade” (ofensa ao artigo 156 do CPP). É absolutamente

impossível - à conta de clamorosa imoralidade - a tentativa de emprestar juridicidade para a narcotraficância transnacional que vitima milhões de pessoas no mundo todo, sob o pálio do enfrentamento de agruras econômicas.

4. Pena-base mantida acima do mínimo legal à vista da quantidade da nefasta droga apreendida (quase dois quilos de cocaína), bem como da eleição de audacioso, doloroso e perigosíssimo método de ocultação, consistente na ingestão de 109 (cento e nove) cápsulas de cocaína, a demonstrar elevado grau de culpabilidade, já que a forma de ocultação da droga em seu próprio corpo - com risco de morte - evidencia que o acusado aceitava até esse desfecho letal no afã de perpetrar a traficância.

5. A confissão traduziu-se em admissão da autoria impossível de ser negada, diante da prova inequívoca do transporte da droga pelo réu, dentro de seu organismo, nas dependências do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos/SP. Nesse sentido, a jurisprudência do STF vem repelindo o reconhecimento da atenuante nos casos de prisão em flagrante (HC 102002/RS, rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 09-12-2011 PUBLIC 12-12-2011; HC 101861/MS, rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/4/2011, DJe-085 DIVULG 06-05-2011 PUBLIC 09-05-2011; HC 108148/MS, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 7/6/2011, DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 de 1/7/2011). Além disso, o réu agregou à confissão tese defensiva consistente na improvable excludente de culpabilidade relativa ao estado de necessidade exculpante, sendo irreconhecível a confissão espontânea na conduta do agente que admite conduta criminosa incontrovertível, mas no mesmo ato aduz causa excludente do injusto da prática criminosa.

6. Não há que se cogitar da ocorrência de *bis in idem*, como inutilmente almeja a defesa diante do frágil argumento de que o verbo “exportar”, contido no *caput* do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, já conteria a causa da internacionalidade. É que o crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 caracteriza-se como tipo penal misto alternativo, e o réu foi denunciado e posteriormente condenado pela conduta de trazer consigo substância entorpecente destinada à exportação para a Angola, e não pela conduta de exportar droga.

7. Não há que se suscitar da aplicação da causa de redução de pena prevista no artigo 24, § 2º, do Código Penal, eis que não se afigura nada razoável, nem aceitável, expor a risco a saúde pública, bem jurídico tutelado pela norma penal, em prol de uma temporária melhora na situação financeira do réu, que não comprovou sequer um fato concreto que demonstrasse a sua necessidade. O conjunto probatório carreado aos autos conduz a inafastável ilação de que o motivo propulsor da atuação criminosa do réu foi a obtenção de dinheiro fácil.

8. A pessoa que se dispõe a efetuar o transporte de substância entorpecente para o exterior mediante promessa de recompensa evidentemente age animada pela *affectio* de pertencer a uma organização criminosa. O réu, de forma voluntária, contribuiu para a narcotraficância internacional, constituindo figura essencial ao sucesso da empreitada criminosa, eis que incumbido de receber a droga do fornecedor, transportá-la dentro de seu organismo, devendo entregá-la ao destinatário em Angola, representando, portanto, o imprescindível elo de ligação entre fornecedor e receptor, o que afasta, de plano, a incidência do benefício discorrido, cuja aplicação exige a prova extrema de dúvidas da concorrência dos quatro requisitos exigidos na norma.

Ademais, o *modus operandi* do transporte - ingestão de cápsulas contendo a droga - está a revelar a participação de outras pessoas na dinâmica criminosa, permitindo enxergar o pertencimento do réu a grupo criminoso. Nesse sentido, a jurisprudência do STF vem reconhecendo a quantidade de droga e as circunstâncias em que cometido o narcotráfico para fins de afastamento do benefício do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06: HC 111954, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 26-04-2012 PUBLIC 27-04-2012; HC 107605, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 02-05-2012 PUBLIC 03-05-2012; HC 103118, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, DJe-073 DIVULG 13-04-2012 PUBLIC 16-04-2012.

9. O preceito secundário do tipo penal em questão prevê a cominação cumulativa da pena privativa de liberdade e da multa, sendo a imposição desta última, portanto, de caráter obrigatório. Não existe em nosso ordenamento jurídico disposição legal que permita ao juiz “isentar” os réus da pena de multa em razão da alegada penúria dos mesmos. Trata-se, portanto, de pedido juridicamente impossível, cujo acolhimento implicaria em ofensa ao princípio da legalidade. *In casu*, o número de dias-multa foi fixado nos termos da legislação em vigor, sendo que no que concerne ao seu valor unitário, o magistrado sentenciante sopesou a capacidade econômica do réu, presumindo-a precária, tanto que o fixou no mínimo previsto em lei.

10. A pena de multa é de aplicação indiscriminada a qualquer traficante, seja nacional ou estrangeiro, que seja condenado no Brasil, não se vislumbrando sentido algum na arguição da inconstitucionalidade da pena de multa sob o frágil argumento de que “impediria” que o traficante alienígena retornasse ao seu país de origem antes de solvê-la. É que diante do princípio da igualdade (artigo 5º, inciso XLVI, da CF) não se pode privilegiar o estrangeiro em detrimento do nacional, conferindo-lhe uma pena mais doce do que ao brasileiro.

11. Incabível a substituição por pena alternativa em razão da quantidade de pena privativa de liberdade fixada, que excede o limite disposto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

12. É entendimento cediço que ao condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes é negado o direito de recorrer em liberdade, máxime se o agente respondeu preso a todo o processo em razão de prisão em flagrante - exatamente a hipótese *sub judice* - ou de prisão preventiva, não havendo de se cogitar em ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, nos termos da Súmula nº 09 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

13. O regime prisional inicial fechado atende aos ditames contidos na Lei nº 11.343/06 e está de acordo com o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, sendo incabível a fixação de regime de cumprimento de pena menos severo.

14. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 06 de novembro de 2012.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO (Relator):

Trata-se de Apelação Criminal interposta pela Defensoria Pública da União, representante legal de PASCHAL CHIDI OKEREKE, contra a r. sentença condenatória, publicada em 14 de junho de 2012 (fls. 306), proferida em ação penal destinada a apurar a prática do crime descrito no artigo 33, *caput* c.c. artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06.

Fato praticado em 18 de julho de 2011; denúncia recebida em 14 de março de 2012 (fls. 228/229).

Após a regular instrução do feito, PASCHAL CHIDI OKEREKE foi condenado ao cumprimento de *7 (sete) anos de reclusão*, a serem descontados em regime inicialmente fechado, e pagamento de *700 (setecentos) dias-multa*, no valor unitário mínimo, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput* c.c. artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06.

Expedida a Guia de Recolhimento Provisória (fls. 312).

Em razões de apelação (fls. 337/349v), a Defensoria Pública da União, representante legal de PASCHAL CHIDI OKEREKE, pleiteia, preliminarmente, a absolvição pela não caracterização da materialidade delitiva em razão da realização de perícia por amostragem e também porque o laudo pericial não atestou a massa líquida total do entorpecente e, dessa forma, não restou devidamente individualizada a conduta do réu. No mérito, requer a absolvição em razão da configuração da causa excludente de culpabilidade consistente no estado de necessidade exculpante. Subsidiariamente, requer:

- a redução da pena-base ao mínimo legal;
- a incidência da circunstância atenuante da confissão;
- a exclusão da majorante relativa à internacionalidade do tráfico, por configurar *bis in idem*;
- a aplicação da causa de redução prevista no artigo 24, § 2º, do Código Penal, em face do estado de necessidade exculpante;
- a aplicação da causa de redução de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar máximo de 2/3 (dois terços);
- o afastamento da pena de multa;
- a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos;
- a alteração do regime prisional inicial para o semi-aberto ou aberto;
- a viabilização do direito de recorrer em liberdade.

Nas contrarrazões (fls. 351/392), o Ministério Público Federal pleiteia a manutenção da r. sentença em sua íntegra.

A Procuradoria Regional da República, na pessoa da Dra. Sonia Maria Curvello, opinou pelo improvimento do recurso interposto pela defesa (fls. 395/406).

É o relatório.

À revisão.

Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES (Relator):

Consta da denúncia (fls. 182/184) que no dia 18 de julho de 2011, nas dependências do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos/SP, PASCHAL CHIDI OKEREKE foi preso em flagrante delito quando estava prestes a embarcar em voo da companhia aérea TAAG com destino à Luanda/Angola, trazendo consigo - em 109 (cento e nove) cápsulas por ele ingeridas -, para fins de comércio ou entrega de qualquer forma a consumo de terceiros, no exterior, 1.967g (um mil novecentos e sessenta e sete gramas) - peso líquido - de *cocaína*, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar.

Ao contrário do que aduz a defesa, a comprovação da *materialidade delitiva* é incontestável, conforme se observa do auto de apresentação e apreensão (fl. 7); laudo preliminar de constatação (fls. 8/9); exame químico toxicológico (fls. 138/141); e interrogatório do réu, oportunidade na qual confessou que ingeriu as cápsulas contendo entorpecente (fl. 272).

As perícias toxicológicas, de um modo geral, são realizadas por amostragem, sem que tal modo de proceder retire a credibilidade da conclusão pericial, de modo que eventuais divergências deveriam ter sido demonstradas pela defesa e não apenas alegadas em sede recursal. Ora, é inconcebível a suposição da defesa de que do conteúdo das 109 (cento e nove) cápsulas expelidas pelo réu, num total de 1.967g - peso líquido - de substância em pó, apenas e tão somente os 5g retirados aleatoriamente e enviados para a realização do exame químico toxicológico, conteriam substância entorpecente, ao passo que todo o material restante transportado *clandestinamente* pelo réu, dentro de seu organismo, com idênticas características físicas aos da amostragem, consistiria em mero pó inofensivo, de natureza diversa da constatada pela perícia. Não é crível que a organização criminosa tenha promovido a inútil ingestão de 1.962g de material inerte.

Nesse sentido é o entendimento desta Corte: ACR 0000823-42.2011.4.03.6119, PRIMEIRA TURMA, Relator Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, j. 17/4/2012; ACR 0002315-74.2008.4.03.6119, QUINTA TURMA, Relatora Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE, j. 18/10/2010.

Além disso, vale destacar trecho do parecer ministerial (fl. 398):

A exigência de realização do exame toxicológico em toda a substância apreendida é, além de inviável, desmesurada. Imagine-se em casos de grandes apreensões de substâncias ilícitas, como a Polícia Federal recorrentemente vem apreendendo, a realização do exame em toneladas de substâncias demandaria tempo e recursos incompatíveis com os princípios da economia e da celeridade processuais.

Dessa forma, diante da total insubsistência dos argumentos lançados pela defesa, resta satisfatoriamente demonstrada a materialidade delitiva e perfeitamente individualizada a conduta do réu.

Devidamente demonstrada - e não impugnada em sede recursal - a autoria da conduta típica e antijurídica, à defesa compete fazer prova das excludentes de ilicitude ou de culpabilidade que venha a alegar.

Nesse passo, não há a menor demonstração da condição financeira *adversa* do apelante, alegada de forma genérica pela Defensoria Pública - apenas mencionou que os proventos de PASCHAL como vendedor de bijuterias em uma galeria na avenida São João, não eram suficientes para prover o sustento de sua família: esposa e dois filhos menores de idade - como motivo “justificador” da narcotraficância à conta de “estado de necessidade” (ofensa ao artigo 156 do CPP).

Indo além, considero impossível a tentativa de emprestar juridicidade para a narcotraficância transnacional que vitima milhões de pessoas no mundo todo, sob o pálio do enfrentamento de agruras econômicas. Auferir dinheiro com a prática do narcotráfico insere-se no índice de reprovabilidade que justifica o próprio tipo penal.

Passo à análise da dosimetria da pena.

Em observância às circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei nº 11.343/06, em especial, à *culpabilidade* e à *quantidade* (1.967g - peso líquido) da droga apreendida (cocaína) - circunstância preponderante, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 6 (seis) anos de reclusão.

De fato. A quantidade da droga apreendida (quase dois quilos de cocaína), bem como a eleição de audacioso, doloroso e perigosíssimo método de ocultação, consistente na ingestão de 109 (cento e nove) cápsulas de cocaína, a demonstrar elevado grau de culpabilidade, já que a forma de ocultação da droga em seu próprio corpo - com risco de morte - evidencia que o acusado aceitava até esse desfecho letal no afã de perpetrar a traficância, denotam o acerto da fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Na segunda fase, incabível a incidência da circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso III, “d”, do Código Penal, eis que a confissão traduziu-se em admissão da autoria impossível de ser negada, diante da prova inequívoca do transporte da droga pelo réu, dentro de seu organismo, nas dependências do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos/SP.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF vem repelindo o reconhecimento da atenuante nos casos de prisão em flagrante (HC 102002/RS, rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 09-12-2011 PUBLIC 12-12-2011; HC 101861/MS, rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/4/2011, DJe-085 DIVULG 06-05-2011 PUBLIC 09-05-2011; HC 108148/MS, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 7/6/2011, DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 de 1/7/2011).

Além disso, PASCHAL agregou à confissão tese defensiva consistente na incomprovada excludente de culpabilidade relativa ao *estado de necessidade exculpante*.

Ora, é irreconhecível a confissão espontânea na conduta do agente que admite conduta criminosa incontrovertível, mas no mesmo ato aduz causa excludente do injusto da prática criminosa.

Na terceira e última etapa, não há que se cogitar da ocorrência de *bis in idem*, como inutilmente almeja a defesa diante do frágil argumento de que o verbo “exportar”, contido no *caput* do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, já conteria a causa da internacionalidade. É que o crime previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 caracteriza-se como *tipo penal misto alternativo*, e PASCHAL foi denunciado e posteriormente condenado pela conduta de *trazer consigo* substância entorpecente destinada à exportação para Angola, e não pela conduta de *exportar* droga.

Nesse sentido já decidiu a Primeira Turma desta Corte: ACR 0007422-70.2006.4.03.6119,

Juíza Federal Convocada SILVIA ROCHA, j. 6/3/2012, TRF3 CJ1 16/3/2012.

Assim, há de ser mantido o percentual de aumento decorrente da internacionalidade do tráfico no mínimo legal de 1/6 (um sexto), restando a pena privativa de liberdade fixada em 7 (*sete*) anos de reclusão.

Ainda na terceira etapa, não há que se suscitar da aplicação da causa de redução de pena prevista no artigo 24, § 2º, do Código Penal, eis que não se afigura nada razoável, nem aceitável, expor a risco a saúde pública, bem jurídico tutelado pela norma penal, em prol de uma temporária melhora na situação financeira do apelante, recordando que no caso dos autos não restou comprovado sequer um fato concreto que demonstrasse a sua necessidade. O conjunto probatório carreado aos autos conduz a inafastável ilação de que o motivo propulsor da atuação criminosa de PASCHAL foi a obtenção de dinheiro fácil (receberia dois mil dólares pelo transporte bem sucedido da droga).

Também na última fase da dosimetria da pena, entendo pela não incidência da causa de diminuição elencada no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, pois a pessoa que se dispõe a efetuar o transporte de substância entorpecente para o exterior mediante promessa de recompensa evidentemente age animada pela *affectio* de pertencer a uma organização criminosa. Isso é certo, pois nenhum grupo de narcotraficantes arriscaria uma custosa operação de busca de cocaína entregando-a em mãos de pessoa neófito e deles desconhecida.

Com efeito, o apelante, de forma voluntária, contribuiu para a narcotraficância internacional, constituindo figura essencial ao sucesso da empreitada criminosa, eis que incumbido de receber a droga do fornecedor, transportá-la dentro de seu organismo, devendo entregá-la ao destinatário em Angola, representando, portanto, o imprescindível elo de ligação entre fornecedor e receptor, o que afasta, de plano, a incidência do benefício discorrido, cuja aplicação exige a prova extreme de dúvidas da concorrência dos quatro requisitos exigidos na norma.

Ademais, o *modus operandi* do transporte - ingestão de cápsulas contendo a droga - está a revelar a participação de outras pessoas na dinâmica criminosa, permitindo enxergar o pertencimento do réu a grupo criminoso.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF vem reconhecendo a quantidade de droga e as circunstâncias em que cometido o narcotráfico para fins de afastamento do benefício do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06: HC 111954, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-082 DIVULG 26-04-2012 PUBLIC 27-04-2012; HC 107605, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 02-05-2012 PUBLIC 03-05-2012; HC 103118, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, DJe-073 DIVULG 13-04-2012 PUBLIC 16-04-2012.

Em observância ao critério bifásico eleito no artigo 43 da Lei nº 11.343/06, o número de dias-multa foi devidamente fixado em 700 (*setecentos*), no valor unitário mínimo.

Não merece guarida o pleito defensivo de afastamento da pena pecuniária, pois o preceito secundário do tipo penal em questão prevê a cominação cumulativa da pena privativa de liberdade e da multa, sendo a imposição desta última, portanto, de caráter obrigatório. Não existe em nosso ordenamento jurídico disposição legal que permita ao juiz “isentar” os réus da pena de multa em razão da alegada penúria dos mesmos. Trata-se, portanto, de pedido juridicamente impossível, cujo acolhimento implicaria em ofensa ao princípio da legalidade. *In casu*, o número de dias-multa foi fixado nos termos da legislação em vigor, sendo que no que

concerne ao seu valor unitário, o magistrado sentenciante sopesou a capacidade econômica do réu, presumindo-a precária, tanto que o fixou no mínimo previsto em lei.

Acrescenta-se que a pena de multa é de aplicação indiscriminada a qualquer traficante, seja nacional ou estrangeiro, que seja condenado no Brasil, não se vislumbrando sentido algum na arguição da inconstitucionalidade da pena de multa sob o frágil argumento de que “impediria” que o traficante alienígena retornasse ao seu país de origem antes de solvê-la. É que diante do princípio da igualdade (artigo 5º, inciso XLVI, da CF) não se pode privilegiar o estrangeiro em detrimento do nacional, conferindo-lhe uma pena mais *doce* do que ao brasileiro.

Ainda que tenha sido declarada pelo STF a inconstitucionalidade da Lei nº 11.343/06 na parte em que vedava a conversão em pena substitutiva, na singularidade do caso é incabível a incidência de pena alternativa em razão da *quantidade de pena privativa de liberdade fixada*, que excede o limite disposto no inciso I do artigo 44 do Código Penal.

Outrossim, o regime prisional inicial fechado atende aos ditames contidos na Lei nº 11.343/06 e está de acordo com o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, sendo incabível a fixação de regime de cumprimento de pena menos severo.

Por fim, é entendimento cediço que ao condenado por crime de tráfico ilícito de entorpecentes é negado o direito de recorrer em liberdade, máxime se o agente respondeu preso a todo o processo em razão de prisão em flagrante - exatamente a hipótese *sub judice* - ou de prisão preventiva, não havendo de se cogitar em ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, nos termos da Súmula nº 09 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido: STJ, HC 152.470/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011.

Em face de todo o exposto, *nego provimento à apelação*.

É como voto.

Juiz Federal Convocado PAULO DOMINGUES - Relator

- Sobre a aplicação do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, veja também os seguintes julgados: ACr 2006.61.19.005772-8/SP, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, publicada na RTRF3R 87/323; ACr 2006.03.99.047203-6/MS, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, publicada na RTRF3R 88/401; EIfNu 0002968-13.2007.4.03.6119/SP, Relatora Desembargadora Federal Cecilia Mello, publicados na RTRF3R 103/667 e ACr 0000779-57.2010.4.03.6119/SP, Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos, publicada na RTRF3R 107/182.

APELAÇÃO CRIMINAL

0009947-57.2011.4.03.6181

(2011.61.81.009947-0)

Apelante: PRINCE BASSEY KAMARA (réu preso)

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 7ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES

Classe do Processo: ACr 48800

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2012

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE COCAÍNA. FLAGRANTE DELITO. DIREITO DE NÃO SE AUTOINCRIMINAR. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. ESTADO DE NECESSIDADE NÃO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CONFISSÃO E MENORIDADE. DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006 APLICADA NA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO DEFENSIVO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

1. Está em flagrante delito o agente que é apanhado transportando, no interior de seu organismo, cápsulas contendo cocaína.
2. Constatada a existência, no sistema digestivo do agente, de cápsulas contendo cocaína, a internação hospitalar e a submissão ao tratamento destinado à expulsão da droga são deveres médicos inafastáveis, que não podem ser evitados por manifestação de vontade do paciente, haja vista o evidente risco de morte iminente. De qualquer sorte, à míngua de indicação, nas razões de apelação, dos fundamentos de fato e das provas que apontariam para a contrariedade do agente, não há como prosperar a pretensão da defesa, formulada no sentido de que teria havido violação ao direito de não autoincriminação.
3. Comprovados a materialidade, a autoria e o dolo do crime de tráfico ilícito de drogas, é de rigor confirmar a solução condenatória decretada em primeiro grau de jurisdição.
3. Dificuldades financeiras não configuram estado de necessidade para prática de tráfico ilícito de drogas, tampouco constituem causa de diminuição de pena ou mesmo circunstância atenuante.
4. A natureza da droga e a respectiva quantidade - 705,6g de cocaína - autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal.
5. As circunstâncias atenuantes não autorizam o abrandamento da pena para aquém do patamar mínimo previsto no tipo (Superior Tribunal de Justiça, Súmula 231).
6. Aplicada na sentença de primeira instância a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em sua fração máxima, não deve ser conhecido recurso na parte em que busca a concessão do benefício.
7. Por ocasião do julgamento do pedido de *habeas corpus* nº 111840, a maioria do Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, de sorte que, mesmo cuidando-se de crime hediondo ou a tanto equiparado, a fixação

do regime prisional inicial deve pautar-se pelas regras constantes do artigo 33, *caput* e §§ 1º a 3º, do Código Penal.

8. Aplicada pena não superior a 4 (quatro) anos de reclusão, a existência de algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis não autoriza a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena, sendo caso de estabelecer-se o regime semiaberto.

9. Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha reconhecido a inconstitucionalidade da vedação à substituição da pena privativa de liberdade, contida no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, tal benefício deve ser denegado se os motivos do crime revelam, concretamente, a insuficiência da medida para a prevenção e a repressão do delito.

10. A falta de vínculos pessoais, familiares, profissionais ou patrimoniais com o distrito da culpa autoriza a custódia cautelar, como forma de assegurar a aplicação da lei penal.

11. Recurso defensivo parcialmente conhecido e em parte 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, CONHECER PARCIALMENTE da apelação e, nesta parte, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, ao fim de estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de outubro de 2012.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Trata-se de apelação interposta por *Prince Bassey Kamara*, em face de sentença que condenou o réu, como incurso nas disposições do art. 33, *caput*, c. c. o art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006, a 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a serem cumpridos inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Consta da denúncia que, no dia 12 de setembro de 2011, o acusado foi surpreendido no Aeroporto de Congonhas, município de São Paulo, SP, prestes a embarcar em voo com destino ao Rio de Janeiro, RJ, de onde partiria, na mesma data, para Bruxelas (conforme bilhetes eletrônicos de f. 12-14), levando em seu estômago 72 (setenta e duas) cápsulas que, segundo laudos de constatação e definitivo de f. 18 e 62-65, respectivamente, continham cocaína e apresentavam massa total líquida de 705,6g (setecentos e cinco gramas e seis decigramas).

Em suas razões recursais, a defesa alega, preliminarmente:

a) a nulidade da prisão em virtude da ausência de situação de flagrância;

b) violação do direito de não autoincriminação, “pois, em nítida contrariedade à vontade de Prince, ele foi submetido a exame radiológico, foi-lhe ministrado laxante para que a droga fosse expelida” (f. 243-244);

c) deve ser concedido ao réu o direito de apelar em liberdade.

Quanto ao mérito, a defesa busca a reforma da sentença, alegando que:

- a) o réu deve ser absolvido, com fundamento no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, tendo em vista a nulidade das provas produzidas;
- b) deve ser reconhecido o estado de necessidade, porquanto o apelante praticou a conduta delituosa movido por extrema dificuldade financeira;
- c) subsidiariamente, deve ser aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 24, § 2º, do Código Penal, na fração de 2/3 (dois terços);
- c) caso não sejam acolhidos os pleitos absolutórios, devem ser aplicadas as atenuantes relativas à confissão e à menoridade;
- d) deve ser aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006;
- e) a pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritiva de direitos, vez que inconstitucional a respectiva vedação legal.

O *Parquet* federal apresentou contrarrazões.

Nesta instância, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da e. Procuradora Regional da República Janice Agostinho Barreto Ascari, opina “pelo não conhecimento da apelação quanto ao pedido de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e pelo desprovimento da apelação quanto aos demais pedidos” (f. 285, verso).

É o relatório.

À douta revisão.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS – Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS (Relator): Alega a defesa, preliminarmente, a nulidade da prisão em virtude da ausência de situação de flagrância, bem como a violação do direito de não autoincriminação.

As teses defensivas não merecem acolhimento, como bem decidiu o MM. Juiz sentenciante, cujas ponderações são mais do que suficientes para justificar a rejeição. Veja-se:

Com efeito, o acusado havia ingerido drogas e encontrava-se, portanto, em situação de flagrância delito. Ademais, o procedimento adotado pela Polícia, inclusive, teve por escopo salvaguardar a vida do próprio denunciado, haja vista que o rompimento de ao menos uma das cápsulas contendo cocaína poderia ocasionar-lhe a imediata morte (f. 189, verso).

Ora, se o apelante levava consigo a substância entorpecente, evidentemente estava em situação de flagrante delito, nos termos do artigo 302, inciso I, do Código de Processo Penal. Ademais, a voz de prisão foi dada tão logo constatado o caráter entorpecente da substância expelida, de sorte que não se fundou somente no nervosismo revelado pelo apelante quando da abordagem inicial, feita no aeroporto.

De outra parte, a defesa nem sequer apontou, nas razões recursais, os fundamentos de fato e as provas que demonstrariam a alegada “nítida contrariedade à vontade” do acusado em submeter-se ao procedimento médico destinado à expulsão da substância.

Independentemente de sua concordância, porém, é certo que a existência, no interior do organismo humano, de cápsulas com cocaína representa grave risco de morte iminente, de modo que a internação do paciente e a submissão ao tratamento escapam de sua esfera de disponibilidade e constituem, na verdade, dever médico.

Não há, pois, qualquer vício na prova produzida.

Quanto ao mérito, a materialidade não é sequer questionada, mas não custa anotar que ela está plenamente comprovada por meio do auto de apreensão de f. 7-8, pelo laudo de constatação de f. 18 e pelo laudo pericial definitivo de f. 62-65, peças processuais das quais resulta que se trata de *cocaína*, na ordem de 705,6g (setecentos e cinco gramas e seis decigramas) de massa líquida, a substância apreendida.

A autoria também é certa e recai sobre a pessoa do réu, preso em flagrante transportando, no interior de seu organismo, a droga em questão.

O dolo também não comporta qualquer dúvida, já que o próprio réu admitiu ter consciência de que transportava cocaína.

A defesa afirma que o réu agiu premido por necessidade financeira, o que, *data venia*, não configura excludente de ilicitude, causa de diminuição de pena ou mesmo atenuante.

Com efeito, dificuldades financeiras, ainda que intensas, não autorizam, não escusam e nem justificam a prática do crime de tráfico ilícito de drogas, equiparado a hediondo. A pensar como o apelante, todo aquele que se visse em dificuldade financeira estaria autorizado, pelo Estado, a infringir a lei penal em questão, que tutela importante bem jurídico, qual seja a saúde pública.

De qualquer maneira, a alegação formulada restou desacompanhada de qualquer prova, dispensando-se, por conseguinte, maiores considerações a respeito.

Assim, deve ser confirmada a solução condenatória proclamada em primeiro grau de jurisdição.

A dosimetria da pena, igualmente, não merece reparos.

Na primeira fase do cálculo, acha-se plenamente justificada a exasperação da pena-base para além do mínimo legal, haja vista a natureza da droga.

Deveras, cuidando-se de cocaína, droga de elevado potencial nocivo e entorpecente, capaz, em muitos casos, de até mesmo matar o usuário, é dado ao juiz fixar a pena-base acima do mínimo legal, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006.

Verifico que o MM. Juiz sentenciante reconheceu a incidência das atenuantes relativas à confissão e à menoridade, diminuindo a pena em 1/6 (um sexto), chegando, assim, ao patamar mínimo de 5 (cinco) anos de reclusão, de sorte que nada mais pode ser feito em favor do apelante, tendo em vista o disposto na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, em relação à qual, diga-se, não há qualquer objeção de ordem legal ou constitucional a fazer.

Deveras, o Superior Tribunal de Justiça possui a missão de interpretar a lei federal ordinária e, no desempenho de seu mister, concluiu não ser possível a atenuação da pena

para patamar aquém do piso legal. É o quanto basta dizer para desprover, neste particular, o recurso da defesa.

Na terceira fase do cálculo, embora não tenha sido objeto de devolução recursal, anoto que deve ser mantido o aumento de 1/6 (um sexto) relativo à transnacionalidade, nos termos do art. 40, inc. I, da Lei nº 11.343/2006, haja vista que a droga seria levada a país estrangeiro, conforme passagens aéreas detectadas pela investigação realizada.

Deixo de conhecer do recurso na parte em que pugna seja aplicada a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, vez que o MM. Juiz sentenciante aplicou o referido benefício e o fez em sua fração máxima.

Com relação ao regime de cumprimento da pena, anoto que, em 27 de junho de 2012, ao apreciar o pedido de *habeas corpus* nº 111840, o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, que estabelece o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

Ocorre, porém, que, no ponto, a r. sentença fundou-se nos artigos 33, § 3º, e 59 do Código Penal, anotando o elevado grau de culpabilidade do apelante, que se dispôs a empreender longa viagem aérea e, assim, revelou o firme propósito de praticar o crime.

Chancelando essa ordem de fundamentação, é de rigor afastar o regime aberto para o início do cumprimento da pena; mas também não é viável a imposição do regime fechado, o que representaria um agravamento de dois graus. É que, fossem boas as circunstâncias judiciais, o regime prisional inicial seria o aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal. Como as circunstâncias não o favorecem e não autorizam a concessão de tão brando regime, o caso é de estabelecer-se o regime prisional semi-aberto, não havendo razões que autorizem o agravamento excepcional para o regime fechado.

Indo adiante, não obstante o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a inconstitucionalidade da vedação à substituição de pena (STF, Pleno, HC 97256/RS, rel. Min. Ayres Britto, j. 1º/9/2010, DJ-e 247, publ. 16/12/2010), o caso concreto dos autos não autoriza a aplicação da benesse.

Com efeito, à vista dos critérios explicitados no artigo 44 do Código Penal, conclui-se que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não é suficiente à prevenção e à repressão do crime, haja vista sua motivação exclusivamente financeira.

A pena pecuniária deve ser mantida em *195 (cento e noventa e cinco) dias-multa*, tal como fixado na sentença de primeira instância.

Quanto ao direito de recorrer em liberdade, a ausência de vínculos pessoais, profissionais, familiares ou patrimoniais com o distrito da culpa contraindicam o deferimento do benefício, presentes que estão os requisitos para a custódia cautelar, necessária à garantia da aplicação da lei penal.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE da apelação e, nesta parte, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, ao fim de estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena. Quanto ao mais, fica mantida a r. sentença de primeiro grau.

É como voto.

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS - Relator

Direito Previdenciário



AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0000627-93.2006.4.03.6104

(2006.61.04.000627-2)

Agravante: GUSTAVO MAGAZÃO ELIAS (incapaz)
Representante: CRISTINA MAZAGÃO ELIAS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 62/65
Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTOS - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE
Classe do Processo: AC 1339612
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REVISÃO DA RMI. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PRECEDIDA DE AUXÍLIO-DOENÇA. CÁLCULO NOS TERMOS DO ART. 36, § 7º, DO DECRETO Nº 3.048/99. INAPLICABILIDADE DO IRSM DE FEVEREIRO/94.

I - Agravo legal, interposto por Gustavo Mazagão Elias, representado por Cristina Mazagão Elias, em face da decisão monocrática que negou seguimento ao seu apelo, mantendo a sentença que julgou procedentes os embargos à execução, com fundamento no artigo 269, I, do CPC, para declarar a inexistência de crédito a ser satisfeito pela Autarquia Previdenciária, em razão da aposentadoria por invalidez ser originária de transformação do auxílio-doença, com DIB em 25/10/1990.

II - O agravante alega que a incidência retroativa é imponderável e teratológica. Pretende seja escusada a incidência do Decreto nº 3.048/99, art. 36, § 7º, por retroatividade sem foro de Direito.

III - A questão consiste na possibilidade de aplicação do IRSM de 02/94, na ordem de 39,67%, na aposentadoria por invalidez com DIB em 01/05/1994, resultante da transformação do auxílio-doença.

IV - A existência de duas normas (§ 5º, do art. 29, da Lei 8.213/91 e § 7º, do art. 36, do Decreto nº 3.048/99) disciplinando o cálculo do benefício por incapacidade se justifica porque regulam situações distintas: A concessão de novo auxílio-doença, ou de aposentadoria por invalidez, pode se dar “ato contínuo” ou precedida de intervalo laborativo.

V - Quando o segurado recebeu benefício por incapacidade intercalado com período de atividade, e, portanto, contributivo, para o cálculo de novo auxílio-doença, ou de aposentadoria por invalidez, incide o disposto no art. 29, § 5º, da Lei 8.213/91.

VI - Quando o segurado recebeu auxílio-doença durante determinado lapso temporal e, ato contínuo, sobrevém nova concessão do auxílio-doença ou sua transformação em aposentadoria por invalidez, aplica-se o § 7º, do art. 36, do Decreto nº 3.048/99.

VII - Em 21/09/2011, o STF julgou o mérito e proveu o RE 583834, com repercussão geral reconhecida, que tratava dessa matéria, ratificando a aplicabilidade do § 7º, do art. 36, do Decreto nº 3.048/99, na hipótese de concessão de aposentadoria por invalidez, após afastamento da atividade durante período contínuo de recebimento de auxílio-doença, sem contribuição para a previdência.

VIII - Na hipótese dos autos, o afastamento da atividade ocorreu quando o segurado passou a receber auxílio-doença, posto não retornado ao trabalho desde então.

IX - Incide na espécie o § 7º, do art. 36, do Decreto nº 3.048/99, que disciplina o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez precedida imediatamente do benefício por incapacidade, de forma que o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez corresponde a 100% do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.

X - A aposentadoria por invalidez resultou da transformação do auxílio-doença, e dessa forma, utilizou a mesma base de cálculo do benefício anterior, de forma que inaplicável o IRSM de 02/94.

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

XII - É assente a orientação pretoriana no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer dos vícios da ilegalidade e abuso de poder, e for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte.

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

XIV - Agravo legal improvido.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 15 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): Trata-se de agravo legal, interposto por Gustavo Mazagão Elias, representado por Cristina Mazagão Elias, em face da decisão de fls. 62/65, que negou seguimento ao seu apelo, mantendo a sentença que julgou procedentes os embargos à execução, com fundamento no artigo 269, I, do CPC, para declarar a inexistência de crédito a ser satisfeito pela Autarquia Previdenciária, em razão da aposentadoria por invalidez ser originária de transformação do auxílio-doença, com DIB em 25/10/1990.

Alega o agravante, em síntese, que a incidência retroativa é imponderável e teratológica. Pretende seja escusada a incidência do Decreto nº 3.048/99, art. 36, § 7º, por retroatividade sem foro de Direito.

É o relatório.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE (Relatora): A decisão monocrática ora impugnada foi proferida nos seguintes termos, que mantenho, por seus próprios fundamentos:

(...) A sentença (fls. 36/41), julgou procedentes os embargos à execução, com fundamento no artigo 269, I, do CPC, para declarar a inexistência de crédito a ser satisfeito pela Autarquia Previdenciária, em razão da aposentadoria por invalidez ser originária de transformação do auxílio-doença, com DIB em 25/10/1990. Deixou de condenar a parte autora nos ônus da sucumbência.

Inconformado, apela o exequente, alegando, em síntese, que a base de cálculo da aposentadoria por invalidez, concedida e mantida desde 01/05/1994, foi distinta do auxílio-doença, a teor do art. 29, § 5º, da Lei 8.213/91, sendo inquestionável a aplicação do IRSM de 02/94, na ordem de 39,67%, em sua base contributiva.

Regularmente processados, subiram os autos a este Egrégio Tribunal em 14/07/2008.

É o relatório.

Com fundamento no art. 557 do CPC e, de acordo com o entendimento firmado nesta Egrégia Corte, decido:

Para o deslinde do feito faz-se necessário fazer uma digressão acerca da forma de cálculo da aposentadoria por invalidez precedida de auxílio-doença:

O cálculo do salário-de-benefício, para fim de apuração da RMI, é matéria disciplinada pelo art. 29 da Lei 8.213/91, cuja redação original assim prescrevia:

“Art. 29. O salário-de-benefício consiste na média aritmética simples de todos os últimos salários-de-contribuição dos meses imediatamente anteriores ao do *afastamento da atividade* ou da data da entrada do requerimento, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses”. - *negritei*.

Por sua vez, o § 5º, da mencionado artigo, assim disciplina:

“§ 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo”.

Ao seu turno, o art. 36, § 7º, do Decreto nº 3.048/99, assim determina:

“§ 7º A renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez concedida por transformação de auxílio-doença será de cem por cento do salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal inicial do auxílio doença, reajustado pelos mesmos índices de correção dos benefícios em geral”.

A existência de duas normas disciplinando a matéria se justifica porque regulam situações distintas.

O art. 55, II, da Lei 8.213/91, somente admite a contagem do tempo de gozo de benefício por incapacidade, quando intercalado com período de atividade, e, portanto, contributivo.

A conversão do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez pode se dar “ato contínuo” ou precedida de intervalo laborativo.

A interpretação sistemática dos dispositivos acima mencionados leva à seguinte conclusão:

- Quando o segurado recebeu benefício por incapacidade intercalado com período de atividade, e, portanto, contributivo, para o cálculo da sua aposentadoria por invalidez incide o disposto no art. 29, § 5º, da Lei 8.213/91;

- Quando o segurado recebeu auxílio-doença durante determinado lapso temporal e, ato contínuo, sobrevém sua transformação em aposentadoria por invalidez, aplica-se o § 7º, do art. 36, do Decreto nº 3.048/99.

Na hipótese dos autos, o afastamento da atividade ocorreu quando o segurado passou a receber auxílio-doença, posto não retornado ao trabalho desde então.

Neste caso, portanto, incide o § 7º, do art. 36, do Decreto nº 3.048/99, que disciplina o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria por invalidez precedida imediatamente do benefício por incapacidade.

Essa interpretação coaduna-se com a jurisprudência do E. STJ acerca da matéria:

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. RENDA MENSAL INICIAL. CORREÇÃO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. IRSM DE FEVEREIRO DE 1994. ÍNDICE DE 39,67%. SEGURADO BENEFICIÁRIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, ORIGINADA DE AUXÍLIO-DOENÇA E A ELE IMEDIATAMENTE SUBSEQUENTE.

1. De acordo com a redação original do art. 29 da Lei 8.213/91, vigente na data da concessão do benefício, o salário-de-benefício do auxílio-doença será calculado utilizando-se a média aritmética simples dos últimos salários-de-contribuição anteriores ao afastamento da atividade ou da data da entrada do requerimento.

2. Na hipótese dos autos, o afastamento da atividade pelo segurado ocorreu quando da concessão do auxílio-doença, motivo pelo qual a Renda Mensal Inicial da aposentadoria por invalidez será calculada com base no salário-de-benefício do auxílio-doença, que, por sua vez, é calculado utilizando-se os salários-de-contribuição anteriores ao seu recebimento.

3. Incide, nesse caso, o art. 36, § 7º do Decreto 3.048/99, que determina que o salário-de-benefício da aposentadoria por invalidez será de 100% do valor do salário-de-benefício do auxílio-doença anteriormente recebido, reajustado pelos índices de correção dos benefícios previdenciários.

4. Cumpre esclarecer que, nos termos do art. 55, II da Lei 8.213/91, somente se admite a contagem do tempo de gozo de benefício por incapacidade quando intercalado com período de atividade e, portanto, contributivo. Assim, nessa situação, haveria possibilidade de se efetuar novo cálculo para o benefício de aposentadoria por invalidez, incidindo o disposto no art. 29, § 5º da Lei 8.213/91, que determina que os salários-de-benefícios pagos a título de auxílio-doença sejam considerados como salário-de-contribuição, para definir o valor da Renda Mensal Inicial da aposentadoria.

5. A jurisprudência do STJ já pacificou o entendimento de que na atualização dos salários-de-contribuição dos benefícios em manutenção é aplicável a variação integral do IRSM nos meses de janeiro e fevereiro de 1994, no percentual de 39,67% (art. 21, § 1º da Lei 8.880/94) (EResp. 226.777/SC, 3S, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJU 26.03.2001).

6. *No caso, tendo o auxílio-doença sido concedido em 10.04.1992, foram utilizados para o cálculo do salário-de-benefício os salários-de-contribuição anteriores a essa data, o que, por óbvio, não abrangeu a competência de fevereiro de 1994 no período básico do cálculo, motivo pelo qual o segurado não faz jus à pleiteada revisão prevista na MP 201/2004.*

7. *Dessa forma, merece reforma o acórdão recorrido que, considerando que a aposentadoria por invalidez acidentária foi concedida em 17.05.1994, determinou a correção monetária do salário-de-contribuição do mês de fevereiro de 1994 pelo IRSM integral, no percentual de 39,67%.*

8. Recurso Especial do INSS provido”.

(Superior Tribunal de Justiça- STJ; Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 1016678; Processo nº 200703008201; Órgão Julgador: QUINTA TURMA; Fonte: DJE; DATA: 26/05/2008; Relator: NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - *negritei*)

Assim, não procede a insurgência do exequente, eis que a aposentadoria por invalidez resultou da transformação do auxílio-doença, e dessa forma, utilizou a mesma base de cálculo do benefício anterior. (...).

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

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

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CPC. REDAÇÃO DA LEI 9.756/98. INTUITO. DESOBSTRUÇÃO DE PAUTAS DOS TRIBUNAIS. MENOR SOB GUARDA. PARÁGRAFO 2º, ART. 16 DA LEI 8.231/91. EQUIPARAÇÃO À FILHO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 9.528/97. ROL DE DEPENDÊNCIA. EXCLUSÃO. PROTEÇÃO A MENOR. ART. 33, PARÁGRAFO 3º DA LEI 8.069/90. ECA. GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

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

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

(...)

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

EMENTA: Recurso extraordinário. Agravo Regimental. 2. Salário-educação. Constitucionalidade. Precedentes desta Corte. 3. Decisão monocrática, nos termos do art. 557, do CPC. Atribuição que não configura violação do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Origem: STF - Supremo Tribunal Federal Classe: RE - AgR - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário; Processo: 291776; UF: DF; Fonte: DJ; Data: 04-10-2002; PP-00127; EMENT VOL-02085-04; PP-00651; Relator: GILMAR MENDES)

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

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

PROCESSO CIVIL - RECURSO PREVISTO NO § 1º DO ARTIGO 557 DO CPC - AUSÊNCIA DE TRASLADO DA DECISÃO AGRAVADA E A RESPECTIVA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO, OU EQUIVALENTE - PEÇAS OBRIGATÓRIAS - INSTRUÇÃO DEFICIENTE - INTIMAÇÃO PARA REGULARIZAÇÃO - DESCABIMENTO - LEI 9139/95 - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO IMPROVIDO.

1. A ausência do traslado da decisão agravada e da respectiva certidão de intimação, ou equivalente, inviabiliza o conhecimento do agravo de instrumento.
2. Na atual sistemática do agravo, introduzido pela Lei 9.139/95, cumpre a parte instruir o recurso com as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do recurso, não dispondo o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.
3. Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo 1º do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada, e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
4. À ausência de possibilidade de prejuízo irreparável ou de difícil reparação à parte, é de ser mantida a decisão agravada.
5. Recurso improvido.

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

Por essas razões, nego provimento ao agravo legal.

É o voto.

Desembargadora Federal MARIANINA GALANTE - Relatora

- Sobre a decisão proferida no RE 583.834/SC assentando entendimento no sentido de que somente é possível a aplicação do artigo 29, § 5º, da Lei nº 8.213/91 às hipóteses de aposentadoria por invalidez precedida da auxílio-doença durante período de afastamento intercalado com atividade laborativa, veja também o seguinte julgado: EDcl ApelReex 0002318-26.2008.4.03.6120/SP, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes, publicados na RTRF3R 113/224.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/ REEXAME NECESSÁRIO (AMS)

0004400-12.2008.4.03.6126

(2008.61.26.004400-3)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 455/457
Apelada: MARIA APPARECIDA ROZA GOMES
Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES
Classe do Processo: AMS 319599
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/10/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL (ART. 557, § 1º, DO CPC). PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. REVISÃO ADMINISTRATIVA. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. BENEFÍCIO DECORRENTE DE APOSENTADORIA DE EX-COMBATENTE. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DA RENDA MENSAL. PRINCÍPIO DO “TEMPUS REGIT ACTUM”.

1 - É dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com “súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária “à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC).

2 - Consoante a Súmula 473 do STF, “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

3 - Antes do advento da Lei nº 9.784/99, não havia qualquer limite temporal legalmente estabelecido para a autotutela estatal.

4 - Editada a Medida Provisória nº 138/03, convertida na Lei nº 10.839/04, foi aumentado para 10 anos o prazo decadencial especificamente quanto à revisão administrativa que viesse causar prejuízo aos beneficiários da Previdência Social, cujo termo inicial foi fixado na data do início da vigência da Lei nº 9.784/99. Matéria definida pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento segundo o rito dos “recursos repetitivos”.

5 - Uma vez reconhecida em 2008 a irregularidade de pensão concedida em 1994, não ocorreu a decadência para o Instituto Autárquico cancelar o benefício.

6 - Segundo o Enunciado nº 340 do C. Superior Tribunal de Justiça, “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”, sendo a base de cálculo sempre a mesma, qual seja, o valor dos proventos a que o segurado fazia jus, se já aposentado.

7 - Ao segurado, na condição de ex-combatente, foi concedida a aposentadoria sob a égide das Leis nº 4.297/63 e nº 5.315/67, que determinavam o cálculo dos proventos

iniciais em valor correspondente ao da remuneração na ativa. Assim, o benefício deve ser fixado conforme preceituam esses diplomas normativos, sem as modificações introduzidas pela Lei nº 5.698/71. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

8 - Afastada a decadência, fica mantida a procedência do pedido por fundamento diverso, concedida a segurança para anular a revisão do benefício previdenciário em testilha e determinar à d. autoridade impetrada que se abstenha de efetuar descontos na benesse a título dessa revisão.

9 - Agravo legal parcialmente provido. Remessa oficial e apelação do INSS desprovidos.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 01 de outubro de 2012.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo legal (art. 557, § 1º, do CPC) oposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra a decisão monocrática de fls. 455/457 que, por reconhecer o decurso do prazo decadencial do exercício do poder de autotutela, negou seguimento à remessa oficial e à sua apelação, interposta contra sentença que julgou procedente o mandado de segurança para anular a revisão de benefício previdenciário de pensão por morte de ex-combatente e determinar à d. autoridade impetrada que se abstenha de efetuar descontos na benesse a título dessa revisão, com fundamento na Lei nº 5.698/71.

Razões recursais às fls. 459/485, oportunidade em que o INSS sustenta a inocorrência de decadência e a legalidade da revisão instaurada.

É o relatório.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

VOTO

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

A decisão ora recorrida encontra-se fundamentada nos seguintes termos:

(...)

Note-se que a inovação legislativa que trouxe o art. 103-A (Lei nº 10.839, publicada em 6 de fevereiro de 2004) não pode atuar retroativamente.

Assim, este prazo decadencial só pode ser aplicado após a publicação desta inovação. Anteriormente à Lei nº 10.839/04, vigorava o disposto na Lei nº 9.784 (publicada em 1 de fevereiro

de 1999 e retificada em 11 de março de 1999), a qual, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, impôs o prazo de 5 anos para a Administração Federal exercer seu poder-dever de autotutela, para anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo a comprovada má-fé.

Antes dessa data, não havia previsão de prazo decadencial para o exercício da autotutela. No entanto, já vinha a jurisprudência firmando o lapso de cinco anos para a anulação, utilizando, por semelhança, o prazo prescricional das ações pessoais contra a Fazenda Pública, prevista no Decreto nº 20.910/32. Precedente: STJ, Corte Especial, MS 9115/DF, Rel. Ministro César Asfor Rocha, j. 16.02.2005, DJ 07.08.2006, p. 195.

(...)

Portanto, em se tratando de benefício de aposentadoria por tempo de serviço (ex-combatente) com data de início em 01 de agosto de 1967, ao reconhecer a irregularidade do ato de sua concessão em 2008 e notificada a impetrante mediante ofício emitido em 29 de setembro daquele ano, já se havia operado o transcurso do prazo legalmente previsto para que a Autarquia Previdenciária pudesse proceder à revisão do benefício derivado de pensão por morte. Mesmo se fixado o “dies a quo” do prazo decadencial na data da concessão da pensão, a conclusão se mantém. Conforme já aludido, o óbito do ex-segurado ocorreu em agosto de 1994, antes da vigência da Lei nº 10.839/2004 e da Lei nº 9.784/99. Estava, portanto, sob a égide da disciplina então vigente, que impunha à Administração o prazo quinquenal para o exercício do poder de autotutela, nos moldes preconizados pela jurisprudência consolidada no C. Superior Tribunal de Justiça, e que veio a expirar em agosto de 1999, antes de emitida a notificação à impetrante.

(...)

Ante o exposto, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil, *nego seguimento à apelação e à remessa oficial*.

Sem recurso, baixem os autos à Vara de origem.

É dado ao relator, na busca pelo processo célere e racional, decidir monocraticamente o recurso interposto, quer negando-lhe seguimento, desde que em descompasso com “súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, quer lhe dando provimento, na hipótese de decisão contrária “à súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557, *caput* e § 1º-A, do CPC).

O Instituto Autárquico, em suas razões de inconformismo, sustenta a inocorrência do prazo decadencial do exercício do poder de revisão administrativa do benefício previdenciário. No mérito, alega que a pensão da impetrante, decorrente de benefício de ex-combatente, foi concedida quando já em vigor as normas da Lei nº 5.698/71 e, desse modo, sua forma de reajustamento deve observar os critérios expressos nessa Lei e na legislação previdenciária superveniente, inexistindo direito adquirido às formas de reajustamento da Lei nº 4.297/63. No primeiro ponto, assiste-lhe razão.

De fato, o direito da Administração Pública rever os próprios atos tem como regra norteadora a Súmula 473 do STF, a qual define que “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Por muito se discutiu acerca do prazo para que tal revisão pudesse ter efeito, a fim de garantir a segurança jurídica e evitar a interrupção abrupta de uma relação consolidada que, muitas das vezes, tem natureza estritamente alimentar, sopesando isso com a necessidade de

proteger o erário público de prejuízos indevidos.

Antes do advento da Lei nº 9.784/99, não havia qualquer limite temporal legalmente estabelecido para a autotutela estatal. E considerável corrente jurisprudencial propugnava a adoção, por analogia, do prazo prescricional para as ações contra a Fazenda Pública, estabelecido pelo Decreto nº 20.910/32.

Contudo, com o advento, em 1994, do citado diploma normativo, seu art. 54 estabeleceu que “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

A partir de então, a orientação jurisprudencial evoluiu. Em julgamento de 2005, a C. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual, antes da referida Lei nº 9.784/99, a Administração poderia revogar a qualquer tempo os seus próprios atos, com fundamento das Súmulas nºs 346 e 473 do E. Supremo Tribunal Federal, iniciado o transcurso do prazo a partir da entrada em vigor da inovação normativa. Confira-se:

ADMINISTRATIVO - ATO ADMINISTRATIVO: REVOGAÇÃO - DECADÊNCIA - LEI 9.784/99 - VANTAGEM FUNCIONAL - DIREITO ADQUIRIDO - DEVOLUÇÃO DE VALORES.

Até o advento da Lei 9.784/99, a Administração podia revogar a qualquer tempo os seus próprios atos, quando eivados de vícios, na dicção das Súmulas 346 e 473/STF.

A Lei 9.784/99, ao disciplinar o processo administrativo, estabeleceu o prazo de cinco anos para que pudesse a Administração revogar os seus atos (art. 54).

A vigência do dispositivo, dentro da lógica interpretativa, tem início a partir da publicação da lei, não sendo possível retroagir a norma para limitar a Administração em relação ao passado. Ilegalidade do ato administrativo que contemplou a impetrante com vantagem funcional derivada de transformação do cargo efetivo em comissão, após a aposentadoria da servidora. Dispensada a restituição dos valores em razão da boa-fé da servidora no recebimento das parcelas.

Segurança concedida em parte.

(STJ, Corte Especial, MS nº 9.112/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 16.02.2005, DJ 14.11.2005)

Essa orientação, cumpre ressaltar, foi posteriormente referendada pelo E. Supremo Tribunal Federal, consoante os arestos a seguir transcritos:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. ANISTIA [LEI Nº 8.878/94]. REVOGAÇÃO POR ATO DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA APÓS PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE TEVE CURSO EM COMISSÃO INTERMINISTERIAL. POSSIBILIDADE. SÚMULAS 346 E 473 DO STF. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO QUINQUENAL A PARTIR DA VIGÊNCIA DO ARTIGO 54 DA LEI Nº 9.784/99 [1º.2.99]. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. A Administração Pública tem o direito de anular seus próprios atos, quando ilegais, ou revogá-los por motivos de conveniência e oportunidade [Súmulas 346 e 473, STF].

2. O prazo decadencial estabelecido no art. 54 da Lei 9.784/99 conta-se a partir da sua vigência [1º.2.99], vedada a aplicação retroativa do preceito para limitar a liberdade da Administração Pública.

3. Inexistência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Todos os recorrentes apresentaram defesa no processo administrativo e a decisão da Comissão Interministerial contém todos os elementos inerentes ao ato administrativo perfeito, inclusive

fundamentação pormenorizada para a revogação do benefício. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(STF, 2ª Turma, RMS nº 25.856, rel. Min. Eros Grau, j. 09.03.2010)

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ANULAÇÃO DE ASCENSÕES FUNCIONAIS CONCEDIDAS AOS SERVIDORES DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE ANULAÇÃO INICIADO MAIS DE 5 ANOS APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.784/1999. DECADÊNCIA DO DIREITO DE ANULAR OS ATOS DE ASCENSÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

(STF, 1ª Turma, MS 28953, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28.02.2012, DJe 27.03.2012)

No entanto, antes de decorrido o lapso de cinco anos desde a vigência da Lei nº 9.784/99, foi editada a Medida Provisória nº 138/03, convertida na Lei nº 10.839/04, aumentando para 10 anos o prazo decadencial especificamente quanto à revisão administrativa que viesse causar prejuízo aos beneficiários da Previdência Social, *in verbis*:

Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

A respeito da matéria ora ventilada, em especial no tocante à aplicação das inúmeras situações jurídicas atinentes às mudanças legislativas ao longo do tempo, o C. STJ assim decidiu o tema em sede de recurso repetitivo:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA A DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.787/99. PRAZO DECADENCIAL DE 5 ANOS, A CONTAR DA DATA DA VIGÊNCIA DA LEI 9.784/99. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. ART. 103-A DA LEI 8.213/91, ACRESCENTADO PELA MP 19.11.2003, CONVERTIDA NA LEI 10.839/2004. AUMENTO DO PRAZO DECADENCIAL PARA 10 ANOS. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NO ENTANTO.

1. A colenda Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que os atos administrativos praticados antes da Lei 9.784/99 podem ser revistos pela Administração a qualquer tempo, por inexistir norma legal expressa prevendo prazo para tal iniciativa. Somente após a Lei 9.784/99 incide o prazo decadencial de 5 anos nela previsto, tendo como termo inicial a data de sua vigência (01.02.99). Ressalva do ponto de vista do Relator.

2. Antes de decorridos 5 anos da Lei 9.784/99, a matéria passou a ser tratada no âmbito previdenciário pela MP 138, de 19.11.2003, convertida na Lei 10.839/2004, que acrescentou o art. 103-A à Lei 8.213/91 (LBPS) e fixou em 10 anos o prazo decadencial para o INSS rever os seus atos de que decorram efeitos favoráveis a seus beneficiários.

3. Tendo o benefício do autor sido concedido em 30.7.1997 e o procedimento de revisão administrativa sido iniciado em janeiro de 2006, não se consumou o prazo decadencial de 10 anos para a Autarquia Previdenciária rever o seu ato.

4. Recurso Especial do INSS provido para afastar a incidência da decadência declarada e determinar o retorno dos autos ao TRF da 5ª Região, para análise da alegada inobservância

do contraditório e da ampla defesa do procedimento que culminou com a suspensão do benefício previdenciário do autor.

(3ª Seção, REsp 1.114.938/AL, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14/04/2010, DJe 02/08/2010)

Assentou-se, portanto, o entendimento segundo o qual, para os atos administrativos praticados antes da vigência da Lei nº 9.784/99, inaplicável a decadência do poder de autotutela com fulcro na adoção do prazo previsto no Decreto nº 20.910/32, por analogia. Para situações dessa jaez, considera-se iniciado o prazo decadencial no dia 01 de fevereiro de 1999, o qual será de 10 (dez) anos, nas hipóteses de revisão de benefício previdenciário, vindo a expirar, por conseguinte, em 01 de fevereiro de 2009.

No caso dos autos, trata-se de benefício de pensão por morte decorrente de aposentadoria por tempo de serviço de ex-combatente, concedida desde 01 de agosto de 1967, sobrevivendo o óbito em agosto de 1994. Uma vez apontada a irregularidade do ato em 2008 e notificada a impetrante mediante ofício emitido em 29 de setembro daquele ano, não ocorreu a decadência para o Instituto Autárquico cancelar o benefício, nos moldes do entendimento acima esposado.

Superado, pois, esse óbice, remanesce sindicar sobre a legalidade da revisão instaurada pela Autarquia Previdenciária.

A Lei nº 288/48 disciplinava sobre concessão de vantagens a militares e civis que participaram de operações de guerra, nos termos do disposto em seu art. 1º, *verbis*:

Art. 1º. O Oficial das Forças Armadas, que serviu no teatro de guerra da Itália, ou tenha cumprido missões de patrulhamento, vigilância ou segurança do litoral, e operações de guerra e de observações em qualquer outro teatro de operações de guerra definidas pelo Ministério respectivo, inclusive nas ilhas de Trindade, Fernando de Noronha e nos navios da Marinha de Guerra, que defendiam portos nacionais em zonas de operações de guerra, quando transferido para a reserva remunerada, ou reformado, será previamente promovido ao posto imediato, com os respectivos vencimentos integrais.

Em 05.12.52, foi editada a Lei nº 1.756, que estendeu ao pessoal da Marinha Mercante Nacional os direitos e vantagens da Lei nº 288, já mencionada, e dispôs, em seus artigos 1º, parágrafo único, e 2º:

Art. 1º. São extensíveis a todo pessoal da Marinha Mercante Nacional, no que couber, os direitos e vantagens da Lei nº 288, de 8 de junho de 1948.

Parágrafo único. Ao pessoal da Marinha Mercante Nacional que, a partir de 22 de março de 1941, durante a última grande guerra, houver participado, ao menos, de duas viagens na zona de ataques submarinos, ser-lhe-ão calculados os proventos de aposentadoria na base dos vencimentos do posto ou categoria superior ao do momento.

Art. 2º. Farão prova, para gozo dos benefícios determinados na Lei nº 288, de 8 de junho de 1948, o diploma da Medalha de Serviço de Guerra ou o certificado do Estado Maior da Armada em que ateste que o oficial, suboficial e praça da Marinha Mercante Nacional prestaram serviços efetivos, durante o período de guerra, embarcados em navios mercantes.

Em 23.12.63, sobreveio a Lei nº 4.297, que tratou das aposentadorias e pensões de Institutos ou Caixas de Aposentadorias e Pensões de ex-combatentes e seus dependentes, trazendo as seguintes disposições:

Art. 1º. Será concedida, após 25 anos de serviço, a aposentadoria sob a forma de renda mensal vitalícia, igual à média do salário integral realmente percebido, durante os 12 meses anteriores à respectiva concessão, ao segurado ex-combatente, de qualquer Instituto de Aposentadoria e Pensões ou Caixa de Aposentadoria e Pensões, com qualquer idade, que tenha servido, como convocado ou não, no teatro de operações da Itália, no período de 1944-1945, ou que tenha integrado a Força Aérea Brasileira ou a Marinha de Guerra ou a Marinha Mercante e tendo nestas últimas participado de comboios e patrulhamento.

§ 1º. Os segurados, ex-combatentes, que desejarem beneficiar-se dessa aposentadoria, deverão requerê-la, para contribuírem até o limite do salário que perceberem e que venham a perceber. Essa aposentadoria só poderá ser concedida após decorridos 35 meses de contribuições sobre o salário integral.

§ 2º. Será computado, como tempo de serviço integral, para efeito de aposentadoria, o período em que o segurado esteve convocado para o serviço militar durante o conflito mundial de 1939 - 1945.

Art. 2º. O ex-combatente, aposentado de Instituto de Aposentadoria e Pensões ou Caixa de Aposentadoria e Pensões, terá, seus proventos reajustados ao salário integral, na base dos salários atuais e futuros, de idêntico cargo, classe, função ou categoria da atividade a que pertencia ou na impossibilidade dessa atualização, na base dos aumentos que seu salário integral teria, se permanecesse em atividade, em consequência de todos dissídios coletivos ou acordos entre empregados e empregadores posteriores à sua aposentadoria. Tal reajuste também se dará todas as vezes que ocorrerem aumento; salariais, consequentes a dissídios coletivos ou a acordos entre empregados e empregadores, que poderão beneficiar ao segurado se em atividade.

Art. 3º. Se falecer o ex-combatente segurado de Instituto de Aposentadoria e Pensões ou Caixa de Aposentadoria e Pensões, aposentado ou não, será concedida, ao conjunto de seus dependentes, pensão mensal, reversível, de valor total igual a 70% (setenta por cento) do salário integral realmente percebido pelo segurado e na seguinte ordem de preferência:

- a) metade à viúva, e a outra metade, repartidamente, aos filhos de qualquer condição, se varões, enquanto menores não emancipados, interditados ou inválidos, se mulheres, enquanto solteiras, incluindo-se o filho póstumo;
- b) não deixando viúva, terão direito à pensão integral os filhos mencionados na letra a deste artigo;
- c) se não houver filhos caberá, a pensão integral à viúva;
- d) à companheira, desde que com o segurado tenha convivido maritalmente por prazo não inferior a 5 anos e até a data de seu óbito;
- e) se não deixar viúva companheira, nem filho, caberá a pensão à mãe viúva, solteira ou desquitada, que estivesse sob a dependência econômica do segurado;
- f) se nas condições da letra anterior deixar pai, ou pai e mãe que vivessem às suas expensas estando aquele invalidado ou valetudinário, a pensão lhe será concedida, ou a ambos, repartidamente;
- g) os irmãos, desde que estivessem sob a dependência econômica do contribuinte e, se varões, enquanto menores não emancipados, interditados ou totalmente inválidos e, se mulheres quando solteiras, viúvas ou desquitadas;
- h) em qualquer época as filhas viúvas, casadas ou desquitadas reconhecidamente privadas de recursos para sua manutenção, serão equiparadas aos filhos ou filhas indicados na letra a, deste artigo e com eles concorrentes à pensão;
- i) o desquite somente prejudicará, o direito à pensão quando a sentença for condenatória ao cônjuge beneficiário."

Sobreveio o diploma legal de nº 5.698, de 31 de agosto de 1971, que dispunha sobre o cálculo de benefícios devidos àqueles que se enquadravam no conceito de ex-combatente e, em

seu art. 1º, disciplinou a matéria nos seguintes termos:

Art. 1º O ex-combatente segurado da previdência social e seus dependentes terão direito às prestações previdenciárias, concedidas, mantidas e reajustadas de conformidade com o regime geral da legislação orgânica da previdência social, salvo quanto:

I - Ao tempo de serviço para aquisição de direito à aposentadoria por tempo de serviço ou abono de permanência em serviço, que será de 25 (vinte e cinco) anos:

II - À renda mensal do auxílio-doença e da aposentadoria de qualquer espécie, que será igual a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, definido e delimitado na legislação comum da previdência social.

Parágrafo único. Será computado como tempo de serviço, para os efeitos desta Lei, o período de serviço militar prestado durante a guerra de 1939 a 1945.

Com vistas a prestigiar o direito adquirido, a referida lei assegurou aos ex-combatentes que já preenchessem os requisitos necessários à aposentação em momento anterior à sua vigência a aplicação de critérios de cálculo constantes em lei revogada, consoante se verifica no art. 6º, *in verbis*:

Art. 6º Fica ressalvado o direito do ex-combatente que na data em que, entrar em vigor esta Lei, já tiver preenchidos requisitos na legislação ora revogada para a concessão da aposentadoria por tempo de serviço nas condições então vigentes, observado, porém nos futuros reajustamentos, o disposto no Artigo 5º.

Dessa forma, em que pese o requerimento do benefício ter ocorrido quando da vigência da Lei nº 5.698/71, aqueles que reuniram os requisitos em momento anterior tiveram assegurados os critérios de cálculo previstos na Lei nº 4.297/63.

Entretanto, isto não significa que os segurados aposentados sob a égide da Lei nº 5.698/71 terão uma perpétua paridade de reajustamento de seus benefícios com o pessoal da ativa, haja vista a ressalva constante no art. 6º, *in fine*, o qual remete para a aplicação do art. 5º da mesma lei, a seguir transcrito:

Art. 5º Os futuros reajustamentos do benefício do segurado ex-combatente não incidirão sobre a parcela excedente de 10 (dez) vezes o valor do maior salário-mínimo mensal vigente no País.

Nesse sentido, colaciono julgado do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SEGURADO EX-COMBATENTE DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. APOSENTADORIA CONCEDIDA NA VIGÊNCIA DA LEI 5.698/71. PREENCHIMENTO DO REQUISITO DA APOSENTAÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI 4.297/63. PENSÃO POR MORTE. EQUIVALÊNCIA COM OS PROVENTOS DO INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O segurado ex-combatente que preencheu os requisitos para a aposentadoria na vigência da Lei 4.297/63 tem direito a ter seus proventos iniciais calculados em valor correspondente ao de sua remuneração à época da inativação e reajustados conforme preceitua a referida lei, com a ressalva de que os posteriores reajustamentos, ocorridos a partir da Lei 5.698/71, não incidam sobre parcela superior a dez vezes o maior salário mínimo mensal vigente. (grifei).

2. Nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei 5.698/71 c.c 75 da Lei 8.213/91, a pensão por morte corresponderá ao valor a que faria jus o falecido segurado, se vivo estivesse.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(5ª Turma, Resp 2008/0086121-8, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 14/09/2009)

Em respeito ao princípio *tempus regit actum*, a pensão por morte tem sua renda calculada conforme a legislação vigente à data do óbito, consoante consolidado no Enunciado nº 340 do C. Superior Tribunal de Justiça: “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

De qualquer sorte, a base desse cálculo é sempre a mesma, qual seja: o valor dos proventos a que o segurado fazia jus, se já aposentado. E, a seu turno, tais proventos devem ser mantidos nos moldes das regras nas quais foram fulcradas a concessão da aposentadoria, uma vez mais em atenção ao princípio do *tempus regit actum*. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. VIÚVA DE EX-COMBATENTE DA MARINHA MERCANTE. PENSÃO PAGA A MENOR. REAJUSTAMENTO IGUALITÁRIO À REMUNERAÇÃO DOS ATIVOS. PRESCRIÇÃO. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO.

- A prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública, bem como suas autarquias e entidades paraestatais atinge o fundo de direito quando o ato lesivo da Administração negar a situação jurídica fundamental em que se embasa a pretensão veiculada.

- Na hipótese, encontrando-se a situação jurídica consolidada pelo direito reconhecido à pensão e objetivando-se o pagamento do benefício no percentual de 100%, nos termos que dispõe a Lei 1.756/52, aplica-se o comando inserto na Súmula nº 85/STJ, que disciplina a prescrição quinquenal nas relações de trato sucessivo, em que são atingidas apenas as parcelas relativas ao quinquênio antecedente à propositura da ação.

- As pensões concedidas aos beneficiários de ex-combatente têm que corresponder aos proventos de aposentadoria do instituidor da pensão se vivo estivesse.

- Recurso Especial não conhecido.

(STJ, 6ª Turma, REsp. nº 437.081/RN, rel. Min. Vicente Leal, j. 24.09.2002, DJ 14.10.2002 - g.n.)

No caso em apreço, ao segurado ex-combatente foi deferida aposentadoria especial por tempo de serviço com termo inicial em 01 de agosto de 1967, sob a égide, pois, da Lei nº 4.297/63, motivo pelo qual garantida a paridade de seus proventos aos rendimentos auferidos pelo pessoal da ativa, uma vez que inaplicáveis as disposições insertas na Lei nº 5.698/71, cuja vigência é posterior à constituição do ato jurídico de concessão da benesse, que então já estava perfeito. Não discrepam dessa trilha os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

EX-COMBATENTE. APOSENTADORIA CONCEDIDA NA VIGÊNCIA DA LEI 4.297/63. CRITÉRIO DE REAJUSTE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Preenchidos os requisitos necessários para aposentadoria na vigência da Lei nº 4.297/63, os ex-combatentes fazem jus ao recebimento do benefício calculado de acordo com o salário pago à categoria profissional e à função exercida em atividade.

2. De acordo com a Lei nº 4.297/63, os proventos recebidos são equiparados aos vencimentos da ativa, não podendo sofrer redução.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(STJ, 6ª Turma, RESP nº 614.973/RJ, rel. Min. Og Fernandes, j. 16.09.2008, DJE 06.10.2008)

ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE OFENSA À LEI Nº 5.315/67. AUSÊNCIA DE PARTICULARIZAÇÃO DE ARTIGO. SÚ-

MULA Nº 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NºS 282 E 356 DO STF. EX-COMBATENTE. APOSENTADORIA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO NA VIGÊNCIA DAS LEIS 1.756/52 E 4.297/63. DIREITO À MANUTENÇÃO DA FORMA DE REAJUSTAMENTO.

1. O Recorrente não especifica qualquer artigo da Lei nº 5.315/67 que teria sido malferido ou cuja vigência tenha sido negada pelo Tribunal de origem, limitando-se a argüir violação genérica a referida Lei, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial nesse ponto. Incidência da Súmula nº 284/STF.

2. O ex-combatente que preencheu os requisitos para a aposentadoria na vigência das Leis 1.756/52 e 4.297/63 deve ter seus proventos iniciais calculados em valor correspondente ao de sua remuneração na ativa e reajustados nos exatos termos estabelecidos na mencionada legislação, na medida em que sua situação jurídica encontra-se consolidada. Assim, mostra-se descabida a pretensão da Autarquia Previdenciária de alterar a sistemática de reajustamento, em face do advento de legislação superveniente.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(STJ, 5ª Turma, RESP nº 618.969/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. 17.12.2007, DJ 07.02.2008)

Em remate, cumpre a referência a recente julgado deste E. Tribunal, cuja ementa bem sintetiza a matéria em debate:

MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA DE EX-COMBATENTE CONCEDIDA COM BASE NAS LEIS Nº 1.756/52 E 4.297/63. CRITÉRIO DE REAJUSTE. DIREITO ADQUIRIDO.

(...)

III - A pensão por morte de ex-combatente marítimo de Maria Helena M. P. da Costa (DIB em 29/01/1980), é derivada da aposentadoria por tempo de serviço de ex-combatente de seu pai, JOÃO PEREIRA DA COSTA, com DIB em 1966.

IV - O art. 4º, da Lei 5.698/1971, expressamente garantiu a manutenção e reajustes do benefício do ex-combatente ou de seus dependentes nos termos em que concedido. Por sua vez, o art. 6º, ressaltou o direito do ex-combatente, ainda não aposentado, mas que tivesse preenchido os requisitos para concessão da aposentadoria na legislação revogada, de ter o benefício calculado nas condições vigentes antes da edição daquela lei, condicionando, todavia, os futuros reajustamentos à disposição contida no art. 5º: não incidiriam sobre a parcela excedente de 10 vezes o valor do maior salário-mínimo mensal vigente no país.

V - Aplica-se a Lei nº 5.698/71, com reajustamentos futuros na regra geral do sistema previdenciário, aos benefícios ainda em fase de aquisição quando de sua vigência.

VI - A orientação pretoriana é firme no sentido de garantir os efeitos das Leis nº 1.756/52, 4.297/63 ou 5.315/67, para aqueles que já haviam adquirido o direito ao benefício anteriormente à Lei nº 5.698/71.

VII - Como o benefício de aposentadoria por tempo de serviço de ex-combatente foi deferido em 1966, sob à égide da Lei nº 4.297/63, e o seu valor nem sequer chegou a 10 salários mínimos, resta inaplicável a Lei nº 5.698/71, tanto quanto à concessão como quanto aos reajustes do benefício e de seus dependentes. Precedentes do STJ.

VIII - Constatada a impossibilidade da revisão processada pela Autarquia, devem prevalecer os valores recebidos anteriormente à revisão ("in casu", R\$ 2.837,65, na competência 03/2009), em face dos fundamentos acima expostos, em especial a DIB do benefício.

(...)

XIII - Recurso improvido.

(TRF3, 8ª Turma, AMS nº 0003175-86.2009.4.03.6104, rel. Des. Fed. Marianina Galante, e-DJF3 17.07.2012)

Não é lícito, destarte, revisar a renda mensal da pensão por morte em comento na forma pretendida pelo INSS, na medida em que a aposentadoria do segurado ex-combatente foi deferida sob a égide de legislação que lhe garantia paridade com os rendimentos devidos ao pessoal da ativa.

Nessa senda, era mesmo de rigor a concessão da segurança, ainda que por fundamento diverso, porquanto ilegal a revisão instaurada sobre a pensão deferida à impetrante, razão pela qual se afigura de mister anular a revisão do benefício previdenciário em testilha e determinar à d. autoridade impetrada que se abstenha de efetuar descontos na benesse a título dessa revisão.

Ante o exposto, *dou parcial provimento ao agravo legal* interposto pelo INSS para reformar a decisão impugnada, afastada a decadência, e, em novo julgamento, nego provimento à remessa oficial e à apelação do INSS, mantida a procedência do pedido, por fundamento diverso, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Desembargador Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA - Relator

- Sobre a irretroatividade da Lei nº 5.698/71 no que tange aos critérios para concessão de aposentadoria de ex-combatente, veja também os seguintes julgados: AC 89.03.007427-O/SP, Relator Juiz Pedro Rotta, publicada na RTRF3R 6/55 e ApelReex 0003785-72.2010.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicada na RTRF3R 104/445.

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0006982-84.2009.4.03.6114

(2009.61.14.006982-7)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 175/180

Apelantes: GERALDO FERREIRA DE ARAUJO FILHO E INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO BERNARDO DO CAMPO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS

Classe do Processo: AC 1515886

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/11/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE. CONCESSÃO MANTIDA. ART. 436 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1 - Em relação à comprovação do requisito incapacidade, o laudo pericial (fls. 92/105), complementado às fls. 125/126, afirma que o autor é portador de coxartrose bilateral. Relata que houve agravamento do quadro (quesito 11 - fl. 96) e que há dor e impotência funcional em quadril esquerdo, com encurtamento do membro inferior esquerdo (fl. 95). Afirma, categoricamente, que o autor necessita de cirurgia no quadril, sem a qual, não há possibilidade de recuperação. Conclui que sua incapacidade laborativa é total e temporária, desde março de 2008, havendo a necessidade do referido tratamento cirúrgico (fl. 99).

2 - Na forma do art. 101 da Lei de Benefícios, nenhum segurado da Previdência Social está obrigado a submeter-se a ato cirúrgico, para superar causa incapacitante, sendo esta, mais uma razão e a principal delas, para que a incapacidade para o trabalho do autor seja considerada total e permanente.

3 - 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, 12 de novembro de 2012.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): Trata-se de Agravo previsto no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto pelo INSS em face da

Decisão (fls. 175/180) que, fundamentada em jurisprudência dominante no Colendo Superior Tribunal de Justiça e nesta Corte, conheceu da remessa oficial, e parcialmente de sua Apelação, deu parcial provimento à Apelação do Autor, concedendo a aposentadoria por invalidez e negando provimento ao Recurso do INSS e à Remessa Oficial.

Em suas razões, o agravante alega (fls. 183/184) que não há comprovação da incapacidade da autora de forma total e permanente, pois pode ser reabilitado mediante procedimento cirúrgico.

É o relatório.

Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS (Relator): Em que pesem as alegações do agravante, reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da Decisão monocrática alvo do presente Agravado.

Por oportuno, reproduzo parte da explanação contida na Decisão agravada:

Com respeito à incapacidade profissional, o laudo pericial (fls. 92/105), complementado às fls. 125/126, afirma que o autor é portador de coxartrose bilateral. Relata que houve agravamento do quadro (quesito 11 - fl. 96) e que há dor e impotência funcional em quadril esquerdo, com encurtamento do membro inferior esquerdo (fl. 95). Afirma, categoricamente, que o autor necessita de cirurgia no quadril, sem a qual, não há possibilidade de recuperação. Conclui que sua incapacidade laborativa é total e temporária, desde março de 2008, havendo a necessidade do referido tratamento cirúrgico (fl. 99).

Não prospera, assim, a alegação da autarquia de que o autor não possui incapacidade para o trabalho, vez que retornou ao trabalho, pois isto não significa, necessariamente, que recuperou sua capacidade laborativa, como quer demonstrar a autarquia; primeiro, porque tal alegação veio desacompanhada de qualquer prova sobre a recuperação da capacidade laboral da parte autora; segundo, porque, o perito judicial foi categórico ao afirmar a gravidade de sua patologia no quadril e a impossibilidade de recuperação, sem o procedimento cirúrgico, conforme transcrição abaixo, constante à fl. 125:

Com a gravidade da afecção que o autor está acometido, *não existe qualquer possibilidade médica* de ter recuperado, mesmo que temporariamente, sua capacidade laborativa, pois sem o procedimento cirúrgico, o mesmo não consegue deambular e, permanecer em ortostatismo. Se, por qualquer outro motivo (conforme avaliação das contribuições da fl. 118), o periciando teoricamente contribuiu por alguns meses, podemos afirmar com convicção que mesmo assim, mantinha sua INCAPACIDADE LABORATIVA.

Sendo assim, não há como acolher as alegações da parte ré, pois, conforme o relato acima, do perito judicial, o autor não consegue deambular, necessitando de cirurgia para sua recuperação. Observo que os períodos em que houve contribuição previdenciária, o desconto respectivo já consta do Dispositivo da r. Sentença (fl. 148), razão pela qual, deixo de conhecer a Apelação da autarquia, nesse ponto.

Em que pese o d. diagnóstico, constante do laudo pericial, que afirmou ser apenas temporária a incapacidade do autor para o trabalho, no presente caso, as circunstâncias que envolvem a parte autora e o relato do próprio perito judicial devem ser considerados, para se chegar a uma conclusão final acerca de sua enfermidade e, conseqüentemente, de sua capacidade laborativa ou não.

Verifico que o autor não possui idade adiantada (43 anos). Entretanto, seu nível social e cultural, com destaque para sua pouca instrução (Ensino Fundamental incompleto - fl. 92), tratando-se de pessoa que sempre laborou em serviços de natureza braçal, como balconista, os quais dependiam diretamente da realização de esforços físicos e do vigor dos seus músculos, uma vez que a profissão de balconista, notoriamente, exige longos períodos em pé e, ainda, carregar mercadorias de um lado a outro, pelo que, não se pode esperar que continue a se sacrificar em busca de seu sustento e de sua família, ou que, diante de tal quadro, venha a ser reabilitado para atividades outras, diversas daquelas de caráter braçal.

Assim, as condições sociais do autor, e, principalmente, seu quadro clínico, permitem concluir que seria difícil, e até injusto, exigir sua reinserção no mercado de trabalho, em outra atividade mais leve, sendo forçoso reconhecer, portanto, que sua incapacidade é total e permanente. Além disso, e como fundamento principal da presente decisão, o perito judicial foi categórico ao afirmar sobre a eventual possibilidade de recuperação da grave enfermidade no quadril do autor, que se daria *somente por meio de intervenção cirúrgica, sem a qual, não haverá possibilidade de recuperação*.

Assim, ressalto que, na forma do art. 101 da Lei de Benefícios, nenhum segurado da Previdência Social está obrigado a submeter-se a ato cirúrgico, para superar causa incapacitante, sendo esta, mais uma razão e a principal delas, para que a incapacidade para o trabalho do autor seja considerada total e permanente.

Desta sorte, comprovada a incapacidade total e permanente para o trabalho, a parte autora faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez.

Valho-me, *in casu*, do que preceitua o art. 436 do Código de Processo Civil, a saber:

Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Assim, considerando que os documentos acostados aos autos apontam para a existência de incapacidade laboral total e permanente, faz jus a parte Autora à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez.

Com tais considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao Agravo.

É como voto.

Desembargador Federal **FAUSTO DE SANCTIS** - Relator

- Sobre a impossibilidade de obrigar o segurado a submeter-se a tratamento cirúrgico para reversão de quadro incapacitante, veja também os seguintes julgados: AC 96.01.02315-1/MG, Relator Juiz José Henrique Guaracy Rebêlo, publicada na RTRF3R 63/72 e AC 95.04.45880-7/SC, Relatora Juíza Virgínia Scheibe, publicada na RTRF3R 63/531.

AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL

0008389-44.2011.4.03.6183

(2011.61.83.008389-2)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 121/125

Apelante: LUZIA RUFINA DA SILVA

Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: AC 1729954

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/11/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DO § 1º ART. 557 DO C.P.C. ATIVIDADE ESPECIAL. PROFISSIONAIS DE SAÚDE. AGENTES NOCIVOS PREVISTOS NOS DECRETOS 53.831/64 E 83.080/79. PRESUNÇÃO LEGAL DE ATIVIDADE INSALUBRE.

I - Pode ser, em tese, considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, independentemente da apresentação de laudo técnico, tendo em vista que somente com o advento da Lei 9.528 de 10.12.1997 deu-se eficácia ao Decreto nº 2.172 de 05.03.1997, que definiu quais os agentes prejudiciais à saúde a justificar a contagem diferenciada a que faz alusão a Lei 9.032/95.

II - A ausência do formulário de atividade especial DSS 8030 (antigo SB-40), resolve-se pelo contrato de trabalho, na função de atendente de enfermagem, anotado em CTPS.

III - No que se refere aos profissionais da saúde, mais especificamente, aos auxiliares de enfermagem e enfermeiros, os decretos previdenciários que cuidam da matéria expressamente reconhecem o direito à contagem diferenciada daqueles que trabalham de forma permanente em *serviços de assistência médica, odontológica, hospitalar e outras atividades afins* (g.n.), conforme se constata do código 1.3.2 do Decreto 53.831/64.

IV - O formalismo dirigido principalmente à seara previdenciária, quanto à apresentação de formulários específicos DSS8030 ou Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, não se aplica ao magistrado que, em ampla cognição, levando em conta todos os elementos dos autos, pode formar convicção sobre a justeza do pedido, principalmente em se tratando de categoria profissional, na qual há presunção legal de atividade insalubre, e se refira a período anterior ao advento da Lei 9.528/97 que passou a exigir a comprovação do agente nocivo por laudo técnico.

V - Agravo previsto no § 1º do art. 557 do C.P.C., interposto pelo INSS, improvido.

ACORDÃO

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 previsto no § 1º do art. 557 do C.P.C., interposto pelo INSS, nos termos do relatório

e voto, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 30 de outubro de 2012.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): Trata-se de agravo previsto no § 1º do art. 557 do C.P.C., interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face da decisão monocrática de fl. 121/125, que deu parcial provimento à apelação da parte autora para julgar parcialmente procedente o pedido e determinar a averbação de atividade especial nos períodos mencionados (fl. 125), totalizando 25 anos, 09 meses e 13 dias de tempo de serviço até 15.12.1998. Em consequência, condeno o réu a conceder-lhe o benefício de aposentadoria por tempo de serviço com renda mensal inicial de 70% do salário-de-benefício, fazendo jus às diferenças vencidas a contar de 03.05.2007, data do requerimento administrativo.

O agravante requer a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do presente recurso alegando, em síntese, que não basta a parte autora pertencer à área de saúde ou trabalhar nas dependências de hospital para que sua atividade seja reconhecida como insalubre. Sustenta que deve ser demonstrada por prova documental (laudo técnico, PPP, etc.) ou testemunhal a efetiva exposição aos agentes nocivos e prejudiciais à saúde. Dessa forma, a autora deixou de comprovar o fato constitutivo de seu direito.

É o relatório.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO (Relator): De início, cumpre destacar que pode ser, em tese, considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, independentemente da 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 prova técnica (grifei).

Somente com o advento da Lei 9.528 de 10.12.1997 deu-se eficácia ao Decreto nº 2.172 de 05.03.1997, que definiu quais os agentes prejudiciais à saúde a justificar a contagem diferenciada a que faz alusão a aludida Lei 9.032/95.

Assim, conforme consignado no *decisum* agravado, devem ser convertidos de atividade especial em comum os períodos em que a autora trabalhou como atendente de enfermagem, por exposição a agentes biológicos nocivos, conforme anotações em CTPS: de 02.10.1972 a 20.11.1973, laborado no Hospital e Maternidade Tamandaré S/A (fl. 27), de 24.07.1985 a 03.09.1985, no Hospital Fleming Ltda. (fl. 38), de 16.09.1985 a 11.05.1990, no Hospital Santa Paula S/A (fl. 41), de 18.10.1990 a 06.12.1991, na OSEC (fl. 48) e de 02.05.1992 a 31.05.1992, na Soc. Beneficente A Mão Branca de Amparo aos Idosos (fl. 49).

Restou destacado também que, no que se refere aos profissionais da saúde, mais especificamente, aos auxiliares de enfermagem e enfermeiros, os decretos previdenciários que cuidam da matéria expressamente reconhecem o direito à contagem diferenciada daqueles que trabalham de forma permanente em *serviços de assistência médica, odontológica, hospitalar e outras atividades afins* (g.n.), conforme se constata do código 1.3.2 do Decreto 53.831/64. Ou seja, até 10.12.1997, para tal categoria profissional, havia presunção legal do exercício de atividade especial.

Cabe ainda destacar que, o formalismo dirigido principalmente à seara previdenciária, quanto à apresentação de formulários específicos DSS8030 ou Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, não se aplica ao magistrado que, em ampla cognição, levando em conta todos os elementos dos autos, pode formar convicção sobre a justeza do pedido, principalmente em se tratando de categoria profissional, na qual há presunção legal de atividade insalubre, e se refira a período anterior ao advento da Lei 9.528/97 que passou a exigir a comprovação do agente nocivo por laudo técnico.

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo previsto no § 1º do art. 557 do C.P.C., interposto pelo INSS.*

É como voto.

Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0021729-53.2011.4.03.9999

(2011.03.99.021729-9)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 139/140v

Interessado: ANGELO APARECIDO MATIAS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CATANDUVA - SP

Relatora: JUÍZA FEDERAL CONVOCADA CARLA RISTER

Classe do Processo: ApelReex 1642443

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/11/2012

EMENTA

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. REQUISITOS COMPROVADOS. QUALIDADE DE SEGURADO. ART. 102 DA LEI Nº 8.213/91. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- Faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez quem for considerado incapaz de forma permanente para o trabalho e insuscetível de recuperação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência. É necessário, ainda, que a incapacidade seja concomitante a condição de segurado. A lesão ou doença que o segurado já era portador antes da filiação ao regime geral conferirá direito ao benefício apenas quando a incapacidade originar da progressão ou agravamento da lesão ou doença acometida.

- Soma-se aos pressupostos acima apontados a exigência de carência de 12 (doze) meses de contribuições mensais que será dispensada nos casos de doença profissional ou do trabalho, nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doenças e infecções especificadas em lista elaborada pelo Ministério da Saúde e da Previdência Social.

- No presente caso, o autor comprovou sua vinculação com a previdência por mais de 12 meses e, portanto, o cumprimento da carência exigida, conforme carta de concessão / memória de cálculo (fls. 13).

- A manutenção da qualidade de segurado também se fez presente, pois se observa do conjunto probatório que o autor somente deixou de trabalhar em razão da patologia. Com efeito, não perde a qualidade de segurado aquele que deixou de contribuir à previdência em decorrência da enfermidade, conforme se observa do § 1º, do artigo 102 da Lei nº 8.213/91.

- No tocante à presença de moléstia incapacitante, verifica-se do laudo pericial (fls. 68/74 e 89/90) que o autor apresenta seqüela de poliomielite e síndrome pós-polio-mielite, com incapacidade total e permanente para o trabalho. Assim, observa-se a impossibilidade de sua reabilitação, encontrando-se presentes os requisitos autorizadores da aposentadoria por invalidez a ser mantida a fixação da DIB na data da produção do laudo.

- Agravo legal improvido.

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

São Paulo, 12 de novembro de 2012.

Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER (Relatora): Trata-se de agravo legal interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra decisão monocrática que, nos termos do artigo 557, do Código de Processo Civil, negou seguimento à apelação da Autarquia, ao recurso adesivo é à remessa oficial e manteve a r. sentença que julgou procedente o pedido do autor, determinando a implantação do benefício de aposentadoria pleiteado desde a confecção do laudo pericial.

Em sede deste agravo legal, o agravante alega, em síntese, que a parte autora não mais detinha a qualidade quando contraiu a doença incapacitante pelo que não faz jus à aposentadoria conferida. Pedes, assim, a reconsideração da r. decisão ou sua submissão ao colegiado.

É o relatório.

Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER (Relatora): Não assiste razão ao agravante.

Com efeito, o benefício de aposentadoria por invalidez tem previsão no artigo 42 e seguintes, da Lei nº 8.213/91, *verbis*:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

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

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Art. 43. A aposentadoria por invalidez será devida a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio-doença, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo.

§ 1º Concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida: (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

a) ao segurado empregado, a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade ou a partir da entrada do requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrerem mais de trinta dias; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

b) ao segurado empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimen-

to, se entre essas datas decorrerem mais de trinta dias. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99).

§ 2º Durante os primeiros quinze dias de afastamento da atividade por motivo de invalidez, caberá à empresa pagar ao segurado empregado o salário. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

Assim, faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez quem for considerado incapaz de forma permanente para o trabalho e insuscetível de recuperação para o exercício da atividade que lhe garanta a subsistência. É necessário, ainda, que a incapacidade seja concomitante a condição de segurado. A lesão ou doença que o segurado já era portador antes da filiação ao regime geral conferirá direito ao benefício apenas quando a incapacidade originar da progressão ou agravamento da lesão ou doença acometida.

Soma-se aos pressupostos acima apontados a exigência de carência de 12 (doze) meses de contribuições mensais que será dispensada nos casos de doença profissional ou do trabalho, nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doenças e infecções especificadas em lista elaborada pelo Ministério da Saúde e da Previdência Social. Por fim, a carência é dispensada, ainda, aos segurados especiais, bastando apenas, nesta hipótese, a comprovação do exercício da atividade rural no período anterior ao requerimento do benefício pelo número de meses correspondentes à carência.

No presente caso, o autor comprovou sua vinculação com a previdência por mais de 12 meses e, portanto, o cumprimento da carência exigida, conforme carta de concessão/memória de cálculo (fls. 13).

A manutenção da qualidade de segurado também se fez presente, pois se observa do conjunto probatório que o autor somente deixou de trabalhar em razão da patologia. Com efeito, não perde a qualidade de segurado aquele que deixou de contribuir à previdência em decorrência da enfermidade, conforme se observa do § 1º, do artigo 102 da Lei nº 8.213/91:

Art. 102. § 1º. A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.

Neste sentido, é pacífico o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO NÃO CONFIGURADA.

1. Os Embargos de Declaração somente devem ser acolhidos se presentes os requisitos indicados no art. 535 do CPC (omissão, contradição ou obscuridade), não sendo admitidos para a rediscussão da questão controvertida.

2. *O Trabalhador não perde a qualidade de segurado por deixar de contribuir por período igual ou superior a 12 meses, se em decorrência de incapacidade juridicamente comprovada. Precedentes do STJ.*

3. Recurso Especial parcialmente provido, mas para retornar o feito à origem e ali ser decidido como de justiça.

(STJ, REsp. nº 956.673/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 30.08.2007, v.u., DJ 17.09.2007)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA

POR INVALIDEZ. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. EXTINÇÃO DO DIREITO. INOCORRÊNCIA.

1. “O segurado, que deixa de contribuir por período superior a 12 meses para a Previdência Social, perde a sua condição de segurado. *No entanto, para efeito de concessão de aposentadoria por invalidez, desde que preenchidos todos os requisitos legais, faz jus ao benefício, por força do artigo 102 da Lei 8.213/91. Precedentes.*”

(REsp nº 233.725/PE, da minha Relatoria, in DJ 5/6/2000).

2. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp. nº 543.901/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. 04.04.2006, v.u., DJ 08.05.2006)

No tocante à presença de moléstia incapacitante, verifica-se do laudo pericial (fls. 68/74 e 89/90) que o autor apresenta seqüela de poliomielite e síndrome pós-poliomielite, com incapacidade total e permanente para o trabalho.

Assim, observa-se a impossibilidade de sua reabilitação, encontrando-se presentes os requisitos autorizadores da aposentadoria por invalidez.

A respeito do tema, cito os acórdãos:

PREVIDENCIÁRIO - CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - APELAÇÕES DAS PARTES - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS - MARCO INICIAL - VALOR DO BENEFÍCIO - CONECTIVOS LEGAIS - ISENÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - DESCONTO DE VALORES PAGOS ADMINISTRATIVAMENTE - APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA - APELAÇÃO DO INSS PREJUDICADA.

- Restando demonstrado nos autos que, na época do pedido a parte autora mantinha a qualidade de segurada e estava incapacitada para o trabalho de forma total e permanente, devido o benefício de aposentadoria por invalidez.

- (...)

- Apelação provida.

- Sentença reformada.

- Apelação do INSS prejudicada.

(TRF 3ª Reg., AC nº 2002.03.99.011795-4/SP, Rel. Desemb Fed. Eva Regina, Sétima Turma, j. 28.01.2008, v. u., DJU 21.02.2008)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA O LABOR. CARÊNCIA. QUALIDADE DE SEGURADO. REQUISITOS PREENCHIDOS. PROCEDÊNCIA. TERMO INICIAL. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I. Remessa oficial conhecida, em observância ao disposto no § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil.

II. Comprovado através de perícia médica que a parte autora estava incapacitada de forma total e permanente para qualquer atividade laboral, evidencia-se que sua incapacidade era absoluta, o que gera o direito à aposentadoria por invalidez, uma vez implementados os requisitos legais necessários.

(...)

IX. Remessa oficial e apelação do INSS parcialmente providas.

(TRF 3ª Reg., AC nº 2002.61.83.004098-3/SP, Rel. Desemb Fed. Walter do Amaral, Sétima Turma, j. 29.03.2010, v. u., DJU 14.04.2010)

Diante do exposto, nego provimento ao agravo legal.

Juíza Federal Convocada CARLA ABRANTKOSKI RISTER - Relatora

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA

0009090-90.2012.4.03.0000

(2012.03.00.009090-6)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 130/144-v

Ré: TEREZINHA FORMAGIO MOSSO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS

Classe do Processo: AR 8644

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/11/2012

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO PROFERIDA NOS TERMOS DO ART. 285-A DO CPC. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AÇÃO RESCISÓRIA COM FUNDAMENTO EM VIOLAÇÃO DE LEI. COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. EXTENSÃO DA QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL DO MARIDO QUE PASSOU A EXERCER ATIVIDADE RURAL. PROPÓSITO DE REEXAME DA LIDE ORIGINÁRIA.

. O acórdão rescindendo, analisando e descrevendo as provas colhidas, concluiu que o labor rural desenvolvido pela autora ficou sobejamente comprovado, não restando descaracterizada a mesma após posterior início de trabalho urbano pelo marido.

. A livre convicção do magistrado poderia conduzir a resultado diverso no âmbito dos recursos ordinários, porém, o inquestionável propósito de reexame da causa é inadmissível na via excepcional da ação rescisória.

. Aplicação do disposto no art. 285-A do CPC, por ser medida que busca atender ao postulado constitucional da celeridade e racionalidade na prestação jurisdicional, pois não há sentido em se procrastinar o resultado de demanda que se sabe, a todas as luzes, fadada ao insucesso, sendo consagrada na doutrina e na jurisprudência que a ação rescisória, não sendo um recurso, não se presta ao reexame da causa.

. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 25 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO

SOCIAL - INSS em face de decisão proferida nos termos do art. 285-A do CPC, julgando improcedente pedido de rescisão de julgado que acolheu pedido de aposentadoria por idade de trabalhadora rural.

A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos:

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 0009090-90.2012.4.03.0000/SP
2012.03.00.009090-6/SP

RELATORA: Desembargadora Federal MARISA SANTOS

AUTOR: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO: FRANCISCO DE ASSIS GAMA e HERMES ARRAIS ALENCAR

RÉU: TEREZINHA FORMAGIO MOSSO

No. ORIG.: 00121712820094039999 Vr SAO PAULO/SP

DECISÃO

A Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

Trata-se de ação rescisória de julgado proferido nesta Corte, cuja ementa está vazada nos seguintes termos:

“AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0012171-28.2009.4.03.9999/SP
2009.03.99.012171-0/SP

RELATORA: Desembargadora Federal DIVA MALERBI

APELANTE: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

ADVOGADO: EVANDRO MORAES ADAS e HERMES ARRAIS ALENCAR

APELADO: TEREZINHA FORMAGIO MOSSO

ADVOGADO: EVELISE SIMONE DE MELO

AGRAVADA: DECISÃO DE FOLHAS

No. ORIG.: 08.00.00077-8 1 Vr AGUAS DE LINDOIA/SP

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO C. STJ E DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- 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.

- Ademais, a decisão recorrida apreciou o conjunto probatório dos autos, sopesando as provas segundo o princípio do livre convencimento motivado, tendo concluído que, ao completar a idade mínima exigida, a parte autora implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício, em virtude do exercício de atividade rural em número de meses superior ao que seria exigível.

- 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 Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em negar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. São Paulo, 27 de abril de 2010.

DIVA MALERBI

Desembargadora Federal Relatora” (fls. 123/124)

Os fundamentos do julgado:

“A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido 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 dos Tribunais Superiores.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se suadeaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso, *in verbis*:

‘Vistos.

Trata-se de apelação interposta em face da sentença que julgou procedente o pedido de concessão de aposentadoria por idade rurícola.

O juízo *a quo* julgou procedente a ação para o fim de condenar o INSS a conceder o benefício de aposentadoria rural por idade à autora no valor correspondente a 1 (um) salário mínimo vigente à época do pagamento, com o início do pagamento a partir do ajuizamento da ação, fazendo jus ao 13º salário, sendo que o valor devido será corrigido por juros de mora de 1% ao mês, desde a citação e correção monetária, desde o ajuizamento da ação. A autora faz jus ao décimo terceiro salário. Diante da sucumbência, condenou o réu ao pagamento dos honorários advocatícios que fixou em 10% sobre o valor atualizado das prestações vencidas, que serão pagas de uma só vez.

Em suas razões recursais, o INSS sustenta a ausência de prova material da atividade rural e do cumprimento do período de carência. Pleiteia, ainda, que seja altera a data de início do benefício para a data da citação e a verba honorária reduzida para 5% das prestações vencidas até a data da sentença. Por fim, prequestiona a matéria para fins recursais e requer a reforma integral da r. sentença.

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

É o relatório.

Decido.

Cabível na espécie o artigo 557 do Código de Processo Civil.

A concessão de aposentadoria por idade rural depende do preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 48 e 143 da Lei nº 8.213/91, ou seja, o implemento da idade - 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, - e a comprovação do tempo de atividade rural em número de meses idêntico à carência do referido benefício.

Nos termos da Súmula nº 149 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não basta a prova exclusivamente testemunhal para a comprovação da atividade rurícola, com o fim de obtenção de benefício previdenciário. É necessária a existência de um início razoável de prova material, que não significa prova exauriente, mas apenas seu começo.

No caso em exame, a parte autora completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade em 15 de setembro de 2006 (fls. 12/12-vº), devendo assim, comprovar 150 meses de atividade rural, nos termos dos arts. 142 e 143 da Lei nº 8.213/91, para obtenção do benefício.

No que diz respeito ao exercício da atividade rural, o conjunto probatório revela razoável início de prova material, tendo em vista a seguinte documentação: Certidão de casamento, tendo sido contraído em 21.10.1972, onde consta a profissão do marido como lavrador (fls. 13); certificados de cadastro do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, em nome do sogro da autora, emitidos em: 30.11.1990, 18.10.1991, 21.10.1992, 29.10.1993, 08.04.1995, 02.01.1996, 21.10.1996 (fls. 14/16); Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR, em nome do sogro da autora, emitido em 09/06/1999 referente aos anos de 1988/1999 e emitido em 30/12/2002 referente aos anos de 2000/2001/2002 (fls. 17/18); traslado de escritura de cessão de direitos hereditários, onde consta a profissão do marido como lavrador, emitida em 22.11.2002 (fls. 19); nota fiscal de produtor rural, em nome do marido da autora, datados em: 31.07.1989, 19.04.1991, 31.05.1991, 30.10.1994, 24.08.1998, 05.10.1998, 03.04.1999 e 08.11.1999 (fls. 20/27) e Cédula Rural Pignoratícia emitida em 05.09.1985, em nome do marido da autora (fls. 28). A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, diante da dificuldade do rurícola na obtenção de prova escrita do exercício de sua profissão,

o rol de documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, inscrito no art. 106, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissíveis outros documentos além dos previstos no mencionado dispositivo, inclusive que estejam em nome de membros do grupo familiar ou ex-patrão. Neste sentido os acórdãos assim ementados:

“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. ART. 106 DA LEI Nº 8.213/91. ROL DE DOCUMENTOS EXEMPLIFICATIVO. EXISTÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL E DE PROVA TESTEMUNHAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. O rol de documentos descrito no art. 106 da Lei nº 8.213/91 é meramente exemplificativo, e não taxativo, podendo ser aceitos como início de prova material outros documentos que corroborem a prova testemunhal da atividade rurícola alegada, como ocorre na hipótese.

2. Na ausência de fundamento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental desprovido.”

(STJ, Ag no RESP nº 855.117/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 29.11.2007, v.u., DJ 17.12.2007)

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. RURÍCOLA. PROVA MATERIAL. DOCUMENTO NOVO PREEXISTENTE À PROPOSITURA DA AÇÃO ORIGINÁRIA. ART. 485, VII, DO CPC. ADOÇÃO DA SOLUÇÃO *PRO MISERO*.

1. Está consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, considerada a condição desigual experimentada pelo trabalhador volante ou bóia-fria nas atividades rurais, é de se adotar a solução *pro misero* para reconhecer como razoável prova material o documento novo, ainda que preexistente à propositura da ação originária.

2. As certidões de nascimento dos filhos da autora revelam que seu marido era lavrador, constituindo razoável prova material da atividade rurícola.

3. De registrar que não se exige comprovação escrita de todo o tempo que se quer provar, servindo a documentação inicial para caracterizar o direito da autora, admitindo-se que a prova testemunhal delimite o período de carência, ainda que com maior amplitude.

4. Ação rescisória procedente.”

(STJ, AR nº 3005/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, 3ª S., j. 26.09.2007, v.u., DJ 25.10.2007)

“RECURSO ESPECIAL E PREVIDENCIÁRIO. RURÍCOLA. APOSENTADORIA. PROVA. PROFISSÃO DE LAVRADOR NO REGISTRO DE CASAMENTO. EXTENSÃO À ESPOSA. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I - O acórdão recorrido diverge do entendimento pacificado pelo Tribunal, no sentido de que a qualificação profissional do marido, como rurícola, se estende à esposa, quando alicerçada em atos do registro civil, para efeitos de início de prova documental, complementado por testemunhas.

II - Agravo interno desprovido.”

(STJ, Ag no RESP nº 903.422/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 24.04.2007, v.u., DJ 11.06.2007)

“AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. CERTIDÃO DE CASAMENTO. ERRO DE FATO. SOLUÇÃO *PRO MISERO*. PEDIDO PROCEDENTE.

1. A certidão de casamento, que atesta a condição de lavrador do cônjuge da segurada, constitui início razoável de prova documental, para fins de comprovação de tempo de serviço. Precedentes.

2. A 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça tem considerado como erro de fato, a autorizar a procedência da ação rescisória com fundamento no artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil, o erro na valoração da prova, consistente na desconsideração da prova constante nos autos, dadas as condições desiguais vivenciadas pelo trabalhador rural e adotando-se a solução *pro misero*.

3. Pedido procedente.”

(STJ, AR nº 919/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 3ª S., j. 22.11.2006, v.u., DJ 05.03.2007)
 “PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. RURÍCOLA. APOSENTADORIA POR IDADE. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL DESPREZADA NA AÇÃO ORIGINÁRIA. CERTIDÃO DE CASAMENTO E ESCRITURA DE IMÓVEL RURAL EM NOME DA AUTORA. SOLUÇÃO *PRO MISERO*.

- Nos termos do art. 485, inciso IX, do CPC, é possível a rescisão de um julgado, quando: ‘seja razoável presumir que, se houvesse atentado na prova, o juiz não teria julgado no sentido em que julgou.’ (MOREIRA, José Carlos Barbosa, Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2.002, e. 10ª, p. 152)

- Consoante entendimento exarado pela Terceira Seção do STJ, a certidão de casamento em que consta a qualificação de lavrador do marido é documento hábil a conferir a qualidade de rurícola da autora, sendo-lhe devido o benefício pleiteado.

- Ação rescisória julgada procedente, para rescindir o acórdão atacado, restabelecendo as decisões proferidas nas instâncias *a quo*.”

(STJ, AR nº 695/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 3ª S., j. 08.02.2006, v.u., DJ 07.08.2006)
 “PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RURÍCOLA. APOSENTADORIA POR IDADE. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. VERBETE SUMULAR 149/STJ. CARÊNCIA. ART. 143 DA LEI 8.213/91. COMPROVAÇÃO. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. ART. 219 DO CPC. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

I. O reconhecimento de tempo de serviço rurícola, para efeito de aposentadoria por idade, é tema pacificado pela Súmula 149 desta Egrégia Corte, no sentido de que a prova testemunhal deve estar apoiada em um início razoável de prova material. O início de prova não se exaure somente com o documento arrolado no art. 106 da Lei 8.213/91.

II. Consoante dispõe o artigo 143 da Lei 8.213/91, o trabalhador rural enquadrado como segurado obrigatório, na forma do artigo 11, VII da Lei em comento, pode requerer a aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, o que restou comprovado pela Autora.

III. Erro material retificado explicitando que, o termo inicial do benefício por idade deve ser fixado a partir da citação, a teor do artigo 219 do Código de Processo Civil.

IV. Agravo interno parcialmente provido.”

(STJ, AgRg no Resp nº 847.712/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 03.10.2006, v.u., DJ 30.10.2006)

“PREVIDENCIÁRIO. RURÍCOLA. AGRAVO REGIMENTAL. INÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL. VALORAÇÃO DA PROVA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 07 DA SÚMULA DO EG. STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A eg. Terceira Seção desta Corte, pelas Turmas que a compõem, firmaram orientação no sentido que, em face das dificuldades encontradas pelo trabalhador rural em comprovar o tempo laborado, por força das adversidades inerentes ao meio campestre, verificar as provas colacionadas aos autos, com o fito de confirmar a atividade rural alegada, não se trata de reexame de prova, que encontra óbice no enunciado nº 07 da Súmula desta Casa; mas, sim, de lhe atribuir nova valoração, podendo resultar em conclusão jurídica diversa.

2. A parte autora colacionou os seguintes documentos: certidão de casamento, dando conta da profissão de lavrador de seu marido e da sua, de ‘prendas domésticas’ (fl. 28); e certidão de nascimento de seus filhos, na qual consta a sua profissão, e a de seu marido, de lavrador (fls. 29/30), os quais, segundo posicionamento consolidado por esta Corte, constituem razoável início de prova material.

3. A prova testemunhal produzida nos autos é harmônica no sentido de que a parte autora exerceu atividade rural.

4. Agravo regimental improvido.”

(STJ, Ag no Ag nº 695.925/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª T., j. 16.02.2006, v.u., DJ 13.03.2006)

“RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. VALORAÇÃO DA PROVA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. EXISTÊNCIA.

...

3. As anotações em certidões de registro civil, a declaração para fins de inscrição de produtor rural, a nota fiscal de produtor rural, as guias de recolhimento de contribuição sindical e o contrato individual de trabalho em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, todos contemporâneos à época dos fatos alegados, se inserem no conceito de início razoável de prova material.

4. Recurso conhecido e improvido.”

(STJ, RESP nº 280.402/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 26.03.2001, v.u., DJ 10.09.2001)

No mesmo sentido: Resp nº 980.065/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., j. 20.11.2007, v.u., DJ 17.12.2007; AgRg no Resp nº 944.714/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 25.10.2007, v.u., DJ 26.11.2007; AR nº 2.520/CE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 3ª S., j. 26.09.2007, v.u., DJ 22.11.2007; AgRg no Resp nº 885.883/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª T., j. 15.05.2007, v.u., DJ 25.06.2007; Resp nº 436.592/CE, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª T., j. 26.04.2007, v.u., DJ 24.09.2007; AR nº 3.347/CE, Rel. Min. Felix Fischer, 3ª S., j. 28.03.2007, v.u., DJ 25.06.2007; AR 812/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 3ª S., j. 28.06.2006, v.u., DJ 28.08.2006; Resp nº 584.543, Rel. Min. Gilson Dipp, d. 13.11.2003, DJ 21.11.2003; REsp 252.055/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª T., j. 08.06.2000, DJ 01.08.2000.

Consoante a prova oral, as testemunhas inquiridas, mediante depoimento colhido em audiência, deixam claro o exercício da atividade rural da parte autora por tempo suficiente para a obtenção do benefício (fls. 62-vº/63-vº).

Destarte, ao completar a idade mínima exigida, a parte autora implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício, em virtude do exercício de atividade rural em número de meses superior ao que seria exigível (Lei nº 8.213/91, arts. 26, III, 142 e 143).

Cabe ressaltar que nem sempre a prova do exercício de atividade rural refere-se ao período imediatamente anterior ao requerimento de aposentadoria por idade. Nada impede o segurado de exercer o direito em momento posterior ao preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício, prevalecendo, nesse caso, o direito adquirido.

Ademais, o eventual fato de a parte autora haver parado de trabalhar antes de completar a idade não é óbice à percepção da pretendida aposentadoria, uma vez que não é necessário o preenchimento simultâneo dos requisitos legais. Mesmo a perda da qualidade de segurado não mais possui relevância para a concessão do benefício pleiteado, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.666, de 08.05.2003. Nesse sentido o acórdão, *in verbis*:

“AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. REQUISITO ETÁRIO POSTERIOR. IMPLEMENTAÇÃO SIMULTÂNEA. PRESCINDIBILIDADE. PROVIMENTO NEGADO.

1. O segurado logrou êxito em demonstrar o cumprimento de todos os requisitos necessários para a percepção da aposentadoria por idade - carência, idade mínima e condição de segurado.

2. Faz-se desnecessária que a implementação destes requisitos ocorra simultaneamente. Tem direito ao benefício o obreiro que ao atingir a idade mínima para a concessão não possui mais a condição de segurado.

3. Decisão monocrática confirmada, agravo regimental a que se nega provimento.”

(STJ, AgREsp nº 515.114, Sexta Turma, Rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, j. 06.09.2005, DJU, 26.9.2005, p. 473)

Tratando-se de aposentadoria por idade rurícola, inexigível, ainda, o período de carência de contribuições, ex vi do artigo 26, III, c/c o artigo 143 da Lei nº 8.213/91, consoante jurisprudência pacífica do C. Superior Tribunal de Justiça (v.g. AgRg no Resp nº 700.298, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 15.09.2005, DJ 17.10.2005; Resp nº 614.294, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28.04.2004, DJ 07.06.2004; AgRg no Resp nº 504.131, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21.08.2003, DJ 29.09.2003; Resp nº 354.596, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 21.02.2002, DJ 15.04.2002).

Assim, presentes os requisitos legais, há que se possibilitar à parte autora a percepção de aposentadoria por idade, no valor de um salário-mínimo, na forma do art. 143 da Lei nº 8.213/91. O termo inicial do benefício, na ausência de requerimento administrativo, deve ser considerado a partir da data da citação (05.09.2008 - fls. 36), momento em que a autarquia restou constituída em mora, consoante o artigo 219 do Código de Processo Civil (*v.g.* STJ, REsp 960674, Rel. Min. Gilson Dipp, d. 18.06.2007, DJ 26.06.2007; TRF3 - AC 2006.03.99.034324-8, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, 8ª Turma, j.06.08.2007, *v.u.*, DJ 22.08.2007).

A correção monetária das prestações pagas em atraso deve obedecer aos critérios dos verbetes da Súmula nº 08, desta Corte e nº 148 do Superior Tribunal de Justiça, combinadas com o artigo 454 do Provimento nº 64, da E. Corregedoria Geral da Justiça Federal, a contar da data de cada vencimento.

Os juros de mora incidem a razão de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do artigo 406 do Código Civil c/c artigo 161 do Código Tributário Nacional, contados 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.

No que se refere à verba honorária, de acordo com o entendimento desta Turma, esta deve ser mantida em 10% (dez por cento) sobre a condenação, entendida como o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça e consoante o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. 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 da justiça gratuita deferida (fls. 32).

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A do Código de Processo Civil, DOU PARCIAL PROVIMENTO à apelação do INSS, no que tange a data do início do benefício para a data da citação, nos termos acima consignados.

Independentemente do trânsito em julgado, determino, com fundamento no art. 461 do Código de Processo Civil, a expedição de ofício ao INSS, instruído com documentos da seguradora TEREZINHA FORMAGIO MOSSO, para que cumpra a obrigação de fazer consistente na imediata implantação do benefício de aposentadoria por idade, com data de início - DIB 05.09.2008 (data da citação - fls. 36), e renda mensal inicial - RMI de 1 (um) salário mínimo. Decorrido o prazo legal, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

No mesmo sentido da decisão ora impugnada, o entendimento da E. Terceira Seção e desta Colenda Décima Turma, consoante os seguintes acórdãos:

‘PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. EMBARGOS INFRINGENTES DA PARTE AUTORA. VOTO VENCIDO NÃO DECLARADO. PERCEPTIBILIDADE DA DIVERGÊNCIA. CABIMENTO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS CONSISTENTES. PROVIMENTO.

- Perceptíveis o alcance e sentido da divergência, cabíveis os embargos, a despeito da inocorrência de declaração do voto vencido.

- O deferimento de aposentadoria por idade ao autor (autônomo), desvendado em consulta ao CNIS, é fato superveniente, sem repercussão neste feito: nada obsta que o autor busque, em juízo, outra espécie de prestação, desde que, a futuro, se atente à vedação de percepção conjunta, tocando, ao segurando, optar pela benesse mais vantajosa, inclusive sob o prisma de eventuais atrasados.

- Satisfação das premissas à aposentadoria por idade rural: implemento do requisito etário, agregado à presença de início de prova material, corroborado por depoimentos testemunhais consistentes.

- A inscrição do autor como autônomo, e o recolhimento de contribuições, à guisa de trabalhador urbano, não impedem o acolhimento da pretensão: os dados do CNIS têm presunção relativa de veracidade, devendo preponderar os elementos probantes colhidos em juízo, sendo

natural ao homem do campo interpolar atividades agrícolas com afazeres urbanos, mormente, braçais.

- Embargos infringentes providos.'

(EI 2006.03.99.004979-6, Rel. Des. Fed. Anna Maria Pimentel, Terceira Seção, j. 22/01/2009, DJF3 CJ2 18/02/2009)

'PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL.

I - A atividade rurícola resulta comprovada, se a autora apresentar início de prova material da atividade rural, corroborada por prova testemunhal.

II - O fato de não ter o início de prova material abrangido o número de meses idêntico à carência no período imediatamente anterior ao requerimento não afasta o direito da autora ao benefício de aposentadoria rural por idade.

III - Embargos Infringentes a que se dá provimento.'

(TRF 3ª Região, EI 2005.03.99.048453-8, Terceira Seção, j. 26/03/2009, DJF3 CJ2 22/04/2009)

'CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. ART. 202, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO AUTO-APLICABILIDADE. LEI Nº 8.213/91. INCIDÊNCIA. PROVA PLENA. CTPS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR. QUALIDADE DE SEGURADO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PREENCHIMENTO SIMULTÂNEO DOS REQUISITOS LEGAIS. DESNECESSIDADE. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS.

(...)

3 - Goza de presunção legal e veracidade *juris tantum* a atividade rurícola devidamente registrada em carteira de trabalho, e prevalece se provas em contrário não são apresentadas, constituindo-se prova plena do efetivo labor rural.

4 - A qualificação de lavrador do marido da autora constante dos atos de registro civil é extensiva a ela, dada a realidade e as condições em que são exercidas as atividades no campo, conforme entendimento consagrado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

5 - A prova testemunhal acrescida de prova material, é meio hábil à comprovação da atividade rurícola. Precedentes do C. STJ e deste Tribunal.

6 - Preenchido o requisito da idade e comprovado o efetivo exercício da atividade rural, é de se conceder o benefício de aposentadoria por idade.

7 - Descabida a exigência do exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício àquele que sempre desempenhou o labor rural.

8 - Não é necessário o preenchimento simultâneo dos respectivos requisitos legais para a concessão do benefício de aposentadoria por idade. Interpretação finalística da Lei de Benefícios. Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça reforçado pela disposição contida no art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.666/03.

9 - A Lei nº 8.213/91, no art. 48, § 2º, deu tratamento diferenciado ao rurícola dispensando-o do período de carência, bastando comprovar, tão-somente, o exercício da atividade rural.

10 - A perda da qualidade de segurado não é mais considerada, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, para a concessão do benefício pleiteado.

11 - A ausência de recolhimento de contribuições previdenciárias não cria óbices à concessão da aposentadoria por idade do trabalhador rural.

(...)

17 - Apelação provida. Tutela específica concedida.'

(TRF 3ª Reg, AC 2006.03.99.031842-4, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, Nona Turma, j. 19/03/2007, DJU 10/05/2007)

'PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL COMPLEMENTADA

POR PROVA TESTEMUNHAL. POSTERIOR EXERCÍCIO DE ATIVIDADE URBANA POR PARTE DO MARIDO NÃO DESCARACTERIZA QUALIDADE DE SEGURADA ESPECIAL DA AUTORA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Conhecidas as adversidades do trabalho no campo e a dificuldade de obter prova escrita do exercício da atividade rural, o STJ possui uma firme linha de precedentes adotando a solução “pro misero”, no sentido de que a exigência legal para a comprovação da atividade laborativa do rurícola resulta num mínimo de prova material, ainda que constituída por dados do registro civil, como em certidão de casamento, aproveitando e estendendo a qualificação profissional de rurícola do cônjuge.

2. Não há que se falar em descaracterização da qualidade de segurada especial da autora em virtude do exercício de atividade de natureza urbana por parte do marido. Em primeiro, porque pode a autora ter continuado a exercer a atividade rural, ainda que de forma descontínua, conforme autorização legal e, em segundo, porque a informação contida no documento foi corroborada pelas testemunhas, em depoimentos coerentes e uniformes.

3. Idade mínima exigida comprovada documentalmente.

4. Não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam a conclusão que adotou a decisão agravada.

5. Agravo inominado a que se nega provimento.’

(AC nº 2009.03.99.016673-O, Rel. J. Convocada Giselle França, 10ª T., j. 15.09.2009, DJF3 CJ1 30.09.2009)

Confira-se ainda os precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

‘PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. COMPROVAÇÃO DE SEUS REQUISITOS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. OCORRÊNCIA. CERTIDÃO DE CASAMENTO. MARIDO AGRICULTOR. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou sua jurisprudência no sentido de que, existindo início de prova material a corroborar os depoimentos testemunhais, não há como deixar de reconhecer o direito da parte autora à concessão da aposentadoria por idade de trabalhador rural.

2. A certidão de casamento na qual consta a profissão de agricultor do marido constitui razoável início de prova material a corroborar os depoimentos testemunhais, não havendo como deixar de reconhecer o direito da parte autora à concessão da aposentadoria por idade.

3. Agravo regimental conhecido e improvido.’

(STJ, AgRg no REsp 852617/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 02/09/2008, DJe 28/10/2008)

‘PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM BASE NAS ALÍNEAS A E C DO ART. 105, III DA CF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. RECURSO CONHECIDO SOMENTE PELA ALÍNEA A DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA RURAL. REQUISITOS ETÁRIOS E CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO SIMULTÂNEA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADA QUANDO DO IMPLEMENTO DA IDADE.

...

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o trabalho urbano exercido pelo cônjuge não descaracteriza a condição de segurada especial da autora, desde que não seja suficiente para a manutenção do núcleo familiar.

4. Além disso, restando comprovado o trabalho da autora na agricultura pelo período de carência, não perde o direito à aposentadoria se quando do implemento da idade já havia perdido a condição de segurada.

...

8. Recurso Especial conhecido em parte pela alínea a do art. 105, III, da CF e, nessa extensão provido.’

(REsp 969473/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ªT., j. em 13.12.2007, DJ 07.02.2008)
'PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. SEGURADA ESPECIAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR CARACTERIZADO.

- Em que pese o cônjuge da autora perceber aposentadoria urbana como motorista desde 1979, daí em diante, ele passou a exercer atividade agrícola em regime de economia familiar a teor do disposto nos documentos referentes ao INCRA, ITR e notas fiscais de venda de mercadoria agrícola, tudo adicionado ao fato de que, em todos estes documentos, restou consignada a sua profissão como sendo de lavrador. Dessa forma, não há falar em descaracterização da qualidade de trabalhadora rural da autora em regime de economia familiar.

- Somente estaria descaracterizado o regime de economia familiar se a renda obtida com a outra atividade fosse suficiente para a manutenção da família, de modo a tornar dispensável a atividade agrícola.

- Recurso do INSS improvido.'

(AgRg no REsp 691391/PR, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 5ªT., j. 24.05.2005, DJ 13.06.2005)

'PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. SEGURADA ESPECIAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR.

- Sendo o labor rural indispensável à própria subsistência da autora, conforme afirmado pelo Tribunal de origem, o fato do seu marido ser empregado urbano não lhe retira a condição de segurada especial.

- Recurso especial desprovido.'

(REsp 587296/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 18.11.2004, DJ 13.12.2004)

'PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCIDÊNCIA. PARCELAS VENCIDAS ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA.

1. Não descaracteriza o regime de economia familiar o fato de o marido da segurada receber aposentadoria urbana.

2. ...

3. Recurso especial conhecido pela divergência jurisprudencial e, nesta parte provido.'

(REsp 381100/SC, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª T., j. 25.06.2004, DJ 26.09.2005)

Ademais, a decisão recorrida apreciou o conjunto probatório dos autos, sopesando as provas segundo o princípio do livre convencimento motivado, tendo concluído que, ao completar a idade mínima exigida, a parte autora implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício, em virtude do exercício de atividade rural em número de meses superior ao que seria exigível (Lei nº 8.213/91, arts. 26, III, 142 e 143).

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.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo, mantendo a decisão recorrida.

É como voto." (fls. 116/122-v.)

A autarquia sustenta que o julgado incidiu em violação à literal disposição dos arts. 55, § 3º, e 143 da Lei 8213/91, pois, embora haja prova indiciária da atividade rural em período mais longínquo, o labor rural foi abandonado por volta de 1999, uma vez que o marido da autora passou a exercer atividades urbanas desde o ano 2000, na condição de motorista autônomo, sendo o último comprovante da atividade rural de 1999.

De modo que, não teria sido comprovado o exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao do requerimento do benefício, pois que ausente a necessária prova indiciária da atividade rural.

Assim, pede a rescisão do julgado - inclusive com a antecipação da tutela para a suspensão da sua execução -, nos termos do art. 485, V, do CPC, bem como a improcedência do pleito

formulado na lide originária.

O acórdão rescindendo foi proferido em 27-04-2010 (fls. 123) e esta rescisória foi ajuizada em 23-03-2012 (fls. 02).

É o relatório.

Aplico o disposto no art. 285-A do CPC:

“Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.” (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

Nos dizeres de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (Código de Processo Civil e Legislação Extravagante, 10ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007, pg. 555) “A norma comentada é medida de celeridade (CF 5º LXXXVIII) e de economia processual, que evita a citação e demais atos do processo, porque o juízo já havia decidido questão idêntica anteriormente. 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.”

Nos autos da Ação Rescisória nº 2009.03.00.027503-8, em sede de agravo regimental julgado em 26/08/2010, de relatoria da Des. Fed. VERA JUCOVSKY, esta Terceira Seção se posicionou, por unanimidade, pela viabilidade de apreciação do mérito da questão em decisão monocrática terminativa, se reiteradas as decisões do colegiado desacolhendo o pedido posto na rescisória. **“PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 285-A DO CPC. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA. APOSENTADORIA POR IDADE A RURÍCOLA. NÃO OCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO. RECURSO DESPROVIDO.**

- Rejeitada a matéria preliminar arguida pela autarquia, de ausência de documento essencial.

- Não há óbice à aplicação do art. 285-A do CPC em ações de competência originária dos Tribunais, desde que satisfeitas todas as exigências legais inerentes à espécie.

- A ocorrência ou não, na hipótese dos autos, da circunstância prevista no inc. IX do art. 485 do código processual civil consubstancia tema de direito, a permitir o julgamento da causa pelo art. 285-A do CPC. Improcedência do pedido rescisório.

- Matéria preliminar rejeitada. Agravo regimental desprovido.”

O pedido de rescisão improcede.

A ação rescisória não é recurso.

Nas palavras de PONTES DE MIRANDA (TRATADO DA AÇÃO RESCISÓRIA/PONTES DE MIRANDA; atualizado por Vilson Rodrigues Alves. - 2ª ed. - Campinas, SP: Bookseller, 2003), a ação rescisória é julgamento de julgamento. Seu objetivo não é rescindir qualquer julgado, mas somente aquele que incida numa das específicas hipóteses do art. 485 do CPC, autorizando-se, a partir da rescisão, e nos seus limites, a análise do mérito da pretensão posta na lide originária.

“A ação rescisória, julgamento de julgamento como tal, não se passa dentro do processo em que se proferiu a decisão rescindenda. Nasce fora, em plano pré-processual, desenvolve-se em torno da decisão rescindenda, e, somente ao desconstituí-la, cortá-la, rescindi-la, é que abre, no extremo da relação jurídica processual examinada, se se trata de decisão terminativa do feito, com julgamento, ou não, do mérito, ou desde algum momento dela, ou no seu próprio começo (e.g., vício da citação, art. 485, II e V) a relação jurídica processual. Abrindo-a, o juízo rescindente penetra no processo em que se proferiu a decisão rescindida e instaura o *iudicium rescissorium*, que é nova cognição do mérito. Pode ser, porém, que a abra, sem ter de instaurar esse novo juízo, ou porque nada reste do processo, ou porque não seja o caso de se pronunciar sobre o mérito. A duplicidade de juízo não se dá sempre; a abertura na relação jurídica processual pode não levar à tratção do mérito da causa: às vezes, é limitada ao julgamento de algum recurso sobre *quaestio iuris*; outras, destruidora de toda a relação jurídica processual; outras, concernente à decisão que negou recurso (e então a relação jurídica pro-

cessual é aberta, para que se recorra); outras, apenas atinge o julgamento no recurso, ou para não o admitir (preclusão), ou para que se julgue o recurso sobre *quaestio iuris*. A sentença rescindente sobre recurso, que continha injustiça, é abertura para que se examine o que foi julgado no grau superior, sem se admitir alegação ou prova que não seria mais admissível, salvo se a decisão rescindente fez essa inadmissão decisão motivo de rescisão. (Sem razão, ainda no direito italiano, Francesco Carnelutti, *Instituzioni*, 3ª ed., I, 553.) Tudo que ocorreu, e o *iudicium rescindens* não atingiu, ocorrido está: o que precluiu não se reabre; o que estava em preclusão, e foi atingido, precluso deixou de estar. Retoma-se o tempo, em caso raro de reversão, como se estaria no momento mais remoto a que a decisão rescindente empuxa a sua eficácia, se a abertura na relação jurídica processual foi nos momentos anteriores à decisão final no feito.” (pgs. 93/94)

...

“Na ação rescisória há julgamento de julgamento. É, pois, processo sobre outro processo. Nela, e por ela, não se examina o direito de alguém, mas a sentença passada em julgado, a prestação jurisdicional, não apenas apresentada (seria recurso), mas já entregue. É remédio jurídico processual autônomo. O seu ‘objeto é a própria sentença rescindenda, - porque ataca a coisa julgada formal de tal sentença: a *sententia lata et data*. Retenha-se o enunciado: ataque à coisa julgada formal. Se não houve trânsito em julgado, não há pensar-se em ação rescisória. É reformável, ou revogável, ou retratável, a decisão.” (pgs. 141/142)

No caso, há indisfarçável propósito de reexame da lide originária.

Nesse passo, para fins de enquadramento do pedido de rescisão em um dos incisos do art. 485 do CPC, devem ser analisados os pressupostos a partir dos quais o julgador da causa originária chegou à conclusão que se busca afastar com o pedido de rescisão.

E quais foram eles?

Segundo a inicial do feito originário, a ré iniciou suas atividades rurais com os pais e assim permaneceu quando se casou, em 1972 (fls. 26), até completar o tempo necessário à concessão da aposentadoria. Em audiência (realizada em 2009), ambas as testemunhas confirmaram a versão (fls. 75/76).

Quanto à prova indiciária da atividade rural, o julgador da causa originária descreveu as seguintes:

“No que diz respeito ao exercício da atividade rural, o conjunto probatório revela razoável início de prova material, tendo em vista a seguinte documentação: Certidão de casamento, tendo sido contraído em 21.10.1972, onde consta a profissão do marido como lavrador (fls. 13); certificados de cadastro do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, em nome do sogro da autora, emitidos em: 30.11.1990, 18.10.1991, 21.10.1992, 29.10.1993, 08.04.1995, 02.01.1996, 21.10.1996 (fls. 14/16); Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR, em nome do sogro da autora, emitido em 09/06/1999 referente aos anos de 1988/1999 e emitido em 30/12/2002 referente aos anos de 2000/2001/2002 (fls. 17/18); traslado de escritura de cessão de direitos hereditários, onde consta a profissão do marido como lavrador, emitida em 22.11.2002 (fls. 19); nota fiscal de produtor rural, em nome do marido da autora, datados em: 31.07.1989, 19.04.1991, 31.05.1991, 30.10.1994, 24.08.1998, 05.10.1998, 03.04.1999 e 08.11.1999 (fls. 20/27) e Cédula Rural Pignoratícia emitida em 05.09.1985, em nome do marido da autora (fls. 28).” (fls. 99 e 117).

O tema acerca da condição de segurado trabalhador urbano do marido foi levantado na apelação (fls. 82) e nas razões de agravo legal (fls. 109), sendo repellido com a citação de diversos julgados:

“No mesmo sentido da decisão ora impugnada, o entendimento da E. Terceira Seção e desta Colenda Décima Turma, consoante os seguintes acórdãos:

‘PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL . EMBARGOS INFRINGENTES DA PARTE AUTORA. VOTO VENCIDO NÃO DECLARADO. PERCEPTIBILIDADE DA DIVERGÊNCIA. CABIMENTO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS CONSISTENTES. PROVIMENTO.

- Perceptíveis o alcance e sentido da divergência, cabíveis os embargos, a despeito da inocorrência de declaração do voto vencido.
- O deferimento de aposentadoria por idade ao autor (autônomo), desvendado em consulta ao CNIS, é fato superveniente, sem repercussão neste feito: nada obsta que o autor busque, em juízo, outra espécie de prestação, desde que, a futuro, se atente à vedação de percepção conjunta, tocando, ao segurando, optar pela benesse mais vantajosa, inclusive sob o prisma de eventuais atrasados.
- Satisfação das premissas à aposentadoria por idade rural: implemento do requisito etário, agregado à presença de início de prova material, corroborado por depoimentos testemunhais consistentes.
- A inscrição do autor como autônomo, e o recolhimento de contribuições, à guisa de trabalhador urbano, não impedem o acolhimento da pretensão: os dados do CNIS têm presunção relativa de veracidade, devendo preponderar os elementos probantes colhidos em juízo, sendo natural ao homem do campo interpolar atividades agrícolas com afazeres urbanos, mormente, braçais.
- Embargos infringentes providos.'

(EI 2006.03.99.004979-6, Rel. Des. Fed. Anna Maria Pimentel, Terceira Seção, j. 22/01/2009, DJF3 CJ2 18/02/2009)

'PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL.

I - A atividade rurícola resulta comprovada, se a autora apresentar início de prova material da atividade rural, corroborada por prova testemunhal.

II - O fato de não ter o início de prova material abrangido o número de meses idêntico à carência no período imediatamente anterior ao requerimento não afasta o direito da autora ao benefício de aposentadoria rural por idade.

III - Embargos Infringentes a que se dá provimento.'

(TRF 3ª Região, EI 2005.03.99.048453-8, Terceira Seção, j. 26/03/2009, DJF3 CJ2 22/04/2009)

'CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. ART. 202, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO AUTO-APLICABILIDADE. LEI Nº 8.213/91. INCIDÊNCIA. PROVA PLENA. CTPS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR. QUALIDADE DE SEGURADO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PREENCHIMENTO SIMULTÂNEO DOS REQUISITOS LEGAIS. DESNECESSIDADE. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS.

(...)

3 - Goza de presunção legal e veracidade *juris tantum* a atividade rurícola devidamente registrada em carteira de trabalho, e prevalece se provas em contrário não são apresentadas, constituindo-se prova plena do efetivo labor rural.

4 - A qualificação de lavrador do marido da autora constante dos atos de registro civil é extensível a ela, dada a realidade e as condições em que são exercidas as atividades no campo, conforme entendimento consagrado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

5 - A prova testemunhal acrescida de prova material, é meio hábil à comprovação da atividade rurícola. Precedentes do C. STJ e deste Tribunal.

6 - Preenchido o requisito da idade e comprovado o efetivo exercício da atividade rural, é de se conceder o benefício de aposentadoria por idade.

7 - Descabida a exigência do exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício àquele que sempre desempenhou o labor rural.

8 - Não é necessário o preenchimento simultâneo dos respectivos requisitos legais para a concessão do benefício de aposentadoria por idade. Interpretação finalística da Lei de Benefícios. Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça reforçado pela disposição contida

no art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.666/03.

9 - A Lei nº 8.213/91, no art. 48, § 2º, deu tratamento diferenciado ao rurícola dispensando-o do período de carência, bastando comprovar, tão-somente, o exercício da atividade rural.

10 - A perda da qualidade de segurado não é mais considerada, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, para a concessão do benefício pleiteado.

11 - A ausência de recolhimento de contribuições previdenciárias não cria óbices à concessão da aposentadoria por idade do trabalhador rural.

(...)

17 - Apelação provida. Tutela específica concedida.'

(TRF 3ª Reg, AC 2006.03.99.031842-4, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, Nona Turma, j. 19/03/2007, DJU 10/05/2007)

'PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL COMPLEMENTADA POR PROVA TESTEMUNHAL. POSTERIOR EXERCÍCIO DE ATIVIDADE URBANA POR PARTE DO MARIDO NÃO DESCARACTERIZA QUALIDADE DE SEGURADA ESPECIAL DA AUTORA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Conhecidas as adversidades do trabalho no campo e a dificuldade de obter prova escrita do exercício da atividade rural, o STJ possui uma firme linha de precedentes adotando a solução "pro misero", no sentido de que a exigência legal para a comprovação da atividade laborativa do rurícola resulta num mínimo de prova material, ainda que constituída por dados do registro civil, como em certidão de casamento, aproveitando e estendendo a qualificação profissional de rurícola do cônjuge.

2. Não há que se falar em descaracterização da qualidade de segurada especial da autora em virtude do exercício de atividade de natureza urbana por parte do marido. Em primeiro, porque pode a autora ter continuado a exercer a atividade rural, ainda que de forma descontínua, conforme autorização legal e, em segundo, porque a informação contida no documento foi corroborada pelas testemunhas, em depoimentos coerentes e uniformes.

3. Idade mínima exigida comprovada documentalmente.

4. Não se mostra razoável desconstituir a autoridade dos precedentes que orientam a conclusão que adotou a decisão agravada.

5. Agravo inominado a que se nega provimento.'

(AC nº 2009.03.99.016673-0, Rel. J. Convocada Giselle França, 10ª T., j. 15.09.2009, DJF3 CJ1 30.09.2009)

Confira-se ainda os precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

'PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. COMPROVAÇÃO DE SEUS REQUISITOS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. OCORRÊNCIA. CERTIDÃO DE CASAMENTO. MARIDO AGRICULTOR. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou sua jurisprudência no sentido de que, existindo início de prova material a corroborar os depoimentos testemunhais, não há como deixar de reconhecer o direito da parte autora à concessão da aposentadoria por idade de trabalhador rural.

2. A certidão de casamento na qual consta a profissão de agricultor do marido constitui razoável início de prova material a corroborar os depoimentos testemunhais, não havendo como deixar de reconhecer o direito da parte autora à concessão da aposentadoria por idade.

3. Agravo regimental conhecido e improvido.'

(STJ, AgRg no REsp 852617/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 02/09/2008, DJe 28/10/2008)

'PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM BASE NAS ALÍNEAS A E C DO ART. 105, III DA CF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. RECURSO CONHECIDO SOMENTE PELA ALÍNEA A DO PERMISSIVO

CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA RURAL. REQUISITOS ETÁRIOS E CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO SIMULTÂNEA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADA QUANDO DO IMPLEMENTO DA IDADE.

...

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o trabalho urbano exercido pelo cônjuge não descaracteriza a condição de segurada especial da autora, desde que não seja suficiente para a manutenção do núcleo familiar.

4. Além disso, restando comprovado o trabalho da autora na agricultura pelo período de carência, não perde o direito à aposentadoria se quando do implemento da idade já havia perdido a condição de segurada.

...

8. Recurso Especial conhecido em parte pela alínea *a* do art. 105, III, da CF e, nessa extensão provido.

(REsp 969473/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., j. em 13.12.2007, DJ 07.02.2008) 'PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. SEGURADA ESPECIAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR CARACTERIZADO.

- Em que pese o cônjuge da autora perceber aposentadoria urbana como motorista desde 1979, daí em diante, ele passou a exercer atividade agrícola em regime de economia familiar a teor do disposto nos documentos referentes ao INCRA, ITR e notas fiscais de venda de mercadoria agrícola, tudo adicionado ao fato de que, em todos estes documentos, restou consignada a sua profissão como sendo de lavrador. Dessa forma, não há falar em descaracterização da qualidade de trabalhadora rural da autora em regime de economia familiar.

- Somente estaria descaracterizado o regime de economia familiar se a renda obtida com a outra atividade fosse suficiente para a manutenção da família, de modo a tornar dispensável a atividade agrícola.

- Recurso do INSS improvido.'

(AgRg no REsp 691391/PR, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 5ª T., j. 24.05.2005, DJ 13.06.2005)

'PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. SEGURADA ESPECIAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR.

- Sendo o labor rural indispensável à própria subsistência da autora, conforme afirmado pelo Tribunal de origem, o fato do seu marido ser empregado urbano não lhe retira a condição de segurada especial.

- Recurso especial desprovido.'

(REsp 587296/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 18.11.2004, DJ 13.12.2004)

'PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCIDÊNCIA. PARCELAS VENCIDAS ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA.

1. Não descaracteriza o regime de economia familiar o fato de o marido da segurada receber aposentadoria urbana.

2. ...

3. Recurso especial conhecido pela divergência jurisprudencial e, nesta parte provido.'

(REsp 381100/SC, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª T., j. 25.06.2004, DJ 26.09.2005)

Ademais, a decisão recorrida apreciou o conjunto probatório dos autos, sopesando as provas segundo o princípio do livre convencimento motivado, tendo concluído que, ao completar a idade mínima exigida, a parte autora implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício, em virtude do exercício de atividade rural em número de meses superior ao que seria exigível (Lei nº 8.213/91, arts. 26, III, 142 e 143).

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." (fls. 120/122-v)

Ao que se observa, o julgador da causa originária partiu do pressuposto que a ré trabalhava como rurícola desde criança, vindo a se casar com trabalhador rural - a prova indiciária da atividade rural da autora seria de 1972, conforme certidão de casamento na qual o marido é qualificado como lavrador.

Apontou, ainda, ser irrelevante que o marido, posteriormente, tenha abandonado o meio rural, pois que as testemunhas corroboraram o labor rural da ré desde tenra idade, período agasalhado pela prova indiciária dessa atividade em 1972, o que afasta a tese da violação ao art. 55, § 3º, da Lei 8213/91.

E mais. Citou caudalosa jurisprudência em abono de sua tese.

De modo que, se as provas foram bem ou mal apreciadas é questão que poderia até ser melhor avaliada na via recursal, mas não na ação rescisória, que tem seus contornos rigidamente estabelecidos no art. 485 do CPC.

Nesse sentido, a doutrina de PONTES DE MIRANDA (Tratado da Ação Rescisória; atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 2ª ed., Campinas-SP, Ed. Bookseller, 2003).

“§ 36. Sentenças injustas e sentenças rescindíveis

1. Sentenças injustas. As sentenças em que se infringe direito em tese são injustas e rescindíveis. As sentenças em que se viola a coisa julgada formal são rescindíveis, se bem que possam não ser injustas. As sentenças que se apóiam em falsa prova são injustas e rescindíveis, ou justas, se o fundamento na falsa prova não é o único, e irrevogáveis. As sentenças injustas que não caibam numa das espécies do art. 485 ou do art. 486 do Código de Processo Civil são injustas, porém não rescindíveis. Uma das espécies de sentenças injustas não-rescindíveis é a das sentenças que apreciaram, sem exatidão, a prova. Dizia o art. 800 do Código de Processo Civil: ‘A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória.’ Hoje, não está isso no Código de Processo Civil de 1973, mas os enunciados são verdadeiros. É possível, porém, que se componha outro pressuposto de rescindibilidade.

2. Injustiça e má apreciação da prova. O direito objetivo, o direito *in thesi*, é o que se não deve violar, sob pena de rescindibilidade. Uma coisa é a sentença injusta, em seu conjunto, ou em seus pormenores, contra o direito subjetivo, a pretensão, invocada pela parte, já protegida pelos recursos, e outra, a sentença que fere o direito objetivo, cuja realização é finalidade do processo promover e assegurar. Daí a diferença entre *sententia lata* contra *ius litigatoris* (Manuel Gonçalves da Silva, Commentaria, III, 142, s.), que viola o direito *in hypothesis*, não suscetível de rescisão (Supremo Tribunal Federal, 10 de maio de 1933, 14 de janeiro e 5 de setembro de 1914; Corte de Apelação do Distrito Federal, 1º de agosto de 1930 e 24 de maio de 1933; Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de abril, 15 de maio e 19 de setembro de 1931; Corte de Apelação do Distrito Federal, Câmaras Reunidas, 17 de agosto de 1916), e a sentença contra *lex expressa*, ou, melhor, contra *ius in thesi*, contra o direito na totalidade da sua existência social, do seu ser normativo. A jurisprudência é torrencial (Supremo Tribunal Federal, 18 de outubro de 1920, 9 de junho de 1923 e 23 de outubro de 1925; Corte de Apelação do Distrito Federal, 9 de julho de 1920; Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de março de 1931; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 18 de março de 1930). Na velha jurisprudência, corretamente, - a Relação do Rio de Janeiro, a 13 de novembro de 1874 e a 24 de setembro de 1875. Certa vez o Supremo Tribunal Federal (13 de setembro de 1929) julgou ser carecedora de ação pessoa que invocara a Lei nº 2.924, de 5 de janeiro de 1915, por ser matéria de injustiça, e não de violação de direito em tese, uma vez que o juiz apreciara a qualidade, ou não, de funcionário federal. Disse o acórdão: ‘O que decidiu o acórdão rescindendo foi que o art. 125 da Lei nº 2.924 não se aplicava ao autor, por não ser ele funcionário federal, quando aquele dispositivo de lei outorgava somente aos empregados federais a garantia da estabilidade no cargo, na hipótese de terem mais de dez anos de efetivo exercício. É claro, pois, que a decisão rescindenda não feriu o direito em tese ou expressa disposição da lei. Ao contrário, aplicou-a à espécie, consoante a inteligência que lhe pareceu acertada e conforme o modo por que conceituou o fato sujeito à sua apreciação. Se esse fato não foi bem apreciado e se a decisão foi

injusta, o caso seria de violação do direito em hipótese, o que não dá lugar à ação rescisória, que, em homenagem e em respeito ao princípio da coisa julgada, somente é admitida nos casos expressamente prefixados em lei.' Há confusão. Certamente, o decidir sobre a prova dos dez anos constituiria, por parte do juiz, apreciação do fato; não assim o julgar sobre qualidade de funcionário público federal, que é conceito legal, e não matéria de prova. A questão, nesse ponto, era só de direito, podia, em consequência, ter havido a violação do direito em tese.

Se o direito violado, para servir de pressuposto à ação rescisória, fosse *in hypothesi*, ter-se-ia de verificar a justiça ou injustiça da proposição do juiz sobre matéria de fato. Não é possível isso: se a sentença apreciou bem ou mal (*iniusta contra ius litigatoris*) a prova, isto é, se foi acertada, ou não, quanto a hipótese, a decisão não pode ser rescindida. O juiz rescindente, se o tivesse de apurar, veria todo o processo, julgaria de novo. Caberia o dito da L. 5 de Diocleciano e Maximiano (C., *de re iudicata*, 7, 52): *Nec enim instaurari finita rerum iudicatarum patitur auctoritas*. Mas a exclusão de pressuposto que está na lei ou a atribuição do que nela não está constitui ofensa à lei, ao *ius in thesi*. Outrossim, o limitar ou dilatar o campo de incidência da regra jurídica. A regra de direito tem os seus pressupostos subjetivos (Iegitimações ativa e passiva) e objetivos (inclusive forma e condiciones iuris), a sua norma ou mando, a sua extensão material, a sua aplicação espacial (direito internacional privado, interlocal etc.) e temporal (início e fim da sua incidência).

A violação que se aprecia não é a do direito *in hypothesi*, e sim a do direito *in thesi*. É bem certo isso. Também é certo que se não desce ao exame, sequer, da injustiça manifesta, no caso. Porém nada disso quer dizer que se haja de apreciar o direito *in abstracto*: o direito violado há de ser o direito *in thesi*, mas concretamente considerado. O exemplo esclarece. O juiz, que tinha de aplicar a regra jurídica do art. 1.637 do Código Civil ao pai dilapidador dos bens do filho, elogiou a lei, reconhecendo-lhe a alta significação social e por fim suspendeu-lhe o poder familiar, dizendo haver colisão de interesses (art. 1.692). É caso de rescisão, porque o art. 1.637 foi violado. Outrossim, se, censurando o art. 1.637, o não aplicou. Ocorrendo, porém, que o juiz viole o direito *in abstracto*, sustentando princípios que não são os do direito, ou negando os verdadeiros, e, no entanto, ao concluir, aplique a regra do pedido ou da defesa, sem violar, *in casu*, o direito *in thesi*, a rescisão não se dá. Acertou, a despeito das suas dúvidas e das escusadas digressões.

Ordinariamente, a violação do direito *in abstracto* e a do direito *in concreto* se separam, quando se trata de *ius non scriptum*: ou o juiz reconhece a regra, e não a realiza (a realização do direito objetivo é essencial à sua função), ou a realiza, negando-lhe a existência. Ali, viola o direito em concreto, e não o em abstrato; aqui, o direito em abstrato, e não o em concreto. Tal cisão pode decorrer de ignorância, de erro, de simulação ou dissimulação do juiz; mas só a violação do direito em tese, concretamente considerado, torna rescindível a sentença. Pena é que alguns julgados confundam o direito em tese (contrário a direito em hipótese) e o direito em abstração (contrário a direito em concreto). Exemplo temos em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (4ª Câmara Civil), a 15 de junho de 1932, onde se diz 'embora o acórdão rescindendo esteja abstratamente conforme o direito', quando se queria dizer 'esteja, em tese e concretamente, conforme o direito', isto é, não só abstratamente e sem se levar em conta a hipótese.

Se aos juízes do tribunal de rescisão chegar o feito, devem eles, ao dar as razões de afastar a ação, mostrar o ponto em que só se violou *in abstracto*, porque não devem eles perder ensejo de servir à verdade jurídica, ainda que não se dê, concretamente, a violação. São mesmo a isso obrigados, pois que lhes cabe decidir na espécie e, no *iudicium rescinden*, a violação do direito em abstrato, em vez da violação do direito em concreto, constitui questão a ser por eles apreciada, dado o 'julgamento de julgamento', que é a rescisória. A rescisão é de interesse público quanto à expressão do direito e quanto ao seu respeito.

3. Má apreciação da prova e ação rescisória de sentença. Estatuía o art. 800 do Código de Processo Civil de 1939: 'A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória.' O Código de Processo Civil

de 1973 não repôs tal regra jurídica, mas o princípio independe de texto legal. Os pressupostos para a ação rescisória constam dos arts. 485 e 486, e de modo algum se pode levar adiante a rescindibilidade das decisões. A má apreciação da prova não é suficiente para fundamento da rescisão. Cumpre, porém, entender-se o que se conceitua como ‘má interpretação da prova’. Aprecia-se a prova, ou medindo e pesando o que vale como dado de fato, sejam embora indícios, para se saber se é verdadeira ou falsa alguma afirmação (comunicação de conhecimento) das partes e dos que podem, nos processos, afirmar (atividade do juiz que assaz se aproxima da atividade do cientista), ou se acede à prova porque a lei mesma ordenou que o juiz atendessem a ela. Aí, a medida e o peso da prova não são próprios da prova, ainda quando coincida ser o exato. O juiz deixa o campo do seu convencimento (art. 131), para obedecer a regras legais sobre admissão, valor e atendibilidade da prova. Se é certo que, na teoria da livre apreciação da prova, a boa ou má apreciação corre por conta do juiz, e é a isso que se alude, ainda restam muitos casos da antiga teoria probatória formal, que ligava o juiz a regras fixas sobre a forma (regras de lei). De modo que ainda existem regras legais sobre prova, inclusive quanto ao valor dos documentos, quanto a pessoas a quem a lei proíbe de depor e quanto a presunções. Sirva de exemplo o princípio de que a validade e eficácia da confissão não dependem da aceitação da parte a quem beneficiar. Se o juiz aprecia a prova e funda o seu julgamento em que, não tendo a outra parte aceito a confissão, prova não houve, viola o princípio. Não há somente, nesse caso, má apreciação da prova, e sim infração de princípio, salvo se há provas contra a confissão. Assim, a respeito de todas aquelas regras jurídicas de que falamos. Aí cabe a ação rescisória por infração do direito em tese. Noutros termos: sempre que se deixa de atender a regra legal, mesmo sobre prova a ação rescisória cabe.” (pgs. 392/396)

De maneira que, se o julgador da causa originária analisou todo o conjunto probatório e concluiu que as provas demonstravam o exercício da atividade rural da esposa, a par daquela exercida pelo marido, não é na ação rescisória que se dirá o contrário, pois, para isso, ter-se-ia que reanalisar a prova, para afirmar, por exemplo, que a atividade de motorista seria eventual ou correlacionada com a atividade rural, o que, certamente, não cabe nos estritos limites do juízo rescindente.

Nesse sentido, é tranqüila a jurisprudência desta Terceira Seção:

“AÇÃO RESCISÓRIA - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - PEDIDO RESCISÓRIO EMBASADO NO ARTIGO 485, INCISOS V e IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

...

7 - Em nome da segurança jurídica, não se pode simplesmente rescindir uma decisão acobertada pelo manto da coisa julgada por mero inconformismo das partes. Na situação em apreço, inquestionável que a autora pretende o reexame da causa, o que não se coaduna com a via excepcional da ação rescisória. Tanto é que parte das razões da exordial se sustenta no voto-vista vencido, sem destacar circunstâncias relevantes aptas a desconstituir o r. julgado.

8 - Ainda que se reconhecesse o preenchimento da carência exigida à obtenção do benefício previdenciário, a questão da condição física da autora para o exercício da atividade laboral é controversa.

9 - Ação rescisória improcedente.”

(AR 2006.03.00.089646-9/SP, Rel. DES. FED. LEIDE POLO, j. 25-11-2010, unânime)

“AÇÃO RESCISÓRIA - PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR IDADE RURAL - PEDIDO RESCISÓRIO FUNDADO NO ARTIGO 485, INCISO IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INOCORRÊNCIA DE ERRO DE FATO. RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

...

- No v. acórdão rescindendo houve a apreciação de toda a prova com análise da prova documental e detalhada verificação da prova testemunhal em confronto com os documentos da autora, evidência essa que obsta o reconhecimento do ‘erro de fato’.

- Em nome da segurança jurídica, não se pode simplesmente rescindir uma decisão acobertada pelo manto da coisa julgada por mero inconformismo das partes. Na situação em apreço,

inquestionável que a autora pretende o reexame da causa, o que não se coaduna com a via excepcional da ação rescisória.

...

- Ação rescisória improcedente.”

(AR 1999.03.00.006436-6/SP, Rel. DES. FED. LEIDE POLO, j. 12-08-2010, unânime)

Logo, por qualquer ângulo que se analise o pleito, não há como vislumbrar venha a ser acolhido pelo colegiado desta Terceira Seção, razão pela qual não vejo sentido em movimentar toda a máquina judiciária para, ao final, chegar ao único resultado que, reiteradas vezes, tem sido proclamado nesta seção especializada.

Ante o exposto, nos termos do art. 285-A do CPC, julgo improcedente o pedido. Sem verba honorária, em face da inocorrência de citação.

Intime-se.

São Paulo, 05 de julho de 2012.

MARISA SANTOS

Desembargadora Federal (fls. 130/144-v)

A autarquia sustenta que não pretende o reexame das provas, pois é incontroverso, nos autos, que o marido da autora abandonou as lides rurais em 1999, o que fez com que a autora perdesse o liame que tinha com a prova indiciária da atividade rural de seu marido, uma vez que este se transformou em trabalhador urbano.

De modo que, o que postula é o correto enquadramento jurídico dos fatos, vale dizer, a valoração jurídica dos fatos e provas apresentadas na lide primitiva. Isso não deve ser confundido com o revolvimento do quadro fático-probatório, o que, forçosamente, levará ao reconhecimento de que, sem a prova indiciária da atividade rural, a violação aos arts. 55, § 3º, e 143, da Lei 8213/91, é manifesta.

Assim, pede a reforma da decisão agravada, com o regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

À mesa.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal MARISA SANTOS (Relatora):

É antiga a jurisprudência do STJ no sentido de que, para o reconhecimento do tempo de serviço rural, não há exigência legal de que a prova indiciária da atividade rural apresentada abranja todo o período que se quer ver comprovado, bastando que ela seja contemporânea aos fatos alegados e se refira, pelo menos, a uma fração daquele período, contanto que prova testemunhal amplie-lhe a eficácia probatória.

Consulte-se os seguintes precedentes.

EDCL NO RECURSO ESPECIAL	321.703	5ª Turma	7/3/2002
RECURSO ESPECIAL	608.489	5ª Turma	28/4/2004
AgRg no RECURSO ESPECIAL	938.640	6ª Turma	28/8/2007
AgRg no RECURSO ESPECIAL	1.141.458	5ª Turma	23/2/2010
AgRg no RECURSO ESPECIAL	1.174.818	5ª Turma	13/4/2010

No caso, em audiência realizada em 28-01-2009 (fls. 73), ambas as testemunhas afirmaram conhecer a então autora desde criança e que, desde aquela época, ela vem exercendo atividade rural.

A primeira prova indiciária da atividade rural remonta ao ano de 1972, quando a então autora se casou.

Observe-se as demais provas indiciárias da atividade rural (descritas no acórdão proferido na ação originária):

Documento	Emissão	Relação	Fls.
Certidão de casamento da autora	21.10.1972	Marido lavrador	Fls. 13
Cédula Rural Pignoratícia	05.09.1985	Em nome do marido da autora	Fls. 28
Nota fiscal de produtor rural	31.07.1989	Em nome do marido da autora	Fls. 20/27
Certificado de cadastro do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR	30.11.1990	Sogro da autora	Fls. 14/16
Nota fiscal de produtor rural	19.04.1991	Em nome do marido da autora	Fls. 20/27
Nota fiscal de produtor rural	31.05.1991	Em nome do marido da autora	Fls. 20/27
Certificado de cadastro do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR	18.10.1991	Sogro da autora	Fls. 14/16
Certificado de cadastro do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR	21.10.1992	Sogro da autora	Fls. 14/16
Certificado de cadastro do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR	29.10.1993	Sogro da autora	Fls. 14/16
Nota fiscal de produtor rural	30.10.1994	Em nome do marido da autora	Fls. 20/27
Certificado de cadastro do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR	08.04.1995	Sogro da autora	Fls. 14/16
Certificado de cadastro do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR	02.01.1996	Sogro da autora	Fls. 14/16
Certificado de cadastro do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR	21.10.1996	Sogro da autora	Fls. 14/16
Nota fiscal de produtor rural	24.08.1998	Em nome do marido da autora	Fls. 20/27
Nota fiscal de produtor rural	05.10.1998	Em nome do marido da autora	Fls. 20/27
Nota fiscal de produtor rural	03.04.1999	Em nome do marido da autora	Fls. 20/27
Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR - referente aos anos de 1988/1999	09/06/1999	Sogro da autora	Fls. 17/18

Nota fiscal de produtor rural	08.11.1999	Em nome do marido da autora	Fls. 20/27
Escritura de cessão de direitos hereditários	22.11.2002	Marido lavrador	Fls. 19
Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR - referente aos anos de 2000/2001/2002	30/12/2002	Sogro da autora	Fls. 17/18

Observe-se que o acórdão rescindendo concluiu que a prova indiciária da atividade rural dava suporte suficiente à prova testemunhal, pois que vinha acompanhando o exercício do labor rural da autora.

Afirmou, ainda, que o fato do marido da autora passar a exercer trabalho urbano não descaracterizava a atividade rural dela, uma vez que ela teria continuado fiel às lides rurais, exigência que a lei impõe ao componente da unidade familiar.

Tal entendimento não destoa do posicionamento que vem sendo adotado pelo STJ.

Confira-se os seguintes precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO	215.629	Min. Edson Vidigal	29/6/1999
RECURSO ESPECIAL	289.949	5ª Turma	13/11/2001
RECURSO ESPECIAL	381.100	6ª Turma	25/6/2004
RECURSO ESPECIAL	587.296	5ª Turma	18/11/2004
RECURSO ESPECIAL	675.892	5ª Turma	3/2/2005
AgRg no RECURSO ESPECIAL	691.391	6ª Turma	24/5/2005
AgRg no RECURSO ESPECIAL	1.068.980	6ª Turma	13/10/2009

Observe-se que, mesmo quando o cônjuge exerce atividade fora do seu núcleo familiar, a jurisprudência do STJ tem se posicionado no sentido de que o caso exige a apreciação das circunstâncias trazidas a Juízo.

Destaco passagem dos fundamentos expostos no AgRg no RECURSO ESPECIAL 1.068.980:

A solução da presente controvérsia requer o exame da renda auferida pelo cônjuge da autora, a fim de que se verifique se tal montante é suficiente para a manutenção do núcleo familiar e, por conseguinte, apta a descaracterizar sua pretensa condição de segurada especial.

A respeito do tema, este Superior Tribunal de Justiça tem asseverado que o trabalho urbano exercido pelo cônjuge não descaracteriza a condição de segurada especial da autora, desde que não seja suficiente para a manutenção do núcleo familiar.

A propósito, destaca-se o seguinte precedente desta Corte:

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM BASE NAS ALÍNEAS A E C DO ART. 105, III DA CF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. RECURSO CONHECIDO SOMENTE PELA ALÍNEA A DO PERMISSIVO

CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA RURAL. REQUISITOS ETÁRIO E CUMPRIMENTO DA CARÊNCIA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO SIMULTÂNEA. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADA QUANDO DO IMPLEMENTO DA IDADE.

(...)

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o trabalho urbano exercido pelo cônjuge não descaracteriza a condição de segurada especial da autora, desde que não seja suficiente para a manutenção do núcleo familiar.

(...)

5. Recurso Especial conhecido somente pela alínea *a* do art. 105, III da CF e, nessa extensão, provido.” (REsp 969.473/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2007, DJ 07/02/2008 p. 1)

Na espécie, ao analisar a capacidade da renda auferida pelo cônjuge da autora em manter o núcleo familiar, o Tribunal *a quo* decidiu, nestes termos:

“Malgrado as testemunhas tenham confirmado o desempenho do labor agrícola no período de carência, o fato de o marido da autora perceber aposentadoria como servidor público, no valor de R\$ 1.046,49, e ter novo vínculo de trabalho com a Prefeitura de Nova Fátima, torna claro que o trabalho rural da parte-autora não é indispensável à sobrevivência do grupo, descaracterizado, portanto, o regime de economia familiar.”

A ora agravante, por sua vez, argumenta:

“Ora a única fonte de renda da recorrente é a recebida na lavoura com o trabalho desempenhado com seus dois irmãos, pois a renda obtida pelo marido (que o v. acórdão prejulga ser suficiente para a manutenção da recorrente, esquecendo que as provas dos autos comprovam o trabalho exercido, ou seja, que há uma contra prestação pelo trabalho desempenhado, pois caso contrário a recorrente não necessitaria exercer o labor rural diariamente conforme comprovado em audiência), jamais afasta a qualidade de segurada especial da recorrente, podendo apenas ser considerado que o marido não possui esta qualidade.”

Como se vê, para que se pudesse acolher a tese da ora agravante - de que a remuneração de seu cônjuge não é suficiente para a manutenção do núcleo familiar - seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório constante dos autos.

Dessarte, a questão suscitada no recurso especial não está adstrita à interpretação da legislação federal, missão constitucional deste Superior Tribunal de Justiça, conforme determina o art. 105 da Carta Magna, mas sim o revolvimento de provas, cuja análise é afeta às instâncias ordinárias.

Revela-se, pois, a inadequação da via eleita, de modo que se impõe o óbice previsto no Enunciado nº 07 da Súmula desta Corte. Nesse sentido:

...

Segundo tal posicionamento, não é só o fato de desempenhar atividade urbana que caracteriza o exercício da atividade rural da mulher.

É verdade que, também, há posicionamentos do STJ no sentido de que o exercício posterior de atividade urbana pelo cônjuge da autora afasta a prova indiciária da atividade rural, mas, como já assinalado, o tema exige análise das provas levadas ao feito em que se discute essa relação.

Observe-se a ementa do seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR DESCARACTERIZADO. CÔNJUGE DA AUTORA APOSENTADO EM ATIVIDADE URBANA. CONDIÇÃO DE SEGURADA ESPECIAL DA AUTORA NÃO DEMONSTRADA EM VIRTUDE DE SUA INSCRIÇÃO COMO CONTRIBUINTE AUTÔNOMA NO PERÍODO DE CARÊNCIA. APOSENTADORIA POR IDADE INDEVIDA.

1. Os documentos de registro civil apresentados pela parte autora, os quais qualificam como lavrador o seu cônjuge, não servem como início de prova material em virtude da aposentadoria urbana deste. Precedente: AgRg no REsp 947.379/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 26.11.2007.
2. *A jurisprudência desta Corte no sentido de que o exercício de atividade urbana por parte do cônjuge varão não descaracteriza a qualidade de “segurada especial” da mulher, no caso concreto, mostra-se inaplicável.*
3. O Tribunal de origem asseverou inexistir “prova que possibilite reconhecer, ter a autora realizado trabalho rural no período imediatamente anterior à data do requerimento (ou do pedido judicial)”, como dispõe o artigo 143 da Lei nº 8.213/1991.
4. Afirmção de inscrição da autora junto à Previdência Social como contribuinte individual no período de carência e conclusão pela imprestabilidade dos depoimentos das testemunhas são circunstâncias que inviabilizam a concessão do benefício rural pleiteado.
5. O Decreto nº 3.048/1999, artigo 9º, § 8º, I, com as ressalvas nele contidas, exclui da condição de segurado especial “o membro do grupo familiar que possui outra fonte de rendimento”.
6. Agravo regimental improvido. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.048.320 - SP)

Ora, se assim é, o reexame da causa originária é providência mais que necessária, pois a decisão rescindenda, analisando e descrevendo as provas colhidas, concluiu que o labor rural restou sobejamente comprovado.

Isso para não adentrar à análise dos dados constantes do CNIS, que sequer foram trazidos de forma completa, pois que ausentes informações sobre os salários de contribuição do marido da então autora (fls. 84/87).

Se estivessemos no âmbito dos recursos ordinários, a livre convicção do magistrado poderia conduzi-lo por entendimento diverso do acima mencionado.

No entanto, estamos na ação rescisória, sede na qual, ainda que se concluísse haver divergência jurisprudencial acerca do tema, o óbice da Súmula 343-STF se imporia.

Daí a aplicação do disposto no art. 285-A do CPC, pois que de nada valerá desenvolver ampla atividade jurisdicional para, ao final, se concluir pela improcedência do pleito.

Assim, por ser medida que busca atender ao postulado constitucional da celeridade e racionalidade na prestação jurisdicional, como já ressaltado por ocasião do julgamento da Ação Rescisória nº 2009.03.00.027503-8 (relatora DES. FED. VERA JUCOVSKY), em 26/08/2010, ao qual esta Terceira Seção aderiu, por unanimidade, penso que é o caso de proceder ao julgamento de plano, pois que não há sentido em se procrastinar o resultado de demanda que se sabe, a todas as luzes, fadada ao insucesso, uma vez que consagrada na doutrina e na jurisprudência que a ação rescisória - não sendo um recurso - não se presta ao reexame da causa.

Ressalto, por fim, que deixo de proceder à citação do réu, nos moldes do § 2º do art. 285-A do CPC, uma vez que, acaso provido o recurso, o feito retomará o seu curso, com citação, abertura de oportunidade para a produção de provas e manifestação do representante do Ministério Público.

Mantenho, pois, o *decisum* recorrido, negando provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Desembargadora Federal MARISA SANTOS - Relatora

- Sobre o exercício de atividade urbana pelo marido não descaracterizar a comprovação da atividade rurícola da esposa para concessão de aposentadoria por idade rural, veja também os seguintes julgados: AC 94.04.036813-0/SC, Relatora Juíza Claudia Cristina Cristofani, publicada na RTRF3R 63/249 e AC 0006587-77.2009.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Fausto De Sanctis, publicada na RTRF3R 109/240.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

0025122-73.2012.4.03.0000

(2012.03.00.025122-7)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravado: WASHINGTON PAULO MARTINS

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE SÃO JOAQUIM DA BARRA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY

Classe do Processo: AI 484580

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/10/2012

DECISÃO

Vistos,

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS contra decisão que, em sede de ação de restabelecimento de benefício previdenciário, deferiu o desconto mensal de 30% (trinta por cento) dos proventos recebidos pelo segurado, de modo a satisfazer o pagamento da verba honorária advocatícia prevista contratualmente (fls. 02-09).

Recurso recebido no duplo efeito (fls. 44-44v.).

Informações do Juízo de origem (fls. 48-54).

Interposição de “recurso especial” e de contra-minuta pela parte agravada (fls. 82-86, 92-97).

DECIDO.

O artigo 557 e seu § 1ºA 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.

É a hipótese do caso vertente.

DO RECURSO ESPECIAL

A parte agravada interpôs recurso especial em face da decisão que recebeu o agravo de instrumento no duplo efeito, com fundamento nos artigos 541 do CPC e 105, III, “a”, da CF.

Contudo, das decisões proferidas pelo relator, como na espécie, cabível o agravo regimental, a teor do art. 250 do Regimento Interno deste TRF.

Ademais, não se há falar, *in casu*, em aplicação do princípio da fungibilidade recursal, uma vez que se trata de hipótese de erro grosseiro: o recorrente chega a esboçar “contrariedade a Lei Federal (art. 105, III, ‘a’)” (*sic*) (fls. 84).

Nesse sentido, a jurisprudência do Col. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL - INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL CONTRA DECISÃO

MONOCRÁTICA - AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - PRECEDENTES.

1. Não cabe recurso especial contra decisão monocrática que não conheceu do agravo regimental interposto em face de decisão colegiada. 2. Agravo regimental só é cabível em face de decisão monocrática, nunca de decisão de colegiado. Tal prática configura erro grosseiro, conforme o voto condutor do Min. Luiz Fux: “A interposição de agravo regimental contra decisão colegiada constitui erro grosseiro e inescusável, tendo em vista sua previsão exclusiva para atacar decisão monocrática do Relator” (AgRg nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 902.353/SP). 3. Descabe a este Tribunal examinar na via especial, sequer a título de prequestionamento, eventual violação de dispositivo constitucional - tarefa reservada ao Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental improvido. (AGA 200802426429, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, v. u., DJE: 22.09.2009)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

O recurso extraordinário somente é cabível em face de acórdão, e não contra decisão monocrática, não merecendo reparos a decisão que o inadmite diante do não esgotamento de instância (incidência da Súmula nº 281/STF). Agravo regimental não provido. (ARERES 200702456617, FELIX FISCHER, STJ - CORTE ESPECIAL, v. u., DJE 02.12.2010)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. RECURSO ESPECIAL ATACANDO DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. NÃO EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 281/STF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal, “É inadmissível o recurso extraordinário quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”, como na espécie, em que os recursos especial e extraordinário foram interpostos contra decisão monocrática do relator, proferida nos termos do art. 557, *caput*, do CPC. Precedentes do STJ. 2. Agravo regimental não provido. (AGA 201001619743, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - PRIMEIRA TURMA, v. u., DJE 02.12.2010)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO UNIPESSOAL. EFEITO INTEGRATIVO. EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 281/STF. APLICAÇÃO.

1. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.” (Súmula 281/STF). 2. A oposição de embargos de declaração contra decisão monocrática, dada sua natureza integrativa, ainda quando julgados pelo colegiado, não tem o condão de provocar o exaurimento da instância, necessário para a interposição de recurso especial. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGA 200900531019, OG FERNANDES, STJ - SEXTA TURMA, v. u., DJE 29.11.2010)

Com fulcro no art. 33, XIII, do Regimento interno desta Corte e art. 557, caput, do CPC, ante a manifesta inadmissibilidade, não conheço do recurso.

DA TEMPESTIVIDADE

Verifico que o agravo foi interposto tempestivamente: a autarquia foi intimada pessoalmente em 07.08.2012 (fls. 42), e o recurso interposto em 17.08.2012 (fls. 02).

DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

No mais, o agravo merece provimento.

O presente agravo de instrumento foi manejado pelo INSS com o fito de reformar o decisório que, acolhendo pedido formulado pela parte demandante, determinou à agência previdenciária que procedesse ao desconto mensal, nos proventos da parte segurada, de valor devido a título de verba honorária contratual; seu teor:

Defiro o pedido de fls. 108, devendo ser oficiado ao INSS para o desconto de 30% do salário percebido pelo requerente, por 16 meses, perfazendo o total de cinco salários mínimos.

Como ressaltado na decisão por mim proferida nestes autos, não existe permissivo legal para aludido desconto a título de honorária advocatícia, a ser realizado na mensalidade do benefício previdenciário, a teor do art. 115 e incisos, da Lei nº 8.213/91.

A propósito, o precedente desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL. VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. DESCONTO NO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

- *Ausência de previsão legal no artigo 115 da Lei nº 8213/91 a permitir o desconto no benefício do segurado de valores a título de honorários advocatícios.*

- Inaplicabilidade de analogia, como requer o agravante, pois, eventuais contribuições previdenciárias seriam devidas à Previdência Social, diferentemente das verbas de sucumbência que são destinadas ao patrono da parte vencedora.

(...)

- Ausência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a colocar em risco o direito do agravante.

- Agravo de instrumento improvido. (AI 2005.03.00.085635-2, Rel. Des. Fed. Eva Regina, 7ª Turma, v. u., DJUe 06.08.2009)

O art. 22, parágrafo 4º, da Lei 8.906/94, admite a reserva de honorários advocatícios estabelecidos em contrato de prestação de serviços celebrado entre o mandante e o mandatário advogado.

Na hipótese vertente, o patrono da autora da ação previdenciária carrou aos autos cópia do contrato em comento.

Contudo, nos termos do art. artigo 5º, da Resolução nº 559, de 26.06.07, do Conselho da Justiça Federal, somente no momento que antecede a requisição poder-se-á perquirir sobre eventual destacamento da verba honorária e, ainda assim, sem que se cogite de desconto mensal nos proventos.

O § 1º do artigo 5º, da Resolução acima citada, reafirma:

§ 1º Após a apresentação da requisição no Tribunal, os honorários contratuais não poderão ser destacados (art. 22, § 4º, da Lei nº 8.906, de 1994), procedimento este vedado no âmbito da instituição bancária oficial, nos termos do art. 10 da Lei Complementar nº 101/2000.

Atualmente, a Resolução nº 168/2011, do CJF, estabelece:

Art. 22. Caso o advogado pretenda destacar do montante da condenação o que lhe couber por força de honorários contratuais, na forma disciplinada pelo art. 22, § 4º, da Lei nº 8.906, de 4 de junho de 1994, deverá juntar aos autos o respectivo contrato antes da elaboração do requisitório.

As autarquias caracterizam-se como *longa manus* da Administração; logo, em razão do princípio da Legalidade Estrita, não se lhes pode imputar obrigação constante de avença particular firmada entre o particular e seu advogado.

Como já observado anteriormente, à medida que a operacionalização do decisório vergastado faz-se mediante o aporte de recursos públicos, sobreleva-se o uso indevido de servidores da autarquia para concretizar o pagamento dos honorários aos causídicos e fere-se o princípio isonômico, com prejuízo do erário público.

Enfim, a alegação no sentido de que a autarquia teria *concordado* com a decisão objurgada (fls. 95), por haver-se mantido *inerte* -, e que, portanto, o recurso não poderia ser conhecido, beira as raias do absurdo; como dito alhures, à Administração Pública impende atuar sempre em conformidade à lei, de modo que a pretensão do patrono da parte segurada há de sofrer a devida coarctação pelo Poder Judiciário, até porquê constitucionalmente legitimado para conhecer e julgar questões de ordem pública, como a que se trouxe à baila.

Decidirá o Juízo *a quo* a respeito da restituição de valores indevidamente descontados.

DO DISPOSITIVO

POSTO ISSO, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 557, *CAPUT* E § 1º-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NÃO CONHEÇO DO RECURSO INTERPOSTO ÀS FLS. 82-86 E DOU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Decorrido o prazo recursal, tornem os autos ao Juízo de origem para oportuno arquivamento.

Intimem-se. Publique-se. Comunique-se.

São Paulo, 18 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal VERA JUCOVSKY - Relatora

Direito Processual Civil



AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA

0088929-34.1993.4.03.0000

(93.03.088929-0)

Agravante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 136/139

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Ré: JOSEPHA SANTOS DE LIMA

Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE TAUBATÉ - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES

Classe do Processo: AR 231

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/11/2012

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO TERMINATIVA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. SUCESSÃO PROCESSUAL. INÉRCIA DO AUTOR NA INDICAÇÃO DE HERDEIROS DA RÉ. EFEITOS PATRIMONIAIS EM RELAÇÃO AOS SUCESSORES NÃO COMPROVADA. DEPÓSITO-PRÉVIO. DEVOLUÇÃO.

I - A legitimidade dos sucessores da parte ré para figurar no polo passivo de ação rescisória visando à desconstituição de julgado sobre concessão e/ou revisão de benefício previdenciário é certa em caso de transmissão da benesse, ou seja, quando os sucessores percebem pensão por morte dela derivada, ou ainda na hipótese de a execução do julgado estar em curso ou com precatório pendente de pagamento.

II - Do contrário, só existiria a legitimidade passiva caso se conjugassem duas condições: 1) a transmissão efetiva de patrimônio para os herdeiros e 2) que os valores eventualmente transmitidos tenham sido percebidos com má-fé pelo segurado falecido.

III - A primeira condição deriva dos arts. 1.792 do Código Civil e 597 do Código de Processo Civil, segundo os quais os sucessores respondem pelas dívidas do falecido somente por encargos inferiores às forças da herança e na proporção da parte que lhes couber. A segunda condição, por sua vez, advém da pacífica jurisprudência de que os valores percebidos em razão de decisão judicial, mormente transitada em julgado, reputam-se obtidos de boa-fé e, levando-se em conta ainda o seu caráter alimentar, são irrepetíveis.

IV - No caso, não demonstrada qualquer das hipóteses mencionadas.

V - O último aspecto pode ser visto também sob o prisma do interesse processual. Carece de utilidade a propositura ou prosseguimento da rescisória contra os sucessores, pois ao final não resultará em qualquer vantagem para o Instituto.

VI - Totalmente inaplicável à espécie o art. 112 da Lei de Benefícios. Trata-se ali dos sucessores habilitados a receber valores não pagos em vida ao segurado, cogitando-se, portanto, em termos processuais, de sua legitimidade ativa para a propositura de qualquer demanda e nunca de sua legitimidade passiva, que somente se verificaria nos casos apontados acima.

VII - Extinção do processo, sem resolução de mérito, com fundamento nos arts. 43, 267, inciso III, IV e VI, 284, parágrafo único, e 490, inciso I, todos do Código de Processo Civil.

VIII - Razão assiste ao agravante no tocante à pretendida restituição do depósito inicial, pois, ao contrário do afirmado no “decisum” agravado, consta a fls. 39 a guia de depósito respectiva, de tal forma que cabível sua devolução na hipótese de extinção do processo sem que tenha havido pronunciamento unânime do colegiado em seu desfavor, nos termos da orientação jurisprudencial consolidada nos Tribunais Superiores.

IX - Agravo regimental parcialmente provido.

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

São Paulo, 27 de setembro de 2012.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra decisão monocrática proferida nos autos da ação rescisória que ajuizou, com fundamento no artigo 485, incisos IV e V, c/c o art. 488, I, todos do Código de Processo Civil, em face de Josepha Santos de Lima, visando desconstituir a sentença de improcedência dos embargos à execução que opôs nos autos da ação ordinária de revisão de benefício previdenciário aforada pela ora ré.

A decisão agravada julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 43, 267, incisos III, IV e VI, 284, parágrafo único, e 490, inciso I, todos do Código de Processo Civil, em razão da inércia do autor em promover a regularização da sucessão processual após o falecimento da ré e de seu cônjuge e herdeiro, e ante a não comprovação, pela autarquia, de que a filha e os netos da finada obtiveram transmissão de patrimônio da requerida, uma vez que os benefícios percebidos por seus ascendentes cessaram por ocasião de seus óbitos, ocorridos em 1995 (ré) e 1996 (cônjuge).

Nas razões recursais, o INSS sustenta não ter havido desídia ou inércia no atendimento das determinações judiciais, negando ter abandonado a causa por mais de 30 (trinta) dias, além de ser cabível a extinção do feito com fundamento do artigo 267, III, do CPC somente por requerimento do réu (Súmula 240 STJ). Afirma remanescer o interesse processual em relação aos sucessores da ré e, caso mantida a decisão agravada, pede a devolução do valor do depósito prévio realizado.

É o relatório.

À mesa.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal PAULO FONTES (Relator):

De início, corrijo o erro material existente no dispositivo da decisão monocrática a fls. 136/139, para incluir o inciso VI do art. 267 do CPC entre aqueles nos quais o *decisum* foi fundamentado. Com efeito, apesar da menção à carência de ação na fundamentação, houve no dispositivo omissão do referido inciso VI, com a repetição indevida, no seu lugar, do inciso IV.

A decisão monocrática agravada foi proferida nos termos seguintes:

Cuida-se de ação rescisória ajuizada em 02.09.1993 pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fulcro no Art. 485, V, do CPC, em face de Josepha Santos de Lima, objetivando desconstituir sentença proferida pelo MM Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Taubaté/SP que, em autos de embargos à execução opostos pelo Instituto Autárquico (processo nº 995/88), julgou-os improcedentes, com o fundamento de que sobre a matéria posta a desate (aplicação do percentual integral de aumento do salário-mínimo para o primeiro reajuste do benefício que foi concedido à parte autora, bem como suas futuras correções pela aplicação dos percentuais de correção do salário-mínimo, com a consequente adoção, de novembro de 1979 a novembro de 1984, do salário mínimo atual e não o anterior, para efeitos de adequação das faixas salariais) já pairava a imutabilidade da coisa julgada material, não podendo ser novamente questionada em sede de embargos à execução.

O INSS requer a rescisão do julgado e o rejugamento da causa originária, sustentando violação a literal disposição de lei, na medida em que “por haver modificação de disposição legal, o quanto decidido, tanto na r. sentença do processo de conhecimento, quanto da sentença homologatória dos cálculos e suas atualizações são nulas, mesmo porque, a requerida nestes autos, já vinha recebendo o *quantum* integralmente a que fazia jus” (*sic*).

Determinada a citação da ré (fls. 36v), houve a apresentação de contestação (fls. 50). Sanado o feito a fls. 56v, foi dada oportunidade às partes para a apresentação de razões finais.

Apresentadas razões finais pela requerente (fls. 59/60) e pelo INSS (fls. 62/63), houve remessa dos autos ao Ministério Público Federal que, em parecer de fls. 67/69, opinou pela improcedência da presente ação rescisória.

A fls. 71/72, o então Relator, Des. Federal Newton De Lucca, em 09.03.2010, tomando conhecimento do falecimento da autora (em 10.02.1995 - fls. 111), mediante consulta realizada junto ao Sistema Único de Benefícios - DATAPREV (fls. 72), determinou a suspensão do processo, nos termos do art. 265, I, do CPC, para que houvesse a necessária habilitação dos sucessores processuais (*ex vi*, art. 1.055 e ss do CPC), pelo prazo de 30 dias.

Diligenciado junto ao INSS, foi determinada a citação de José Fernandes de Lima, para que ingressasse no pólo passivo da lide como sucessor da ré falecida (fls. 80).

Ultimadas as providências necessárias à indigitada citação, houve a informação nos autos de que José Fernandes de Lima havia falecido em 1996 (fls. 89 e 114).

Intimado a demonstrar eventual interesse no prosseguimento do feito, considerados os óbitos da autora e de seu dependente (fls. 117), o INSS requereu, em 16 de janeiro de 2012, a citação de Márcia Ramos de Lima, Alexandre Ramos de Lima, Natalino Ramos de Lima e André Ramos de Lima, todos netos da ré e filhos de Moacir Santos de Lima (filho da demandada, falecido em 26.05.2002) e de Leda Santos Lima (filha da requerida) (fls. 125/126).

Recebidos os autos em sucessão em 24.02.2012.

É a síntese do necessário. Decido.

A extinção do feito sem resolução de mérito é medida de rigor.

Em vista do óbito da ré, reconhecido de ofício pelo então relator deste feito, foi o INSS, em 09.03.2010, instado a adotar as medidas processuais necessárias à habilitação dos sucessores

da demandada no prazo de 30 (trinta) dias - fls. 70.

Em 22.03.2010, o Instituto Autárquico requereu a expedição de carta de ordem para a citação de José Fernandes de Lima, esposo da falecida autora e beneficiário da pensão previdenciária derivada de seu óbito (fls. 80)

Em 18.01.2011, restou noticiado pelo Sr. Oficial de Justiça que também o sucessor da requerida havia falecido (fls. 89). Instado novamente a se manifestar, a Autarquia Previdenciária requereu, em 17.02.2011, dilação de prazo. Deferido, por quinze dias (fls. 98), houve decurso de prazo para nova manifestação do INSS (fls. 100).

Em 01.06.2011, foi determinado ao autor que, em quinze dias, providenciasse a juntada aos autos das certidões de óbito da Sra. Josepha Santos de Lima (filha de Manoel de Oliveira Santos e Idalice Moraes de Oliveira, portadora da cédula de identidade RG nº 679.071-IFP-RJ) e de seu falecido cônjuge José Fernandes de Lima Filho (portador da cédula de identidade RG nº 27.261.023-9-SSP-SP e inscrito no CPF/MF sob nº 129.205.927-34), devendo ser diligenciado junto ao Cartório de Registro Civil de Taubaté/SP (fls. 101).

Em 30.06.2011, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS providenciou a juntada das certidões de óbito da ré (fls. 111) e de seu marido (fls. 114), indicando falecimentos ocorridos em 10.02.1995 e 16.10.1996, respectivamente.

Instado a demonstrar, em cinco dias, seu interesse no prosseguimento da demanda (em 21.11.2011 - fls. 117), o INSS, em 25.11.2011, requereu dilação de prazo para a realização de diligências no sentido de se obter o endereço atual dos sucessores da ré (fls. 119). Deferido o prazo suplementar de 15 (quinze) dias - fls. 123.

Em 16 de janeiro de 2012, o Instituto Autárquico requereu a citação de Márcia Ramos de Lima, Alexandre Ramos de Lima, Natalino Ramos de Lima e André Ramos de Lima, todos netos da ré e filhos de Moacir Santos de Lima (filho da demandada, falecido em 26.05.2002) e de Leda Santos Lima (filha da requerida) (fls. 125/126).

Pela análise dos elementos destes autos, verifica-se, em suma, que o INSS pugnou pela continuidade do processo em relação aos herdeiros da demandada e seu marido, ambos falecidos em 1995 e 1996, apenas após ser instigado à exaustão pelo então relator. Patente, pois, a desídia do INSS em prosseguir nesta lide.

É certo que a ausência dos documentos comprobatórios dos referidos óbitos constituem falhas suprimíveis, sendo possível a suspensão do processo para que o demandante emende a inicial apresentando os elementos autorizadores da sucessão processual (art. 265, § 1º, do CPC).

Todavia, se oferecida oportunidade ao autor para regularizar a sucessão processual e, depois disso, persistir o vício apontado configura-se caso de extinção do feito, nos termos previstos pelo art. 267, IV, do Código de Processo Civil ("ex vi legis", art. 284, parágrafo único, do CPC). Esse é o entendimento esposado nos arestos que trago à colação:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. MORTE DO RÉU. SUSPENSÃO DO PROCESSO. HABILITAÇÃO DOS SUCESSORES. INÉRCIA DO AUTOR, EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

1. Estabelece o CPC, em seu art. 1.055, que a habilitação tem lugar quando, por falecimento de qualquer das partes, os interessados houverem de suceder-lhe no processo.

2. 'In casu', restando o autor inerte por mais de trinta dias, sem promover a habilitação dos sucessores, impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito.

3. Ação rescisória extinta, sem julgamento do mérito." (grifei)

(TRF - 5ª Região - AR 755 (reg. nº 95.05.31303-9) - Pleno - rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho - julg. 27.08.1997 - DJU 10.10.1997, pág. 84258)

"PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO INICIAL DESPROVIDA. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO DE HERDEIROS. ART. 282, II DO CPC. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL. DEMANDA INVALIDAMENTE FORMULADA. ART. 267, I E IV DO CPC. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

I. De acordo com o art. 282, II do CPC, é requisito essencial da petição inicial a delimitação e qualificação do autor e do réu.

II. Nos termos do art. 267, I e IV o processo poderá ser extinto quando o juiz indeferir a petição inicial e quando se verificar a ausência de pressupostos que venham a desenvolver regularmente e validamente o processo.

III. A análise de pressupostos processuais, por serem matéria de ordem pública, pode ser realizada de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

IV. Hipótese na qual foi requerido ao demandante que providenciasse a habilitação dos herdeiros do executado falecido sem sucesso, depois de inúmeras suspensões e concessões de prazo, num total final de 04 meses. A não mais existir a individualização precisa e correta dos sucessores, torna-se a Fazenda Nacional carecedora de ação.

V. Apelação improvida.” (grifei)

(TRF - 5ª Região - AC 456097 (reg. nº 2005.83.03.000812-6) - Quarta Turma - rel. Des. Federal Marco Bruno Miranda Clementino Garcia Vieira - julg. 11.11.2008 - DJU 02.12.2008) Assim, considerando que não houve o aproveitamento da oportunidade para sanar a falha apontada, sendo a mesma postergada à exaustão e após determinações diretas efetivadas pelo Órgão Julgador, forçoso é reconhecer a necessidade de ser indeferida a exordial, por estar ausente pressuposto necessário ao desenvolvimento válido e regular do processo, essencial para a formação da nova relação processual e, conseqüentemente, para a prolação de decisão definitiva, mesmo porque, no caso dos autos, falecidos a autora do processo subjacente (em 1995) e seu marido (em 1996), apenas netos e uma filha estariam aptos a responderem os termos desta ação rescisória.

No entanto, os efeitos patrimoniais desta demanda não os alcançariam, na medida em que os benefícios percebidos por seus ascendentes cessaram por ocasião de seus óbitos ocorridos em 1995 e 1996, respectivamente. Para que os alcançassem, necessário seria comprovar a transmissão de patrimônio da requerida original para tais descendentes, seus netos, pois curial que os herdeiros somente respondem por dívidas do *de cujus* no montante do que efetivamente tenham auferido na herança; a autarquia não produziu o menor elemento de prova a esse respeito.

Ante o exposto, julgo extinta a ação, sem julgamento de mérito, com fundamento nos arts. 43, 267, inciso III, IV e IV, 284, parágrafo único, e 490, inciso I, todos do Código de Processo Civil. Esclareço que não foi realizado o depósito prévio do art. 488, II, do Código de Processo Civil, em face da dicção da Súmula nº 175, do E. STJ. Descabida a condenação em honorários, por força do que dispõe o art. 22, do CPC.

Quanto à legitimidade dos sucessores da parte ré para figurar no polo passivo de ação rescisória visando à desconstituição de julgado sobre concessão e/ou revisão de benefício previdenciário, merece maiores considerações.

A legitimidade seria certa em caso de transmissão do benefício, ou seja, naqueles casos em que os sucessores estivessem percebendo pensão por morte derivada do benefício, que reproduzisse o desacerto da decisão rescindenda, estando, p. ex., indevidamente majorada. Também se vislumbraria a legitimidade caso a execução do julgado ainda estivesse em curso ou com precatório pendente de pagamento.

Afora essas hipóteses, só existiria a legitimidade passiva caso se conjugassem duas condições: 1) a transmissão efetiva de patrimônio para os herdeiros e 2) que os valores eventualmente transmitidos tenham sido percebidos com má-fé pelo segurado falecido. Explica-se.

A primeira condição deriva dos arts. 1.792 do Código Civil e art. 597 do Código de Processo Civil, segundo os quais os sucessores respondem pelas dívidas do falecido somente por encargos inferiores às forças da herança e na proporção da parte que lhes couber. A segunda condição, por sua vez, advém da pacífica jurisprudência de que os valores percebidos em razão

de decisão judicial, mormente transitada em julgado, reputam-se obtidos de boa-fé e, levando-se em conta ainda o seu caráter alimentar, são irrepetíveis. Senão, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO A MAIOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE PELO SEGURADO AO INSS. ART. 115 DA LEI 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE. BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. (...)

3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. COBRANÇA DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. CARÁTER ALIMENTAR DAS PRESTAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. 1. *Esta Corte vem se manifestando no sentido da impossibilidade de repetição dos valores recebidos de boa-fé pelo segurado, dado o caráter alimentar das prestações previdenciárias, sendo relativizadas as normas dos arts. 115, II, da Lei nº 8.213/91, e 154, § 3º, do Decreto nº 3.048/99.* 2. *Hipótese em que, diante do princípio da irrepetibilidade ou da não-devolução dos alimentos, deve ser afastada a cobrança dos valores recebidos indevidamente pelo segurado, a título de aposentadoria por tempo de contribuição.*” (grifei)

4. Agravo regimental desprovido.

(STF, AI-AgR 849529, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14/02/2012, por maioria)

AÇÃO RESCISÓRIA. PENSÃO POR MORTE. COTA FAMILIAR. MAJORAÇÃO. LEIS NºS 8.213/91 e 9.032/95. LEI NOVA MAIS BENÉFICA. INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, INCISO XXXVI, E 195, § 5º, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 75 DA LEI Nº 8.213/91. POSICIONAMENTO DO C. PRETÓRIO EXCELSO SOBRE A MATÉRIA. NOVO POSICIONAMENTO DA E. TERCEIRA SEÇÃO. SÚMULA Nº 343 DO C. STF. AFASTADA. PEDIDO RESCISÓRIO PROCEDENTE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DA EXECUÇÃO DO JULGADO RESCINDENDO. PEDIDO DENEGADO.

I - A e. Terceira Seção desta Corte, seguindo posição adotada pelo c. Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários de nºs 415.454/SC e 416.827/SC, alterou seu entendimento sobre a matéria dos autos, relacionada à possibilidade de incidência de lei nova mais benéfica sobre o cálculo de benefício de pensão por morte em manutenção (Precedente: EREsp nº 665.909/SP, Terceira Seção, Rel. Des. Conv. Jane Silva, DJe de 27/5/2008).

II - Novo posicionamento adotado no sentido da impossibilidade de incidência da lei nova mais benéfica. Entendimento em contrário ensejador de violação aos arts. 5º, inciso XXXVI, e 195, § 5º, ambos da Constituição Federal, conforme juízo prolatado pelo c. Pretório Excelso.

III - Havendo pronunciamento do c. Supremo Tribunal Federal sobre a matéria dos autos, dando ao art. 75 da Lei nº 8.213/91 interpretação compatível com a Constituição Federal, afasta-se o óbice da Súmula nº 343/STF.

IV - *Por força do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, não é cabível a restituição de valores recebidos à título de benefício previdenciário em cumprimento a decisão judicial posteriormente rescindida.* Pedido rescisório procedente. (grifei)

(STJ, AR 4185, Rel. Min. Felix Fischer, j. 28/04/2010, v.u., DJE 24/09/2010)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL. BOA-FÉ DO SEGURADO. CARÁTER ALIMENTAR. IRREPETÍVEL. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Não procede a insurgência da parte agravante.

II - *Demonstrada a boa-fé do segurado, não são passíveis de devolução os valores recebidos a título de benefício previdenciário, por ocasião de tutela antecipatória de mérito.* (grifei)

III - O disposto no art. 475-O, II, do CPC, que possibilita nos mesmos autos a liquidação de eventuais prejuízos decorrentes de execução provisória, tornados sem efeito em face de acór-

dão que modifique ou anule a sentença objeto de execução, tem aplicação mitigada nos feitos previdenciários, cujos valores destinam-se à própria sobrevivência do segurado, circunstância que o reveste de nítido caráter alimentar, impedindo sua repetição.

IV - *Conquanto haja previsão legal de reembolso dos valores indevidamente pagos pelo INSS, conforme disposto no art. 115, inc. II, da Lei nº 8.213/91, há que se considerar, no caso dos autos, além do caráter alimentar da prestação e da boa-fé da segurada, cujo benefício restou auferido em decorrência de decisão judicial, que, cessado o pagamento dos valores, não há possibilidade de descontos.* (grifei)

V - Não há falar-se em violação aos arts. 115 da Lei nº 8.213/91, e 273, § 2º, 475-O e 811 do CPC, uma vez que a decisão agravada apenas deu ao texto desses dispositivos interpretação diversa da pretendida pelo INSS, privilegiando o princípio da irrepetibilidade dos alimentos previdenciários recebidos de boa-fé.

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

VII - 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 à parte.

VIII - Não merece reparos a decisão recorrida, que deve ser mantida, porque calcada em precedentes desta E. Corte e do C. Superior Tribunal de Justiça.

IX - Agravo improvido.

(TRF3, AC 1652533, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, j. 07/05/2012, v.u., e-DJF3 18/05/2012)

Assim, com relação à primeira condição (transmissão de patrimônio), caberia ao INSS demonstrar a sua ocorrência, podendo-se cogitar, no entanto, de que sua comprovação fosse realizada durante a instrução do feito.

Contudo, quanto ao segundo requisito, não há qualquer alegação de que tenha havido má-fé por parte do segurado, que foi beneficiário de decisão judicial transitada em julgado, sendo aplicável à espécie o entendimento albergado pela citada jurisprudência. Se o segurado não tinha o dever de restituir, não tendo, portanto, dívida com a Previdência, não há o que cobrar de seus sucessores.

O último aspecto pode ser visto também sob o prisma do interesse processual. Carece de utilidade a propositura ou prosseguimento da rescisória contra os sucessores, pois ao final não resultará em qualquer vantagem para o Instituto.

Totalmente inaplicável à espécie o art. 112 da Lei de Benefícios. Trata-se ali dos sucessores habilitados a receber valores não pagos em vida ao segurado, cogitando-se, portanto, em termos processuais, de sua legitimidade ativa para a propositura de qualquer demanda e nunca de sua legitimidade passiva, que somente se verificaria nos casos apontados acima.

Nesse sentido já decidiu a C. Terceira Seção do E. TRF da 4ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA VIÚVA DO AUTOR DA AÇÃO. Não se pode presumir que, pelo fato de a viúva poder substituir o marido falecido no pólo ativo da ação, recebendo seus haveres, resta ela também legitimada para figurar no pólo passivo da ação rescisória da sentença. A viúva, ainda que seja dependente e, eventualmente, detentora de pensão por morte, não é herdeira necessária, nos

termos da lei civil. Assim, deveria o autor propor a ação contra o espólio ou contra a sucessão do *de cujus*. No presente caso, não houve a substituição processual do *de cujus* pela viúva na ação revisional. Não houve também, por parte do autor, qualquer construção no sentido de implicar a viúva em razão de ter sido beneficiada pela sentença. Não se sabe, ao menos, se é ela detentora do benefício de pensão por morte que pudesse ter sido majorado em razão da sentença rescindenda.

(AR nº 1999.04.01.014983-8, Relator Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 12/09/2001, v.u., DJ 03/10/2001, p. 588).

A habilitação de sucessores no pólo passivo de ações rescisórias deve ser feita com atenção aos aspectos indicados, sob pena de movimentação custosa e indevida da máquina judiciária e, mais, da própria esfera administrativa, com o esforço ingente por vezes demonstrado pela autarquia em localizar e identificar filhos, netos e seus consortes, sem qualquer utilidade, como asseverado.

Destarte, pelos fundamentos acima expostos, mantenho a decisão de extinção da ação, sem julgamento de mérito, com fundamento nos artigos 43, 267, *incisos III, IV e VI*, 284, parágrafo único, e 490, inciso I, todos do Código de Processo Civil.

No entanto, razão assiste ao INSS no tocante à pretendida restituição do depósito inicial, pois, ao contrário do afirmado no *decisum* agravado, consta a fls. 39 a respectiva guia de depósito, de tal forma que cabível sua devolução na hipótese de extinção do processo sem que tenha havido pronunciamento unânime do colegiado em seu desfavor, nos termos da orientação jurisprudencial consolidada nos Tribunais Superiores:

AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO RESCISÓRIA - 1) DEPÓSITO INICIAL - DESTINAÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO POR DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA APÓS A CONTESTAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO COLEGIADO UNÂNIME - LEVANTAMENTO PELO AUTOR, ANTE A ORIENTAÇÃO DO STJ E DO STF DE EXIGÊNCIA DE JULGAMENTO COLEGIADO UNÂNIME PARA A PERDA DO DEPÓSITO EM FAVOR DO RÉU - EXISTÊNCIA DE CONTESTAÇÃO QUE NÃO INTERFERE NO DESTINO DO DEPÓSITO, MAS APENAS NORTEIA A SUCUMBÊNCIA; 2) SUCUMBÊNCIA - EXISTÊNCIA DE NUMERÁRIO DEPOSITADO NOS AUTOS - LEVANTAMENTO DO VALOR DA SUCUMBÊNCIA, INCLUSIVE HONORÁRIOS, DESCONTANDO-SE DO VALOR DEPOSITADO; 3) DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Na ação rescisória, a perda do depósito inicial em favor do réu depende de existência de julgamento colegiado unânime em seu desfavor, ante os expressos termos da lei e a orientação firmada pelo STF e o STJ, e não importando o fato de ter havido contestação.

II. No caso, a ação rescisória foi julgada extinta, após contestação, mas por decisão monocrática transitada em julgado, de modo que não ocorreu julgamento colegiado unânime, razão pela qual deve o autor recobrar o valor do depósito garantidor da multa (CPC, art. 488, II).

III. O valor da sucumbência, com seus acréscimos, a cargo da autora, deve ser retirado do valor do depósito inicial.

IV. Deve ser deferido o levantamento do valor da sucumbência pela ré, após a intimação e decurso de prazos recursais, informando a ré, nestes autos, qual o montante efetivamente levantado, determinando-se, ainda que, realizados o levantamento e a informação, pela ré, do valor efetivamente levantado, seja a autora, por normal publicação a seus E. Procuradores, intimada do valor levantado, para que possa ela, a autora, no que faltar, cumprir a sentença, independentemente de mais intimações, realizando os necessários cálculos, nos termos do art. 475-J, do Cód. de Proc. Civil, e incidindo, no caso de não cumprimento em 15 dias, a multa

de 10% prevista em referido dispositivo legal.

V. O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgamento agravado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

IV. Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg na AR 4082/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/06/2010, DJe 01/02/2011)

Ante o exposto, corrijo o erro material no dispositivo do julgado monocrático, para fazer a correta menção ao inciso VI do art. 267 do CPC e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo regimental, apenas para determinar a devolução do valor do depósito prévio realizado pelo INSS.

É como VOTO.

Desembargador Federal PAULO FONTES - Relator

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL

0000245-08.1999.4.03.6117

(1999.61.17.000245-4)

Agravante: ANTONIO BOLSONARO

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 453/456

Apelantes: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS E ANTONIO BOLSONARO

Apelados: OS MESMOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE JAÚ - SP

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO CARLOS FRANCISCO

Classe do Processo: AC 969958

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/11/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO C. STJ E DESTA CORTE. JUROS DE MORA. PERÍODO DE INCIDÊNCIA. EC Nº 30/2000. PARÁGRAFO 1º DO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

- 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.

- 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.

- O pagamento dos débitos fazendários decorrentes de sentença transitada em julgado obedece à sistemática própria, de cunho constitucional (art. 100 e respectivos parágrafos, da Constituição Federal), fazendo-se exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios, ressalvados os créditos de natureza alimentícia e as obrigações definidas em lei como de pequeno valor, em relação aos quais, o texto constitucional contém regramento específico. Prevê, em especial, o § 1º do referido artigo, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 30/2002, que os débitos fazendários constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho devem ser pagos até o final do exercício seguinte, quando haverá a atualização monetária dos mesmos.

- A orientação jurisprudencial caminha no sentido de ser certa a não incidência de juros durante o período da expedição da requisição do precatório até sua liquidação tempestiva, 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.”

- O Supremo Tribunal Federal resolveu questão de ordem, suscitada pela Ministra Ellen Gracie, nos autos do Recurso Extraordinário 579.431/RS, no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral, e denegar a distribuição dos demais processos que versem sobre a matéria, ratificando o entendimento firmado pelo Tribunal sobre o tema, o qual reconhece a inexistência de mora durante o período compreendido entre

a data do cálculo de liquidação e a data da expedição da requisição de pequeno valor ou do precatório.
- Recurso 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, 12 de novembro de 2012.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator): Trata-se de agravo interposto por particular com fulcro no art. 557 do CPC, em face da decisão monocrática, que, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de processo Civil, *rejeitou a preliminar arguida, e no mérito, deu parcial provimento à remessa oficial, dada por submetida, e ao recurso de apelo da parte autora e do INSS*, reconhecendo o direito do autor à revisão de seu benefício por tempo de serviço.

Pleiteia a parte autora o provimento de seu recurso, para que prevaleça a tese de que os juros de mora de 1% ao mês, devem ser calculados até a efetiva liquidação do débito.

É o relatório.

Apresento o feito em mesa para julgamento.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO (Relator): Inicialmente, deixo anotado ser assente a orientação pretoriana, reiteradamente expressa em julgados desta C. Corte Regional, no sentido de que o órgão colegiado não deve modificar a decisão do Relator, salvo na hipótese em que a decisão impugnada não estiver devidamente fundamentada, ou padecer de vícios da ilegalidade e abuso de poder, ou for passível de resultar lesão irreparável ou de difícil reparação à parte sucumbente. Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL - RECURSO PREVISTO NO § 1º DO ARTIGO 557 DO CPC - AUSÊNCIA DE TRASLADO DA DECISÃO AGRAVADA E A RESPECTIVA CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO, OU EQUIVALENTE - PEÇAS OBRIGATÓRIAS - INSTRUÇÃO DEFICIENTE - INTIMAÇÃO PARA REGULARIZAÇÃO - DESCABIMENTO - LEI 9139/95 - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO IMPROVIDO.

1. A ausência do traslado da decisão agravada e da respectiva certidão de intimação, ou equivalente, inviabiliza o conhecimento do agravo de instrumento.
2. Na atual sistemática do agravo, introduzido pela Lei 9.139/95, cumpre a parte instruir o recurso com as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do recurso, não dispondo

o órgão julgador da faculdade ou disponibilidade de determinar a sua regularização.

3. *Consoante entendimento consolidado nesta E. Corte de Justiça, em sede de agravo previsto no art. 557 parágrafo 1º do CPC, não deve o órgão colegiado modificar a decisão do relator quando bem fundamentada, e ausentes qualquer ilegalidade ou abuso de poder.*

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

5. Recurso improvido.

(TRF - 3ª Região - Agravo de Instrumento - 138392 (200103000278442/SP) - Quinta Turma - rel: Des. Fed. Ramza Tartuce - julg.: 26/11/2002 - DJU 11/02/2003, pág. 269)

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

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

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RELATOR. POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CPC. REDAÇÃO DA LEI 9.756/98. INTUITO. DESOBSTRUÇÃO DE PAUTAS DOS TRIBUNAIS. MENOR SOB GUARDA. PARÁGRAFO 2º, ART. 16 DA LEI 8.231/91. EQUIPARAÇÃO À FILHO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 9.528/97. ROL DE DEPENDÊNCIA. EXCLUSÃO. PROTEÇÃO A MENOR. ART. 33, PARÁGRAFO 3º DA LEI 8.069/90. ECA. GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

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

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

(...)

(STJ - Superior Tribunal de Justiça - AgREsp - Agravo Regimental no Recurso Especial - 727716 (reg.: 200500289523/CE) - Quinta Turma - Rel. Gilson Dipp - julg. 19.04.2005 - DJU 16.05.2005, pág. 142)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE.

(...)

3. Decisão monocrática, nos termos do art. 557, do CPC. Atribuição que não configura violação do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF - AgRg em RE; processo: 291776/DF; Relator: GILMAR MENDES; DJ: 04-10-2002 pág.: 00127)

Quanto ao mérito, propriamente dito, entendo que a r. decisão agravada deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. A Corte Especial do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.143.677-RS, representativo da controvérsia, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 4/2/2010, ratificou o posicionamento já consolidado naquele Tribunal, no sentido da não incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento do Precatório/Requisição de Pequeno Valor (RPV). Confira-se:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. DIREITO FINANCEIRO. REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A DATA DA ELABORAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO E O EFETIVO PAGAMENTO DA RPV. JUROS DE MORA. DESCABIMENTO. SÚMULA VINCULANTE 17/STF. APLICAÇÃO ANALÓGICA. *CORREÇÃO MONETÁRIA*. CABIMENTO. TAXA SELIC. INAPLICABILIDADE. IPCA-E. APLICAÇÃO.

1. A *Requisição* de pagamento de obrigações de *Pequeno Valor* (RPV) não se submete à ordem cronológica de apresentação dos *precatórios* (artigo 100, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), inexistindo diferenciação ontológica, contudo, no que concerne à incidência de juros de mora, por ostentarem a mesma natureza jurídica de modalidade de pagamento de condenações suportadas pela Fazenda Pública (Precedente do Supremo Tribunal Federal: AI 618.770 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12.02.2008, DJe-041 DIVULG 06.03.2008 PUBLIC 07.03.2008).

2. A Lei 10.259/2001 determina que, para os efeitos do § 3º, do artigo 100, da CRFB/88, as obrigações de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, compreendem aquelas que alcancem a quantia máxima de 60 (sessenta) salários mínimos (§ 1º, do artigo 17, c/c o *caput*, do artigo 3º, da Lei 10.259/2001).

3. O prazo para pagamento de quantia certa encartada na sentença judicial transitada em julgado, mediante a Requisição de Pequeno Valor, é de 60 (sessenta) dias contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, sendo certo que, desatendida a requisição judicial, o Juiz determinará o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão (artigo 17, *caput* e § 2º, da Lei 10.259/2001).

4. A Excelsa Corte, em 29.10.2009, aprovou a *Súmula Vinculante 17*, que cristalizou o entendimento jurisprudencial retratado no seguinte verbete:

“Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, *não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.*”

5. Conseqüentemente, *os juros moratórios não incidem entre a data da elaboração da conta de liquidação e o efetivo pagamento do precatório*, desde que satisfeito o débito no prazo constitucional para seu cumprimento (RE 298.616, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 31.10.2002, DJ 03.10.2003; AI 492.779 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 13.12.2005, DJ 03.03.2006; e RE 496.703 ED, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 02.09.2008, DJe-206 DIVULG 30.10.2008 PUBLIC 31.10.2008), *exegese aplicável à Requisição de Pequeno Valor, por força da princípio hermenêutico ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio* (RE 565.046 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 18.03.2008, DJe-070 DIVULG 17.04.2008 PUBLIC 18.04.2008; e AI 618.770 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 12.02.2008, DJe-041 DIVULG 06.03.2008 PUBLIC 07.03.2008).

6. A hodierna jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal, pugna pela *não incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor - RPV* (AgRg no REsp 1.116229/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06.10.2009, DJe 16.11.2009; AgRg no REsp 1.135.387/PR, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 29.09.2009, DJe 19.10.2009; REsp 771.624/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16.06.2009,

DJe 25.06.2009; EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 941.933/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14.05.2009, DJe 03.08.2009; AgRg no Ag 750.465/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 18.05.2009; e REsp 955.177/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14.10.2008, DJe 07.11.2008).

7. A *correção monetária* plena, por seu turno, é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita.

8. Destarte, *incide correção monetária no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da RPV*, ressalvada a observância dos critérios de atualização porventura fixados na sentença de liquidação, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, encartado na proibição de ofensa à coisa julgada (*Mutatis mutandis*, precedentes do STJ: EREsp 674.324/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 24.10.2007, DJ 26.11.2007; AgRg no REsp 839.066/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03.03.2009, DJe 24.03.2009; EDcl no REsp 720.860/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 28.05.2007; EDcl no REsp 675.479/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 01.02.2007; e REsp 142.978/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04.12.2003, DJ 29.03.2004).

9. Entrementes, ainda que a conta de liquidação tenha sido realizada em período em que aplicável a Taxa Selic como índice de *correção monetária* do indébito tributário, impõe-se seu afastamento, uma vez que a aludida taxa se decompõe em taxa de inflação do período considerado e *taxa de juros reais*, cuja incompatibilidade, na hipótese, decorre da não incidência de juros moratórios entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento, no prazo legal, da requisição de pequeno valor - RPV.

10. Consectariamente, o índice de correção monetária aplicável aos valores constantes da RPV, quando a conta de liquidação for realizada no período em que vigente a Taxa Selic, é o IPCA-E/IBGE (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial), à luz do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução 242/2001 (revogada pela Resolução 561/2007).

11. A vedação de expedição de precatório complementar ou suplementar do *valor pago mediante Requisição de Pequeno Valor* tem por escopo coibir o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, por RPV e, em parte, por precatório (artigo 100, § 4º, da CRFB/88, repetido pelo artigo 17, § 3º, da Lei 10.259/2001), o que não impede a expedição de requisição de pequeno valor complementar para pagamento da *correção monetária* devida entre a data da elaboração dos cálculos e a efetiva satisfação da obrigação pecuniária.

12. O Supremo Tribunal Federal, em 13.03.2008, reconheceu a repercussão geral do *Recurso Extraordinário 579.431/RS*, cujo *thema iudicandum* restou assim identificado:

“Precatório. Juros de mora. Incidência no período compreendido entre a data da feitura do cálculo e a data da expedição da requisição de pequeno valor.”

13. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como cediço, não tem o condão, *em regra*, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

14. É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual *recurso extraordinário*, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009,

DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

15. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do *thema iudicandum*, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

16. Recurso especial parcialmente provido, para declarar a incidência de *correção monetária*, pelo IPCA-E, no período compreendido entre a elaboração dos cálculos e o efetivo pagamento da requisição de pequeno valor - RPV, julgando-se prejudicados os embargos de declaração opostos pela recorrente contra a decisão que submeteu o recurso ao rito do artigo 543-C, do CPC. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Nesse mesmo sentido, orientação já firmada por esta E. Sétima Turma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. SALDO REMANESCENTE. JUROS DE MORA. PERÍODO DE INCIDÊNCIA. EC Nº 30/2000. PARÁGRAFO 1º DO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A Emenda Constitucional nº 30/2000 imprimiu nova redação ao § 1º do art. 100, estabelecendo que os precatórios, apresentados até 1º de julho, devem ser pagos até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

2. Assim, conclui-se que, por vontade do legislador ao definir a atualização como sendo puramente monetária, não são devidos juros de mora para tais casos.

3. Pela redação dada ao § 1º do artigo 100 da CF, a não-incidência de juros de mora, em face da determinação de atualização puramente monetária, deve ater-se ao período compreendido entre 1º de julho, data da inclusão da verba necessária ao pagamento dos débitos no orçamento e a data máxima estipulada pela Constituição Federal para a efetivação de tal pagamento, ou seja, o final do exercício seguinte.

4. Em se tratando de pagamento extemporâneo, ou quando verificada a insuficiência do depósito, o INSS passa a incorrer em mora relativamente ao saldo remanescente. Portanto, perfeitamente cabível a incidência de juros moratórios, exclusivamente quanto ao saldo remanescente, a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao que o crédito deveria ser pago, até a data da apuração deste saldo.

5. Agravo parcialmente provido.

(TRF3, AG: 191138/SP, SÉTIMA TURMA, Data da decisão: 14/6/2004, por maioria, Fonte DJ Data:28/7/2004, página: 288, Relator Des. Fed. WALTER AMARAL)

Este entendimento advém da circunstância de o art. 100, § 1º, da Constituição da República, de 05.10.1988, prever prazo para o pagamento de precatórios judiciais, determinando que a satisfação daqueles apresentados até 1º de julho deverá ocorrer até o final do exercício seguinte ao da sua inclusão no orçamento das entidades de direito público.

Havendo, por parte da Fazenda Pública, o cumprimento do lapso constitucional, para pagamento de precatórios (mês de dezembro do ano subsequente ao da apresentação), os juros moratórios são indevidos. O atendimento ao interregno constitucional ultrapassa a esfera de atuação da autarquia, a qual não detém controle a respeito. Assim, descabido penalizá-la, com a condenação de juros, relativamente à mora que não deu causa.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado, oriundo do C. Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO E A DO EFETIVO PAGAMENTO. CF, ART. 100, § 1º (REDAÇÃO ANTERIOR À EC 30/2000).

Hipótese em que não incidem juros moratórios, por falta de expressa previsão no texto constitucional e ante a constatação de que, ao observar o prazo ali estabelecido, a entidade de direito público não pode ser tida por inadimplente. Orientação, ademais, já assentada pela Corte no exame da norma contida no art. 33. ADCT. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE: 305.186-5SP, PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 17/09/2002, por unanimidade, Fonte DJ Data: 18/10/2002, página: 49, Relator Ministro ILMAR GALVÃO)

Da mesma forma, não recaem juros moratórios, entre as datas da conta e da inclusão na proposta orçamentária.

A propósito, confira-se o seguinte julgado:

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

(STF, AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 492.779-1/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 13/12/2005, v. u., DJ 03/3/2006, p. 76)

O Supremo Tribunal Federal resolveu questão de ordem, suscitada pela Ministra Ellen Gracie, nos autos do Recurso Extraordinário 579.431/RS, no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral, e denegar a distribuição dos demais processos que versem sobre a matéria, ratificando o entendimento firmado pelo Tribunal sobre o tema, o qual reconhece a inexistência de mora durante o período compreendido entre a data do cálculo de liquidação e a data da expedição da requisição de pequeno valor ou do precatório.

A despeito de meus entendimentos pessoais relativos à matéria, curvo-me à jurisprudência em favor da pacificação dos litígios e da unificação do direito, ao mesmo tempo em que reconheço a obrigatoriedade quanto ao cumprimento da Súmula Vinculante 17, do E. STF.

Ressalto, assim, que a correção do valor requisitado por Precatório, obedece sistemática própria, estabelecida pelas Resoluções nº 242/01 e 258/02 do CJF, devendo seguir os índices constantes da *Tabela de Atualização dos Precatórios do Tesouro Nacional*, elaborada pela Contadoria desta E. Corte, confeccionada nos termos das Portarias nºs 72/2000, 40/2001, 79/2002, 32/2003 do CJF e Provimento nº 52, de 04/05/2004, da Corregedoria Geral da 3ª Região.

Desta forma a fixação dos consectários segue jurisprudência pacificada por esta Corte conforme se verifica no trecho da decisão *in verbis*:

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.

Desta narrativa, extrai-se que o valor deprecado sempre sofre atualização monetária por ocasião do seu pagamento.

Por essas razões, *nego provimento ao agravo legal*.

É o voto.

Juiz Federal Convocado CARLOS FRANCISCO - Relator

- Sobre a Súmula Vinculante nº 17, veja também os seguintes julgados: Ag AC 0053906-75.2008.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado na RTRF3R 102/220 e Ag AC 0071112-83.2000.4.03.9999/SP, Relator Juiz Federal Convocado Nino Toldo, publicado na RTRF3R 104/99.

APELAÇÃO CÍVEL
0075611-47.1999.4.03.9999
(1999.03.99.075611-1)

Apelantes: MARIA ORNITA DA CONCEIÇÃO E OUTROS
Apelado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE JAÚ - SP
Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA
Classe do Processo: AC 518529
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/10/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. MULTA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Os advogados da parte embargada incorreram em litigância de má-fé, por terem omitido os pagamentos realizados pelo INSS no âmbito administrativo e em razão de outros feitos, como confessado, com o intuito de tumultuar o processo e induzir o Magistrado a erro, com risco de prejuízo ao Erário, em valor de grande monta, sobretudo considerada a natureza do benefício controvertido. Patenteada a inverdade, no intuito de lograr benefício ao arrepio da legislação e do *decisum*, por sua particular função, merecem ser punidos, nos termos da legislação (artigos 14, I e II; 17, I e II, e 18, *caput* e § 2º, do CPC).
- Afinal, o dever de lealdade processual refere-se não apenas às partes, mas também alcança seus procuradores, conforme comando expresso no artigo 14 do Código de Processo Civil. Essa responsabilidade somente é afastada quando exercem a atividade nos limites da ética.
- No caso, tendo sido apurado o valor de R\$ 568.818,51, atualizado para junho de 1995, razão dos embargos opostos pelo INSS, esse montante deverá ser parâmetro para a condenação por litigância de má-fé, ora fixado no patamar de 1% (um por cento), em conformidade com o artigo 18, *caput*, do CPC, traduzindo-se no valor de R\$ 5.688,18 (junho de 1995).
- Recurso parcialmente provido, apenas para reduzir o valor da multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Nona Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, rejeitar a matéria preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 01 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Trata-se de apelação interposta pela parte embargada em face da sentença de fls. 491/505, que julgou procedentes estes embargos e reconheceu a nulidade da execução (inciso I do art. 618 do CPC), ressalvada a possibilidade de a parte propor nova execução, nos limites delineados na sentença. Condenou os patronos dos embargados, a título de perdas e danos por litigância de má-fé, ao pagamento de R\$ 50.000,00, corrigido a partir da data em que prolatada (6/5/98), e de honorários periciais no valor de R\$ 240,00. Por força da gratuidade de justiça, não houve condenação em honorários advocatícios.

Preliminarmente, requer a nulidade da decisão recorrida, porque *ultra* ou *extra petita* ao apreciar matérias não ventiladas pelo embargante, afrontando o princípio do contraditório e da ampla defesa, além de a litigância de má-fé macular a condenação, sem que essa conduta possa ser imputada ao advogado, pois os artigos 17 e 18 do CPC referem-se às partes litigantes. Argumenta que o excesso da execução não enseja sua nulidade, mas sua adequação ao valor entendido devido.

No mérito, sustenta, em síntese, não ter sido demonstrado que os cálculos dos credores extrapolaram o título judicial, mormente a inclusão dos expurgos inflacionários nele deferida, bem como haver outras demandas com objetos diversos desta, versando acerca da correção monetária em razão de pagamento em atraso sem atualização, além do fato de alguns dos autores terem ajuizado, também, ação atinente ao artigo 58 do ADCT. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Às fls. 583 e 585, a parte embargada requer seja encaminhada, aos mesmos destinatários da cópia da sentença, cópia do recurso de apelação de fls. 517/548 e da petição de fl. 516 (pedido de expedição de Certidão de Objeto e Pé, para instruir queixa-crime e ação civil de reparação de danos morais em relação ao Magistrado prolator da sentença).

A parte embargada juntou cópia da decisão desta Corte que deu provimento ao agravo de instrumento por ela interposto, sob o entendimento de ser aplicável a sistemática processual instituída pela nova redação do artigo 604 do CPC, julgando descabida a remessa dos autos ao contador judicial (fls. 587/591).

Contrarrazões do INSS às fls. 593/597.

As petições de fls. 583 e 585 foram reiteradas à fl. 599 - item “b”, para requerer que, no caso de indeferimento, seja manifestada, de forma específica, a afronta ao artigo 125, inciso I, do CPC e ao inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, com vistas ao prequestionamento em recursos especial e extraordinário, cuja não apreciação gerou embargos declaratórios, não conhecidos (fls. 603 e 606).

Subiram os autos a esta Corte.

Manifestação do INSS de fls. 616/618, na qual pugna pela manutenção da sentença recorrida e assevera ser indevida a incorporação dos expurgos inflacionários ao salário mínimo, o qual já contempla índice inflacionário.

É o Relatório.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal DALDICE SANTANA (Relatora): Diante da cessação dos benefícios por óbito dos autores arrolados na decisão de fls. 619/619v. (extratos de fls. 620/624), o patrono da parte autora, devidamente intimado para promover a regularização processual, noticiou a impossibilidade de localização dos herdeiros dos apelantes, o que motivou a extinção do feito para os coautores Lídia de Arruda Lelis Belíssimo, Pedro Afonso Ortega Neto, José Fernandes de Oliveira, Emília Caprioti Cano, Geraldo Martins Paiva, Benedita Cosmo de Souza, Maria Luiza de Jesus, Erasto Souza de Jesus e Mariano Ardeu (fls. 637/638), com certificação de decurso de prazo em 20/3/2012.

Assim, dos 21 (vinte e um) autores que intentaram esta demanda, remanesçam apenas 12 (doze).

Contudo, observo do documento INFORMAÇÕES DO BENEFÍCIO - INFBEN, que, dos autores remanescentes, Maria Ornita da Conceição, Maria Aparecida de Faria Mesquita, Maria Lopes e José Lopes Paula, também, tiveram seus benefícios cessados no curso da demanda, não tendo o patrono da parte requerido sua habilitação.

Esse vício processual - em virtude do longo tempo de tramitação do processo no Judiciário, bem como da existência de outros litisconsortes cuja relação processual encontra-se apta ao julgamento - não constitui óbice à apreciação do apelo, por ser cabível a aplicação supletiva do artigo 296 do Regimento Interno desta E. Corte, que dispõe: “a parte que não se habilitar perante o Tribunal poderá fazê-lo na instância inferior”.

Assim, submeto ao MM. Juízo da execução a regularização da habilitação dos sucessores, se for o caso.

Superada essa questão processual, passo à análise das questões em apelação; por primeiro, as matérias postas em preliminar.

É sabido que o sistema processual é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas e à luz do princípio *pas des nullité sans grief*, consagrado em diversos precedentes do E. STJ. Assim, somente a inutilidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS. ART. 25 DA LEI 6.830/80. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. NULIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. 1. “A declaração da nulidade dos atos processuais depende da demonstração da existência de prejuízo à parte interessada, conforme dispõe o art. 249, § 1º, do CPC, *in verbis*: ‘O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte’. Assim, não há nulidade se não estiver demonstrado o prejuízo. É o que sintetiza o princípio *pas de nullité sans grief*.” (REsp 725.984/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda turma, DJ 22/09/2006). 2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag 798826/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 15/02/2007, DJ 19/12/2007, p. 1206)

Assim, a preliminar de nulidade da sentença, por ter como pressuposto a constatação de prejuízo à parte, confunde-se com o mérito do recurso, e com ele será analisada, o que também aproveita a condenação dos advogados da parte autora por litigância de má-fé, por

exigir o reexame do conjunto fático-probatório constante nos autos.

Desse modo, passo à análise do mérito do recurso.

Persiste, nestes embargos, a discussão sobre a exata extensão do título executivo, mormente quanto à inclusão dos expurgos inflacionários no reajustamento dos benefícios dos autores, bem como quanto ao termo final de incidência do artigo 58 do ADCT.

Em Primeira Instância, o Juízo *a quo*, de acordo com o pedido deduzido na inicial, condenou o INSS “ao pagamento das diferenças que resultarem dos cálculos das parcelas dos benefícios, relativas ao mês de junho/89, com a utilização do salário mínimo (PNS) de NCz\$ 120,00 e não os NCz\$ 81,40, pagando os décimo terceiros salários de 1.988 e 1.989 e nos exercícios seguintes, na forma do art. 201, § 6º, da Constituição Federal, correspondendo o valor mensal do benefício, a partir de outubro de 1.988, em um salário mínimo inteiro, promovendo o recálculo da renda em manutenção dos benefícios, incorporando, para todos os fins e efeitos, os percentuais da inflação de janeiro/89, IPCs. de março e abril/90 e IGP de fevereiro/91, mantendo o benefício pelo mesmo número de salários mínimos que for apurado em liquidação e em decorrência dos itens anteriores, pagando as diferenças decorrentes da condenação devidamente acrescidas de juros moratórios de 1% a contar da citação e atualização monetária desde o vencimento de cada parcela, até efetiva liquidação (Súmula 71, TFR), incluindo os percentuais inflacionários já citados. Arcará a Autarquia com honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação e com as custas e despesas efetivamente dispendidas pelos autores”.

Esta Corte deu parcial provimento ao recurso do INSS, para reduzir os juros de mora a 6% ao ano a partir da citação, bem como para limitar a aplicação da Súmula nº 71 à data do ajuizamento da ação e, após, segundo a Lei nº 6.899/81. Ainda com relação à correção monetária, assim dispôs (g. n.):

Em relação à aplicação dos índices de atualização, não procedem suas razões, pois foram oficialmente fixados e não se configuram acréscimos da condenação, mas mera atualização do valor monetário, mecanismo de recomposição do poder aquisitivo da moeda, altamente corroída pelo “monstro” da inflação. Ademais, é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que a atualização do valor das prestações alimentícias deve ser reconhecida da maneira mais abrangente possível.

O critério de correção monetária das diferenças a serem apuradas, eleito pelo *decisum*, foi o da Súmula nº 71 do TFR, até o ajuizamento da ação, que ocorrera em março de 1991, passando, a partir disso, a ser aplicada a Lei nº 6.899/81.

Passo a fazer breve relato histórico acerca dos cálculos apresentados nos autos.

A parte autora apresentou cálculos às fls. 398/537 do apenso, com os quais apurou a importância de R\$ 568.818,51, atualizada para junho de 1995.

O INSS, ao propor estes embargos, requereu perícia contábil. O perito nomeado (fl. 34) apresentou o laudo pericial de fls. 47/227, vindo a apurar o total de R\$ 844.814,50, atualizado para agosto de 1996, contraditados pela autarquia.

O INSS ofertou cálculos às fls. 234/292, no importe de R\$ 208.012,37, alertando, entretanto, estarem pendentes de dedução os valores pagos na esfera administrativa em razão da Portaria de nº 714/93, conforme extratos carreados às fls. 293/313.

Com o escopo de dirimir a controvérsia, os autos foram novamente encaminhados ao perito nomeado, que elaborou novos cálculos às fls. 352/402, cuja dedução dos valores pagos gerou o total de R\$ 715.059,06, atualizado para agosto de 1996.

A parte autora manifestou sua concordância (fls. 408/409), e o INSS, ao contrário (fls. 405/406), o que ensejou o encaminhamento dos autos à contadoria judicial, que apresentou novos cálculos (fls. 411/416) - no importe de R\$ 14.120,05, atualizado para abril de 1997. No entanto, o agravo de instrumento contra a decisão que determinou a remessa à contadoria foi provido, para reconhecer a mudança da sistemática da liquidação com apresentação dos cálculos pelo credor.

A parte exequente discordou dos cálculos da contadoria (fls. 427/430), com os quais o INSS (fl. 425) parcialmente concordou, para divergir quanto à base de cálculo dos honorários advocatícios.

Somado a isso está que todos os autores intentaram outras demandas (fls. 227/331 do apenso).

Prolatada a sentença, esta julgou nula a execução, por entender que nenhum dos cálculos apresentados espelhava o título judicial (inciso I do art. 618 do CPC).

Denota-se, dos cálculos, que tanto o perito quanto a parte autora abrangeram competências até maio de 1995, posteriores a abril de 1991, olvidando-se de que, a partir da data de entrada em vigor da Lei nº 8.213/91, em razão do seu artigo 145, todos os benefícios haviam sido elevados ao salário mínimo a partir de 5/4/91.

Ora! Tratando-se de benefícios rurais, os autores, por estarem recebendo - na data em que publicada a Constituição Federal de 1988 - valores inferiores ao mínimo legal, pugnaram sua elevação com fundamento no § 5º do artigo 201 da Magna Carta.

Denota-se da execução da sentença, promovida pela parte autora e pelo perito nomeado, que a inclusão dos expurgos inflacionários elevou as rendas mensais a 4,3789 salários mínimos, equivalência salarial mantida até a última competência apurada.

Isso ocorreu em razão da aplicação dos expurgos inflacionários de janeiro de 1989 (70,28%), março de 1990 (84,32%), abril de 1990 (44,80%) e fevereiro de 1991 (21,10%) sobre um salário mínimo, elevando os valores sobremaneira.

Observa-se que, à exceção dos autores Maria Ornita da Conceição (DIB de 17/4/90), Armando Garcia (DIB de 6/10/88), Ângelo Vitorato (DIB de 14/3/89), Salvador Bernardo da Silva (DIB de 2/1/89) e Tereza da Silva Santana (DIB de 28/6/89), os demais tiveram benefícios concedidos em data anterior à Constituição Federal de 1988, abrangidos, portanto, pela disposição inserta no artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Como é sabido, a equivalência salarial prevista no *artigo 58 do ADCT* resta desvinculada de qualquer outro critério de reajuste, sob pena de ocorrer *duplicidade*. O artigo 58 do ADCT *vincula-se ao ato da concessão*, a preservar o valor real do benefício, em conformidade com o artigo 201, § 2º, da Constituição Federal, não comportando, pois, qualquer acréscimo.

Nesse sentido (g. n.):

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA. URP 02/89. EQUIVALÊNCIA COM O SALÁRIO-MÍNIMO ACRESCIDO DE ABONOS. INPC DE MARÇO DE 1991. REAJUSTE DE 79,96% EM SETEMBRO DE 1991. ARTIGO 58 DO ADCT.

INCORPORAÇÃO MENSAL DO INPC. AÇÃO IMPROCEDENTE. 1. Tem-se por interposta a remessa oficial, considerando a aplicação imediata dos dispositivos de natureza processual. 2. Eventuais diferenças devidas até março de 1989 a título de incidência de URP poderiam ser exigidas dentro do prazo prescricional de cinco (5) anos, que tem seu termo fatal em março de 1994. Contudo, tendo a parte autora ajuizado a presente ação em 11 de abril de 1994, nada tem a receber a esse título, estando sua pretensão fulminada pela prescrição quinquenal. 3. *O disposto no artigo 58 do ADCT é de clareza incontestável. Determinou-se no período de sua aplicação a equivalência com o número de salários-mínimos, isto é, o definido no disposto do inciso IV, do artigo 7º, da CF, remetendo a sua fixação à lei. Admitir outros reajustes além da equivalência fixada pela autarquia para os benefícios abrangidos pelo artigo 58 do ADCT institui duplo e indevido reajuste.* 4. É inaplicável o INPC de setembro de 1991 com o abono. Os percentuais de 79,69% e de 56,40% são inacumuláveis, porquanto esse se encontra inserido naquele. 5. Incabível a aplicação do INPC mensal para reajuste dos benefícios previdenciários, por absoluta falta de previsão legal. 6. Apelação do autor improvida. Apelação da autarquia e remessa oficial, tida por interposta, providas. (TRF3 AC 231319 Processo 95.03.007844-0 - Turma Suplementar da Terceira Seção - Rel. Juiz Convocado Alexandre Sormani - DJU Data: 05/09/2007, p.: 588)

Nunca é demais transcrever o dispositivo constitucional em tela (g. n.):

Art. 58. Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso *em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão*, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte.

Parágrafo único. As prestações mensais dos benefícios atualizadas de acordo com este artigo serão devidas e pagas a partir do sétimo mês a contar da promulgação da Constituição.

Assim, a partir de abril de 1989 e até dezembro de 1991 (Decreto nº 357/91), os benefícios previdenciários mantidos na data da CF/88 tiveram seus pagamentos realizados segundo a quantidade de salários mínimos do ato de suas concessões.

Do dispositivo constitucional em comento, extrai-se a impossibilidade de aplicação dos expurgos inflacionários em concomitância com o salário mínimo, o que se aplica, também, àqueles benefícios concedidos em data posterior à Constituição Federal, aos que percebem renda mínima.

Ademais, verifico, do contido às fls. 227/331 do apenso, ter a parte autora proposto outras demandas, concernentes ao artigo 58 do ADCT, ou mesmo à correção monetária de valores pagos em atraso.

Quanto ao artigo 58 do ADCT, por tratar-se de equivalência em salários mínimos, pelo menos a partir de abril de 1989, possível pagamento em outras demandas absorve o desta ação.

Sobre a demanda de correção monetária, de aplicabilidade ampla, a execução promovida naqueles autos pode ter compreendido parte do obtido na presente, por configurarem pagamento em atraso as Portarias de nº 714/93 e 813/93, as quais previam o acerto da diferença com o salário mínimo, de forma retroativa à data de publicação da Constituição Federal em 6/10/88 e até 4/4/91, porquanto referida forma de pagamento foi regularizada a partir de 5/4/91 - data dos efeitos da Lei nº 8.213/91 (artigo 145).

Nem se alegue ter havido a extinção dos feitos de nº 1.229/90 (Cautelar 1.181/90), 2.192/90 (Cautelar 2.098/90) e 1.832/90 (Cautelar 1.720/90), cuja publicação de extinção dos dois últimos encontra-se trasladada nos autos (fls. 373 e 375).

Isso, porque as Petições trasladadas às fls. 371, 372 e 374 do apenso trazem em seu bojo a seguinte declaração:

..., vêm, respeitosamente perante V. Exa., nos autos da AÇÃO DE CONHECIMENTO e cautelares preparatórias, movidas em relação do INPS, feito nº 1.229 /90 e apensos - cautelar 1.181/90, tendo o Réu reconhecido o direito postulado nestes autos, perdendo as ações os respectivos objetivos, com a anuência e concordância do Réu, solicitam a extinção dos feitos (cautelares e principal), inexistindo qualquer responsabilidade de honorários de um para com outro, ficando as custas por conta dos Autores.

Tal assertiva resta confirmada pelo patrono da parte autora, que assim se manifesta na apelação (fl. 523):

Com o ajuizamento das medidas cautelares (e das principais, obviamente), o INSS acabava cumprindo as disposições do Artigo 58, transitório, para aqueles que cabiam, bem assim efetuava o pagamento das diferenças de correção monetária para aqueles que haviam recebido valores em atraso, via administrativa, sem a devida atualização. O Instituto acabou reconhecendo os direitos pleiteados e os processos dessa natureza foram todos arquivados, ficando isento o Instituto da verba honorária e custas (documentos de fls. 367 e ss. dos principais). No caso de Armando Garcia, ficou demonstrado ser homônimo (fls. 385 dos principais). Poucos casos ainda estão pendentes, em ações objetivando pura e simplesmente a correção monetária de valores recebidos na via administrativa sem qualquer atualização.

Agregado a isso está que, conforme documentos ora juntados, intitulados HISTÓRICO DE CRÉDITOS DE BENEFÍCIOS - HISCREWEB e CONSULTA DO PAGAMENTO ADMINISTRATIVO DO ARTIGO 201 - CON201, o INSS realizou os pagamentos previstos nas Portarias de nº 714/93 e 813/93, no período de março de 1994 a agosto de 1996, de cuja dedução olvidaram-se a parte autora e o perito nomeado.

De todo o exposto, não há como precisar o valor da execução, podendo, até mesmo, não haver diferenças, em virtude dos pagamentos já realizados na esfera administrativa, a serem compensados, além da existência de outras demandas, cujos objetos, embora se alegue serem outros, por envolver o salário mínimo e verbas pagas em atraso, confundem-se com o desta ação, mostrando-se incerta e duvidosa a execução.

Afinal, a própria parte embargada confessou ter havido a extinção de algumas demandas em razão do cumprimento voluntário do INSS ao pleiteado naqueles feitos.

A conclusão a que se chega é a de estarmos diante de valor devido incerto, a depender dos pagamentos havidos em outras demandas, cabendo ao Juízo *a quo*, em conjunto com o Distribuidor do Foro de origem, bem como com o INSS, promover o levantamento de todas as ações que possam ter influência na demanda em tela, trazendo aos autos comprovantes dos valores pagos, oriundos dessas demandas, ainda que realizados na esfera administrativa.

Impõe-se que seja mantida a nulidade da execução, por não estarem presentes os requisitos previstos no inciso I do artigo 618 do CPC, não se tratando de decisão *extra* ou *ultra petita*.

Ademais, os advogados da parte embargada incorreram em litigância de má-fé, por terem

omitido os pagamentos realizados pelo INSS no âmbito administrativo e em razão de outros feitos, como confessado, com o intuito de tumultuar o processo e induzir o Magistrado a erro, com risco de prejuízo ao Erário, em valor de grande monta, sobretudo considerada a natureza do benefício controvertido. Patenteada a inverdade, no intuito de lograr benefício ao arrepio da legislação e do *decisum*, por sua particular função, merecem ser punidos, nos termos da legislação (artigos 14, I e II; 17, I e II, e 18, *caput* e § 2º, do CPC).

Contudo, tendo sido apurado o valor de R\$ 568.818,51, atualizado para junho de 1995 (fl. 401 do apenso), razão dos embargos opostos pelo INSS, esse montante deverá ser parâmetro para a condenação por litigância de má-fé, que ora fixo no patamar de 1% (um por cento), em conformidade com o artigo 18, *caput*, do CPC, traduzindo-se no valor de R\$ 5.688,18 (junho de 1995).

Nesse sentido (g. n.):

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS A EXECUÇÃO DE SENTENÇA. SUSPEIÇÃO DO JUÍZO INEXISTENTE. PRELIMINARES. INCORPORAÇÃO DE EXPURGOS NA RENDA MENSAL. IMPOSSIBILIDADE. EXCESSO DE EXECUÇÃO. HONORÁRIOS DO PERITO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. CÓDIGO CIVIL, ART. 1.531. INAPLICABILIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RESPONSABILIDADE DOS ADVOGADOS. 1. O reexame necessário não se aplica aos embargos a execução de sentença. 2. A suspeição do juiz, se existente, deveria ter sido argüida pela forma e no prazo previstos no art. 138, § 1º, do Código de Processo Civil. Os embargados, no entanto, ao impugnarem os embargos, nada disseram. 3. A sentença não ficou aquém, além ou fora do objeto posto à apreciação do juízo. Com efeito, o juiz, em sua motivação, pode valer-se de fundamentos os mais diversos, não estando adstrito aos argumentos das partes. A parte dispositiva da sentença, entretanto, deve limitar-se ao objeto da lide. No caso em exame, o juízo de primeiro grau ateu-se corretamente ao objeto dos embargos, examinando a correção dos cálculos apresentados, de modo a dar a correta satisfação aos detentores dos títulos executivos judiciais, exatamente naquilo que lhes fora reconhecido e concedido. 4. A tese sustentada pelos autores (embargados) contém vício lógico inaceitável, que é incluir, na renda mensal dos benefícios, os expurgos inflacionários, o que eleva artificialmente o valor dos mesmos e, depois disso, ainda efetuar a revisão do valor do benefício, na forma do art. 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Nesse sentido, já decidiu este Tribunal em diversas outras oportunidades. 5. O juízo de primeiro grau fez trabalho minucioso ao examinar a situação dos autores, indicando o cálculo da renda mensal inicial e dos valores pagos aos autores e as diferenças que lhes são devidas. Está suficientemente demonstrado, portanto, ao contrário do que alegam os autores, o excesso cometido nos cálculos que apresentaram para execução, em evidente prejuízo aos cofres públicos. 6. Não cumpria ao INSS a responsabilidade pelo pagamento dos honorários do perito judicial. 7. Quanto à pretensão de aplicação do disposto no art. 1.531 do Código Civil de 1916, vigente à época da interposição do recurso, não é cabível. Com efeito, ao interpor os embargos à execução, o INSS nada disse a respeito, não sendo possível, em sede de apelação, inovar sua pretensão. Nesse sentido, decidiu este tribunal que “[é] de todo descabida, em grau de apelação, originariamente, a aplicação, aos embargados, da penalidade prevista no artigo 1.531 do Código Civil, se não foi postulada na petição inicial dos embargos, sob pena de ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição” (AC nº 504.111/SP, Reg. nº 1999.03.99.059661-2, Primeira Turma, v.u., rel. Juiz Clécio Braschi, j. 02.09.2002, DJU 06.12.2002, Seção 2, p. 349). 8. As partes são representadas em juízo por seus advogados, pessoas em quem depositaram confiança para defender os seus direitos e pretensões. Assim, embora à parte, que não é necessariamente técnica em direito, cumpra a responsabilidade legal pela eventual litigância de má-fé, os advogados podem ser responsabilizados caso a litigância de má-fé tenha por eles sido causada. No caso, a condenação dos advogados dos autores (embargados) está fundada no art. 14, parágrafo único, do Código de

Processo Civil. 9. Reexame necessário não conhecido. Preliminares rejeitadas. Apelação dos embargados a que se nega provimento. Apelação do INSS a que se dá parcial provimento. (AC 00359843619994039999, JUIZ CONVOCADO NINO TOLDO, TRF3 - TURMA SUPLEMENTAR DA TERCEIRA SEÇÃO, DJF3 DATA: 24/09/2008)

Com efeito, no exercício de toda e qualquer profissão, há os que se livram de uma incumbência e os que se dedicam à realização de uma atividade. E isso não é diferente dentre os operadores do direito.

A dedicação, sem dúvida, não está apenas na extensão de um trabalho nem em seu grau de complexidade - em ambos os casos, tempo e capacidade técnica geralmente bastam -, mas no esmero e, acima de tudo, no afastamento das paixões, para que em seu lugar floresça a aristocracia de espírito no cumprimento de deveres, comumente chamada de “ética profissional”.

À evidência, o dever de lealdade processual refere-se não apenas às partes, mas também alcança seus procuradores, conforme comando expresso no artigo 14 do Código de Processo Civil. Essa responsabilidade somente é afastada quando exercem a atividade nos limites da ética.

Sobre o tema, leciona José Roberto dos Santos Bedaque (g. n.):

O dever de lealdade e boa-fé (inciso II), que, em última análise, acaba abrangendo todas as demais hipóteses, implica a necessidade de os sujeitos parciais, bem como seus procuradores, manterem conduta eticamente adequada. A utilização de artifícios, visando protelar o desenvolvimento do processo, constitui violação desse dever. Os consumidores do instrumento estatal de solução de controvérsias devem conscientizar-se de que mesmo a guerra é pautada por limites. O processo é palco para a defesa de interesses, não para obtenção de vantagens indevidas ou ilegais. Lealdade e boa-fé representam os parâmetros éticos e da ampla defesa. (*Código de Processo Civil Interpretado*, Ed. Atlas, 2ª ed., p. 84/85)

A corroborar o entendimento acima exposto, transcrevo parte do voto proferido no Recurso Especial nº 494.021 - SC/STJ, pela Eminente Ministra Eliana Calmon (g. n.):

... Entendo, efetivamente, que houve má-fé, não da parte, mas dos ilustres advogados que a representam, por não terem trazido à tona os fatos na primeira oportunidade seguinte à ocorrência do erro material. Mas o que fazer? Prejudicar a parte? Fechar os olhos para um julgamento *extra petita* decorrente de erro material? ... Dentro de tal entendimento, podemos afirmar que: a) o erro material pode ser corrigido a qualquer tempo; b) a competência para a correção é do juiz ou tribunal de onde se originou a decisão; c) o erro material não faz coisa julgada. Dessa forma, apesar da evidente má-fé dos patronos da causa, cabe ao TRF da 4ª Região corrigir o apontado erro material, porque não pode ser penalizada a empresa autora. Entretanto, entendo pertinente a aplicação aos advogados das penalidades por litigância de má-fé (art. 17, V c/c 18 do CPC). Em conclusão, acolho os embargos declaratórios, com efeitos modificativos para anular o julgamento de todos os recursos posteriores ao da apelação, datado de 21/11/2000 e determinar que o Tribunal corrija o apontado equívoco (...).

Ante o aqui decidido, prejudicado está o prequestionamento suscitado, não tendo havido ofensa à norma constitucional ou infraconstitucional.

Isso posto, nos moldes acima, rejeito as preliminares arguidas e dou parcial provimento ao recurso de apelação intentado pela parte autora, apenas para reduzir o valor da condenação por litigância de má-fé a R\$ 5.688,18, posicionado na data de junho de 1995.

Certificado o trânsito em julgado deste julgado, restitua-se, com prioridade, os autos ao Juízo de origem, ficando a execução dos coautores falecidos, arrolados nesta decisão, condicionada à habilitação dos seus sucessores.

Desembargadora Federal DALDICE SANTANA - Relatora

- Sobre a condenação de advogado por litigância de má-fé, veja também os seguintes julgados: Pet 1998.01.00.075510-7/MG, Relatora Juíza Assusete Magalhães, publicada na RTRF3R 68/173 e AC 2002.61.23.001458-4/SP, Relator Desembargador Federal Nelson Bernardes, publicada na RTRF3R 78/296.

EMBARGOS INFRINGENTES

0000308-87.2003.4.03.6183

(2003.61.83.000308-5)

Embargante: VERA LUCIA DOS SANTOS

Embargado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO SOUZA RIBEIRO

Classe do Processo: EI 1059689

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/10/2012

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES MANIFESTAMENTE INCABÍVEIS. AGRAVO (CPC, ART. 532) INTIMPESTIVO. NÃO CONHECIMENTO.

1. O agravo previsto no art. 532 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. O peticionamento via fac-símile deve obedecer ao horário regular do expediente forense. Portanto, o recurso interposto via fac-símile no último dia do prazo e após o horário de expediente é intempestivo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
3. Incabível a oposição de embargos infringentes em face de decisão não unânime que confirma a sentença de 1º grau. Inteligência do art. 530 do Código de Processo Civil.
4. Agravo não conhecido.

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, *não conhecer do agravo*, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 25 de outubro de 2012.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (Relator):

Trata-se de agravo interposto com fundamento no art. 532 do Código de Processo Civil, em face de decisão monocrática que negou seguimento a embargos infringentes, posto que manifestamente inadmissíveis.

Alega a embargante, em síntese, que “o pressuposto para a oposição de Embargos Infringentes reside na divergência em qualquer dos pontos que a Turma Julgadora deva decidir”. Assim, independentemente de ter havido reforma da decisão de 1ª instância, são cabíveis os embargos infringentes, uma vez que deve ser apreciado o voto vencido.

Pede a reforma da decisão monocrática.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO (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:

Trata-se de embargos infringentes opostos por Vera Lucia dos Santos em face de acórdão não unânime, proferido pela 7ª Turma desta Corte, o qual negou provimento ao agravo legal por ela interposto, mantendo-se a decisão monocrática de negativa de seguimento à apelação, bem como a sentença de improcedência do pedido de concessão de benefício previdenciário. Segundo dispõe o artigo 530, primeira parte, do Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 10.352/2001, “cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória”.

Ora, o julgamento em questão, ainda que não unânime, manteve integralmente o quanto decidido em sede de primeiro grau de jurisdição, o que, nos termos do dispositivo legal supra, torna incabível a oposição de embargos infringentes.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “De acordo com a alteração introduzida pela Lei 10.352, de 2001, no texto do art. 530 do CPC, para cabimento dos embargos infringentes é preciso que o acórdão não unânime tenha reformado a sentença de mérito. Se o acórdão for no mesmo sentido da sentença não se permitem os embargos infringentes.” (REsp nº 609378/SC, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, j. 13/04/2004, DJ 26/04/2004, p. 176).

Diante do exposto, considerando que os presentes embargos infringentes são manifestamente inadmissíveis, nego-lhes seguimento, com fundamento no artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil e artigo 33, inciso XIII, do Regimento Interno desta Corte Regional.

Intime-se.

É de se lembrar que o agravo previsto no art. 532 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.

Feita essa consideração, passo ao exame do agravo, assinalando, desde já, que o recurso é intempestivo.

A decisão ora atacada (fls. 325/325v) foi disponibilizada no dia 20.09.2011 (terça-feira - fls. 326) e, portanto, publicada no primeiro dia útil seguinte, 21.09.2011 (quarta-feira), de sorte que o prazo de 5 (cinco) dias para interpor o recurso de agravo previsto no art. 532 do Código de Processo Civil iniciou em 22.09.2011 (quinta-feira, primeiro dia útil após a publicação) e findou em 26.09.2011 (segunda-feira).

O exame dos autos revela que a petição do agravo foi encaminhada via fac-símile, con-

forme autorização da Lei nº 9.800/99, *no último dia do prazo, 26.09.2011 (fls. 327/332), às 19h20 (fls. 333), e, por isso, protocolada somente no dia útil seguinte, 27.09.2011. Destarte, é nítida a intempestividade do recurso*, tendo em vista que sua interposição se deu após o encerramento do expediente forense deste Tribunal, às 19h00.

Nesse exato sentido, trago, a título exemplificativo, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO FORA DO PRAZO. NÃO CONHECIMENTO.

1. É intempestivo o agravo regimental interposto após o decurso do prazo de cinco dias previsto nos arts. 545 do CPC.
2. *“É intempestivo o recurso transmitido por fac-símile no último dia do prazo recursal após o expediente forense” (AgRg na SLS 1.054/BA, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Corte Especial, DJe 29/10/09). “Para que o regimental interposto via fac-símile seja protocolado na mesma data deve ser enviado até às 19 horas, horário de encerramento do expediente do Protocolo Judicial do Superior Tribunal de Justiça” (AgRg no AgRg no Ag 664.225/RS, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, Quarta Turma, DJ de 20/10/07).*
3. Agravo regimental não conhecido.
(AgRg nos AREsp 154848/MG, Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, j. 19.06.2012, v.u., DJe 26.06.2012; destaquei)

AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO VIA FAX FORA DO HORÁRIO DE EXPEDIENTE FORENSE. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. De acordo com a Lei nº 9.800/99, existe a possibilidade de utilização de fac-símile para transmissão de petições e documentos.
2. *No caso, apesar do agravo regimental ter sido enviado, via fax, no dia 30/3/2012, o documento chegou a este Sodalício apenas às 19:44 horas, e, dessa forma, só restou protocolado em 2/4/2012, portanto, intempestivo.*
3. *O protocolo judicial na Corte encerra-se às 19 horas, motivo pelo qual o recurso teria que ter sido enviado até esse horário para que fosse protocolado na mesma data.*
4. Agravo regimental não conhecido.
(AgRg nos AREsp 98914/RS, Quinta Turma, Relator Ministro Jorge Mussi, j. 08.05.2012, v.u., DJe 15.05.2012; destaquei)

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INTERPOSTO VIA FAC-SÍMILE APÓS O HORÁRIO DE EXPEDIENTE FORENSE. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. *A tempestividade do recurso perante esta Corte é aferida pela data do protocolo da petição na Secretaria do Tribunal.*
2. *É intempestivo o agravo regimental encaminhado via fac-símile, no último dia do prazo, após o encerramento do expediente forense. Precedente da Corte Especial.*
3. Agravo regimental não conhecido.
(AgRg nos EDcl no Ag 1303021/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 01.09.2011, v.u., DJe 08.09.2011; destaquei)

Logo, resta patente que o recurso de agravo interposto pela embargante é intempestivo, o que impede seu conhecimento.

Ainda que assim não fosse, o agravo também não tem como ser conhecido em razão da ausência de outro pressuposto recursal, a saber, o cabimento.

Com efeito, assim dispõe o art. 530 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 10.352/01:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Consoante lição de Nelson Nery Junior, “[s]omente no caso de reforma da sentença de mérito, vale dizer, de provimento da apelação para correção do *error in iudicando*, de questões de fundo, por acórdão não unânime, é que são cabíveis os embargos infringentes”. (*In: Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 939).

No mesmo diapasão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Direito Processual Civil. Recurso especial. Embargos infringentes. Acórdão julgado por maioria que não reformou a sentença de mérito. Oposição em desacordo com a nova redação do art. 530 do CPC. Embargos infringentes não conhecidos. Recurso especial intempestivo.

I. Nos termos da nova redação conferida pela Lei n.º 10.352/2001 ao art. 530 do CPC, são cabíveis embargos infringentes apenas quando o acórdão recorrido, julgado por maioria, modificar a sentença de mérito.

II. A oposição de embargos infringentes incabíveis não interrompe o prazo para a interposição de recurso especial. Diante disso, é intempestivo recurso especial interposto além do prazo previsto no artigo 508 do Código de Processo Civil, contado da data da publicação do acórdão proferido na apelação.

III. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no Ag 574916/MG, Terceira Turma, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, j. 24.05.2005, v.u., DJU 20/06/2005, p. 271; destaquei)

No caso, o acórdão embargado, muito embora de forma não unânime, negou provimento ao agravo legal interposto pela autora, ora embargante, em face de decisão monocrática de negativa de seguimento à apelação, que, por isso, *confirmou a sentença de improcedência do pedido*. Manifestamente incabíveis, destarte, os embargos infringentes.

Posto isso, NÃO CONHEÇO do recurso de agravo interposto pela embargante.

É o voto.

Juiz Federal Convocado SOUZA RIBEIRO - Relator

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL**0003121-19.2005.4.03.6183****(2005.61.83.003121-1)**

Embargante: RUI XAVIER FERREIRA

Embargado: V. ACÓRDÃO DE FLS. 203/204

Interessado: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL

Classe do Processo: AC 1287010

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/10/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA RECEBIDO COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER INFRINGENTE. DESCABIMENTO.

I - O pedido de uniformização de jurisprudência deve ser formulado nas razões do recurso ou em petição avulsa, em momento anterior à apreciação do recurso de apelação, o que se conclui a partir do disposto no artigo 476 do Código de Processo Civil. Assim, revela-se inviável após o julgamento de agravo regimental.

II - Os fundamentos do pedido formulado, à luz dos princípios da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas, permitem o recebimento da petição como embargos de declaração, que seria a medida judicial em tese cabível no presente caso. Precedentes.

II - Não se verificando um dos vícios que os ensejam, quais sejam, omissão, dúvida, contradição ou obscuridade, incabível a pretensão dos embargos de declaração (art. 535, CPC).

III - Embargos de declaração improvidos.

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 aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 04 de setembro de 2012.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): A parte autora apresentou pedido de uniformização de jurisprudência em face do v. acórdão das fls. 203/204 dos autos, assim ementado *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE RURAL. APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. INADMISSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

I. Ao compulsar dos autos, verifica-se que a parte autora formulou na exordial dois pedidos distintos. O primeiro consiste no reconhecimento de labor rural desde seus 12 anos de idade, em face do INSS. O segundo corresponde ao cômputo do referido interregno para fins de contagem recíproca, junto ao Estado de São Paulo, com a consequente concessão de aposentadoria pelo regime estatutário.

II. No caso ora analisado, não se trata de hipótese de litisconsórcio necessário entre o INSS e o Estado de São Paulo, por ausência de previsão legal. Por outro lado, embora se verifique afinidade de questões por um ponto comum de fato, revela-se inviável o litisconsórcio facultativo pretendido pelo requerente, posto que o juízo escolhido não é competente para conhecer de todos os pedidos cumulados, não podendo examinar questões envolvendo o regime estatutário de servidor público estadual.

III. Entendimento diverso acarretaria violação ao disposto no inciso II do § 1º do artigo 292 do Código de Processo Civil e no artigo 109 da Constituição Federal. No mesmo sentido tem decidido esta E. Corte Regional em casos análogos.

IV. Por outro lado, mesmo à luz dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, revela-se inviável o aproveitamento do feito para análise do pedido de reconhecimento de labor rural, posto que não estão preenchidos todos os requisitos processuais para sua apreciação.

V. Neste sentido, saliente-se que o requerente sequer delimitou com exatidão quais períodos de labor rural pretende que sejam reconhecidos. E, embora tenha sido intimado para esclarecer seu pedido, não se desincumbiu de seu ônus, estabelecido nos incisos III e IV do artigo 282 do Código de Processo Civil.

VI. Acrescente-se que, embora o requerente tenha emendado o valor atribuído à causa, inicialmente de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), ao interpor apelação, emendou novamente a exordial, atribuindo à causa o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme fl. 106, montante que é inferior a sessenta salários mínimos na data do ajuizamento da ação (22-06-2005). Assim, restou inobservada a determinação da decisão da fl. 60.

VII. Destarte, conclui-se que deve ser mantida a r. sentença, que indeferiu a exordial, julgando extinto o processo, sem resolução de mérito, com fundamento no parágrafo único do artigo 284 e no inciso I do artigo 267 do Código de Processo Civil. Precedentes.

VIII. Agravo a que se nega provimento.

Trata-se de pedido de uniformização de jurisprudência em ação ordinária em que o v. acórdão proferido pela Décima Turma desta E. Corte, por unanimidade, negou provimento ao agravo.

Alega a parte autora, em síntese, que possui direito adquirido ao reconhecimento de seu labor rural a partir de doze anos de idade, para fins de contagem recíproca e concessão de aposentadoria pelo regime estatutário do Estado de São Paulo. Pleiteia nova decisão, com antecipação dos efeitos da tutela, para que seja implantada sua aposentadoria.

É o relatório.

À mesa.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal WALTER DO AMARAL (Relator): Inicialmente, observo que o pedido de uniformização de jurisprudência deve ser formulado nas razões do recurso ou em petição avulsa, em momento anterior à apreciação do recurso de apelação, o que se conclui a partir do disposto no artigo 476 do Código de Processo Civil. Assim, revela-se inviável após o julgamento de agravo regimental.

Todavia, os fundamentos do pedido formulado, à luz dos princípios da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas, permitem o recebimento da petição como embargos de declaração, que seria a medida judicial em tese cabível no presente caso.

Neste sentido, segue a jurisprudência em circunstâncias análogas:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO DA MORA. SÚMULA N. 7/STJ. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DESCABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

III. O incidente de uniformização de jurisprudência deve ser suscitado quando do oferecimento das razões do recurso, sendo inviável em sede de agravo regimental. Ademais, “a suscitação do incidente de uniformização de jurisprudência em nosso sistema constitui faculdade, não vinculando o juiz, sem embargo do estímulo e do prestígio que se deve dar a esse louvável e belo instituto.” (REsp nº 3.835/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 29/10/1990)

IV. Agravo improvido.

(STJ, Processo nº 201001070098, AGA nº 1319661, 4ª T., Rel. Aldir Passarinho Junior, v. u., D: 02/09/2010, DJE: 17/09/2010)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. (...) INCONFORMISMO COM A DECISÃO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

4. A instauração do incidente de uniformização de jurisprudência deve ocorrer nas razões recursais ou em petição avulsa, a rigor, em momento anterior à conclusão do julgamento, a teor do disposto no art. 476 do CPC. No caso vertente, a parte demandante suscitou o incidente após a apreciação do recurso de apelação manejados nestes autos. Incidente de uniformização não conhecido. Embargos de Declaração improvidos.

(TRF da 5ª Região, Processo nº 20058400008776202, EDAC nº 398522/02, 1ª T., Rel. Des. Fed. José Maria Lucena, v. u., D: 30/09/2010, DJE: 06/10/2010, pág: 143)

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MULTA ART. 538 CPC. REDUÇÃO.

1. Em razão dos princípios da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas, o pedido de reconsideração manifestado pode ser recebido como embargos de declaração, levando-se em consideração a natureza de seus fundamentos e do requerimento formulado.

(...)

3. Pedido de reconsideração recebido como embargos de declaração, que são acolhidos para reduzir a multa imposta de 10% para 1% do valor da causa.

(STJ, Processo nº 200501398989, RDEEEARESP nº 776738, 4ª T., Rel. João Otávio de Noronha, v. u., D: 25/05/2010, DJE: 02/06/2010)

Em seguida, assevero que o artigo 535 do CPC admite embargos de declaração quando na sentença ou no acórdão houver obscuridade ou contradição, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

No caso em análise, não se observa vício no julgado a justificar o acolhimento do presente recurso.

O v. acórdão embargado amparou-se no entendimento de que:

Não procede o apelo da parte autora.

Ao compulsar dos autos, verifica-se que a parte autora formulou na exordial dois pedidos distintos. O primeiro consiste no reconhecimento de labor rural desde seus 12 anos de idade, em face do INSS. O segundo corresponde ao cômputo do referido interregno para fins de contagem recíproca, junto ao Estado de São Paulo, com a consequente concessão de aposentadoria pelo regime estatutário.

Nota-se, portanto, que o autor pretende cumulação de pedidos que é vedada pela legislação processual, em razão da incompetência da Justiça Federal para apreciação do segundo pedido, conforme passo a fundamentar.

No caso ora analisado, não se trata de hipótese de litisconsórcio necessário entre o INSS e o Estado de São Paulo, por ausência de previsão legal. Por outro lado, embora se verifique afinidade de questões por um ponto comum de fato, revela-se inviável o litisconsórcio facultativo pretendido pelo requerente, posto que o juízo escolhido não é competente para conhecer de todos os pedidos cumulados, não podendo examinar questões envolvendo o regime estatutário de servidor público estadual.

Entendimento diverso acarretaria violação ao disposto no inciso II do § 1º do artigo 292 do Código de Processo Civil e no artigo 109 da Constituição Federal. No mesmo sentido tem decidido esta E. Corte Regional em casos análogos (TRF da 3ª Região, Processo nº 200003990623127, APELREE nº 637510, 9ª T., Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, v. u., D: 27/07/2009, DJF3 CJ1: 13/08/2009, pág: 1587).

Por outro lado, mesmo à luz dos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, revela-se inviável o aproveitamento do feito para análise do pedido de reconhecimento de labor rural, posto que não estão preenchidos todos os requisitos processuais para sua apreciação.

Neste sentido, saliente-se que o requerente sequer delimitou com exatidão quais períodos de labor rural pretende que sejam reconhecidos, limitando-se a afirmar que pleiteia a “contagem do tempo de serviço desde os 12 doze anos de idade” (fls. 04 e 106). Com efeito, apenas indicou que “[a]ntes de entrar no estado sempre trabalhei na lavoura (...), melhor esclarecendo, cheguei a trabalhar em curto período no laboratório de uma destilaria de álcool, mas mesmo durante o tempo que trabalhei neste laboratório ainda assim era meeiro em lavoura de café, diante de tais fatos informo que a maior parte do tempo trabalhei de bóia fria, inclusive fiz faculdade particular trabalhando de bóia fria” (fl. 51), acrescentando que foi filiado a Sindicato Rural entre 1973 e 1988 e que também exerceu labor rural durante dois anos de afastamento do funcionalismo público (fl. 77). E, embora tenha sido intimado para esclarecer seu pedido, não se desincumbiu de seu ônus, estabelecido nos incisos III e IV do artigo 282 do Código de Processo Civil.

Acrescente-se que, embora o requerente tenha emendado o valor atribuído à causa, inicialmente de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), ao interpor apelação, emendou novamente a exordial, atribuindo à causa o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme fl. 106, montante que é inferior a sessenta salários mínimos na data do ajuizamento da ação (22-06-2005). Assim, restou inobservada a determinação da decisão da fl. 60.

Destarte, conclui-se que deve ser mantida a r. sentença, que indeferiu a exordial, julgando extinto o processo, sem resolução de mérito, com fundamento no parágrafo único do artigo

284 e no inciso I do artigo 267 do Código de Processo Civil.

Neste sentido, segue a jurisprudência:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PRÉVIA OPORTUNIZAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL. VÍCIO NÃO SANADO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 267 E 284 DO CPC NÃO CARACTERIZADA.

1. O art. 284, do CPC, prevê que: ‘Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.’

2. O indeferimento da petição inicial, quer por força do não preenchimento dos requisitos exigidos nos artigos 282 e 283, do CPC, quer pela verificação de defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, reclama a concessão de prévia oportunidade de emenda pelo autor. Precedentes desta Corte: REsp 951.040/RS (DJ de 07.02.2008); REsp 901.695/PR (DJ de 02.03.2007); REsp 866.388/RS (DJ de 14.12.2006); REsp 827.289/RS (DJ de 26.06.2006).

3. *In casu*, o juízo de primeiro grau determinou, por duas vezes, a emenda da petição inicial para que a impetrante adequasse o valor atribuído à causa. No entanto, tendo em vista o descumprimento de ambos despachos, sobreveio sentença extinguindo o processo sem resolução do mérito nos termos dos arts. 267, inc. I e III, 284 e 295, inc. VI, do CPC.

4. Agravo regimental desprovido.”

(STJ, Processo nº 200802240736, AGEDAG nº 1102138, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, v. u., D: 06/08/2009, DJE: 17/09/2009)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EMENDA À INICIAL. PRAZO NÃO CUMPRIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE. DESNECESSIDADE.

1. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a extinção do processo sem julgamento do mérito em razão de não ter sido promovida a emenda à inicial no prazo assinado pode ser decretada independentemente de prévia intimação pessoal da parte. (AgRg nos EDcl na AR 3.196/SP, Min. Aldir Passarinho Júnior, 2ª Seção, DJ 29.06.2005; REsp 204.759/RJ, Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ 03.11.2003; REsp 642.400/RJ, Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ 14.11.2005 e REsp 703.998/RJ, Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 24.10.2005)

2. Recurso especial a que se nega provimento.”

(STJ, Processo nº 20050200353-6, REsp nº 802055, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, v. u., D: 07/03/2006, DJ: 20/03/2006, p. 213)

“AGRAVO REGIMENTAL. MEDIDA CAUTELAR. PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA DOS FATOS E FUNDAMENTOS DO PEDIDO. DETERMINADA EMENDA. ARTIGO 284 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESCUMPRIMENTO. INDEFERIMENTO DA EXORDIAL. PRECLUSÃO. Conforme o disposto no art. 284 do Código de Processo Civil, o indeferimento da petição inicial, por ser medida extrema, somente pode ocorrer após a assinatura do prazo de 10 dias sem que a parte providencie a emenda determinada.

Dessa forma, intimados para apresentarem os fatos e fundamentos do pedido artigo 282, III e IV, do Código de Processo Civil, os requerentes não cumpriram a diligência, motivo pelo qual a exordial foi indeferida.

Descumprida a determinação da emenda da petição inicial no prazo assinado, incabível a implementação da diligência em face de agravo regimental, visto que abrangida pela preclusão. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(STJ, Processo nº 200301626995, AGRMC nº 6981, 2ª T., Rel. Franciulli Netto, v. u., D: 04/03/2004, DJ: 28/06/2004, pág: 00212)

Diante da presente decisão, resta prejudicado o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Note-se que não houve análise de mérito, devido à ausência dos requisitos processuais para sua apreciação, conforme acima fundamentado. Não há óbice a que o autor proponha nova ação observando os requisitos processuais para sua propositura.

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.

Sendo assim, clara a pretensão de buscar efeitos infringentes do julgado, a parte autora deverá manifestar a sua inconformidade com o acórdão pela via recursal própria.

Isto posto, *nego provimento* aos embargos de declaração.

É o voto.

Desembargador Federal WALTER DO AMARAL - Relator

AÇÃO RESCISÓRIA
0061165-53.2005.4.03.0000
(2005.03.00.061165-3)

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Réu: VALDECY ZENARO POATO

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA

Revisor: DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO NASCIMENTO

Classe do Processo: AR 4527

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/10/2012

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CPC, ARTIGO 485, INCISO V. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. DUPLICIDADE DE AÇÕES. LITISPENDÊNCIA SUPERADA PELA COISA JULGADA FORMADA NA SEGUNDA DEMANDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI.

- A alegação de inobservância do pressuposto processual negativo da litispendência não dá ensejo à desconstituição do julgado com fundamento no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil porque, quando do ajuizamento da rescisória, já não cabia invocar o disposto no artigo 301, § 3º, do diploma processual, eis que não mais existente outro processo instaurado e não acabado.

- Passado em julgado acórdão reconhecendo o direito à aposentadoria por idade a trabalhador rural, o julgamento, pelo mérito, de demanda pendente com partes, pedido e causa de pedir assemelhados, ainda que aparelhada anteriormente àquela em que certificado primeiramente o trânsito, esbarra no comando disposto no inciso V do artigo 267 do Código de Processo Civil não mais em razão de possível litispendência, mas porque a repetição passou a afrontar, nesse momento, a coisa julgada material.

- Ao Tribunal não compete rever o primeiro acórdão, já que o óbice da litispendência, de modo a impedir, em princípio, a apreciação da mesma pretensão em processos sucessivos e simultâneos, deixou de existir a partir do trânsito em julgado verificado nessa segunda demanda, de que decorre a sanatória de todos os vícios procedimentais.

- No que concerne ao segundo acórdão, em que inexistente impugnação específica a esse respeito, alinhados pedido de rescisão e fundamentos somente com a invalidade manifestada no primeiro julgado (segunda demanda), resta vedado ao órgão jurisdicional, a pretexto da iniciativa da parte autora, proceder ao exame com base em pretensão distinta da expendida inicialmente.

- Em situação alguma de pretensa revogação do julgado desobriga-se o aparelhamento da rescisória voltada diretamente contra a decisão que se quer extirpar, não se permitindo, ainda que divisado fundamento outro como causa para a desconstituição, levar a efeito decreto de rescisão com base em motivos não reportados, sob pena de violação ao princípio da congruência.

- Embora conciliáveis os comandos, no caso concreto, uma vez que de igual conteúdo no mérito e ambos acobertados pelo manto da coisa julgada, não caberia mais, em linha de princípio, cogitar do cumprimento do segundo provimento (primeira demanda), porquanto a reiteração da prestação jurisdicional quando já deflagrada a execução com base no primeiro título formado (segunda demanda) não teria o condão de imprimir

resultado diverso do obtido com a satisfação alcançada por meio da requisição de pequeno valor integralmente paga, atingindo-se, desse modo, o efetivo cumprimento da tutela jurisdicional.

- Ausente, porém, motivo que possa levar ao reconhecimento de possível violação a dispositivo de lei, quer em razão do pleito de desconstituição do primeiro julgado (segunda demanda) não comportar aceitação à luz da aventada litispendência, quer porque não manejada a rescisória com fulcro no inciso IV do artigo 485 do CPC (ofensa à coisa julgada) contra o acórdão transitado em segundo momento (primeira demanda), a decisão sobre qual das coisas julgadas comporta prevalência deve se dar em âmbito diverso, com os embargos à execução que aguardam julgamento, próprios ao conhecimento de questões que, dado o caráter estreito da ação rescisória, torna impeditivo solucioná-las nesta sede.

- Pedido de desconstituição que se julga improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, julgar improcedente o pedido de desconstituição formulado na presente ação rescisória, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 27 de setembro de 2012.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): Ação rescisória proposta em 27.7.2005 com fundamento no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil, objetivando desconstituir acórdão da 5ª Turma desta Corte, passado em julgado em 12.8.2003 (certidão de fl. 67), que deu provimento a recurso de apelação da ora ré para reformar a sentença (Proc. 36/02) e julgar procedente pedido de concessão de aposentadoria por idade rural (fls. 64/65), implantada “com DIB (data do início do benefício) em 16/04/2002 e DIP (data do início dos pagamentos - administrativos) em 01/10/2003” e objeto, até mesmo, de “execução das prestações em atraso, a qual compreendeu o período de 16/04/2002 a 30/09/2003” (fl. 03).

Alega-se - “DOS FATOS E DOS FUNDAMENTOS” - que Valdecy Zenaro Poato “ingressou anteriormente com o Proc. nº 1127/99, que tramitou, igualmente, perante a Vara única da Comarca de Palmeira d’Oeste/SP. O processo 127/99 foi ajuizado anteriormente ao processo rescindendo. Trata-se de repetição de ação anteriormente ajuizada, pois as partes, o pedido e a causa de pedir são os mesmos. O Proc. nº 1127/99 foi julgado procedente em 1ª e 2ª instância - após apelação do réu. Enfim, o requerido ingressou com duas ações idênticas, ou seja, com as mesmas partes, pedido e causa de pedir (§ 2º do art. 301 do CPC), nas quais pleiteou a concessão de aposentadoria rural por idade; e estiveram as duas ações em trâmite conjuntamente. De modo que se teve caracterizada a litispendência, que, aliás, está conceituada no § 3º do art. 301 do CPC” (fls. 03/04).

Também segundo consta da inicial - “DO DIREITO” -, “Prevê o art. 22 c/c 267, § 3º do

CPC, que o réu deve alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito na primeira oportunidade, sob pena de ficar responsável, mesmo que vencedor, pelo pagamento de custas a partir do saneamento, e ao pagamento de honorários”; “Caberia ao juiz, de ofício, conhecer de litispendência. Porém, o grande número de processos o impede de tomar conhecimento de fatos como este. Da mesma forma se procede no Instituto. Por ser Fazenda Pública, muitas são as ações intentadas contra o INSS, ficando difícil o controle de ações litispendentes”; “O art. 14, II, ainda, prevê que as partes devem proceder com lealdade e boa-fé, o que não se verifica *in casu*. A autora não deveria ter intentado outra ação. Configura-se má-fé da autora por pleitear o mesmo benefício duas vezes, e não desistindo de nenhum deles, pretendendo receber duplicado o que somente teria direito uma vez - com prejuízo da Fazenda Pública”; “Portanto, reconhece-se no art. 16; 17, II e 18 do CPC os fundamentos do que aqui se pleiteia - a condenação do litigante de má-fé em custas e honorários. Ainda, é de ordem a extinção da ação litispendente, sob crivo do art. 267, V” (fl. 06).

Deferida, em decisão da lavra da Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann, a antecipação dos efeitos da tutela, eis que “a dupla concessão do benefício acarretaria sérios danos ao erário” (fls. 70/71).

Contestação às fls. 82/84 (docs. às fls. 85/89), batendo-se, em apertada síntese, pela inexistência de duplicidade de ações, porquanto a primeira tem natureza declaratória e a segunda, reivindicatória, sustentando-se, ademais, “que não houve má fé por parte da requerida, e sim desespero para alcançar um direito”, e que “se estivesse mesmo agindo de má fé, não teria requerido o apensamento dos processos”, tampouco a retificação “da data da implantação do início do benefício a partir de 14 de dezembro de 1999”, termo inicial definido no âmbito da primeira demanda, concluindo-se que “nesse caso quem litiga de má fé é o Requerente em tumultuar o processo”, ao “querer dizer para Vossas Excelências que a Requerida está recebendo benefícios dos dois processos, que é uma inverdade, sendo que recebe somente por um processo”.

Encaminhado julgamento conforme o estado do processo, *in verbis* (fl. 91):

Vistos.

1) Defiro os benefícios da assistência judiciária gratuita à ré, conforme requerido na contestação (fls. 82/89), nos termos do artigo 4º da Lei nº 1.060/50.

2) Ação rescisória proposta com fundamento no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil.

Porque unicamente de direito a questão, é caso de julgamento antecipado da lide; daí que desnecessária a produção de provas (artigo 491, parte final, c/c artigo 330, inciso I, ambos do Código de Processo Civil).

Nos autos, os elementos necessários ao exame da ação rescisória, dispensável a abertura de vista às partes para razões finais.

Ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

São Paulo, 17 de março de 2006.

A Procuradoria Regional da República opinou “pela procedência da presente Ação Rescisória, a fim de que seja rescindida a r. decisão atacada” (fls. 95/99).

É o relatório.

À revisão, a teor do disposto no artigo 34, inciso I, do Regimento Interno desta Casa.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA (Relatora): A rescisória é ação que objetiva derrubar a coisa julgada já formada. Busca impugnar decisão atingida pela coisa julgada material. Passada em julgado e a salvo de qualquer recurso. Sua finalidade não é rescindir todo e qualquer julgado. As hipóteses são restritas e taxativas, por estar-se diante da autoridade da coisa julgada, de decisão que produziu, a todas as luzes, eficácia completa, no dizer de PONTES DE MIRANDA, “como se não fosse rescindível” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1998, Forense, tomo VI, p. 177). Medida excepcional e cabível apenas dentro das hipóteses restritas trazidas pela lei processual (Ada Pellegrini Grinover, *Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional*, Revista de Processo 87/37), porquanto esgotados os recursos, chega-se à imutabilidade da decisão de mérito, sem que se possa declará-la justa ou injusta, daí se permitindo, tudo isso, no dizer de Sálvio de Figueiredo Teixeira, “um imperativo da própria sociedade para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa de intranquilidade social que afastaria o fim primário do Direito, que é a paz social” (*Ação Rescisória, Apontamentos*, RT 646/7).

Para a maciça doutrina processual, violar literal disposição de lei significa desbordar por inteiro do texto e do contexto legal, importando flagrante desrespeito à lei, em ter a sentença de mérito sido proferida com extremo disparate, completamente desarrazoada.

José Frederico Marques refere-se a “afronta a sentido unívoco e incontroverso do texto legal” (*Manual de Direito Processual Civil*, vol. III, Bookseller, 1ª edição, p. 304). Vicente Greco Filho, a seu turno, leciona que “a violação de lei para ensejar a rescisória deve ser frontal e indubitosa” (*Direito Processual Civil Brasileiro*, 2º vol., Saraiva, 5ª edição, p. 385). Também Ada Pellegrini Grinover (obra citada), ao afirmar que a violação do direito em tese, para sustentar a demanda rescisória, há de ser clara e insofismável.

Ainda, a respeito, a anotação de THEOTONIO NEGRÃO (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, Saraiva, 38ª edição, pp. 567-568), ilustrando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

Art. 485: 20. “Para ser julgado procedente, o pedido rescindendo deduzido em ação rescisória fulcrada no inc. V do art. 485 do CPC depende, necessariamente, da existência de violação, pelo v. acórdão rescindendo, a literal disposição de lei. A afronta deve ser direta - contra a literalidade da norma jurídica - e não deduzível a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas, ou mesmo integração analógica” (STJ - 2ª Seção, AR 720-PR-EI, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 9.10.02, rejeitaram os embs., v.u., DJU 17.2.03, p. 214).

“Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo ‘decisum’ rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos” (RSTJ 93/416). No mesmo sentido: RT 634/93.

“Ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei. Justifica-se o ‘judicium rescindens’, em casos dessa ordem, somente quando a lei tida por ofendida o foi em sua literalidade, conforme, aliás, a expressão do art. 485-V do CPC. Não o é ofendida, porém, dessa forma, quando o acórdão rescindendo, dentre as interpretações cabíveis, elege uma delas e a interpretação eleita não destoa da literalidade do texto de lei” (RSTJ 40/17). No mesmo sentido: STJ-RT 733/154.

Constata-se também o fato de o dispositivo resguardar não apenas a literalidade da norma, mas seu sentido, sua finalidade, muitas vezes alcançados mediante métodos de interpretação (Sérgio Rizzi, *Ação Rescisória*, São Paulo, RT, 1979, p. 105-107).

José Carlos Barbosa Moreira, criticando a expressão “literal disposição de lei”, pondera: “O ordenamento jurídico evidentemente não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do julgar na solução da *quaestio iuris* quando afronte norma que integra o ordenamento sem constar literalmente de texto algum” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 11ª edição, 2003, p. 130). Igualmente, Flávio Luiz Yarshell: “Tratando-se de *error in iudicando* ainda paira incerteza acerca da interpretação que se deve dar ao dispositivo legal. Quando este fala em violação a ‘literal’ disposição de lei, em primeiro lugar, há que se entender que está, aí, reafirmando o caráter excepcional da ação rescisória, que não se presta simplesmente a corrigir injustiça da decisão, tampouco se revelando simples abertura de uma nova instância recursal, ainda que de direito. Contudo, exigir-se que a rescisória caiba dentro de tais estreitos limites não significa dizer que a interpretação que se deva dar ao dispositivo violado seja literal, porque isso, para além dos limites desse excepcional remédio, significaria um empobrecimento do próprio sistema, entendido apenas pelo sentido literal de suas palavras. Daí por que é correto concluir que a lei, nessa hipótese, exige que tenham sido frontal e diretamente violados o sentido e o propósito da norma” (*Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 323).

Conclui-se ser inadmissível a desconstituição do julgado com base em mera injustiça, em interpretações controvertidas, embora fundadas. A rescisória não se confunde com nova instância recursal. Exige-se mais, que o posicionamento adotado desborde do razoável, que agrida a literalidade ou o propósito da norma.

Verdadeiramente, não é a situação que se apresenta na hipótese dos autos, que nem de longe pode dar ensejo à cogitação de se desconstituir o julgado por eventual afronta aos dispositivos legais mencionados na inicial desta rescisória.

Cumprido destacar, desde logo, que apesar de o INSS fazer menção a possível comprometimento da lealdade e boa-fé da ora ré, ao empreender o trâmite concomitante de duas demandas com idêntico propósito - “Configura-se má-fé da autora por pleitear o mesmo benefício duas vezes, e não desistindo de nenhum deles, pretendendo receber duplicado o que somente teria direito uma vez” (fl. 06) -, alegação específica a respeito de violação aos artigos 14 e seguinte do Código de Processo Civil não veio, muito menos de possível ocorrência da hipótese elencada no inciso III do artigo 485 do diploma em questão, compreendendo-se a referência de que “reconhece-se no art. 16; 17, II e 18 do CPC os fundamentos do que aqui se pleiteia - a condenação do litigante de má-fé em custas e honorários” (fl. 06) como eventual decorrência, juntamente com a “a extinção da ação litispendente, sob crivo do art. 267, V” (fl. 06), do juízo rescisório que porventura pudesse se alcançar.

Do que se tem especificamente para exame, e a fim de melhor ilustrar o raciocínio, válido recobrar todo o ocorrido, na forma da exposição pelo INSS intitulada “DA ORDEM DOS FATOS” (fls. 04/05):

1. No dia 09/11/1999, a autora intentou a ação protocolizada sob o número 1127/99, cujo pedido era “declarar por sentença e determinar que o período de janeiro de 1956 até a presente data como efetivamente trabalhado pela requerente, na qualidade de trabalhadora rural, ou seja, como popularmente ‘bóia-fria’, para determinar sua aposentadoria rural por idade (...).”

2. A sentença foi proferida em 27/04/2000, julgando procedente a ação, condenando o réu - INSS - a pagar à autora aposentadoria rural por idade equivalente a 1 (um) salário mínimo desde a citação. O Instituto apelou da decisão, e o acórdão fora proferido em 01/12/2003.
3. Já tendo sido proferida a sentença em favor da autora, em data 16/01/2002 intentou esta, novamente, outra ação, protocolizada sob o número 36/02, requerendo que o Instituto concedesse à requerente a aposentadoria por idade, com tutela antecipada, baseada no caráter alimentar do pedido, requerendo termo inicial o momento em que a requerente completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, e valor de 1 (um) salário mínimo.
4. Como se pode notar, o julgamento da primeira ação já estava encaminhado à 2ª instância quando a autora intentou nova ação. E pelo teor dos pedidos, as ações são idênticas em suas partes, seus pedidos e causa de pedir.
5. A segunda ação (36/02) foi julgada improcedente em 1ª instância, e procedente em 2ª instância, concedendo à autora o benefício de aposentadoria rural por idade no valor de 1 (um) salário mínimo a partir da citação.
6. A primeira ação transitou em julgado em 03/03/04, ou seja, depois da segunda ação - objeto desta rescisória - ter transitado em julgado.
7. Em decorrência do trânsito da segunda ação, foi expedido ofício para implantação do benefício concedido, com data do início do benefício (DIB) em 16/04/02 e data do início dos pagamentos (DIP) em 01/10/03.
8. Com o trânsito em julgado da primeira ação, algum tempo depois (03/03/04), novo ofício de implantação fora expedido ao INSS para a implantação de benefícios de aposentadoria por idade rural, com DIB em 14/12/99 e DIP em 01/07/2004.

Conforme tenho defendido no âmbito desta 3ª Seção, em se tratando de pedido de concessão de benefício de valor mínimo pago a trabalhador rural nos termos dos artigos 39 e 143 da Lei 8.213/91, afigura-se perfeitamente possível, diante da ausência da tríplice identidade dos sujeitos, fundamentos e pedido, e como adinículo mesmo do verdadeiro *acesso à justiça*, a propositura, quando já colhido resultado de insucesso, de nova demanda para obter prestação jurisdicional a partir da variação da causa de pedir, originada justamente na diversidade de períodos de trabalho a serem provados e, por conseqüência, na necessidade de se apurar carências distintas, não se vislumbrando incompatibilidade prática ou lógica entre os provimentos.

Evidente que, já obtida judicialmente a desejada aposentadoria, o julgamento pelo mérito de demanda eventualmente pendente com características assemelhadas, em que a causa de pedir remota guarde similitudes em ambos os casos - a saber, o desempenho de atividade rural, por longo período, em regime de economia familiar ou como trabalhador avulso, mesmo que os fundamentos declinados não se confundam totalmente, pouco importando, igualmente, contrariamente ao sustentado pela ré em sua resposta, o rótulo que se dê às ações, se o bem da vida reclamado é exatamente o mesmo -, ainda que aparelhada anteriormente àquela em que se alcançou primeiramente o trânsito em julgado (hipótese, de resto, aqui verificada), esbarra no comando disposto no inciso V do artigo 267 do diploma processual civil, não mais em razão de possível litispendência, não aventada, ressalte-se, a tempo e modo no processo originário, mas porque a repetição da demanda passou a afrontar, nesse momento, a coisa julgada material.

Apesar de tormentosa, a questão não passou despercebida a Teresa Arruda Alvim Wambier (*Nulidades do processo e da sentença*. 6ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 380-381):

Hipótese que merece atenção é a do cabimento de ação rescisória de sentença de mérito proferida apesar de ter havido, à época da prolação da decisão, litispendência, ou seja, apesar

de haver um pressuposto processual negativo, não alistado de forma expressa nos incisos do art. 485.

É preciso que se suponha haver dois processos com identidade de partes, causas de pedir e pedido, um instaurado antes do outro. Por acaso, o que foi instaurado em segundo lugar terá chegado ao fim em primeiro lugar, produzindo-se, assim, a coisa julgada. Como não se trata de sentença inexistente, haverá coisa julgada, que pode ser alegada na primeira ação.

Finda, primeiramente, a ação proposta em segundo lugar, poderá o réu, na primeira ação, alegar a coisa julgada. Uma vez terminada a segunda ação, ter-se-á produzido a coisa julgada, e a primeira é que deverá, então, ser extinta sem resolução de mérito.

Isto quer significar que, num primeiro momento, o segundo processo era viciado, por se ter instaurado apesar de haver litispendência. Findo este, entretanto, torna-se viciado o primeiro, que estará em curso, apesar de haver coisa julgada.

A situação e o regime jurídico dos pressupostos processuais negativos (litispendência e coisa julgada) é, pois, neste particular, diversa. Isto porque o intuito do legislador, ao tornar defe-so que se proponham concomitantemente ou sucessivamente duas ações idênticas (*rectius*, mesmas ações), foi o de evitar decisões contraditórias. Ora, findo o segundo processo, se o primeiro chegar ao fim também (ambos com sentença de mérito), aí sim é que haverá decisões contraditórias e a frustração da intenção da lei.

Há, entretanto, outra posição que, embora também sustentável, não cremos ser a mais correta. Poder-se-ia entender que, sendo propostas, sucessivamente, duas ações idênticas, e a segunda tendo chegado ao fim em primeiro lugar, produzindo, pois, a sentença, coisa julgada, seja esta coisa julgada argüida na primeira ação, fazendo com que esta seja extinta sem resolução de mérito. Se, no entanto, se entenda caber rescisória, por infração a literal disposição de lei, de sentença proferida apesar de haver litispendência, pode chegar-se à situação de a segunda sentença ser, por isso, rescindida.

Ter-se-á, segundo esta forma de abordagem, de repropor a ação cujo mérito, até então, não terá sido julgado.

Parece ser aquela a posição mais correta, pois a razão de ser da proibição da litispendência é fundamentalmente preventiva.

Até mesmo esta Seção especializada teve a oportunidade de se pronunciar a respeito do tema por ocasião do julgamento, em 10 de novembro de 2011, em caso bastante parecido com o destes autos, como revela o teor da ementa abaixo reproduzida, da Ação Rescisória 2002.03.00.012992-1, sob relatoria do Desembargador Federal Nelson Bernardes, acompanhando no juízo de improcedência do pleito de desconstituição pelos Desembargadores Federais Walter do Amaral (Revisor), Lucia Ursaia e Fausto De Sanctis, pela Juíza Federal Convocada Márcia Hoffmann (pela conclusão) e pelos Desembargadores Federais Baptista Pereira e Sérgio Nascimento, vencidas as Desembargadoras Federais Marianina Galante, Daldice Santana (por fundamento diverso), Marisa Santos e Leide Polo, que julgavam procedente a demanda para rescindir o acórdão do feito subjacente e, proferindo nova decisão, extinguir o processo originário, sem resolução do mérito, justamente à vista da litispendência:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. LITISPENDÊNCIA. DOLO. NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO.

1 - Não há que se falar na configuração de má-fé, e por conseqüência, de dolo, a ensejar a rescisão do julgado com base no inciso III do art. 485 do CPC.

2 - Problemas decorrentes da própria máquina administrativa do INSS não dependiam da atuação da parte contrária, de modo que sempre lhe seria possível verificar a ocorrência de litispendência ou coisa julgada.

3- Presentes os três elementos essenciais e fundamentais à caracterização da litispendência, de acordo com o art. 301 e parágrafos do Código de Processo Civil, quais sejam: as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, tem-se que a demanda ajuizada posteriormente reproduz a primeira, razão pela qual deveria ter sido julgada extinta, sem resolução do mérito, conforme determina o art. 267, § 3º, do mesmo Diploma Processual, com prosseguimento regular daquela na qual a citação se deu em primeiro lugar.

4 - A litispendência não foi levantada em nenhum dos processos quando ainda em curso, o que permitiu que o segundo feito, com processamento mais célere, recebesse pronunciamento judicial definitivo, impondo óbice à reapreciação da mesma lide na ação nº 500/94.

5 - Esta Corte não pode rescindir a decisão que, em tese, teria ofendido a coisa julgada, porque lhe falece a competência, nem lhe é possível acolher o pedido de rescisão por litispendência, o que já não mais há.

6 - Tal instituto pressupõe *uma ação em curso*, pendente de julgamento, enquanto que só se rescinde decisão transitada em julgado, a teor do *caput* do art. 485 do CPC, ou seja, uma causa definitivamente resolvida.

7 - Refoge a toda lógica do sistema processual a possibilidade simultânea de rescisão de dois julgados pelo mesmo fato (a duplicidade de demandas), uma por litispendência, ao argumento de que sua verificação importa em violação a literal dispositivo de lei, e a outra por ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, CPC).

8 - Neste caso específico, onde não há conflito de interesses quanto à opção do benefício a ser implantado, pois ambas as partes concordam que deva prevalecer o título judicial formado na ação nº 500/94, inclusive de conteúdo mais abrangente, que se componham administrativamente, inclusive porque é vedada a percepção simultânea de duas aposentadorias e porque aquela abarca com tranqüilidade e folga as parcelas vencidas e executadas no feito nº 50/99.

9 - Pedido rescisório improcedente. Sucumbência recíproca estabelecida.

In casu, remarque-se, quando do deslinde, pela 9ª Turma, em 1º de dezembro de 2003 (fls. 39/40), do recurso registrado sob nº 2000.03.99.049218-5, tirado do proc. originário de nº 1127/99 perante o juízo da Comarca de Palmeira D'Oeste/SP, o acórdão lavrado nos autos de reg. nº 2002.03.99.043122-3, originado do julgamento pela 5ª Turma do apelo interposto pela ora ré contra a sentença proferida no feito nº 36/02, reconhecendo a procedência do pedido de aposentadoria por idade rural a Valdecy Zenaro Poato, já se encontrava com trânsito certificado desde 12 de agosto de 2003 (fl. 67).

Ao Tribunal não compete rever o primeiro acórdão, porquanto o óbice da litispendência, de modo a impedir, em princípio, a apreciação da mesma pretensão em processos sucessivos e simultâneos, deixou de ter qualquer razão de ser a partir do trânsito em julgado verificado na segunda demanda.

Excetuando-se a ausência de citação inicial (vício perpétuo), a formação da coisa julgada é sanatória de todos os demais vícios procedimentais, inclusive o decorrente da inobservância do pressuposto processual negativo em questão, impossível falar, assim, na ocorrência de nulidade, convertida, ao invés, em rescindibilidade.

Nesse sentido, até que passasse em julgado o segundo *decisum* (primeira demanda), circunstância concretizada em 3 de março de 2004, o pleito de desconstituição na forma aqui apresentada até encontraria viabilidade, sob a perspectiva da correção do *error in procedendo* resultante da prolação de sentença e acórdão apesar da pendência de outro processo instaurado e até então não acabado.

Contudo, quando do ajuizamento da demanda rescisória, levada a protocolo nesta Corte

em 27 de julho de 2005, ao INSS já não cabia sustentar exclusivamente a alegada violação aos artigos 267, inciso V, e 301, § 3º, do Código de Processo Civil, incerto, de resto, o proveito que acabaria obtendo com a rescisão do primeiro julgado, dada a primazia do acórdão seguinte, oriundo da primeira demanda, que chegou a termo posteriormente, e que confere à segurada, ora ré, termo inicial do benéfico mais longínquo.

É necessário que o processo tenha utilidade e, à toda evidência, há sempre um resultado a ser alcançado. Conforme anotado por Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, São Paulo, Malheiros 4ª edição, p. 108), “o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social. O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida - e a exagerada valorização da ação não é capaz de explicar essa vocação institucional do sistema processual, nem de conduzir à efetividade das vantagens que dele se esperam”.

Em regra, espera-se do demandante que venha a juízo atrás de uma tutela jurisdicional destinada a conduzi-lo ao bem da vida almejado. A pretensão trazida ao crivo do Estado-Juiz, “caracterizada como expressão de uma aspiração ou desejo e acompanhada do pedido de um ato jurisdicional que a satisfaça, constituirá o alvo central das atividades de todos os sujeitos processuais e, particularmente, do provimento que o juiz emitirá ao fim” (DINAMARCO, obra citada, p. 300).

Sob tal panorama, somente a superveniência de decreto desconstitutivo contra o segundo julgado, oriundo da primeira demanda proposta, em rescisória proposta com fundamento específico da existência de ofensa à coisa julgada, nos moldes do inciso IV do artigo 485 do diploma processual, teria o condão de derrubar o título executivo formado *a posteriori* de que decorre a condenação imposta ao INSS de arcar com o pagamento dos atrasados desde sua citação no feito de reg. nº 1127/99 (2000.03.99.049218-5).

Têm-se, na verdade, dois provimentos emitidos em relação ao mesmo pedido. Duas respostas do Estado-juiz à pretensão formulada, todas passadas em julgado.

Conquanto verdadeiramente não se possa falar em conflito entre coisas julgadas antagônicas, porque ambas as decisões acabaram por reconhecer igual direito a aposentadoria por idade de rurícola, para fins de efetiva satisfação da quantia devida pela autarquia, o impasse subsiste.

Ainda que os atos de jurisdição possam ter conteúdo assemelhado, persiste, mesmo assim, a discussão quanto à prevalência de um ou outro, justamente porque, como se verifica no caso dos autos, conflito prático entre os comandos exsurge na fase executiva, com reflexos diretos na concretização da vontade estatal exaurida no provimento revestido da autoridade da coisa julgada.

Pela predominância da primeira das duas decisões, sustentando a inexistência jurídica da segunda sentença, ofensiva à coisa julgada, dispensando, inclusive, o aparelhamento da rescisória, encontra-se o magistério de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia

Medina (*O dogma da coisa julgada*. São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 36-39). Segundo os autores, seria caso de *querela nullitatis*, pois há “única e exclusivamente uma situação de inexistência jurídica a declarar-se, por meio de ação que não fica sujeita a um lapso temporal pré-definido para ser movida”.

Embora admitindo a existência do segundo pronunciamento, não há, para Sérgio Rizzi (obra citada, p. 133-139), Nelson Nery Jr. (*Código de Processo Civil Comentado*, RT, 7ª edição, p. 830) e Sálvio de Figueiredo Teixeira (obra citada, RT 646/7), primazia em relação à primeira coisa julgada, à vista da proteção constitucional do instituto (CF, artigo 5º, inc. XXXVI).

Mas, segundo Cândido Rangel Dinamarco (obra citada, vol. III, p. 328-329), “enquanto não proposta e acolhida a demanda de rescisão, contudo, prevalecerá a segunda sentença, ainda quando conflitante em seu decisório com a primeira - em primeiro lugar, porque é inerente a todo ato estatal a revogação do antigo pelo novo, como acontece com as leis e atos administrativos. Além disso, a oferta do caminho da ação rescisória significa que o sistema processual não pretendeu que a segunda sentença passada em julgado fosse simplesmente desconsiderada, instável ou ineficaz: se o caminho é a sua rescisão, enquanto não for rescindida ela prevalece e impõe-se sobre a primeira”.

Em igual sentido, Eduardo Talamini (*Coisa Julgada e sua Revisão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, 3.4.5, p. 152-158) atenta que “a circunstância de a coisa julgada estar estabelecida como garantia constitucional tampouco permite a conclusão de que deve prevalecer a primeira sentença. Em primeiro lugar, pondere-se que, a rigor, haverá duas coisas julgadas, de modo que o prestígio constitucional seria atribuível a ambas. Argumenta-se que em favor da primeira também se poria, além da coisa julgada, a garantia do ‘direito adquirido’. Mas não é a sentença que atribui à parte o direito. A sentença apenas reconhece um direito. Portanto, a sentença favorável não significa ‘direito (material) adquirido’. Quando muito, ‘adquire-se’ a segurança processual da imutabilidade do comando. Mas isso é a própria coisa julgada - e assim se recai na objeção inicial. Em segundo lugar, a coisa julgada, embora se revista de *status* constitucional, é delineada pela legislação infraconstitucional. São as normas infraconstitucionais que estabelecem suas hipóteses de ocorrência, limites, meios de revisão, modo de operar - e assim por diante. Trata-se de noção assente na doutrina e na jurisprudência constitucional. É o legislador infraconstitucional que define inclusive os meios de fazer valer a coisa julgada. Conseqüentemente, lhe é dado conferir limites a tais meios - inclusive o limite decadencial para a rescisória”.

Ademais, “a sentença ofensiva a uma primeira coisa julgada é juridicamente existente. Apresenta-se o núcleo essencial para que uma sentença exista: há inquestionavelmente um novo comando jurisdicional, em conflito prático com o primeiro. Tampouco é aceitável qualquer construção no sentido de que, uma vez estabelecida a coisa julgada, o poder jurisdicional para o exame daquele objeto processual (mesmas partes, mesmo pedido e causa de pedir) seria retirado da generalidade dos órgãos integrantes do Judiciário. A investidura jurisdicional está sempre presente quando configurados os pressupostos substancial, formal e orgânico da Jurisdição. O agente jurisdicional está investido de jurisdição para qualquer caso que se lhe submeta. Também não vem em socorro da tese ora criticada a idéia de que a coisa julgada eliminaria o interesse de agir para uma nova demanda sobre o mesmo objeto. Ainda que se pudesse admitir tal equiparação, a sentença proferida a despeito de faltar condição da ação, como se verá, não é juridicamente inexistente”.

Também reconhecem prevalecer o segundo julgado, entre outros, José Frederico Marques (*Manual de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1975, vol. 3, p. 243), Humberto Theodoro Júnior

(*Curso de Direito Processual Civil*, Forense, vol. 1, p. 608), Flávio Luiz Yarshell (obra citada, p. 317-321) e José Carlos Barbosa Moreira (obra citada, p. 225-26), destacando, este último, que “seria evidente contra-senso recusar-se eficácia à segunda sentença, depois de consumada a decadência, quando nem sequer antes disso era recusável a eficácia. A passagem da sentença, da condição de rescindível à de irrevocável, não pode, é claro, diminuir-lhe o valor. Aberraria dos princípios tratar como inexistente ou como nula uma decisão que nem rescindível é mais, atribuindo ao vício, agora, relevância maior do que a tinha durante o prazo decadencial. Daí se infere que não há como obstar, só com a invocação da ofensa à coisa julgada, à produção de quaisquer efeitos, inclusive executivos, da segunda sentença, quer antes, quer (*a fortiori*!) depois do termo final do prazo extintivo”.

Considerações feitas, alinhados pedido de rescisão e fundamentos somente com a invalidade manifestada no primeiro julgado (segunda demanda), ou seja, não dirigida impugnação específica contra o segundo acórdão (primeira demanda), inexistindo, na presente demanda, *causa petendi* nem sequer pleito propriamente dito de desconstituição da decisão prolatada no feito de reg. 2000.03.99.049218-5 (Proc. nº 1127/99), o qual, nos termos *supra*, ao menos em teoria, guarda prevalência, resta vedado ao órgão jurisdicional, a pretexto da iniciativa do autor, proceder ao exame com base em pretensão distinta da expendida inicialmente.

Em situação alguma de pretensão revogação do julgado desobriga-se o aparelhamento da rescisória voltada diretamente contra a decisão que se quer extirpar, observando-se as hipóteses arroladas no artigo 485 do Código de Processo Civil. Não se permite que o Tribunal, se fundamento divisa como causa para a desconstituição de outro *decisum*, leve a efeito decreto de rescisão com base em motivos não reportados, não tendo, o INSS, aparelhado a rescisória com correção - contra o acórdão que transitou em momento seguinte ao primeiro e com base no inciso IV (ofensa à coisa julgada) -, sob pena de violação ao princípio da congruência, além de simplesmente desconsiderar a excepcionalidade da via rescisória.

Em reforço, em que pese a conclusão final em sentido diverso, o princípio do parecer da Procuradoria Regional da República, a respeito de toda a situação vivenciada nos autos, traz o seguinte (fls. 97/98):

Em primeiro lugar cabe mencionar que os fatos aqui narrados permitiriam que o juízo rescindente recaísse por sobre a decisão final proferida na primeira demanda instaurada, por ter esta violado a coisa julgada da segunda, visto que o trânsito em julgado desta última ocorreu primeiro, o que no entender deste órgão ministerial seria a solução mais coerente para o caso em tela.

A esse propósito, vale transcrever o entendimento de Márcia Conceição Alves Dinamarco, com o qual este órgão ministerial concorda, em razão de exprimir com clareza o motivo pelo qual na hipótese em questão o fundamento para a propositura da rescisória não seria o reconhecimento da violação da litispendência, mas a violação à coisa julgada.

Com efeito, crê que a “intenção do legislador ao evitar que se proponham duas demandas idênticas, para que não haja tanto a litispendência como a coisa julgada, foi a de impedir decisões finais contraditórias. Por isso, a alegação da litispendência deve ser feita quando ainda em curso os processos, para que o segundo seja extinto. No caso de não ser alegada enquanto pendente a relação jurídica processual, chegando uma das ações a transitar em julgado, o que prevalecerá será a coisa julgada, ficando sem qualquer fundamento a alegação de litispendência, ou mesmo a propositura de ação rescisória sob este fundamento, alegando-se violação à literal disposição de lei”.

E prossegue ao concluir que “a resposta que se impõe à pergunta do porquê o legislador não teria incluído no rol do elenco constante do art. 485, do Código de Processo Civil, a litispen-

dência é de ordem constitucional e pragmática: a coisa julgada é instituto garantido constitucionalmente dentre as garantias individuais, de modo que não há que se falar em litispendência ou violação a esta após findo um dos processos por já inexistir a litispendência propriamente dita, e sim já se ter operado a coisa julgada”. (*Ação Rescisória*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 151) Contudo, não obstante a pertinência do entendimento acima apresentado, este não poderá ser aplicado ao caso em questão, uma vez que o julgamento da presente demanda deverá cingir-se aos termos do pedido da autarquia federal, qual seja, a desconstituição da decisão de mérito transitada em julgado no segundo processo.

Por outro lado, não se ignora que o fato de Valdecy Zenaro Poato ter optado pelo pronto cumprimento da ordem judicial primeiramente obtida, atingindo-se o objetivo primordial do processo com a implantação do benefício e posterior expedição de requisitório em razão do julgado colhido no feito registrado sob nº 36/02 (2002.03.99.043122-3), levantando-se a importância depositada a título de atrasados, inclusive, “a qual compreendeu o período de 16/04/2002 a 30/09/2003” (fl. 03), verdadeiramente impediria o prosseguimento com a execução que se desenrola no outro processo, mesmo que de maior valor, porque, afinal, acabou se valendo a jurisdicionada da sentença que primeiro passou em julgado.

A esse propósito não se desconhece entendimento, consoante anotado na obra citada de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, que “sustenta prevalecer a segunda coisa julgada, se a primeira não tiver sido executada. Ou, ainda, que só se pode obstar a execução da segunda com base na existência da primeira, se esta última foi executada”.

Confira-se o que diz Pontes de Miranda (*Tratado da Ação Rescisória*, Bookseller, 1998, § 26, nº 1, p. 330): “há duas sentenças, ambas passadas em julgado, e uma proferida após a outra, com infração da coisa julgada. Se há o direito e a pretensão à rescisão da segunda sentença, só exercível a ação no biênio, e não foi exercida, direito, pretensão à rescisão e ação rescisória extinguíram-se. A segunda sentença está lá, suplantando a anterior. De *iure condendo*, poder-se-ia conceber diferentemente a situação, *e.g.*, fazendo-se rescindível, sempre, isto é, sem prazo a segunda sentença. Porém nenhuma solução de imprecluibilidade foi admitida: o biênio é inexoravelmente preclusivo. Assim, há duas decisões que, *in hypothesi*, se contradizem e a contradição tem de ser afastada pela superação da sentença ofendida. *Salvo, conforme vemos, se a primeira sentença já foi cumprida, ou no que foi cumprida*”.

E prossegue: “*Pode dar-se que tenha sido cumprida apenas em parte. Então, consumou-se o que se determinava, e a eficácia operada não pode ser desfeita pela sentença posterior, a despeito de, aí, o hoje ser posto à frente do passado. A segunda sentença que se tornou irrevocável não pode ir solapar o que já se inseriu no mundo jurídico*”.

Posto que conciliáveis os comandos, uma vez que de igual conteúdo no mérito e ambos acobertados pelo manto da coisa julgada, não caberia mais cogitar do cumprimento do segundo provimento (primeira demanda). A reiteração da prestação jurisdicional, com a prolação do acórdão da 9ª Turma deste Tribunal, quando já deflagrada a execução com base no título primeiramente formado (segunda demanda), não teria o condão de imprimir resultado diverso do obtido com a satisfação alcançada por meio da requisição de pequeno valor integralmente paga, atingindo-se, desse modo, o efetivo cumprimento da tutela jurisdicional.

Nesse ínterim, o próprio INSS refere na exordial que “o benefício mais antigo fora cancelado e os valores foram compensados para evitar o pagamento em duplicidade” (fl. 05); a parte contrária, em manifestação endereçada ao juízo *a quo* reproduzida na resposta aqui apresentada, admite que “tem o benefício já implantado, nos autos de número 36/2.002, mas

no presente processo remanesce um direito às parcelas atrasadas do período de 14 de dezembro de 1999 até meados de abril do ano de 2002” (fl. 88).

Como o pleito de desconstituição do primeiro julgado (segunda demanda), na linha da fundamentação exposta, não comporta aceitação à luz da alegada litispendência, e sem o aparelhamento da rescisória com fulcro no inciso IV do artigo 485 do CPC (ofensa à coisa julgada), contra o acórdão transitado em segundo momento (primeira demanda), não é possível avançar, o desate de todo esse nó deve se dar em outra sede, própria ao conhecimento de questões que, dado o caráter estreito da presente demanda, torna impeditivo solucioná-las neste autos.

Conclusão: ausente razão que possa levar ao reconhecimento de violação a dispositivo de lei nos moldes aqui propostos, a improcedência do pleito ganha contornos irrefutáveis, devendo todo o imbróglio, na verdade, encontrar deslinde no juízo *a quo*, possivelmente com o julgamento dos embargos à execução manejados pelo INSS incidentalmente ao proc. de reg. nº 1127/1999 (2000.03.99.049218-5 nesta Corte), os quais, como revela o andamento processual informatizado constante do portal eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo, encontram-se paralisados desde 27.12.2005 aguardando definição da presente demanda - “Despacho de fls. 23: Tendo em vista a interposição de ação rescisória com deferimento de tutela antecipada (fls. 136/137 dos autos 36/02 em apenso) e o levantamento de importância naqueles autos (fls. 99), suspendo o andamento do presente feito até o julgamento final da ação rescisória”.

Posto isso, julgo improcedente o pedido formulado na presente rescisória, condenando o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais).

É o voto.

Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0012795-11.2011.4.03.6183
(2011.61.83.012795-0)

Apelante: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Apelada: UNIÃO FEDERAL

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

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA

Classe do Processo: AC 1771149

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/10/2012

EMENTA

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. SEGURO-DESEMPREGO. RESCISÕES DE CONTRATO DE TRABALHO HOMOLOGADAS POR SENTENÇA ARBITRAL. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ART. 4º, VII, DA LC 80/94. ART. 5º DA LEI 7.347/85. ART. 81 DO CDC. SENTENÇA ARBITRAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A Defensoria Pública da União possui legitimidade ativa para promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (Art. 4º, VII, LC 80/94. Art. 5º, Lei 7.347/85. Art. 81 do CDC. Art. 134 da CF).

2. São de natureza transindividual os “direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando na presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado (a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação, para citar alguns exemplos) ou diante da massificação do conflito em si considerado. Precedentes.”, conforme já decidiu o E. STJ.

3. A jurisprudência, em interpretação teleológica, firmou-se no sentido de restringir o alcance do Art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, fazendo-o incidir apenas em pretensões de natureza tributária, já que interesses de contribuintes não se confundem com os de consumidores, e que a ação, nestes casos, assumiria vestes de ação direta de inconstitucionalidade. Precedente do STJ.

4. É vedada a invocação do fundo contábil - FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador) - criado a partir de contribuições, arrecadações e repasses para o exclusivo fim de fazer incidir à espécie o dispositivo que excepciona o manejo da ação civil pública, porquanto não há discussão direta acerca do fundo e das contribuições a ele destinadas. A demanda gira em torno de um dos requisitos do benefício de seguro-desemprego e da validade da sentença arbitral, pouco importando o respectivo custeio.

5. Afastada a carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido ou inadequação da via e, por conseguinte, anulada a sentença.

6. A indisponibilidade dos direitos trabalhistas e previdenciários, como o seguro-desemprego, é atributo que não se deve invocar com a finalidade de prejudicar os destinatários das normas, no caso, trabalhadores e segurados da Previdência. A natureza do seguro-desemprego é indissociável do interesse público, haja vista que a concessão de referido benefício visa a amparar o cidadão surpreendido pela contingência

prevista na lei. Sua negativa, sem motivo outro que não a alegada imprevisão legal da arbitragem de produzir efeitos nessa seara, quando cediço que o árbitro decide a relação posta à sua apreciação com iguais poderes e responsabilidades de um juiz togado, ao contrário do que se pretende induzir, é que prejudica o direito indisponível *sub judice*, e não a arbitragem, realizada sob os ditames legais.

7. A sentença arbitral, tal qual a sentença judicial, produz efeitos em relação a terceiros, sendo facultado a esses discutir eventual prejuízo a seus interesses jurídicos (O efeito *intra partes* diz respeito tão-somente à imutabilidade do provimento). Nos termos do Art. 18 da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral não vincula a produção de efeitos a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

8. Homologada a rescisão contratual por Juízo Arbitral, não cabe à União Federal questionar se aquele juízo poderia ou não ter homologado a rescisão ou se caberia apenas ao sindicato da categoria ou ao órgão do Ministério do Trabalho. A arbitragem pode ser questionada enquanto meio de quitação geral do contrato de trabalho, em respeito ao princípio da proteção do trabalhador, mas não em relação aos efeitos que produz perante a União e seu dever de amparar o trabalhador dispensado sem justa causa.

9. Preenchidos os requisitos previstos no Art. 3º da Lei 7.998/90, terá direito à percepção do seguro-desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa, afigurando-se meramente exemplificativo o rol dos documentos aceitos pelo Art. 4º da Resolução 467 do CODEFAT. Precedentes.

10. Preliminar rejeitada. Apelo provido para afastar a carência de ação. Procedência do pedido deduzido pela Defensoria Pública Federal, para determinar que a União Federal reconheça a validade da sentença arbitral para fins de concessão de seguro-desemprego.

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 suscitada em contrarrazões; dar provimento ao apelo para afastar a carência de ação; e julgar procedente o pedido deduzido pela Defensoria Pública Federal, para determinar que a União Federal reconheça a validade da sentença arbitral para fins de concessão de seguro-desemprego, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de outubro de 2012.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Defensoria Pública da União em face da sentença de indeferimento da petição inicial, com base nos Arts. 295, V, e 267, I e VI, § 3º, do CPC, proferida nos autos da ação civil pública, em que se objetiva o afastamento do óbice da sentença homologatória de rescisão de contrato de trabalho para liberação de seguro-desemprego.

A Defensoria Pública da União requer a reforma da sentença, sustentando que, com base no parecer Conjur/MTE 72/2009, o Ministério do Trabalho vem indeferindo pedidos

de seguro-desemprego lastreados em rescisões de contrato de trabalho homologadas por sentença arbitral. Defende que a arbitragem somente pode ser contestada em ação judicial, que não garante a retomada do vínculo trabalhista, mas tão-somente o respeito aos direitos eventualmente violados.

O recorrente aponta que a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor legitimam a tutela dos direitos individuais homogêneos, via ação civil pública, conceituados como aqueles de origem comum, portanto, que, “embora individuais o modo como se apresentam induzem, e às vezes até obrigam, um tratamento homogêneo”. Acrescenta que não se discute na ação civil pública a legitimidade da sentença arbitral como satisfatória para quitação das obrigações originadas das relações trabalhistas, mas apenas a “sua suficiência para comprovar o fato gerador do direito do benefício (extinção do vínculo empregatício).

No mérito, pugna o recorrente, mediante a aplicação da teoria da causa madura, pelo reconhecimento de que a sentença arbitral prescinde de homologação e de que a lei não faz distinção quanto à demissão formalizada em sentença arbitral, não cabendo ao administrador o fazer, especialmente ante o princípio da proteção ao trabalhador.

A União Federal apresentou contrarrazões, nas quais alega preliminarmente ilegitimidade ativa da Defensoria Pública Federal e, no mérito, que os efeitos da sentença arbitral não obrigam terceiros, sendo que o Art. 1º da Lei 9307/96 trata de direitos patrimoniais disponíveis, o que não é o caso do seguro-desemprego.

O MPF manifestou-se pelo não provimento do apelo e, subsidiariamente, pela improcedência do pedido do autor.

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA (Relator):

Inicialmente, deve ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade *ad causam*.

A Lei Complementar 80/94, no Art. 4º, VII, arrola dentre as funções institucionais da Defensoria Pública a de promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou *individuais homogêneos* quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de *pessoas hipossuficientes*.

Igualmente, a Lei 7347/85 (Lei da Ação Civil Pública) prevê legitimidade ativa à Defensoria Pública (Art. 5º). Referida lei disciplina as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*, por infração da ordem econômica e à ordem urbanística. Já o Art. 81 do CDC admite a defesa coletiva aos interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os *decorrentes de origem comum*.

Logo, a tutela coletiva está permitida para os direitos individuais homogêneos, aqueles que, embora tenham destinatários identificáveis e individualizáveis, se originam de uma causa comum (de fato e/ou de direito). São, pois, conforme pacificou o E. STF, uma espécie de direitos coletivos acidentalmente.

Assim, em razão da função atribuída à Defensoria Pública pela Constituição Federal (Art. 134), assim como da pretensão aqui veiculada, com vistas ao amparo dos trabalhadores desempregados destinatários do seguro-desemprego, tem-se que o agrupamento em torno de uma mesma relação fática (parecer do Ministério do Trabalho não conferindo validade às rescisões contratuais homologadas por Juízo arbitral) confere ao direito visado a característica de homogêneo.

Conforme já decidiu o E. STJ, são de natureza transindividual os “direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando na presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado (a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação, para citar alguns exemplos) ou diante da massificação do conflito em si considerado. Precedentes.” (REsp 1225010/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, REPDJe 02/09/2011, DJe 15/03/2011).

Portanto, não há controvérsia acerca da legitimidade ativa da Defensoria Pública para a presente ação que cuida do benefício de seguro-desemprego, criado para, dentre outros, prover a assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta, e ao trabalhador comprovadamente resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo.

Com relação ao Art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, passo ao exame.

Dispõe referido dispositivo que “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”

A jurisprudência, em interpretação teleológica, firmou-se no sentido de restringir o alcance de citado dispositivo, fazendo-o incidir apenas em pretensões de natureza tributária, já que interesses de contribuintes não se confundem com os de consumidores, e que a ação, nestes casos, assumiria vestes de ação direta de inconstitucionalidade.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPUGNANDO EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA (CUSTAS). MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA, MESMO EM PERÍODO ANTERIOR À EDIÇÃO DA MP 2.180/01, QUE INTRODUZIU O PARÁGRAFO ÚNICO NO ART. 1º DA LEI 7.347/85. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A jurisprudência do STF, ainda no período anterior ao advento da MP 2.180/2001, que introduziu no art. 1º da Lei 7.347/85 parágrafo único dispondo que “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”, firmara-se no sentido da ilegitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública questionando a exigibilidade de tributo. Precedentes: RE 213.631/MG e RE 195.056/PR.

2. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 517.457/SE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/06/2006, DJ 22/06/2006, p. 179)

Destarte, não incide referido artigo sobre toda e qualquer discussão envolvendo fundos institucionais. A exemplo, esta C. Corte, assim como o E. STJ, já admitiram ação civil pública em relação ao FIES, ao DPVAT, etc.

No caso, a Lei 7998/90 instituiu o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador) com recursos

constituídos pelo produto da arrecadação das contribuições devidas ao PIS e ao Pasep; produto dos encargos devidos pelos contribuintes, em decorrência da inobservância de suas obrigações; correção monetária e os juros devidos pelo agente aplicador dos recursos do fundo, bem como pelos agentes pagadores, incidentes sobre o saldo dos repasses recebidos; produto da arrecadação da contribuição adicional pelo índice de rotatividade, de que trata o § 4º do art. 239 da Constituição Federal; e outros recursos que lhe sejam destinados (Art. 11).

Vê-se que na hipótese vertente não há discussão direta acerca do fundo e das contribuições a ele destinadas. A demanda gira em torno de um dos requisitos do benefício de seguro-desemprego e da validade da sentença arbitral, pouco importando o respectivo custeio. Assim, veda-se a invocação do fundo contábil criado a partir de contribuições, arrecadações e repasses para o exclusivo fim de fazer incidir à espécie o dispositivo que excepciona o manejo da ação civil pública.

Nessa linha, ponderou o E. STJ:

(...) Entretanto, a solução possível para controvérsia deve partir da correta distinção entre a origem dos recursos e sua destinação. 8. Evidente que o FITP é alimentado por tributos - a própria lei de regência diz isso. Mas sua destinação é inteiramente diversa, e tem natureza indenizatória. A relação travada entre o trabalhador avulso e o FITP é totalmente diversa da travada entre a sociedade e o fundo. 9. O adicional de indenização do trabalhador portuário avulso (a Cide que alimenta o FITP) incide nas operações de embarque e desembarque de mercadorias importadas ou exportadas, e, portanto, trata-se de relação jurídica tributária travada entre o contribuinte e a União, na qualidade de administradora do fundo. 10. Outra relação, totalmente diferente, é a travada entre a União, como administradora do fundo, e o trabalhador avulso portuário. Essa é uma relação de natureza pura e simplesmente indenizatória, que envolve tão-só a gestão de patrimônio público. 11. É que os tributos, após ingressarem nos cofres públicos, passam a integrar o fundo não mais como tributos, mas como receitas orçamentárias vinculadas à destinação do fundo especial - art. 71 da Lei nº 4.320/64. Perde-se, assim, a natureza tributária do feito. 12. Aqui, portanto, soa aplicável não a remansosa jurisprudência segundo a qual o Ministério Público não pode atuar em matéria tributária, mas sim a Súmula nº 329 do Superior Tribunal de Justiça, pela qual “[o] Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.” (AgRg no REsp 812.071/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/04/2010, DJe 05/05/2010).

Nesse passo, deve ser afastada a carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido ou inadequação da via e, por conseguinte, anulada a sentença.

Considerando-se que a causa encontra-se madura para julgamento direto por esta instância, passo à análise do mérito, com fulcro no Art. 515, § 3º, do CPC.

Dentre as disposições gerais da lei de arbitragem, há expressa delimitação do âmbito de atuação do juízo arbitral aos direitos disponíveis. Configura-se a restrição uma garantia aos titulares de direitos indisponíveis, que somente poderão dirimir suas contendas judicialmente.

A indisponibilidade dos direitos trabalhistas e previdenciários, como, por exemplo, o seguro-desemprego, é atributo que não se deve invocar com a finalidade de prejudicar os destinatários das normas, no caso, trabalhadores e segurados da Previdência. A natureza do seguro-desemprego é indissociável do interesse público, haja vista que a concessão de referido benefício visa a amparar o cidadão surpreendido pela contingência prevista na lei. Sua negativa, sem motivo outro que não a alegada imprevisão legal da arbitragem de produzir efeitos

nessa seara, quando cediço que o árbitro decide a relação posta à sua apreciação com iguais poderes e responsabilidades de um juiz togado, ao contrário do que se pretende induzir, é que prejudica o direito indisponível *sub judice*, e não a arbitragem, realizada sob os ditames legais.

Conforme bem observou a Defensoria Pública da União, não está em discussão a legitimidade da sentença arbitral como satisfatória para quitação das obrigações originadas das relações trabalhistas, mas apenas a “sua suficiência para comprovar o fato gerador do direito do benefício (extinção do vínculo empregatício).”

Não é despidendo afirmar que a sentença arbitral, tal qual a sentença judicial, produz efeitos em relação a terceiros, sendo facultado a esses discutir eventual prejuízo a seus interesses jurídicos (O efeito *intra partes* diz respeito tão-somente à imutabilidade do provimento).

Não pode, no entanto, a União Federal pautar seus atos administrativos, negando ao trabalhador direito fundamental, na mera alegação genérica, consubstanciada em parecer do Ministério do Trabalho, segundo a qual a homologação arbitral é inválida, ao argumento de não haver participado da relação processual em que produzida.

Ao revés, é oportuno ressaltar que a sentença arbitral é válida e, nos termos do Art. 18 da Lei de Arbitragem, não vincula a produção de efeitos a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

De outro lado, homologada a rescisão contratual por Juízo Arbitral, não cabe à União Federal questionar se aquele juízo poderia ou não ter homologado a rescisão ou se caberia apenas ao sindicato da categoria ou ao órgão do Ministério do Trabalho. A arbitragem pode ser questionada enquanto meio de quitação geral do contrato de trabalho, em respeito ao princípio da proteção do trabalhador, mas não em relação aos efeitos que produz perante a União e seu dever de amparar o trabalhador dispensado sem justa causa.

Assim, demonstrando o preenchimento dos requisitos previstos no Art. 3º da Lei 7998/90, terá direito à percepção do seguro-desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa, afigurando-se meramente exemplificativo o rol dos documentos aceitos pelo Art. 4º da Resolução 467 do CODEFAT.

Na linha de tudo quanto aqui exposto, colaciona a jurisprudência:

DIREITO TRABALHISTA. ADMINISTRATIVO. FGTS. SAQUE DOS DEPÓSITOS. DESPEDIDA IMOTIVADA. SENTENÇA ARBITRAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Mandado de Segurança impetrado contra ato do gerente da CEF que não autorizou o levantamento dos valores da conta vinculada do FGTS em razão da natureza arbitral da sentença que solucionou litígio trabalhista. Concessão da segurança em primeiro grau. Acórdão dando provimento à apelação da CEF por entender que a arbitragem não pode ser utilizada quando a matéria versa sobre dissídios individuais trabalhistas, haja vista que os direitos assegurados aos trabalhadores são indisponíveis. Irresignado, o particular interpôs recurso especial alegando violação do art. 31 da Lei nº 9.307/96.

2. A indisponibilidade dos direitos trabalhistas deve ser interpretada no sentido de proteger o empregado na relação trabalhista e não de prejudicá-lo. Havendo rescisão contratual sem justa causa, é cabível o levantamento dos depósitos do FGTS, ainda que a sentença tenha natureza arbitral. Nulidade inexistente.

Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ.

3. O art. 477, § 1º, da CLT, o qual exige a assistência do sindicato da categoria do empregado ou de órgão do Ministério do Trabalho na rescisão contratual de trabalho, é regra que visa a proteger o lado presumidamente mais fraco da relação jurídica laboral, qual seja, o trabalhador

e sua classe. Não pode a mencionada norma ser invocada em prejuízo do obreiro.

4. Recurso especial provido.

(REsp 777.906/BA, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 228)

ADMINISTRATIVO. FGTS. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS. ARBITRAGEM. DIREITO TRABALHISTA.

1. Configurada a demissão sem justa causa, não há como negar-se o saque sob o fundamento de que o ajuste arbitral celebrado é nulo por versar sobre direito indisponível. O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas milita em favor do empregado e não pode ser interpretado de forma a prejudicá-lo, como pretende a recorrente.

2. Descabe examinar se houve ou não a despedida sem justa causa, fato gerador do direito ao saque nos termos do art. 20, I, da Lei 8.036/90, pois, conforme a Súmula 7/STJ, é vedado o reexame de matéria fática na instância especial.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 695.143/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2005, DJ 12/12/2005, p. 294)

FGTS. SENTENÇA ARBITRAL. HOMOLOGAÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. VALIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA Nº 82 DO STJ. APLICABILIDADE.

1. “Compete à Justiça Federal, excluídas as reclamações trabalhistas, processar e julgar os feitos relativos à movimentação do FGTS.” Súmula nº 82 do STJ.

2. Em caso de levantamento de valores de conta vinculada do FGTS em razão de despedida imotivada do trabalhador, a sentença arbitral é plenamente válida e não viola o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

3. Recurso especial provido.

(REsp 867.961/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/12/2006, DJ 07/02/2007, p. 287)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LEVANTAMENTO DO FGTS - SENTENÇA ARBITRAL.

1. A disciplina do levantamento do FGTS, art. 20, I, da Lei 8036/90, permite a movimentação da conta vinculada quando houver rescisão sem justa causa do contrato de trabalho.

2. Aceita pela Justiça do Trabalho a chancela por sentença arbitral da rescisão de um pacto laboral, não cabe à CEF perquirir da legalidade ou não da rescisão.

3. Validade da sentença arbitral como sentença judicial.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 860.549/BA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2006, DJ 06/12/2006, p. 250)

Ante o exposto, rejeito a preliminar suscitada em contrarrazões; dou provimento ao apelo para afastar a carência de ação; e, com fulcro no Art. 515, § 3º, do CPC, julgo procedente o pedido deduzido pela Defensoria Pública Federal, para determinar que a União Federal reconheça a validade da sentença arbitral para fins de concessão de seguro-desemprego.

Sem condenação em honorários advocatícios e despesas processuais.

É o voto.

Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA - Relator

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

0001644-36.2012.4.03.0000

(2012.03.00.001644-5)

Agravante: ESTILO COUNTRY CONFECÇÕES LTDA. - EPP

Agravada: R. DECISÃO DE FLS. 426/427

Interessada: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE SÃO JOSÉ RIO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA

Classe do Processo: AI 464120

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2012

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO POR REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA. LC 105/01. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Caso em que a fiscalização utilizou-se, em procedimento fiscal para apuração de receitas tributáveis, que teriam eventualmente sido omitidas pelo contribuinte, de quebra de sigilo bancário por requisição administrativa, sem intervenção judicial, o que, embora encontrasse amparo na Lei Complementar 105/2001, Lei 9.311/1996 com redação dada pela Lei 10.174/2001 e Decreto 3.724/2001, configura procedimento eivado de inconstitucionalidade, conforme decidido pela Suprema Corte (RE 389.808, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 09/05/2011), e salientado pela decisão agravada, pelo que merece provimento o presente recurso, para o fim de suspender a procedimento fiscal impugnado.

2. O entendimento acima citado foi adotado pela Turma já na AC 0019889-70.2008.4.03.6100, na sessão de 04/08/2011, a provar que a fiscalização, fundada na quebra do sigilo bancário por requisição exclusiva da autoridade administrativa, sem autorização judicial, porque eivada de inconstitucionalidade, não viabiliza o lançamento do crédito tributário.

3. Cumpre afastar, porém, a alegação de que o presente agravo de instrumento não teria perdido seu objeto, pois o Juízo de origem efetivamente reconsiderou a decisão agravada na parte em que determinou a retificação do valor dado à causa, mantendo aquele indicado pelo agravante, não havendo qualquer prejuízo ao mesmo que ensejasse a discussão da matéria nesta sede, ressaltando que, na hipótese de eventual nova decisão, como alegado, esta poderá ser objeto de novo recurso.

4. Agravo inominado parcialmente provido.

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

São Paulo, 18 de outubro 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 contra indeferimento de liminar em mandado de segurança para que se oficie ao BACEN para que “se abstenha de fornecer, em atenção a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira formulada pelos impetrados, concernente ao Mandado de Procedimento Fiscal nº 08.1.07.00-2011-01237-7, quaisquer informações e documentos relacionados à eventual movimentação bancária da impetrante, até ulterior intimação de decisão judicial em contrário”, determinando emenda da inicial, com atribuição de valor da causa compatível com o seu conteúdo econômico.

Alegou-se que: (1) essencial o segredo de justiça neste feito para impedir a publicidade de informações bancárias, conforme artigos 5º, LX, e 155, I, CF; (2) é devida a proteção judicial, diante da inconstitucionalidade da quebra do sigilo fiscal por ato administrativo, aduzindo que já houve quebra do sigilo fiscal e não se trata de mera expectativa, conforme anexo do termo de intimação fiscal de 13/02/2012; e (3) não houve perda de objeto do recurso em relação à determinação de retificação do valor dado à causa, pois o Juízo *a quo*, ao reconsiderar decisão anterior, o fez condicionalmente, não restando afastada a possibilidade de emenda da inicial.

Instada a se manifestar, a FAZENDA NACIONAL alegou que: (1) o procedimento fiscal em questão observou a legislação de regência; e (2) a constitucionalidade da LC 105/2001.

Em Mesa, na forma regimental.

É o relatório.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal CARLOS MUTA (Relator): Senhores Desembargadores, consta da decisão agravada (f. 426/7):

Vistos etc.

Trata-se de agravo de instrumento à negativa de liminar, em mandado de segurança, a fim de que seja oficiado ao BACEN para que “se abstenha de fornecer, em atenção a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira formulada pelos impetrados, concernente ao Mandado de Procedimento Fiscal nº 08.1.07.00-2011-01237-7, quaisquer informações e documentos relacionados à eventual movimentação bancária da impetrante, até ulterior intimação de decisão judicial em contrário” (f. 154), determinando emenda da inicial, com atribuição de valor da causa compatível com o seu conteúdo econômico (f. 44 e v.).

Alegou: (1) imprescindibilidade de processamento do recurso sob segredo de justiça; (2) ilegalidade e inconstitucionalidade da exigência de apresentação pelo contribuinte ou solicitação direta ao BACEN de extratos e documentos bancários, sem ordem judicial de quebra de sigilo; (3) possibilidade de que a RFB venha a promover a quebra do sigilo bancário, sem autorização judicial, em face da recusa da agravante em apresentar os extratos solicitados; e (4) conformidade do valor da causa, estimado em R\$ 1.000,00, ao objeto da ação mandamental. DECIDO.

A hipótese comporta julgamento na forma do artigo 557 do Código de Processo Civil.

Primeiramente, com relação à emenda da inicial, sobreveio decisão, em 08/02/2012 (f. 424), reconsiderando a determinação anterior e mantendo o valor da causa declinado na exordial,

restando, assim, prejudicado o recurso neste ponto.

Quanto à questão de fundo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário por requisição administrativa, sem intervenção judicial, nos termos da Lei Complementar 105/2001, conforme revela o acórdão publicado no DJE 09/05/2011, no RE 389.808, Rel. Min. MARCO AURÉLIO:

“SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção - a quebra do sigilo - submetida ao crivo de órgão equidistante - o Judiciário - e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS - RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal - parte na relação jurídico-tributária - o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.”

A Terceira Turma desta Corte, por sua vez, adotou o mesmo entendimento na AC 0019889-70.2008.4.03.6100, de que foi relator o MM. Des. Fed. Carlos Muta, na sessão de 04/08/2011. Na espécie, contudo, o pedido de reforma da decisão agravada é manifestamente improcedente, pois, conforme registrou o Juízo *a quo*, o termo de intimação fiscal 0810700-2011-01237-7 não apresenta qualquer violação da garantia de sigilo, apenas intima o contribuinte a apresentar documentos/esclarecimentos relativos a movimentações bancárias, nos termos dos artigos 7º, § 1º e I, do Decreto 70.235/72 e 909 do Decreto 3.000/99 (f. 159/61), informando que “caso encontre dificuldades para obter os extratos/documentação bancária, a Receita Federal poderá solicitar diretamente às instituições financeiras toda a documentação citada (...)”, condicionada à manifestação/autorização expressa do contribuinte a respeito (f. 164/5). Diante da recusa da agravante (f. 169/96), não há qualquer indicativo de que a RFB pretenda solicitar diretamente ao BACEN os dados e extratos bancários, sem anuência expressa do contribuinte ou sem autorização judicial de quebra de sigilo, o que não se presume pelo simples termo de ciência e continuação de procedimento fiscal (f. 408).

Ante o exposto, com esteio no artigo 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

O recurso merece parcial provimento.

Com efeito, em face da alegação do agravante de que já teria ocorrido a quebra de seu sigilo bancário, foi a agravada instada a se manifestar, trazendo aos autos informações que corroboram tal tese, conforme revelam as informações prestadas às f. 507/13, que acompanharam a contraminuta de f. 491/504, cujo trecho, entre outros, vale destacar:

10 - Nesse contexto, para prosseguir com os trabalhos de auditoria, tornou-se necessária a elaboração de Requisição de Movimentação Financeira (RMF) junto às instituições financeiras nas quais a fiscalizada é cliente. Tal requisição é amparada por todos os meios legais - Lei Complementar 105/01, Lei 9430/96, Lei 5172/66, Decretos 3000/99 e 3724/01;

11 - De posse dos documentos bancários enviados pelas instituições financeiras, intimamos a fiscalizada em 16/02/2012 a informar sobre transações em suas contas-correntes e a comprovar, mediante apresentação de documentação hábil e idônea, coincidente em datas e valores, a origem dos depósitos (créditos) ingressados em suas contas bancárias; (f. 509)

Como se observa, a fiscalização utilizou-se, em procedimento fiscal para apuração de receitas tributáveis, que teriam eventualmente sido omitidas pelo contribuinte, de quebra de sigilo bancário por requisição administrativa, sem intervenção judicial, o que, embora encontrasse amparo na Lei Complementar 105/2001, Lei 9.311/1996 com redação dada pela Lei 10.174/2001

e Decreto 3.724/2001, configura procedimento eivado de inconstitucionalidade, conforme decidido pela Suprema Corte (RE 389.808, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 09/05/2011), e salientado pela decisão agravada, pelo que merece provimento o presente recurso, para o fim de suspender a procedimento fiscal impugnado.

Finalmente, cabe afastar a alegação de que o presente agravo de instrumento não teria perdido seu objeto, pois o Juízo de origem efetivamente reconsiderou a decisão agravada na parte em que determinou a retificação do valor dado à causa, mantendo aquele indicado pelo agravante, não havendo qualquer prejuízo ao mesmo que ensejasse a discussão da matéria nesta sede, ressaltando que, na hipótese de eventual nova decisão, como alegado, esta poderá ser objeto de novo recurso.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo inominado para reformar a decisão agravada nos termos supracitados.

Desembargador Federal CARLOS MUTA - Relator

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0021603-90.2012.4.03.0000

(2012.03.00.021603-3)

Suscitante: DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO – 1ª SEÇÃO

Suscitada: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA – 2ª SEÇÃO

Parte Autora: WAGNER JOSE FEITOSA DA COSTA

Parte Ré: JUÍZO FEDERAL DIRETOR DO FORO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE MATO GROSSO DO SUL

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO

Classe do Processo: CC 14486

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/10/2012

Trata-se de conflito negativo de competência.

O feito foi distribuído à eminente Desembargadora Federal Regina Helena Costa, da 2ª Seção, que declinou da competência.

Na sequência, o eminente Desembargador Federal Antonio Cedenho, da 1ª Seção, suscitou o presente conflito de competência, sob o argumento de que o ato administrativo impugnado não diz respeito a servidor público, mas, sim, a terceiro estranho à Administração Pública, uma vez que o impetrante não foi investido no cargo de Técnico Judiciário. Competência, portanto, da 2ª Seção desta Corte.

É uma síntese do necessário.

A matéria é objeto de jurisprudência dominante no Órgão Especial deste Tribunal. Confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - DIVERGÊNCIA ENTRE AS 1ª E 2ª SEÇÕES DO TRIBUNAL – ATOS ADMINISTRATIVOS PRATICADOS EM CONCURSO PÚBLICO - COMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO.

Nos termos da Constituição Federal, da lei e do edital do concurso, todos os candidatos são iguais. Não cabe, porque o candidato é servidor público em carreira distinta da disputada no certame, estabelecer distinção de órgão julgador.

Candidato, na perspectiva do ato questionado na ação, não é servidor público. Se for aprovado no concurso, pela qualidade futura de servidor público, terá a demanda julgada na 1ª Seção deste Tribunal (art. 10, § 2º, inc. VII, do RI).

A competência para processar e julgar a nulidade ou anulabilidade de atos administrativos é da 2ª Seção (art. 10, § 2º, inc. III, do RI).

Conflito procedente.

(CC 1999.03.00.008862-o, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. Fábio Prieto, j. 08/06/2011, unanimidade, e-DJF3 Judicial 1, 14/06/2011, pág. 113)

Por estes fundamentos, julgo procedente o conflito, para reconhecer a competência da Desembargadora Federal vinculada à Turma da 2ª Seção deste Tribunal.

Ciência à Procuradoria Regional da República.

Comunique-se, publique-se, intimem-se e cumpra-se.

Após, arquivem-se.

São Paulo, 08 de outubro de 2012.

Desembargador Federal FÁBIO PRIETO DE SOUZA - Relator

Direito Processual Penal



RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0013723-79.2009.4.03.6102

(2009.61.02.013723-4)

Recorrente: JUSTIÇA PÚBLICA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI

Classe do Processo: RSE 5694

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/10/2012

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. FURTO QUALIFICADO MEDIANTE FRAUDE. MOVIMENTAÇÃO FRAUDULENTA EM CONTA DE DEPÓSITO ADMISTRADA PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A conduta perpetrada teria se consubstanciado em valer-se de meios eletrônicos para efetivar transação bancária fraudulenta, sem o consentimento do correntista, atingindo o sistema bancário gerido pela Caixa Econômica Federal - CEF e, via reflexa, o cliente da instituição financeira.

2. A fraude é empregada contra o sistema de segurança da empresa pública a fim de subtrair valores que estão em seu poder, atingindo seu patrimônio, na medida em que a instituição financeira estaria obrigada a ressarcir o correntista do prejuízo causado pelo delito. Além disso, o crime também atinge a credibilidade de seus serviços, ocasionando, portanto, diversos prejuízos ao ente federal.

3. Se o fato delituoso fora perpetrado contra uma empresa pública federal, a competência da Justiça Federal para processar o inquérito policial há de ser reconhecida, nos termos do artigo 109, IV, da Constituição Federal.

4. Recurso em sentido estrito provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso em sentido estrito, para declarar a competência da Justiça Federal para processar o inquérito policial, diante da ocorrência de crime de furto qualificado contra empresa pública federal, nos termos do artigo 109, IV, da Constituição Federal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 16 de outubro de 2012.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal em face da decisão proferida nos

autos de inquérito policial (fls. 11/12), instaurado para investigar a eventual prática de furto qualificado mediante fraude, previsto no artigo 155, § 4º, II, do Código Penal, em decorrência de movimentação fraudulenta em conta de depósito, administrada pela Caixa Econômica Federal - CEF, que declinou da competência da Justiça Federal, determinando a remessa dos autos à Justiça Estadual, ao argumento que o titular da conta é a única vítima do crime em tela, não estando, de tal forma, alcançada pelo disposto no artigo 109, IV, da Constituição Federal.

O Ministério Público Federal recorre asseverando, em síntese, que não obstante o patrimônio do particular tenha sido lesado com a conduta, a vítima direta da fraude é a Caixa Econômica Federal, pois o valor foi subtraído enquanto estava em sua posse, razão pela qual o feito deve ser processado e julgado pela Justiça Federal (fls. 15/19).

A Procuradoria Regional da República opina pelo provimento do recurso interposto, para que se reconheça a competência da Justiça Federal (fls. 21/24-v).

É o relatório.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI (Relator): De início, ressalte-se que a ausência do juízo de retratação não enseja qualquer prejuízo, no caso dos autos, razão pela qual não há que se cogitar na existência de eventual nulidade.

O inquérito policial foi instaurado para investigar a eventual prática de furto qualificado mediante fraude, previsto no artigo 155, § 4º, II, do Código Penal, em decorrência de movimentação fraudulenta em conta de depósito administrada pela Caixa Econômica Federal - CEF, pois, segundo consta dos autos, no dia 01/09/2004, teria sido realizado transferência fraudulenta na conta nº 001.49869-3, titularizada por Nilton Mendes Pereira, junto à Agência 340 da Caixa Econômica Federal, situada em Ribeirão Preto.

O recurso do Ministério Público Federal merece prosperar.

A conduta perpetrada teria se consubstanciado em valer-se de meios eletrônicos para efetivar transação bancária fraudulenta, sem o consentimento do correntista, atingindo o sistema bancário gerido pela Caixa Econômica Federal - CEF e, via reflexa, o cliente da instituição financeira.

A fraude é empregada contra o sistema de segurança da empresa pública a fim de subtrair valores que estão em seu poder, atingindo seu patrimônio, na medida em que a instituição financeira estaria obrigada a ressarcir o correntista do prejuízo causado pelo delito. Além disso, o crime também atinge a credibilidade de seus serviços, ocasionando, portanto, diversos prejuízos ao ente federal.

Portanto, se o fato delituoso fora perpetrado contra uma empresa pública federal, a competência da Justiça Federal há de ser reconhecida, conforme dicção do artigo 109, IV, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

(...)

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços

ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

Nesse sentido, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SAQUE FRAUDULENTO DE CONTA BANCÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL MEDIANTE TRANSFERÊNCIA VIA INTERNET. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. CONSUMAÇÃO COM A SUBTRAÇÃO DOS VALORES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DO LOCAL ONDE A QUANTIA EM DINHEIRO FOI RETIRADA.

1. A conduta descrita nos autos, relativa à ocorrência de saque fraudulento de conta bancária mediante transferência via internet para conta de terceiro, deve ser tipificada no artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, pois mediante fraude utilizada para ludibriar o sistema informatizado de proteção dos valores mantidos sob guarda bancária, foi subtraída quantia de conta-corrente da Caixa Econômica Federal. Precedentes da Terceira Seção.

2. Conflito conhecido para declarar-se competente o Juízo Federal do local da subtração do bem, qual seja, o da Segunda Vara de Chapecó - Seção Judiciária de Santa Catarina, o suscitante.

(CC 200800592030, REL. MIN. JORGE MUSSI, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA: 23/05/2008)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. FRAUDE ELETRÔNICA NA INTERNET. TRANSFERÊNCIA DE NUMERÁRIO DE CONTA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FURTO MEDIANTE FRAUDE QUE NÃO SE CONFUNDE COM ESTELIONATO. CONSUMAÇÃO. SUBTRAÇÃO DO BEM. APLICAÇÃO DO ART. 70 DO CPP. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARANAENSE. 1. O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. A distinção se faz primordialmente com a análise do elemento comum da fraude que, no furto, é utilizada pelo agente com o fim de burlar a vigilância da vítima que, desatenta, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba; no estelionato, a fraude é usada como meio de obter o consentimento da vítima que, iludida, entrega voluntariamente o bem ao agente. 2. Hipótese em que o agente se valeu de fraude eletrônica para a retirada de mais de dois mil e quinhentos reais de conta bancária, por meio da "Internet Banking" da Caixa Econômica Federal, o que ocorreu, por certo, sem qualquer tipo de consentimento da vítima, o Banco. A fraude, de fato, foi usada para burlar o sistema de proteção e de vigilância do Banco sobre os valores mantidos sob sua guarda. Configuração do crime de furto qualificado por fraude, e não estelionato. 3. O dinheiro, bem de expressão máxima da idéia de valor econômico, hodiernamente, como se sabe, circula em boa parte no chamado "mundo virtual" da informática. Esses valores recebidos e transferidos por meio da manipulação de dados digitais não são tangíveis, mas nem por isso deixaram de ser dinheiro. O bem, ainda que de forma virtual, circula como qualquer outra coisa, com valor econômico evidente. De fato, a informação digital e o bem material correspondente estão intrínseca e inseparavelmente ligados, se confundem. Esses registros contidos em banco de dados não possuem existência autônoma, desvinculada do bem que representam, por isso são passíveis de movimentação, com a troca de titularidade. Assim, em consonância com a melhor doutrina, é possível o crime de furto por meio do sistema informático. 4. A consumação do crime de furto ocorre no momento em que o bem é subtraído da vítima, saindo de sua esfera de disponibilidade. No caso em apreço, o desapossamento que gerou o prejuízo, embora tenha se efetivado em sistema digital de dados, ocorreu em conta-corrente da Agência Campo Mourão/PR, que se localiza na cidade de mesmo nome. Aplicação do art. 70 do Código de Processo Penal. 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal de Campo Mourão - SJ/PR. (CC 200601661530 - REL. MIN. LAURITA VAZ - STJ - TERCEIRA SEÇÃO DJ DATA: 11/12/2007 PG: 00170)

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito, para declarar a competência da Justiça Federal para processar o inquérito policial, diante da ocorrência de crime de furto qualificado contra empresa pública federal, nos termos do artigo 109, IV, da Constituição Federal.

É o voto.

Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI - Relator

- Sobre a competência da Justiça Federal para julgar movimentações fraudulentas realizadas por meio eletrônico em contas administradas pela Caixa Econômica Federal, veja também o seguinte julgado: HC 1999.03.00.056742-0/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicado na RTRF3R 47/228.

REEXAME NECESSÁRIO CRIMINAL

0013081-84.2011.4.03.6119

(2011.61.19.013081-6)

Parte Autora: DANIA GADRI HUSNI ABDUL KAREEN

Parte Ré: JUSTIÇA PÚBLICA

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE GUARULHOS - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL VESNA KOLMAR

Classe do Processo: ReeNec 722

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/10/2012

EMENTA

REEXAME NECESSÁRIO. *HABEAS CORPUS*. CONCESSÃO PARCIAL. ESTRANGEIRA INADMITIDA. GESTANTE. PARTO PREMATURO. AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE EXAMES. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA.

1. Paciente, jordaniana, gestante, desembarcou no Brasil sem visto de entrada. Pleiteia a concessão de desembarque condicional até que lhe seja deferida alta médica e por mais 08 (oito) dias úteis, a fim de que possa providenciar a regularização da situação documental da paciente.
2. Diante de indicação de gravidez de alto risco foi autorizado, excepcionalmente, a realização do exame e nova apresentação naquela delegacia, *por não ser adequado a manutenção da passageira no conector e o imediato retorno ao país de origem sem autorização médica*.
3. Não houve qualquer ilegalidade ou abuso de poder quando da inadmissão da paciente, pois esta não apresenta condições de entrada no país, nem comprovou de plano estar apta à obtenção de visto permanente.
4. Diante da condição de saúde da paciente, gestante no terceiro trimestre de gestação e em trabalho de parto prematuro, a magistrada entendeu por submetê-la à avaliação médica a fim de que obtivesse eventual autorização para embarque, salvo se acoberada por nova situação fática como a obtenção de visto permanente, concedendo-lhe parcialmente a ordem.
5. Mantida a decisão de primeiro grau.
6. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 23 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora): Trata-se de Reexame

Necessário remetido pelo Juízo da 6ª Vara Federal de Guarulhos, que concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus* para permitir à paciente, cidadã estrangeira, sem visto de entrada no Brasil, que permaneça no país até a realização de exames médicos que autorizem o seu embarque ao destino final (fls. 86/88-v).

O impetrante alega, em síntese, que a paciente, *Dania Gadri Husni Abdul Kareem*, jordaniana, gestante, é casada com Bashir Yacoub Faiq Ibrahim, o qual possui visto de permanência no Brasil e mãe de filho brasileiro, preenchendo os requisitos para pleitear a concessão de visto permanente no Brasil, nos termos da Resolução Normativa 36/99.

Pleiteia a concessão de desembarque condicional até que lhe seja deferida alta médica e por mais 08 (oito) dias úteis, a fim de que possa providenciar a regularização da situação documental da paciente.

O pedido de liminar foi parcialmente concedido pelo MMº Juiz da 6ª Vara Federal de Guarulhos para que a autoridade coatora submeta a paciente a exame médico no hospital mais próximo, só podendo embarcá-la em caso de liberação por médico responsável, sem, contudo, permitir sua livre entrada e permanência no território nacional (fls. 34/36).

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 26/29 e fls. 42/43).

À fl. 55, o MM. Juiz *a quo* reconsiderou em parte a liminar, permitindo à paciente permanecer em local fora da custódia e controle da autoridade impetrada, até a obtenção de autorização médica para embarque.

A liminar foi confirmada e a ordem parcialmente concedida (fls. 86/88-v).

A Procuradoria Regional da República, por seu representante Dr. Pedro Barbosa Pereira Neto, opinou pela concessão parcial da ordem, nos termos da decisão de primeiro grau.

É o relatório.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal VESNA KOLMAR (Relatora):

Conforme consta dos autos, a paciente *Dania Gadri Husni Abdul Kareem*, jordaniana, desembarcou no aeroporto Internacional de Guarulhos no dia 13/12/2011, de voo da companhia aérea Emirates, proveniente de Dubai, antes de chegar ao seu destino final, Bolívia.

A paciente, acompanhada do esposo e filho, possuía, apenas, visto de entrada para a Bolívia, razão pela qual o agente de imigração não admitiu sua entrada.

Naquele momento, a paciente, então gestante, teria passado mal e foi encaminhada ao Hospital Geral de Guarulhos, sendo que o casal foi acompanhado por um funcionário da companhia aérea.

Segundo informou a autoridade impetrada, já no hospital, o funcionário da companhia aérea ausentou-se para ir ao banheiro e quando retornou os passageiros haviam desaparecido, sendo que horas mais tarde compareceram à delegacia do aeroporto e apresentaram documentos de que teriam se deslocado a outro hospital e não avisaram o funcionário por não o terem localizado.

Em um dos documentos havia solicitação de exame marcado para 14/12/2011 e a indicação de gravidez de alto risco, e que diante de tal quadro foi autorizada, excepcionalmente, a realização do exame e nova apresentação naquela delegacia, *por não ser adequado a manutenção da passageira no conector e o imediato retorno ao país de origem sem autorização médica.*

Como bem observado na decisão de primeiro grau, não houve qualquer ilegalidade ou abuso de poder quando da inadmissão da paciente, pois esta não apresenta condições de entrada no país, nem comprovou de plano estar apta à obtenção de visto permanente.

A sentença ressalta ainda:

Ademais, são fundadas as suspeitas do impetrado no sentido de que a paciente pretende a estada permanente indevidamente sem qualquer visto, por via oblíqua, fraudando o controle de estrangeiros, pois tem filho aqui nascido e pessoa que alega ser seu marido, pai de seu filho, que, a despeito de o visto apresentado nestes autos estar vencido, obteve autorização de entrada. Nesta esteira destaco: i) a evasão da paciente do hospital a que encaminhada, driblando a vigilância do funcionário da companhia aérea; ii) o alegado cunhado da paciente teria se apresentado aos seguranças do hospital como policial para adentrar no local, conforme depoimento de Marcelo, agente de passageiros; iii) Bashir teris dito ao agente policial Ozmir que caso sua alegada esposa não conseguisse o visto brasileiro no consulado na Bolívia ingressaria ilegalmente por fronteira seca.

Todavia, diante da condição de saúde da paciente, gestante no terceiro trimestre de gestação e em trabalho de parto prematuro, a magistrada sentenciante entendeu por submetê-la à avaliação médica a fim de que obtivesse eventual autorização para embarque, *salvo se acobertada por nova situação fática como a obtenção de visto permanente.*

Neste sentido, a Procuradoria Regional da República:

A decisão ao tempo que preservou a saúde física da paciente ao permitir sua estada no Brasil até manifestação dos médicos acerca de sua saúde, indeferiu outrossim sua permanência para regularizar a situação de ingresso no país porque isso importaria conceder tratamento desigual à cidadã jordaniana já que essas providências haveriam de ser tomadas antes do desembarque no país de destino. De qualquer forma, como asseverou a decisão de fls., se a paciente conseguir a obtenção de visto brasileiro durante sua estada no Brasil haveria uma nova situação fática.

Assim, a decisão que concedeu parcialmente o *habeas corpus* deve ser mantida.

Por esses fundamentos, *nego provimento* à remessa oficial.

É o voto.

Desembargadora Federal VESNA KOLMAR - Relatora

Direito Tributário



APELAÇÃO CÍVEL
0014785-83.1997.4.03.6100
(2006.03.99.037286-8)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Apelada: CASA LOTÉRICA ESTRELA DOURADA LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 24ª VARA DE SÃO PAULO - SP
Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JÚNIOR
Classe do Processo: AC 1147994
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 26/10/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IRPJ. DECLARAÇÃO RETIFICADORA APRESENTADA A DESTEM-
PO. IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA INTEMPESTIVA. INSCRIÇÃO DA DÍVIDA
ATIVA. LEGALIDADE.

1. Durante o período normal de entrega, a declaração retificadora pode ser entregue tanto no modelo simplificado ou completo. Esgotado o período legal, a declaração retificadora deve ser apresentada no mesmo modelo utilizado na declaração a ser retificada.
2. O prazo máximo para a entrega da Declaração Retificadora é de cinco anos e desde que a declaração não esteja sob procedimento de fiscalização, desta forma, não é permitido retificar a declaração do exercício que estiver sob fiscalização, nos termos do art. 21 do Decreto-lei nº 1.967/82 e art. 6º do Decreto-lei nº 1.968/82.
3. A Fazenda, verificando prejuízo fiscal indevidamente compensado, efetuou o lançamento dos valores devidos em 30 de junho de 1993. Somente em 7 de junho de 1993, a autora apresentou a Declaração Retificadora. Desta forma, resta prejudicada a análise dos valores e eventuais documentos apresentados pela mesma.
4. Cabe ao contribuinte o ônus da prova no tocante à desconstituição do crédito tributário já notificado, em face da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo de lançamento, o que não ficou efetivamente demonstrado.
5. A impugnação também se revela intempestiva, considerando que a notificação se deu em 19 de maio de 1993 e a apresentação da mesma somente em 29 de junho de 1995.
6. A verba honorária deve ser fixada em R\$ 1.500,00 em favor da União Federal, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.
7. Apelação da União Federal provida.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 18 de outubro 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 no processo administrativo nº 13805.004125/95-84, cuja impugnação foi considerada intempestiva na primeira instância administrativa e indeferida a Retificadora por ter sido entregue após o lançamento “ex officio” do imposto de renda pessoa jurídica - IRPJ.

Sustenta que, embora tenha mantido a sua escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, elaborando as demonstrações financeiras que traduzem em balanços e balancetes do exercício de 1990, entregou a Declaração do IR com equívoco e, por esta razão, apresentou a Declaração Retificadora que não foi aceita, sem oportunizar a sua defesa.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido inicial para anular parte do lançamento fiscal decorrente do processo administrativo supra. Condenou a ré em verba honorária fixada em 10% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Apela a União Federal aduzindo a legalidade do lançamento fiscal, considerando que a autora somente teria apresentado a Declaração Retificadora após o lançamento “ex officio”, nos termos do artigo 21 do Decreto nº 1967/82, bem como que a impugnação administrativa teria sido apresentada a destempo, sendo considerada intempestiva.

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 a declaração retificadora do imposto de renda-pessoa física substitui a original, se apresentada no prazo legalmente definido e, desde que não esteja sob procedimento de ofício, o contribuinte tem o prazo de cinco anos para retificar a declaração.

Assim, durante o período normal de entrega, a declaração retificadora pode ser entregue tanto no modelo simplificado quanto no completo. Esgotado o período legal de entrega, a declaração retificadora deve ser apresentada no mesmo modelo utilizado na declaração a ser retificada.

O prazo máximo para a entrega da Declaração Retificadora é de cinco anos e desde que a declaração não esteja sob procedimento de fiscalização, desta forma, não é permitido retificar a declaração do exercício que estiver sob fiscalização, nos termos do art. 21 do Decreto-lei nº 1.967/82 e art. 6º do Decreto-lei nº 1.968/82. A Fazenda Pública somente pode autorizar a retificação da declaração de rendimentos em caso de erro comprovado e antes do início do processo de lançamento de ofício.

Pode ocorrer do imposto de renda apurado irregularmente pelo Fisco, que somou os valores relativos aos rendimentos tributáveis do contribuinte, constantes nas declarações re-

tificada e retificadora, gerando saldo do imposto a pagar inexistente.

No entanto, compulsando os autos, observo que a ré, verificando prejuízo fiscal indevidamente compensado, efetuou a notificação de lançamento dos valores que entendia devidos em 19 de maio de 1993 (fl. 74). Somente em 7 de junho de 1993 (fl. 140), a autora apresentou a Declaração Retificadora. Desta forma, fica prejudicada a análise dos valores e eventuais documentos apresentados pela mesma.

Assim prescreve nossa jurisprudência:

TRIBUTÁRIO - DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL DO IMPOSTO DE RENDA - RETIFICAÇÃO - PRESCRIÇÃO: OCORRÊNCIA. 1. O caso concreto trata do prazo de que dispõe o contribuinte para a apresentação de declaração retificadora do imposto de renda. 2. O prazo é quinquenal. Seu termo inicial é o prazo final para a entrega da declaração de ajuste anual do imposto de renda pessoa física. 3. No caso concreto, o prazo para a entrega da declaração de ajuste anual encerrou-se em 31 de maio de 1995 e a declaração retificadora somente foi entregue em setembro de 2000. 4. Apelação provida.

(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1044313, Processo: 0002358-81.2002.4.03.6002, UF: MS, Órgão Julgador: Quarta Turma, Data do Julgamento: 31/03/2011, Fonte: e-DJF3 Judicial 1, data: 08/04/2011, página: 1101, Relator: Desembargador Federal FABIO PRIETO)

Anoto, ainda que, cabe ao contribuinte o ônus da prova no tocante à desconstituição do crédito tributário já notificado, em face da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo de lançamento, o que não restou efetivamente demonstrada.

No caso dos autos, a declaração retificadora teria por objetivo regularizar a situação do contribuinte, para que fosse considerada a renda efetivamente percebida no ano-base de 1990, sendo certo que as provas juntadas não se revelam robustas o suficiente para demonstrar a veracidade do alegado.

Não bastasse, a impugnação também se revela intempestiva, considerando que a notificação se deu em 19 de maio de 1993 (fl. 73) e a apresentação da mesma ocorreu apenas em 29 de junho de 1995 (fl. 72). A inscrição da dívida ativa se deu em 10 de julho de 1996.

Por fim, a verba honorária deve ser fixada em R\$ 1.500,00 em favor da União Federal, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, dou provimento à apelação da União Federal.

É como voto.

Desembargador Federal NERY JÚNIOR - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0000668-14.2002.4.03.6100

(2002.61.00.000668-1)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: POLICANP REPRESENTAÇÕES S/C LTDA.

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 17ª VARA DE SAO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO

Classe do Processo: ApelReex 909091

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/10/2012

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, DO CPC. COFINS. PRESTADORA DE SERVIÇOS. LEI COMPLEMENTAR 70/91.

I - A questão referente à exigência da exação às sociedades de profissão regulamentada foi definitivamente julgada nos Recursos Extraordinários 377.457/PR e 381.964/MG, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, consolidando-se o entendimento no sentido da constitucionalidade da revogação, por meio da Lei 9.430/96, da isenção da COFINS concedida pela LC 70/91 às sociedades civis prestadoras de serviços profissionais.

II - O acórdão proferido por esta Corte em 15.09.2004 fundamentou-se na Súmula 276 do STJ para afastar a legitimidade da exigência da COFINS às sociedades de profissão regulamentada, haja vista a impossibilidade de revogação de dispositivo de lei complementar por lei ordinária, sendo de rigor a adequação do v. acórdão à referida orientação por meio do juízo de retratação expresso no artigo 543-B, § 3º, do CPC.

III - Na ação proposta objetiva o contribuinte desconstituir o débito fiscal inscrito em dívida ativa da União sob o nº 80.6.01.018454-61, referente a COFINS com vencimentos entre fev/96 e jan/97, competências anteriores à revogação da isenção de que trata o Recurso extraordinário paradigma, sem qualquer discussão nos autos quanto à legitimidade da isenção por meio da lei nº 9.430/96.

IV - Tendo em vista a previsão do parágrafo único, do artigo 56 daquele dispositivo legal no sentido de que, para efeito da incidência da contribuição, serão consideradas as receitas auferidas a partir do mês de abril de 1997 e em obediência à irretroatividade das leis, o contribuinte, sociedade prestadora de serviços de profissão regulamentada, goza da isenção no período anterior à vigência do dispositivo legal.

V - É irrelevante o fato de a apelada haver optado pela tributação dos seus resultados com base no lucro presumido, conforme assim o permitem o art. 71 da Lei nº 8.383/91 e os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.541/92.

VI - A opção pela tributação com base no lucro presumido tem reflexos para fins de incidência de Imposto de Renda, não afetando a isenção concedida pelo art. 6º, II, da LC nº 70/91, considerando que a legislação não fixou como pressuposto para o gozo da isenção o tipo de regime tributário adotado pela sociedade civil.

VII - Sentença mantida no sentido de anular o débito inscrito em dívida ativa sob o nº 80.6.01.018454-61, inclusive no tocante aos honorários advocatícios.

VIII - Com esteio no § 3º, do artigo 543-B do CPC, reconheço por legítima a revogação da isenção de COFINS às prestadoras de serviço pelo artigo 56, da Lei nº 9.630/98, e o direito do contribuinte à referida isenção no período anterior à revogação do

benefício fiscal.

IX - Nego provimento à apelação da União e à remessa oficial.

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

São Paulo, 21 de agosto de 2012.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal ALDA BASTO (Relatora): Trata-se de ação anulatória com pedido de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, ajuizada em 14.01.2002, objetivando desconstituir o débito fiscal inscrito em dívida ativa da União sob o nº 80.6.01.018454-61, cujas competências são anteriores à vigência da Lei nº 9.430/96 que revogou a isenção prevista na LC nº 70/91 às prestadoras de serviços. Atribuiu-se à causa o valor de R\$ 44.319,09.

Indeferida a liminar, sobreveio sentença no sentido da procedência do pedido para anular o débito apontado relativamente ao não-recolhimento da COFINS no período compreendido entre janeiro de 1996 e janeiro de 1997. Honorários advocatícios pela União Federal fixados em 10% do valor atribuído à causa. Sentença submetida ao reexame necessário.

Irresignada, apela a União Federal insurgindo-se contra a isenção anteriormente à revogação perpetrada pela Lei nº 9.430/96, tendo em vista o regime tributário a que se sujeita o contribuinte - lucro presumido.

Com contrarrazões, subiram os autos a este egrégio Tribunal.

Em sessão de julgamento de 15.09.2004, o relator Des. Fabio Prieto apresentou voto no sentido do provimento do apelo e da remessa oficial constando em seu relatório que a pretensão do contribuinte seria afastar a revogação da isenção prevista na lei nº 9.430/96.

A Quarta turma, por maioria de votos, negou provimento à apelação União e à remessa oficial, nos termos do voto da Des. Fed. Alda Basto que declarou voto em sessão, restando assim ementado o acórdão:

TRIBUTÁRIO. CONFINS. SOCIEDADES CIVIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS. ISENÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 70/91. DECRETO-LEI 2.397/87. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
I - As sociedades civis de prestação de serviços profissionais estão isentas de COFINS, independentemente do regime tributário adotado pela empresa, nos termos do art. 6º, da Lei Complementar 70/91, conforme dicção da Súmula nº 276, do STJ.
II - Honorários advocatícios mantidos em 10% do valor atribuído à causa.
III - Remessa oficial e apelação da União improvidas.

Opostos de embargos de declaração pela União Federal, foram rejeitados.

Interpostos recursos Especial e Extraordinário, sobreveio decisão da Vice-Presidência desta Corte determinando o retorno dos autos à Turma Julgadora para retratação, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC, por não se amoldar o acórdão à orientação firmada pelo C. Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 377.457/PR (apreciado no regime da Lei nº 11.672/2008), quanto à legitimidade da revogação da isenção da COFINS para as sociedades civis de profissão regulamentada, nos termos do artigo 56, da Lei nº 9.430/96.

É o relatório.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Alda Basto (Relatora): Inicialmente, cumpre consignar que o presente feito é originalmente de relatoria do Des. Fed. Fábio Prieto, o qual, ao pautar o processo, destacou ser hipótese de ação com a pretensão de afastar a revogação da isenção perpetrada pela Lei nº 9430/96.

A questão referente à exigência da exação às sociedades de profissão regulamentada foi definitivamente julgada nos Recursos Extraordinários 377.457/PR e 381.964/MG, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, consolidando-se o entendimento no sentido da constitucionalidade da revogação, por meio da Lei 9.430/96, da isenção da COFINS concedida pela LC 70/91 às sociedades civis prestadoras de serviços profissionais. Confira-se ementa:

Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I).

2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade.

3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes.

4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721.

5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento.(RE 377457, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-08 PP-01774)

Na hipótese dos autos, o acórdão proferido em 15.09.2004 fundamentou-se na Súmula 276 do STJ para afastar a legitimidade da exigência da COFINS às sociedades de profissão regulamentada, haja vista a impossibilidade de revogação de dispositivo de lei complementar por lei ordinária, sendo de rigor a adequação do v. acórdão à referida orientação por meio do juízo de retratação expresso no artigo 543-B, § 3º, do CPC.

Compulsando os autos, entretanto, verifica-se que objetiva o contribuinte desconstituir o débito fiscal inscrito em dívida ativa da União sob o nº 80.6.01.018454-61, referente a COFINS com vencimentos entre fev/96 e jan/97, *competências anteriores à revogação da isenção de que trata o Recurso extraordinário paradigma, sem qualquer discussão nos autos quanto à legitimidade da isenção por meio da lei nº 9.430/96.*

Tendo em vista a previsão do parágrafo único, do artigo 56 daquele dispositivo legal no sentido de que, para efeito da incidência da contribuição, serão consideradas as receitas

auferidas a partir do mês de abril de 1997 e em obediência à irretroatividade das leis, o contribuinte, sociedade prestadora de serviços de profissão regulamentada, goza da isenção no período anterior à vigência do dispositivo legal.

De outra parte, no que se refere à alegação da União Federal em apelação, é irrelevante o fato de a apelada haver optado pela tributação dos seus resultados com base no lucro presumido, conforme assim o permitem o art. 71 da Lei nº 8.383/91 e os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.541/92.

Essa opção terá reflexos para fins de pagamento do Imposto de Renda, não afetando, porém, a isenção concedida pelo art. 6º, II, da LC nº 70/91, pois a legislação não ficou como pressuposto para o gozo da isenção o tipo de regime tributário adotado pela sociedade civil.

Neste sentido, não merece qualquer reparo a sentença proferida no sentido de anular o débito inscrito em dívida ativa sob o nº 80.6.01.018454-61, cujo extrato consta de fls. 21/23, inclusive no tocante aos honorários advocatícios.

Observe, por fim, ter a r. sentença analisado a lide nos termos do pedido, ou seja, julgou procedente o pedido para anular a inscrição em função de ausência de lei revogadora no período questionado na inicial. Desta forma, a r. sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, em juízo de retratação, com esteio no § 3º do artigo 543-C do CPC, reconheço por legítima a revogação da isenção de COFINS às prestadoras de serviço pelo artigo 56, da Lei nº 9.630/98, com a manutenção do resultado do julgamento proferido no sentido da negativa de provimento à apelação da União e à remessa oficial, pelos fundamentos acima expostos, mantendo a r. sentença.

Desembargadora Federal ALDA BASTO - Relatora

- Sobre a constitucionalidade da revogação por meio de lei ordinária de isenção da COFINS concedida pela Lei Complementar nº 70/91 às prestadoras de serviço, veja também os seguintes julgados: Ag 2004.03.00.071498-0/SP, Relatora Desembargadora Federal Salette Nascimento, publicado na RTRF3R 71/407, AC 2004.61.02.003038-7/SP, Relator Desembargador Federal Lazarano Neto, publicada na RTRF3R 76/308 e a decisão proferida na AC 2003.61.03.005506-6/SP, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 93/39.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0008215-40.2005.4.03.6120

(2005.61.20.008215-1)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: SUCOCITRICO CUTRALE LTDA.

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE

Classe do Processo: ApelReex 1233508

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/11/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - ANULATÓRIA DE DÉBITO PREVIDENCIÁRIO - DESPESAS COM SEGURO DE VIDA EM GRUPO - NATUREZA INDENIZATÓRIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PRELIMINAR REJEITADA - APELO DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDOS - RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE PROVIDO - SENTENÇA MANTIDA.

1. Não se verifica a alegada carência superveniente da ação, visto que o depósito efetuado para suspender, com base no art. 151, II, do CTN, a exigibilidade dos débitos em questão não se confunde com o seu pagamento.

2. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que não pode incidir a contribuição previdenciária sobre prêmio de seguro de vida em grupo, desde que pago em favor de um grupo de empregados, sem que haja a individualização do montante que beneficia a cada um deles, tendo o artigo 214, parágrafo 9º, inciso XXV, do Decreto nº 3048/99, com a redação dada pelo Decreto nº 3265/99, extrapolado os limites estabelecidos na lei, ao exigir que tal pagamento esteja estabelecido em acordo ou convenção coletiva (REsp nº 660202 / CE, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 11/06/2010; AgRg na MC nº 16616 / RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 29/04/2010).

3. No caso, considerando que o seguro de vida é oferecido a todos os empregados, sendo facultativa a sua adesão, resta caracterizada a natureza indenizatória da verba, independentemente de previsão em acordo ou convenção coletiva, sendo indevida, portanto, a cobrança dos débitos objetos das NFLDs nºs 35.375.558-3, 35.375.560-5 e 35.375.562-1.

4. Embora tenha sido atribuído à causa o valor de R\$ 161.910,62 (cento e sessenta e um mil, novecentos e dez reais e sessenta e dois centavos), mas considerando o trabalho realizado, os honorários advocatícios devem ser majorados para R\$ 2.000,00 (dois mil reais), o que se harmoniza com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

5. Preliminar rejeitada. Apelo da União e remessa oficial improvidos. Recurso adesivo parcialmente 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, rejeitar a prelimi-

nar, negar provimento ao apelo da União e à remessa oficial e dar parcial provimento ao recurso adesivo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 22 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra sentença que, nos autos da *ação ordinária* ajuizada por SUCOCÍTRICO CUTRALE LTDA., objetivando a anulação dos créditos estampados nas NFLDs nºs 35.375.558-3, 35.375.560-5 e 35.375.562-1, o reconhecimento do seu direito à obtenção de certidão negativa de débito e de não ter seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito, *julgou procedente o pedido*, sob o fundamento de que o valor pago a título de seguro de vida em grupo não integra o salário-de-contribuição, nos termos do artigo 28, inciso I, da Lei nº 8212/91, não podendo incidir a contribuição previdenciária, condenando a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Suscita o apelante, primeiramente, preliminar de carência da ação, por ausência de interesse de agir, sob a alegação de que a autora efetuou o pagamento do débito. No mérito, sustenta que o seguro de vida em grupo não será incluído no salário-de-contribuição apenas na forma prevista no inciso XXV do parágrafo 9º do artigo 214 do Decreto nº 3048/99, com redação dada pelo Decreto nº 3265/99, o que não é o caso dos autos, conforme apurou a fiscalização.

A autora adere ao recurso do INSS, na forma das razões de fls. 169/171, requerendo a majoração dos honorários advocatícios.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este Egrégio Tribunal.

É O RELATÓRIO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE (Relatora): Em primeiro lugar, não verifico a alegada carência superveniente da ação, visto que o depósito efetuado para suspender, com base no artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional, a exigibilidade dos débitos em questão não se confunde com o seu pagamento.

Afastada, portanto, a matéria preliminar, passo à análise do mérito do pedido.

A Consolidação das Leis do Trabalho é expressa no sentido de que integram a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber (artigo 457, “caput”), as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador (artigo 457, parágrafo 1º), a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações “in natura” que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado (artigo 458, “caput”).

Por outro lado, a Lei nº 8212/91, em seu artigo 28, inciso I, estabelece que o salário-de-contribuição, no caso do empregado, compreende a remuneração efetivamente recebida ou

creditada a qualquer título, durante o mês, em uma ou mais empresas, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades.

E o mesmo dispositivo estabelece, ainda, alguns casos em que o valor pago aos empregados integra o salário-de-contribuição (parágrafo 8º) e outros em que não integra (parágrafo 9º).

A questão trazida à discussão, neste recurso, se resume em saber se têm natureza indenizatória ou remuneratória as despesas da empresa a título de seguro de vida em grupo, oferecido a seus empregados, e se sobre eles deve incidir a contribuição previdenciária.

Ocorre que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que não pode incidir a contribuição previdenciária sobre prêmio de seguro de vida em grupo, desde que pago em favor de um grupo de empregados, sem que haja a individualização do montante que beneficia a cada um deles, tendo o artigo 214, parágrafo 9º, inciso XXV, do Decreto nº 3048/99, com a redação dada pelo Decreto nº 3265/99, extrapolado os limites estabelecidos na lei, ao exigir que tal pagamento esteja estabelecido em acordo ou convenção coletiva:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - NÃO-INCIDÊNCIA - NECESSIDADE DE PREVISÃO EM CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVO (ART. 214, § 9º, INC. XXV, DO DEC. Nº 3048/99, COM A REDAÇÃO DADA PELO DEC. Nº 3265/99) - EXIGÊNCIA AFASTADA POR NÃO ESTAR PREVISTA NA LEI Nº 8212/91.

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária. Com efeito, afigura-se despidiende, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a refutação da totalidade dos argumentos trazidos pela parte, com a citação explícita de todos os dispositivos infraconstitucionais que aquela entender pertinentes ao desate da lide.
2. O art. 214, § 9º, inc. XXV, do Decreto nº 3048/99, com a redação dada pelo Decreto nº 3265/99, estabelece que o prêmio de seguro de vida em grupo pago pela pessoa jurídica aos seus empregados e dirigentes não integra o salário-de-contribuição, desde que haja a previsão do pagamento em acordo ou convenção coletiva de trabalho. A “contrario sensu”, a existência de pagamentos sem a referida previsão ensejaria a incidência da exação.
3. Está assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a Lei nº 8212/91, em sua redação original e com a redação conferida pela Lei nº 9528/97, não instituiu a incidência de contribuição previdenciária sobre o prêmio de seguro de vida em grupo pago pela pessoa jurídica aos seus empregados e dirigentes.
4. “(...) o seguro de vida em grupo pago pelo empregador para todos os empregados, de forma geral, não pode ser considerado como espécie de benefício ao empregado, o qual não terá nenhum proveito direto ou indireto, eis que estendido a todos uma espécie de garantia familiar, em caso de falecimento. Se de seguro individual se tratasse, não haveria dúvida quanto à incidência, o que, entretanto, não ocorre em relação ao seguro de vida em grupo” (REsp 1121853/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14/10/2009).
5. Logo, irrelevante para esse raciocínio que a exigência para tal pagamento esteja estabelecida em acordo ou convenção coletiva, desde que o seguro seja em grupo e não individual.
6. A regulamentação da Lei nº 8212/91 por meio do art. 214, § 9º, inc. XXV, do Decreto nº 3048/99, com a redação dada pelo Decreto nº 3265/99, extrapolou os limites estabelecidos na norma e acabou por inovar ao estabelecer a necessidade de previsão em acordo ou convenção coletiva para fins de não-incidência da contribuição previdenciária sobre o valor do prêmio de seguro de vida em grupo pago pela pessoa jurídica aos seus empregados e dirigentes.
7. A interpretação do art. 28, inc. I, da Lei nº 8212/91 (redação original e atual) por esta Corte é de que ela não autoriza a incidência de contribuição previdenciária em tais casos (seguro de vida em grupo). Subverter esse raciocínio por força de disposição contida em mero decreto regulamentar é ferir o princípio da estrita legalidade tributária.

8. Por certo, não se afasta a necessidade de que tais pagamentos abranjam a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa, por decorrer da interpretação sistemática da Lei nº 8212/91, que impõe a incidência nos casos de seguro individual.

9. “In casu”, estando certo no acórdão recorrido de que se trata de seguro de vida em grupo, deve ser afastada a incidência da contribuição previdenciária, independentemente da existência ou não de convenção ou acordo coletivo.

10. Recurso especial provido.

(REsp nº 660202/CE, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 11/06/2010)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO EMPREGADOR - BASE DE CÁLCULO - VALORES PAGOS A TÍTULO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO, CONTRATADO EM FAVOR DOS EMPREGADOS - NÃO INCIDÊNCIA - LIMINAR DEFERIDA - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

1. A concessão de efeito suspensivo a recurso especial reclama a demonstração do “periculum in mora”, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional, bem como a caracterização do “fumus boni juris” consistente na plausibilidade do direito alegado.

2. “In casu”, o “fumus boni juris” encontra-se presente, tendo em vista a plausibilidade da insurgência especial que se dirige contra acórdão regional que espousa tese dissonante da jurisprudência do STJ, segundo a qual “o seguro de vida em grupo contratado pelo empregador em favor de um grupo de empregados, sem que haja a individualização do montante que beneficia a cada um deles, não se inclui no conceito de salário, afastando-se, assim, a incidência da contribuição previdenciária sobre a referida verba” (Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 759266/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03/11/2009, DJe 13/11/2009; REsp 1121853/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/10/2009, DJe 14/10/2009; REsp 839153/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/12/2008, DJe 18/02/2009; AgRg no Ag 903243/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/11/2007, DJe 31/10/2008; REsp 701802/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 22/02/2007; REsp 794754/CE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 14/03/2006, DJ 27/03/2006; e REsp 441096/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 04/10/2004).

8. Outrossim, o “periculum in mora” reside no fato de que a ausência do provimento jurisdicional acautelatório, que impeça a autoridade coatora de realizar atos tendentes à cobrança do suposto crédito tributário, poderá culminar em graves prejuízos à requerente, tais como impossibilidade de participação em certame licitatório em virtude de inscrição no CADIN.

9. Agravo regimental provido, mantendo-se o deferimento do pedido liminar, a fim de suspender a exigibilidade dos créditos tributários apurados nas NFLD’s nº 35.371.185-3 e nº 35.371.186-1, até o julgamento do recurso especial admitido na origem.

(AgRg na MC nº 16616/RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 29/04/2010)

Na hipótese, os débitos previdenciários em cobrança referem-se a contribuições que deixaram de ser recolhidas nos meses de 01/1999 a 12/2002, incidentes sobre despesas com seguro de vida em grupo oferecido a seus empregados, mas sem previsão em acordo ou convenção coletiva, como se vê dos relatórios fiscais acostados às fls. 38/55:

Este relatório fiscal é integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte do empregado, da empresa, do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e das destinadas aos terceiros - IN-

CRA, FNDE e SENAR, decorrentes do pagamento de salário indireto, por fornecimento de seguro de vida em grupo. (NFLD nº 35.375.558-3, fl. 38)

(...) A empresa objeto de nossa ação fiscal mesmo assim não ficaria isenta das contribuições para a Previdência Social, visto que o parágrafo nono, ao excluir da hipótese de incidência tributária previdenciária a rubrica seguro de vida, impõe a condição de estar prevista em Acordo ou Convenção Coletiva, condição não alcançada pelo Sucocítrico Cutrale Ltda. (NFLD nº 35.375.558-3, item “3.2” do relatório fiscal, fl. 41)

Este relatório fiscal é integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte do empregado, da empresa, do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e das destinadas aos terceiros - INCRA, FNDE, SENAC, SESC e SEBRAE, decorrentes do pagamento de salário indireto, por fornecimento de seguro de vida em grupo. (NFLD nº 35.375.560-5, fl. 44)

(...) A empresa objeto de nossa ação fiscal mesmo assim não ficaria isenta das contribuições para a Previdência Social, visto que o parágrafo nono, ao excluir da hipótese de incidência tributária previdenciária a rubrica seguro de vida, impõe a condição de estar prevista em Acordo ou Convenção Coletiva, condição não alcançada pelo Sucocítrico Cutrale Ltda. (NFLD nº 35.375.560-5, item “3.2” do relatório fiscal, fl. 47)

Este relatório fiscal é integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes a parte do empregado, da empresa, do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e das destinadas aos terceiros - INCRA, FNDE, SESI, SENAI e SEBRAE decorrentes do pagamento de salário indireto, por fornecimento de seguro de vida em grupo. (NFLD nº 35.375.562-1, fl. 50)

(...) A empresa objeto de nossa ação fiscal mesmo assim não ficaria isenta das contribuições para a Previdência Social, visto que o parágrafo nono, ao excluir da hipótese de incidência tributária previdenciária a rubrica seguro de vida, impõe a condição de estar prevista em Acordo ou Convenção Coletiva, condição não alcançada pelo Sucocítrico Cutrale Ltda. (NFLD nº 35.375.562-1, item “3.2” do relatório fiscal, fls. 52/53)

Ademais, constam, dos processos administrativos, que “a apólice de Seguro de Vida em Grupo é extensiva a todos os empregados, sendo-lhes ofertada a possibilidade de adesão de forma voluntária e facultativa, mediante autorização para desconto em folha, no ato da admissão voluntária” (fls. 58, 63 e 70).

Desse modo, considerando que o seguro de vida é oferecido a todos os empregados, sendo facultativa a sua adesão, resta caracterizada a natureza indenizatória da verba, independentemente de previsão em acordo ou convenção coletiva, sendo indevida, portanto, a cobrança dos débitos objetos das NFLDs nºs 35.375.558-3, 35.375.560-5 e 35.375.562-1.

Quanto aos honorários advocatícios, embora tenha sido atribuído à causa o valor de R\$ 161.910,62 (cento e sessenta e um mil, novecentos e dez reais e sessenta e dois centavos), mas considerando o trabalho realizado, devem ser majorados para R\$ 2.000,00 (dois mil reais), valor que se harmoniza com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, REJEITO *a preliminar*, NEGOU PROVIMENTO *ao apelo da União e à remessa oficial e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso adesivo*, para majorar os honorários advocatícios para R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Mantenho, quanto ao mais, a decisão de Primeiro Grau.

É COMO VOTO.

Desembargadora Federal RAMZA TARTUCE - Relatora

APELAÇÃO CÍVEL
0048872-61.2007.4.03.6182
(2007.61.82.048872-7)

Apelante: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP
Apelada: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP
Relator: JUIZ FEDERAL CONVOCADO DAVID DINIZ
Classe do Processo: AC 1738451
Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/11/2012

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE IPTU PELO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO EM FACE DA CEF. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VIA PROCESSUAL ADEQUADA. ILEGITIMIDADE DA CEF AFASTADA. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO PELA EMPRESA PÚBLICA. IMUNIDADE RECÍPROCA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

- A orientação do C. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré- executividade, nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras. Súmula nº 393 do STJ. O reconhecimento de imunidade tributária é tema passível de ser examinado pela via da exceção de pré-executividade.

- No tocante à questão da legitimidade da Caixa Econômica Federal para figurar no polo passivo da lide, assiste razão à apelante.

- O Programa de Arrendamento Residencial - PAR destina-se ao atendimento da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra, conforme preceitua o artigo 1º da Lei nº 10.188/2001.

- A gestão do programa está a cargo do Ministério das Cidades, e a operacionalização é destinada à CEF, sendo-lhe autorizada a criação e a administração de fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários (artigos 1º, § 1º, 2º, *caput* e § 8º). Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Arrendamento Residencial - FAR não se comunicam com o patrimônio da Caixa Econômica Federal - CEF, mas são mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição, a qual também compete efetivar, diretamente, a alienação dos referidos bens (artigo 2º, § 3º).

- Outro dispositivo que reconhece a legitimidade passiva da empresa pública é o artigo 4º, incisos IV, VI e VII, ao definir que compete à CEF “definir os critérios técnicos a serem observados na aquisição, alienação e no arrendamento; representar o arrendador ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; e promover, em nome do arrendador, o registro dos imóveis adquiridos”.

- A Caixa Econômica Federal detém a propriedade dos imóveis, em nome da União Federal, ainda não alienados nos termos da Lei nº 10.188/2001. Esse entendimento foi firmado pela E. Quarta Turma relativamente à preliminar em comento, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 0035286-20.2008.4.03.6182, na sessão de

16/08/2012.

- Cuida, a hipótese, de saber se a imunidade recíproca alcança a cobrança de IPTU face à vinculação do bem ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR, instituído pela Lei nº 10.188/01.

- A Constituição Federal estabelece no artigo 150 algumas limitações ao poder de tributar, que representam verdadeiras cláusulas pétreas. Ainda que a imunidade recíproca seja exclusiva, segundo a Constituição Federal, aos entes políticos, autarquias e fundações, é possível estender esse benefício às empresas públicas, quando no exercício de prestação de serviço público.

- Além da exploração da atividade econômica (artigo 173 da CF), as empresas públicas também se prestam à realização de serviços públicos e, neste caso, a sujeição será ao regime jurídico de direito público.

- E é o que ocorre na espécie. No Programa de Arrendamento Residencial, criado pela Lei nº 10.188/2001, a Caixa Econômica Federal operacionaliza o cumprimento de direito social garantido pela Constituição no artigo 6º. Para tanto, ao instituir referido programa, a União destacou recursos próprios, especializando-os a um Fundo Financeiro Privado, com fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários (artigo 2º, *caput*), destinando a operacionalização de todo o sistema à CEF, cuja atuação equipara-se à de gestora de negócios. Tanto que, “o saldo positivo existente ao final do Programa é integralmente revertido à União” (artigo 3º, § 4º).

- Considerando que a atuação da instituição financeira no Programa de Arrendamento Residencial - PAR não trata, evidentemente, de operação comercial de compra e venda de imóveis em geral, como se participasse efetivamente de atividade econômica de direito privado ao responder pela operacionalização do programa, é de se reconhecer presente a prestação do serviço público, com a extensão dos efeitos da imunidade recíproca.

- A propósito, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia delegatárias de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, “a”, da Constituição Federal. Precedentes.

- Desse modo, resta ilegítima a cobrança do IPTU, em razão da imunidade recíproca, nos termos do artigo 150, inciso VI, “a”, da Constituição Federal.

- Mantenho a verba honorária nos termos em que fixada na sentença.

- Recurso de Apelação parcialmente provido, a fim de reconhecer a legitimidade da CEF para figurar no polo passivo da execução fiscal.

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 maioria, dar parcial provimento ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 08 de novembro de 2012.

Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ (Relator):

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, em sede de execução fiscal movida contra a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, com vistas à cobrança de imposto predial e territorial urbano - IPTU, na qual foi acolhida exceção de pré-executividade.

A execução foi ajuizada pela Prefeitura do Município de São Paulo buscando a cobrança de IPTU do exercício do ano de 2005 - R\$ 45.515,10 e de 2006 - R\$ 47.272,70.

A sentença acolheu a exceção de pré-executividade para reconhecer a imunidade em relação ao IPTU e a ilegitimidade passiva da CEF, julgando extinta a execução fiscal, com base no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil c/c o artigo 150, inciso VI, "a", da Constituição Federal. A exequente foi condenada em verba honorária arbitrada em 10% (dez por cento), nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Inconformado, o município de São Paulo apelou, sustentando, em preliminar, que a questão demanda dilação probatória, de sorte que incabível a objeção de pré-executividade. No mérito, alegou a legitimidade da Caixa Econômica Federal para figurar no polo passivo da lide fiscal. Pleiteou, ainda, a inversão do ônus da sucumbência ou, alternativamente, sua redução.

Às fls. 66/72 a CEF apresentou contrarrazões.

Dispensada a remessa ao MPF e ao Revisor.

É o relatório.

Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ (Relator):

Pela ordem lógica de prejudicialidade, cumpre examinar primeiramente a matéria relacionada ao cabimento da exceção de pré-executividade.

Não obstante, serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade, nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

Esse, inclusive é o entendimento firmado na Súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça "a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Nesse sentido, o reconhecimento de imunidade tributária é tema passível de ser examinado pela via da exceção de pré-executividade.

No tocante à questão da legitimidade da Caixa Econômica Federal para figurar no polo passivo da lide, assiste razão à apelante.

O Programa de Arrendamento Residencial - PAR destina-se ao atendimento da popula-

ção de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra, conforme preceitua o artigo 1º da Lei nº 10.188/2001.

A gestão do programa está a cargo do Ministério das Cidades, e a operacionalização é destinada à CEF, sendo-lhe autorizada a criação e a administração de fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários (artigos 1º, § 1º, 2º, *caput* e § 8º).

Embora os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Arrendamento Residencial - FAR não se comuniquem com o patrimônio da Caixa Econômica Federal - CEF, são mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição, a qual também compete a efetivar, diretamente, a alienação dos referidos bens (artigo 2º, § 3º).

Por fim, outro dispositivo que reconhece a legitimidade passiva da empresa pública é o artigo 4º, incisos IV, VI e VII, ao definir que compete à CEF “definir os critérios técnicos a serem observados na aquisição, alienação e no arrendamento; representar o arrendador ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; e promover, em nome do arrendador, o registro dos imóveis adquiridos”.

Desse modo, forçoso concluir que a Caixa Econômica Federal detém a propriedade dos imóveis, em nome da União Federal, ainda não alienados nos termos da Lei nº 10.188/2001.

Esse, inclusive, foi o entendimento firmado pela E. Quarta Turma relativamente à preliminar em comento, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 0035286-20.2008.4.03.6182, na sessão de 16/08/2012.

Passa-se à análise do mérito recursal.

Cuida-se, na hipótese, de saber se a imunidade recíproca alcança a cobrança de IPTU face à vinculação do bem ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR, instituído pela Lei nº 10.188/01.

A Constituição Federal estabelece no artigo 150 algumas limitações ao poder de tributar, que representam verdadeiras cláusulas pétreas. Especificamente quando à imunidade tributária recíproca, há “um fator indispensável à preservação institucional das próprias unidades integrantes da Federação. No processo de indagação das razões políticas subjacentes à previsão constitucional da imunidade tributária recíproca, cabe destacar, precisamente, a preocupação do legislador constituinte de inibir, pela repulsa à submissão fiscal de uma entidade federada a outra, qualquer tentativa que, concretizada, possa, em última análise, inviabilizar o próprio funcionamento da Federação. (do voto do Min. Celso de Mello na ADIn 939, RTJ 151/833)” - (Leandro Paulsen, *in Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, 13ª ed., 2011, p. 230).

Assim é que o artigo 150, inciso VI, “a” e o § 2º, da Constituição Federal preveem, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...).

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

(...).

§ 2º - A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Ainda que a imunidade recíproca seja exclusiva, segundo a Constituição Federal, aos entes políticos, autarquias e fundações, é possível estender esse benefício às empresas públicas, quando no exercício de prestação de serviço público.

Explico. Além da exploração da atividade econômica (artigo 173 da CF), as empresas públicas também se prestam à realização de serviços públicos e, neste caso, a sujeição será ao regime jurídico de direito público.

Nas palavras do professor Roque Antônio Carrazza, “a mesma ordem de raciocínio vale para as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), enquanto delegatárias de serviços públicos. Destarte, a elas também se aplica o princípio da imunidade recíproca, como bem percebeu Geraldo Ataliba. Vamos logo adiantando que, quando a empresa estatal presta um serviço público ou pratica um ato de polícia, em seu favor incide o disposto no § 2º do art. 150 da CF, sem as ressalvas do § 3º desse mesmo dispositivo. Irrelevante, pois, para o desfrute da imunidade em pauta, que a delegatária cobre preço, tarifa ou taxa do usuário.” (*in*, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 22ª ed. 2006, p. 700-701).

E é o que ocorre na espécie.

De início, impende anotar que a Caixa Econômica Federal tem um fortíssimo viés social em sua atuação, sendo que, segundo o magistério de Eduardo Fortuna, a CEF “é a instituição financeira responsável pela operacionalização das políticas do Governo Federal par a habitação popular e saneamento básico, caracterizando-se cada vez mais como o banco de apoio ao trabalhador de baixa renda.”

E prossegue o autor, “a CEF exerce a administração de loterias, de fundos e programas, entre os quais destacam-se o FGTS, o Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, o Programa de Integração Social - PIS, o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social - FDS”. (*Mercado Financeiro, Produtos e Serviços*, Ed. Qualitymark, 11ª Ed., pg. 19)

No Programa de Arrendamento Residencial, criado pela Lei nº 10.188/2001, a Caixa Econômica Federal operacionaliza o cumprimento de direito social garantido pela Constituição no artigo 6º, *in verbis*: “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.”

Para tanto, ao instituir referido programa, a União destacou recursos próprios, especializando-os a um Fundo Financeiro Privado, com fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários (artigo 2º, *caput*), destinando a operacionalização de todo o sistema à CEF, cuja atuação equipara-se à de gestora de negócios. Tanto que, “o saldo positivo existente ao final do Programa é integralmente revertido à União” (artigo 3º, § 4º).

Nesse sentido, considerando que a atuação da instituição financeira no Programa de Arrendamento Residencial - PAR não trata, evidentemente, de operação comercial de compra e venda de imóveis em geral, como se participasse efetivamente de atividade econômica de direito privado ao responder pela operacionalização do programa, é de se reconhecer presente a prestação do serviço público, com a extensão dos efeitos da imunidade recíproca.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia delegatárias de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, “a”, da Constituição Federal. Cito os seguintes julgados, *verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. AUTARQUIA. SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO. ATIVIDADE REMUNERADA POR CONTRA-PRESTAÇÃO. APLICABILIDADE. ART, 150, § 3º DA CONSTITUIÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL.

1. *Definem o alcance da imunidade tributária recíproca sua vocação para servir como salvaguarda do pacto federativo, para evitar pressões políticas entre entes federados ou para desonerar atividades desprovidas de presunção de riqueza.*

2. *É aplicável a imunidade tributária recíproca às autarquias e empresas públicas que prestem inequívoco serviço público, desde que, entre outros requisitos constitucionais e legais não distribuam lucros ou resultados direta ou indiretamente a particulares, ou tenham por objetivo principal conceder acréscimo patrimonial ao poder público (ausência de capacidade contributiva) e não desempenhem atividade econômica, de modo a conferir vantagem não extensível às empresas privadas (livre iniciativa e concorrência).*

3. O Serviço Autônomo de Água e Esgoto é imune à tributação por impostos (art. 150, VI, *a* e §§ 2º e 3º da Constituição). A cobrança de tarifas, isoladamente considerada, não altera a conclusão.

Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento.

(RE nº 399.307 - AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe de 30.4.10)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA TUTELA. AÇÃO CAUTELAR SUBMETIDA A REFERENDO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, *a*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. *Plausibilidade jurídica do pedido (fumus boni juris) diante do entendimento firmado por este Tribunal quando do julgamento do RE 407.099/RS, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 06.8.2004, no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são abrangidas pela imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal.*

2. Exigibilidade imediata do tributo questionado no feito originário, a caracterizar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

3. Decisão cautelar referendada. (AC nº 1.851-QO, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe de 1º.8.08) (Grifo nosso)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, *a*. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. TAXAS: IMUNIDADE RECÍPROCA: INEXISTÊNCIA.

I. - *As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica.* A ECT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 22, X; C.F., art. 150, VI, *a*. Precedentes do STF: RE 424.227/SC, 407.099/RS, 354.897/RS, 356.122/RS e 398.630/SP, Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma.

II. - A imunidade tributária recíproca - C.F., art. 150, VI, *a* - somente é aplicável a impostos, não alcançando as taxas.

III. - R.E. conhecido e improvido.

(RE nº 424.227, Relator o Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 10.9.04)

Desse modo, resta ilegítima a cobrança do IPTU, em razão da imunidade recíproca, nos termos do artigo 150, inciso VI, “a”, da Constituição Federal.

Mantenho a verba honorária nos termos em que fixada na sentença.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto, a fim de reconhecer a legitimidade da CEF para figurar no polo passivo da execução fiscal.

Juiz Federal Convocado DAVID DINIZ - Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO (AMS)

0007486-42.2008.4.03.6109

(2008.61.09.007486-5)

Apelantes: INTERNATIONAL PAPER DO BRASIL LTDA. E UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apeladas: AS MESMAS

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PIRACICABA - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL REGINA COSTA

Classe do Processo: AMS 339430

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. PRESCRIÇÃO. TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OU AUTOLANÇAMENTO. AÇÃO AJUIZADA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/05. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. COMPENSAÇÃO DO CRÉDITO. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEIS NºS 8.383/91, 9.430/96 E 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. ANÁLISE DO QUESTIONAMENTO DOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PARA O EXERCÍCIO DESSE DIREITO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. ART. 170-A, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. APLICABILIDADE. I - Possibilidade do julgamento do presente *mandamus*, tendo em vista que a liminar proferida nos autos da ADC nº 18, suspendendo o julgamento das ações cujo objeto seja a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, como é a hipótese em tela, foi prorrogada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 25.03.2010, tendo expirado o prazo de sua eficácia.

II - A existência de repercussão geral no RE 574706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito dos demais tribunais.

III - Conquanto a jurisprudência tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e está sendo analisada no RE 240.785/MG, cujo julgamento já foi iniciado, sob a alegação de violação ao art. 195, inciso I, alínea “b”, da Constituição da República.

IV - Trata-se o ICMS de imposto indireto, ou seja, é destacado na nota fiscal e tem seu ônus financeiro transferido para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

V - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem, pois, natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso de caixa, não podendo, à evidência, compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

VI - Em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação ou autolancamento, o prazo prescricional das ações de compensação/repetição de indébito ajuizadas antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, ocorrida aos 9 de junho de 2005, é de 10 (dez) anos. Por outro lado, para as ações ajuizadas a partir de 9 de junho de 2005, observar-se-á o prazo quinquenal. Entendimento fixado pelo

Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 566.621/RS, sob o regime da repercussão geral (art. 543-B, do Código de Processo Civil).

VII - No presente caso, considerando-se a propositura desta demanda em 07.08.2008, depois, portanto, da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, em 09.06.2005 (sistemática quinquenal), operou-se a prescrição apenas em relação às parcelas anteriores a 07.08.2003 (fls. 267/465).

VIII - 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.

IX - Possibilidade de compensação dos créditos referentes ao PIS e à COFINS, em razão da indevida inclusão do valor do ICMS nas respectivas bases de cálculo, com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, à luz do disposto no art. 74, *caput*, da Lei nº 9.430/96 e alterações.

X - Correção monetária em consonância com a Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal. A partir de 1º de janeiro de 1996, aplicar-se-á a Taxa SELIC, nos moldes do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, inclusive para efeito de incidência de juros moratórios, ficando, assim, afastada a utilização de qualquer outro índice a esse título (art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional).

XI - Aplica-se à hipótese o disposto no art. 170-A, do Código Tributário Nacional, porquanto a ação foi ajuizada posteriormente à vigência da Lei Complementar nº 104/01.

XII - Apelação da Impetrante improvida. Apelação da União improvida. Remessa Oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação da Impetrante e, por maioria, negar provimento ao apelo da União e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto da Relatora, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado, vencido o Juiz Federal Convocado Paulo Domingues, que lhes dava provimento. O Juiz Federal Convocado Herbert de Bruyn acompanhou a Relatora, com a ressalva de seu entendimento pessoal.

São Paulo, 18 de outubro de 2012.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Trata-se de mandado de segurança, impetrado por INTERNATIONAL PAPER DO BRASIL LTDA., contra ato do Sr. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM LIMEIRA - SP, objetivando seja reconhecido seu direito à exclusão do valor do ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, quer sob a égide do regime cumulativo (Leis Complementares nºs 7/70 e 70/91 e alterações posteriores), quer sob o comando do regime não-cumulativo (Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 e alterações posteriores), bem como à compensação das quantias recolhidas a esse título, desde agosto de 1998, corrigidas monetariamente pela Taxa SELIC, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (fls. 02/31).

À inicial foram acostados os documentos de fls. 32/1765.

A segurança foi parcialmente concedida, para reconhecer o direito líquido e certo da Impetrante de não incluir os valores relativos ao ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, em relação às prestações subsequentes, bem como à compensação das quantias recolhidas indevidamente, nos últimos cinco anos a contar da propositura da presente ação, com outros tributos federais, nos termos do art. 170-A, do Código Tributário Nacional, bem como da Lei nº 9.430/96, acrescidas de juros e corrigidas monetariamente nos termos da Resolução nº 134/10, do Conselho da Justiça Federal (fls. 2180/2187).

Sentença submetida ao reexame necessário.

Irresignadas, ambas as partes interpuseram, tempestivamente, recursos de apelação.

A Impetrante postula a reforma parcial da sentença, requerendo a compensação das quantias recolhidas a título da inclusão questionada desde agosto de 1998, devidamente corrigidas com a aplicação da Taxa SELIC (fls. 2189/2199).

A União, por sua vez, pleiteia a reforma integral da decisão monocrática, sustentando a legalidade e constitucionalidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (fls. 2207/2222).

Com contrarrazões (fls. 2223/2226 e 2235/2254), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pela manutenção da sentença (fls. 2256/2260).

Dispensada a revisão, na forma regimental.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA (Relatora): Inicialmente, cumpre ressaltar a possibilidade de julgamento do presente *mandamus*, tendo em vista que a liminar proferida nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº 18, suspendendo o julgamento das ações cujo objeto seja a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, como é a hipótese em tela, foi prorrogada, pela última vez, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 25 de março de 2010, tendo expirado o prazo de sua eficácia.

Outrossim, a existência de repercussão geral no RE 574706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito dos demais tribunais.

Por sua vez, conquanto a jurisprudência tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e está sendo analisada no RE 240.785/MG, cujo julgamento já foi iniciado, sob a alegação de violação ao art. 195, inciso I, alínea "b", da Constituição da República.

Passo à análise da pretensão.

A contribuição ao PIS e a COFINS foram instituídas, respectivamente, pelas Leis Complementares nºs 7/70 e 70/91, com fundamento no art. 195, inciso I, alínea "b", da Constituição da República, na redação anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, o qual estabelecia que a seguridade social seria financiada, dentre outras fontes, por contribuições sociais incidentes

sobre o faturamento.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 9.718/98, a qual, ao alterar a legislação tributária federal, veio modificar a base de cálculo dessas contribuições, ao prescrever que o faturamento correspondia “à receita bruta da pessoa jurídica” (arts. 2º e 3º, § 1º).

Todavia, o § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 foi reconhecido inconstitucional pelo Excelso Pretório, no julgamento do RE 346.084/PR, sob o fundamento de que o dispositivo em comento, ao ampliar o conceito de receita bruta para toda e qualquer receita, violou a noção de faturamento, prevista no art. 195, inciso I, da Constituição da República, na sua redação original, que equivaleria ao de receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, que alterou a redação da alínea “b” do referido dispositivo constitucional, a matéria passou a ser disciplinada da seguinte forma: “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e da contribuição social do empregador, da empresa ou entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre a receita ou o faturamento”.

À luz da nova redação constitucional foram editadas as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, as quais dispõem em seus respectivos art. 1º, *caput*:

A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

A contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Referidas leis esclarecem, ainda, nos §§ 1º e 2º do seu art. 1º que, para efeito do disposto nesse artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, constituindo a base de cálculo, o faturamento conforme definido no *caput*.

Assim, conquanto as Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03 tenham estabelecido o mesmo conceito de faturamento da Lei nº 9.718/98, foram editadas já na vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, que prevê como base de cálculo das contribuições em foco a receita ou o faturamento.

A questão em discussão neste *mandamus*, bem como no Recurso Extraordinário pendente de julgamento na Corte Suprema, é justamente o alcance do conceito “faturamento”.

Acerca do conceito de *faturamento*, cumpre destacar alguns trechos do voto proferido pelo Relator do mencionado Recurso Extraordinário, Ministro Marco Aurélio:

(...) As expressões utilizadas no inciso I do artigo 195 em comento hão de ser tomadas no sentido técnico consagrado pela doutrina e jurisprudencialmente. (...) Óptica diversa não pode ser emprestada ao preceito constitucional, revelador da incidência sobre o faturamento. Este decorre, em si, de um negócio jurídico, de uma operação, importando, por tal motivo, o que percebido por aquele que a realiza, considerada a venda de mercadoria ou mesmo a prestação

de serviços. A base de cálculo da Cofins não pode extravasar, desse modo, sob o ângulo do faturamento, o valor do negócio, ou seja, a parcela percebida com a operação mercantil ou similar. O conceito de faturamento diz com riqueza própria, quantia que tem ingresso nos cofres de quem procede à venda de mercadorias ou à prestação dos serviços, implicando, por isso mesmo, o envolvimento de noções próprias ao que se entende como receita bruta. Descabe assentar que o s contribuintes da Cofins faturam, em si o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo. (...) Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. O valor correspondente a este último não tem a natureza de faturamento. Não pode, então, servir à incidência da Cofins, pois não revela medida de riqueza apanhada pela expressão contida no preceito da alínea “b” do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal. (...) Conforme salientado pela melhor doutrina, “a Cofins só pode incidir sobre o faturamento que, conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas”. A contrário-sensu, qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da Cofins. Há de se atentar para o princípio da razoabilidade, pressupondo-se que o texto constitucional mostre-se fiel, no emprego de institutos, de expressões e de vocábulos, ao sentido próprio que eles possuem, tendo em vista o que assentado pela doutrina e pela jurisprudência. (...) Da mesma forma que esta Corte excluiu a possibilidade de ter-se, na expressão “folha de salários”, a inclusão do que satisfeito a administradores, autônomos e avulsos, não pode, com razão maior, entender que a expressão “faturamento” envolve, em si, ônus fiscal, como é o relativo ao ICMS, sob pena de desprezar-se o modelo constitucional, adentrando-se a seara imprópria da exigência da contribuição, relativamente a valor que não passa a integrar o patrimônio do alienante quer de mercadoria, quer de serviço, como é o relativo ao ICMS. Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria. Admitir o contrário é querer (...) que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por norma constitucional, alterando, assim, a Lei Maior e com isso afastando a supremacia que lhe é própria. (...) Olvidar os parâmetros próprios ao instituto, que é o faturamento, implica manipulação geradora de insegurança e, mais do que isso, a duplicidade de ônus fiscal a um só título, a cobrança da contribuição sem ingresso efetivo de qualquer valor, a cobrança considerado, isso sim, um desembolso. (...)

Por tais fundamentos, o Ministro Marco Aurélio deu provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence, sinalizando uma mudança de entendimento em relação ao anterior posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, estando suspenso o julgamento, em virtude do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, em 24 de agosto de 2006.

Como salientado pelo Ministro Relator, o termo “faturamento”, utilizado no art. 195, inciso I, alínea “b”, da Constituição da República, deve ser tomado no sentido técnico consagrado pela doutrina e pela jurisprudência.

Assim, *faturamento*, na redação original do mencionado dispositivo constitucional, em síntese, é a riqueza obtida pelo contribuinte no exercício de sua atividade empresarial, sendo inadmissível a inclusão de receitas de terceiros ou que não importem, direta ou indiretamente, ingresso financeiro.

No que tange ao conceito de faturamento constante das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/03, entendido como o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, compreendendo a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, também não há que se falar em inclusão do ICMS.

Com efeito, o ICMS é um *imposto indireto*, ou seja, é destacado na nota fiscal e tem seu ônus financeiro transferido para o *contribuinte de fato*, que é o consumidor final.

O sujeito passivo do ICMS recolhe o valor correspondente ao Estado, sem que a respectiva quantia destinada aos cofres públicos integre sua receita.

Desse modo, constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem, pois, natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso de caixa, não podendo, à evidência, compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em outras palavras, considerar o ICMS para esse fim significa admitir a incidência de contribuições sociais sobre imposto devido a unidade da Federação.

Forçoso reconhecer que, em se tratando de receita de terceiros (Estado-Membro ou Distrito Federal), o valor de tal imposto é elemento estranho a integrar a base de cálculo das contribuições em comento, sejam elas exigidas sobre o faturamento ou sobre a receita.

Também no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, registro julgados da 3ª Turma desta Corte, assim ementados:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COFINS. ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98. CONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA PARA 3%. TAXA SELIC. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. MULTA DE MORA. LEGALIDADE.

(...)

7. Deve ser excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista recente posicionamento do STF sobre a questão no julgamento, ainda em andamento, do Recurso Extraordinário 240.785-2. Embora o referido julgamento ainda não tenha se encerrado, não há como negar que traduz concreta expectativa de que será adotado o entendimento pela exclusão.

(...)

(TRF - 3ª Região, 3ª T., AC 1711582, Rel. Des. Fed. Márcio Moraes, j. em 15.03.2012, TRF3 CJ1 de 23.03.2012)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que “A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.”

(...)

(TRF - 3ª Região, 3ª T., AC 331835, Rel. Des. Fed. Nery Junior, j. em 01.03.2012, TRF3 CJ1 de 09.03.2012)

Passo ao exame da ocorrência ou não de prescrição.

A decadência e a prescrição são expressões de segurança jurídica, fundadas na idéia de que a inércia no exercício de um direito, pelo prazo legalmente assinalado, conduz ao seu perecimento e conforme o disposto no art. 156, I, do Código Tributário Nacional constituem modalidades de extinção do crédito tributário.

Assim sendo, embora se refiram à inércia do Estado, os dois institutos não se confundem, porquanto a decadência diz respeito ao prazo extintivo do direito de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, enquanto a prescrição diz com o prazo extintivo do exercício do direito de a Fazenda Pública ajuizar a execução fiscal para a cobrança do tributo.

Quanto à apreciação das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 118/05, no que tange à prescrição dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação ou auto-lançamento, impende acompanhar o entendimento fixado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 566.621/RS, sob o regime da repercussão geral (art. 543-B, do Código de Processo Civil), cuja ementa transcrevo:

DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.

A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.

(STF - Tribunal Pleno - RE 566621/RS - Rel. Min. Ellen Gracie - j. 04/08/2011 - Publ. Dje 11/10/2011 - destaque meu).

Assim sendo, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação ou auto-lançamento, o prazo prescricional das ações de compensação/repetição de indébito ajuizadas antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, ocorrida aos 9 de junho de 2005,

é de 10 (dez) anos. Por outro lado, para as ações ajuizadas a partir de 9 de junho de 2005, observar-se-á o prazo quinquenal.

No presente caso, considerando-se a propositura desta demanda, em 07.08.2008, depois, portanto, da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, em 09/06/05 (sistemática quinquenal), operou-se a prescrição apenas em relação às parcelas anteriores a 07.08.2003 (fls. 267/465).

Passo à análise da compensação.

A compensação, como modalidade de extinção das obrigações, está prevista nos arts. 368 a 380 do Código Civil e pressupõe que duas pessoas sejam, ao mesmo tempo, credoras e devedoras entre si.

Em matéria tributária, a compensação vem contemplada no art. 170, do Código Tributário Nacional, que preceitua que a lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo, contra a Fazenda Pública.

A compensação tributária constitui, desse modo, excelente alternativa à repetição do indébito que, tanto na via administrativa, quanto na via judicial, revela-se custosa e demorada.

Disciplinando essa modalidade extintiva da obrigação tributária, veio a Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, em seu art. 66, na redação dada pela Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, preceituar o que segue:

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente.

§ 1º. A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie.

§ 2º. É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º. A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do tributo ou contribuição ou receita corrigido monetariamente com base na variação da UFIR.

§ 4º. As Secretarias da Receita Federal e do Patrimônio da União e o Instituto Nacional do Seguro social - INSS expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo.

Por sua vez, com o advento da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, foi disciplinada a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos no âmbito da Secretaria da Receita Federal, inserindo-se, neste contexto, a faculdade do sujeito passivo fazer uso da compensação, consoante se extrai da redação conferida ao *caput* do art. 74, pelo art. 49, da Lei nº 10.637/02, *in verbis*:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

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.

Nesse sentido, importante transcrever a decisão proferida pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos do recurso representativo da controvérsia:

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, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. *In casu*, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, *sponte propria*, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. 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. (REsp nº 1137738/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.12.09, DJ 01.02.2010)

No presente caso, a ação de segurança foi ajuizada em 07.08.2008, devendo ser aplicada, assim, a Lei nº 10.637/02, merecendo, por conseguinte, prosperar o pedido de compensação das parcelas recolhidas indevidamente a título de PIS e COFINS, incluindo-se o valor do ICMS nas respectivas bases de cálculo, com outros tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Encerrado o exame da questão de fundo, no que tange à correção monetária das importâncias recolhidas indevidamente, há de ser feita em consonância com a Resolução nº 134/2010, do Conselho da Justiça Federal.

Por outro lado, no tocante aos juros moratórios, cumpre tecer considerações acerca do assunto, tendo em vista a edição da Lei nº 9.250/95.

A incidência de juros moratórios sobre créditos a serem utilizados em compensação de natureza tributária não estava prevista em lei, até o advento da Lei nº 9.250/95.

Até então, à míngua de disposição legal desse teor, era incabível a incidência de juros moratórios nos créditos a serem utilizados na compensação tributária, mesmo porque não se poderia falar em mora da União no cumprimento de prestação a seu cargo, porquanto a compensação, atendidos os requisitos legais, é faculdade conferida ao contribuinte.

Todavia, a Lei nº 9.250/95, de 26 de dezembro de 1995, ao alterar a legislação do Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas e dar outras providências, veio a prescrever, em seu art. 39 que, “a partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada”.

Assim, os valores objeto de compensação serão acrescidos de juros moratórios, igualmente, pela taxa SELIC, nos moldes do mencionado art. 39, § 4º da Lei nº 9.250/95, afastada a aplicação de qualquer outro índice a esse título (art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional).

Portanto, cabem juros moratórios sobre os créditos tributários a compensar, nos termos desse quadro normativo.

Cumprе ressaltar que a Resolução nº 134/10, do Conselho da Justiça Federal, prevê a incidência de correção monetária e juros de mora, nos casos de compensação, como acima exposto.

Por derradeiro, aplica-se ao caso o disposto no art. 170-A, do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, que estatui ser vedada a compensação “mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”, porquanto a ação foi ajuizada em 07.08.2008, posteriormente, portanto, à vigência da referida lei.

Nesse sentido é a orientação firmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.164.452/MG e 1.167.039/DF, submetidos ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001.

1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.
2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização “antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial”, conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes.
3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

(1ª Seção, REsp 1.164.452/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 25.08.2010, DJe de 02.09.10)

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

1. Nos termos do art. 170-A do CTN, “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”, vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.
2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.
(1ª Seção, REsp nº 1.167.039/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 25.08.10, DJe de 02.09.10)

Isto posto, NEGOU PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES E À REMESSA OFICIAL.

Desembargadora Federal REGINA HELENA COSTA - Relatora

- Sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, veja também os seguintes julgados: AMS 1999.03.99.115028-9/SP, Relatora Desembargadora Federal Marli Ferreira, publicada na RTRF3R 66/353; Ag 2008.03.00.002391-0/SP, Relatora Desembargadora Federal Alda Basto, publicado na RTRF3R 88/73 e REsp AC 90.03.021779-3/SP, Relatora Desembargadora Federal Suzana Camargo, publicada na RTRF3R 89/3.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

0017141-60.2011.4.03.6100

(2011.61.00.017141-3)

Apelante: UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

Apelada: VALDIRENE SILVA EID TUCCI

Remetente: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA

Classe do Processo: ApelReex 1791138

Disponibilização do Acórdão: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/11/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA. QUEBRA DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. INDENIZAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA.

1. No tocante a quebra da garantia de emprego assegurada à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do artigo 10, II, *b*, do ADCT, confere à trabalhadora direito à indenização compensatória, prevista no artigo 7º, I, da Constituição Federal.
2. Os valores recebidos a título de indenização por quebra de estabilidade não se sujeitam à incidência do imposto de renda, tendo em vista que inexistente geração de renda, mas tão-somente uma compensação pela perda do emprego.
3. Incidência de juros de mora pela taxa SELIC, a partir de 1º de janeiro de 1996, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei nº 9.250/95, devendo ser afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.
4. Mantidos os honorários advocatícios fixados na r. sentença.
5. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

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

São Paulo, 22 de novembro de 2012.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Trata-se de apelação e remessa oficial em ação de rito ordinário, ajuizada com o objetivo de obter a restituição do Imposto de Renda sobre as férias indenizadas, proporcionais, respectivos terços constitucionais, indenização especial (estabilidade gestante), em virtude de

demissão sem justa causa por iniciativa unilateral do empregador.

O r. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando a União à restituição do imposto de renda sobre as verbas rescisórias, com incidência da taxa SELIC. Condenou a União ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, parágrafo 4º do Código de Processo Civil. A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Interpôs recurso de apelação a União Federal, requerendo a incidência do imposto de renda sobre a indenização por transação (estabilidade gestante).

Com as contrarrazões de apelação, subiram os autos a esta Corte.

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

É o relatório.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA (Relatora):

Não assiste razão à apelante.

Com a adoção dos programas de aposentadoria ou demissão voluntária/incentivada, tanto no setor público como no setor privado, instalou-se no Poder Judiciário discussão sobre o caráter indenizatório das verbas percebidas pelo trabalhador nessas situações e a legitimidade, ou não, da incidência do Imposto de Renda sobre as mesmas.

É certo que o Imposto de Renda, previsto no art. 153, inciso III da Constituição Federal, tem como fatos geradores: *a) a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; b) de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior, conforme descrição do Código Tributário Nacional (art. 43, incisos I e II).*

Portanto, referido tributo só pode recair sobre riqueza nova, oriunda do capital, do trabalho ou mesmo do entrosamento de ambos. Pressupõe sempre um acréscimo patrimonial sobre o qual incide o tributo, como se vê também do inciso II do mesmo art. 43 (*proventos de qualquer natureza*).

Escapam, pois, da incidência desse imposto verbas de conteúdo indenizatório, por não se enquadrarem no conceito de renda ou proventos acima descritos.

Indenização, em sentido genérico, é, consoante definição de Plácido e Silva, *toda compensação pecuniária ou retribuição monetária feita por uma pessoa a outrem, para reembolsar das despesas feitas ou para ressarcir de prejuízo ou dano que se tenha causado a outrem ... Traz a finalidade de recompor o patrimônio pelas perdas ou prejuízos sofridos (danos).*

No mesmo sentido leciona Sílvio Rodrigues: *indenizar significa ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado.*

Segundo Roque Antonio Carrazza, *nas indenizações não há geração de rendas ou acréscimos patrimoniais (proventos) de qualquer espécie. Não há riquezas novas disponíveis, mas reparações, em pecúnia, por perdas de direitos.*

A questão reside, pois, em se definir quais verbas, dentre as quais o trabalhador recebe por ocasião da rescisão trabalhista, têm caráter indenizatório e, por isso mesmo, estão fora da incidência do Imposto de Renda.

No tocante a quebra da garantia de emprego assegurada à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do artigo 10, II, *b*, do ADCT, confere à trabalhadora direito à indenização compensatória, prevista no artigo 7º, I, da Constituição Federal.

Com efeito, os valores recebidos a título de indenização por quebra de estabilidade não se sujeitam à incidência do imposto de renda, tendo em vista que inexistente geração de renda, mas tão-somente uma compensação pela perda do emprego.

Determino a incidência de juros de mora pela taxa SELIC, a partir de 1º de janeiro de 1996, com fulcro no art. 39, § 4º da Lei nº 9.250/95, devendo ser afastada a aplicação de qualquer outro índice a título de juros e de correção monetária.

Por fim, mantenho os honorários advocatícios fixados na r. sentença.

Em face de todo o exposto, *nego provimento à apelação e à remessa oficial.*

É como voto.

Desembargadora Federal CONSUELO YOSHIDA - Relatora

Sentenças



AÇÃO PENAL

0000108-86.2003.4.03.6181

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réus: IZILDA ALBANEZ E MARCOS DONIZETTI ROSSI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: TORU YAMAMOTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 21/09/2012

Vistos etc.

O Ministério Público Federal denunciou IZILDA ALBANEZ e MARCOS DONIZETTI ROSSI, qualificados nos autos, como incurso nos arts. 171, 3º, c/c 29 e 71, do Código Penal, pelos seguintes fatos apurados em procedimento investigatório:

1. Consta das inclusas peças de informação que, no período entre 16 de outubro de 1998 a 31 de julho de 2001, nesta Capital, os denunciados, previamente ajustados e em identidade de propósitos, obtiveram para *Izilda* vantagem indevida, induzindo e mantendo em erro o Instituto Nacional do Seguro Social, mediante meio fraudulento.
2. Narram os autos que *Marcos* era funcionário da Agência Vila Mariana do INSS e que *Izilda* era funcionária do “Banco Banespa S/A”.
3. Ciente de que não tinha como comprovar tempo de serviço suficiente para se aposentar e sabedor de que o denunciado *Marcos* havia fraudado a obtenção de aposentadorias de inúmeros outros funcionários do “Banespa”, *Izilda* ingressou, em 16 de outubro de 1998, com pedido de benefício junto à Agência onde o denunciado trabalhava.
4. No requerimento do benefício, a denunciada *Izilda* teria apresentado a Carteira de Trabalho nº 057403, série 386, expedida em 21 de abril de 1974 e a de nº 57493, série 386, expedida em 12 de junho de 1987, das quais constavam informações relativas aos contratos de trabalho firmados com diversos empregadores.
5. *Izilda* apresentou, também, formulário específico de tempo especial (DSS 8030) referente às atividades realizadas entre 28/04/95 a 13/10/96 (fls. 06) entre 10/01/82 a 30/09/88 (fls. 12) e entre 01/10/88 a 27/04/95 (fls. 20), e respectivos laudos técnicos periciais (fls. 07/08, 13/16 e 24/26) junto ao BANESPA, visando obter a conversão do tempo de serviço e atividade especial em tempo comum.
6. Embora os laudos e formulários não atendessem às exigências da OS INSS/DSS nº 564, em vigor na época da concessão, pois os primeiros - o laudo DSS 8030 (fls. 06, 12) - foram realizados depois da prestação de serviço e em local já modificado, sem especificar essas modificações, não atendendo ao item 12.2 da OS nº 564, enquanto que o formulário de fls. 20, além de não atender ao exposto acima, fazem menção à comprovação de trabalho sob exposição de agente agressivo com base em testemunho de técnicos e administradores da época - fato esse não previsto em lei - , *Marcos* ignorou a normal legal que determinava, nesses casos, a realização de pesquisa e efetuou a conversão do tempo de serviço de atividade especial prestado no BANESPA em tempo comum. Para que a fraude fosse perfeita, ao conceder o benefício e formatar a concessão, *Marcos* também ignorou a necessidade de pesquisa.
7. A comprovação da conversão indevida foi constatada pela Auditoria Fiscal da Previdência Social JURETH MORAES CUNHA, que realizou diligência fiscal para verificar a real situação de prestação de serviço pelos funcionários do BANESPA, incluindo a segurada ora denunciada, junto aos órgãos FUNDACENTRO, Secretaria de Saúde e Sindicato dos Bancários e concluiu pela ausência de realização de atividade em condições especiais (citada às fls. 65/57).
8. A fraude somente foi descoberta a partir de informações de um dos beneficiários do esque-

ma, que desistiu antes da obtenção do benefício fraudulento. Foi realizada uma verificação especial pela Auditoria do INSS em todos os benefícios concedidos por *Marcos*, sendo identificados inúmeros casos semelhantes ao tratado nos presentes autos, envolvendo empregados do “Banespa”, que buscavam o auxílio dos funcionários denunciados para a obtenção de seus benefícios de forma fraudulenta.

9. Na análise da Auditoria, que realizou a verificação que, por lei, *Marcos* deveria ter feito antes da concessão do benefício, constatou-se que se para conceder o benefício a *Izilda* houve a conversão indevida do tempo de serviço em atividade especial em tempo comum, o que lhe proporcionou acréscimo de tempo para Aposentadoria por Tempo de Contribuição. Caso o denunciado *Marcos* tivesse realizado a pesquisa determinada por lei, não teria sido feita a conversão indevida e o benefício não teria sido concedido.

A denúncia foi recebida em 17/01/2003 (fls. 266/267).

Os réus foram citados pessoalmente: *IZILDA* (fls. 351) e *MARCOS* (fls. 374).

Citados pessoalmente, (fls. 351 - *IZILDA*, fls. 374 - *MARCOS*), os réus foram interrogados, ocasião em que, em síntese, alegaram o seguinte.

IZILDA (fls. 355):

efetivamente requereu o benefício de aposentadoria junto ao INSS e para isso juntou laudos fornecidos pela agência do Banespa, onde trabalhava. Obteve o benefício e posteriormente foi comunicada sobre seu cancelamento. Não conhece o co-réu *Marcos Donizetti Rossi*. Nega que tenha participado da fraude descrita na denúncia. Nada sabe informar sobre o preenchimento dos laudos que apresentou por ocasião do requerimento de seu benefício. Nada sabe informar sobre o co-réu *Marcos* ter ignorado normas legais na concessão de seu benefício. Só teve conhecimento do nome de *Marcos* quando viu sua carta de concessão, onde constava a assinatura dessa pessoa no documento, junto com outra pessoa, cujo nome não se recorda. Não ficou sabendo sobre esquema envolvendo empregados do Banespa na obtenção de benefícios naquela época. Está aposentada atualmente e recebe benefícios do INSS normalmente. Esclarece que ao ser informada do cancelamento, procurou advogado que formulou pedido de tutela antecipada para que não ocorresse interrupção no pagamento, o que foi deferido. Nunca foi processada criminalmente, não conhece as testemunhas arroladas na denúncia e nada tem contra elas, portanto.

MARCOS (fls. 377/381):

Interrogado se tem conhecimento das provas contra si já apuradas, respondeu que não. Interrogado se conhece as testemunhas arroladas na denúncia, respondeu que não. Interrogado se é verdadeira a imputação que lhe é feita, respondeu que não. Interrogado se foi preso ou processado alguma vez, respondeu que não, a não ser os processos relativos aos fatos de que é acusado nessa ação penal e os que descobriu que existiam após ter obtido a liberdade provisória; que todos os processos se referem ao mesmo tipo de acusação constante destes autos. Perguntado sobre os antecedentes e circunstâncias da infração, Respondeu: Que ingressou no INSS no dia 15 de março de 1988, por concurso público, tendo pedido a liberação no ano de 1999, em razão de estar sofrendo pressão da chefia, para ser removido a outros lugares, para os quais não queria ir; que trabalhou por seis anos na superintendência do INSS em São Paulo e por cinco anos na Agência na Vila Mariana; que naquele período ocupou o cargo de agente administrativo e na Agência da Vila Mariana não exercia nenhuma função de chefia; que não

conhece a pessoa de Izilda Albanez, nem se recorda em particular de ter atuado na análise do benefício previdenciário por ela requerido; que naquela época o interrogando atuava em média de vinte a trinta procedimentos administrativos por dia; que o procedimento normal quando o benefício dava entrada na agência era o seguinte: primeiramente o segurado apresentava a documentação e essa documentação era analisada por uma equipe de dois ou três servidores que faziam uma triagem preliminar; que em seguida era passada a documentação para outra equipe, composta de quatro servidores, encarregada de analisar novamente a documentação, para fins de concessão ou indeferimento; que ao analisar a documentação apresentada e estando tudo em ordem, o tempo de serviço era inserido no sistema; que caso o sistema não aceitasse, o procedimento era consultar a chefia, para que fosse indicada a maneira como seria inserido o tempo no sistema; que toda vez que o servidor do INSS acessa o sistema de concessão de benefícios, tem de fazê-lo mediante o uso de uma senha e isso fica registrado no próprio sistema; que na agência da Vila Mariana, várias pessoas tinham conhecimento da senha do interrogando para acessar o sistema; que com certeza tinham esse conhecimento as pessoas que ocupavam o cargo de chefia; que na época era gerente do posto uma pessoa de nome Márcia e chefe do posto de benefício, Lídia; que essas duas pessoas poderiam entrar no sistema utilizando a senha do interrogando; que além das pessoas mencionadas, havia outros servidores que também tinham conhecimento da senha do interrogando; que era comum esse conhecimento, até para que um servidor pudesse ajudar o outro no serviço; que não se recorda do nome dos servidores que tivessem conhecimento da senha do interrogando; que não tinha conhecimento da senha de outros servidores, embora tivesse sugestão nesse sentido; que era possível a utilização simultânea do sistema, por mais de um servidor, com a mesma senha; que não tem conhecimento de qualquer esquema relativo a facilidade de aposentar empregados do Banco Banespa; que, inclusive, o interrogando ficou surpreso com o volume de processos constante de seus antecedentes junto a Justiça Federal em São Paulo; que afirma que era um simples servidor, e que apenas cumpria as ordens emanadas da chefia; que dentro do INSS havia uma cobrança das agências em relação ao número de benefícios concedidos, que deveriam observar uma determinada média; que em razão disso eram implantadas diversas rotinas administrativas; que houve uma época, dentro dessas rotinas, em que o procedimento do benefício era realizado cada parte por um servidor; que outra época, após passar pela fase de triagem, todas as demais, inclusive a concessão, eram feitas por um único servidor; que após a concessão do benefício, era gerada uma ficha de benefício em manutenção, a qual era passada para a chefia conferir; que caso a chefia constataste alguma irregularidade, dirigia-se imediatamente ao setor para obter esclarecimentos e analisar o procedimento; que reitera que não tinha conhecimento de qualquer esquema de facilidade de aposentar empregados do Banespa; que inclusive abre mão do sigilo constitucional relativo às suas contas bancárias, para que possam ser investigadas na época; que pelo que se recorda, na época mantinha contas bancárias na agência do Banco do Brasil, na Vila Mariana, e no Banco Real, agência Saúde; que havia uma divisão, de caráter apenas interno no INSS, dos locais onde o segurado poderia protocolar pedidos de benefícios; que o segurado, apesar daquela divisão, poderia protocolar o requerimento em qualquer agência do INSS; que na agência da Vila Mariana era comum pessoas de outros lugares protocolarem ali seus pedidos de benefícios; que não tem conhecimento se a agência da Vila Mariana, na época, tinha fama de ser mais rápida em termos de concessão de benefícios; que reitera que era um simples funcionário, exercendo a função de agente administrativo, sem qualquer poder de decisão; que as dúvidas relativas aos benefícios eram todas tiradas com a chefia; que esclarece novamente que se houvesse problemas no benefício concedido, seria constatado pela ficha de benefício em manutenção; que não tinha conhecimento de qualquer esquema para aposentar pessoas na agência da Vila Mariana; que dentro da sistemática acima mencionada a respeito da utilização das senhas, era possível que outro servidor, utilizando a senha do interrogando, inserisse dados no sistema e em seguida passasse ao interrogando para assinar, uma vez que isso viria a beneficiar a todos os funcionários e o próprio interrogando, pelo aumento da produtividade; que, na

confiança, o interrogando com certeza chegou a fazer isso; que esclarecendo a respeito do procedimento, para concessão de benefícios, quando o pedido já havia passado pela equipe de triagem, vinha para a segunda equipe de servidores praticamente para ser concedido, uma vez que somente passava pela triagem se estivesse com a documentação em ordem e não se tratasse de benefício complexo; que o interrogando às vezes trabalhava na equipe de triagem e às vezes na outra equipe.

Defesa prévia de IZILDA, arrolando 3 (três) testemunhas (fls. 345/346).

Defesa prévia de MARCOS, arrolando 8 (oito) testemunhas (fls. 383/385).

Durante a instrução, foram ouvidas 2 (duas) testemunhas de acusação (fls. 453/454 e 455/456), 5 (cinco) da defesa de MARCOS (fls. 545, 547, 587, 605, 606) e 3 (três) da defesa de IZILDA (fls. 602/604, 607/608, 617).

Apesar de homologada a desistência da oitiva da testemunha Kimiko Tanaka (fls. 601), foi ela ouvida (fls. 605).

Declarado precluso o direito de oitiva da testemunha Maria Núbia Matos Bezerra (fls. 609, item 6).

Foi homologada a desistência da oitiva das demais testemunhas arroladas pela defesa de MARCOS (fls. 677 e 687).

A defesa de IZILDA juntou sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara Federal Previdenciária, que julgou procedente a ação de manutenção de benefício previdenciário, artigo publicado no jornal “Dinheiro”, edição 25.079, decisão proferida pela 14ª Junta de Recursos do INSS, declaração emitida pelo Banespa, cópias dos formulários DSS 8030 e respectivos laudos e declaração emitida pelo Banespa, atestando que o engenheiro signatário dos laudos é seu funcionário (fls. 623/647).

Na fase de diligências, o Ministério Público Federal e a defesa de MARCOS nada requereram (fls. 694, 698). A defesa de IZILDA deixou o prazo transcorrer *in albis* (fls. 699).

Em alegações finais, o Ministério Público Federal entendendo comprovadas a autoria e a materialidade, requereu a condenação dos réus (fls. 701/704).

Em alegações finais, a defesa de IZILDA alegou que: o benefício concedido é legítimo, não tendo havido materialidade do crime a ela imputado; não houve dolo de sua parte; realmente o ambiente de trabalho da acusada era insalubre; não houve prova de conluio entre os réus; a norma (OS 564, item 12.2) em que a denúncia se baseou não fez referência à época em que o laudo deve ser realizado; neo pelo Banespa. Requereu sua absolvição (fls. 710/719).

Em memoriais, a defesa de MARCOS alegou que o conjunto probatório possui dúvidas, não havendo certeza da materialidade e autoria, requerendo sua absolvição (fls. 724/729).

O julgamento foi convertido em diligência, uma vez que a defensora de MARCOS não havia sido nomeada como dativa por este Juízo. Contudo, considerando a renúncia dos procuradores de MARCOS, aquela defensora foi nomeada como tal (fls. 738).

O Ministério Público Federal e a defesa de MARCOS se manifestaram sobre os documentos juntados pela defesa de IZILDA (fls. 748, 780 e 785).

MARCOS registra uma condenação definitiva (autos nº 0009032-86.2003.403.6181), além de algumas condenações em primeira instância, porém sem decisão definitiva, como

consta do apenso e das pesquisas efetuadas, cuja juntada determino seja realizada.

IZILDA não registra antecedentes.

É o relatório.

DECIDO.

Imputa-se a MARCOS DONIZETTI ROSSI e IZILDA ALBANEZ o crime de estelionato contra o INSS, em concurso de agentes, porque, segundo a denúncia, MARCOS, como funcionário do INSS na agência Vila Mariana, nesta Capital, concedeu, fraudulentamente, o benefício de aposentadoria por tempo de serviço a IZILDA, cujo requerimento foi protocolado em 16/10/1998 e o benefício recebido de 16/10/1998 a 31/07/2001. A fraude, segundo a denúncia, teria consistido no seguinte: 1) IZILDA - estava ciente de que não tinha como comprovar tempo de serviço suficiente para se aposentar; sabia que MARCOS havia fraudado a obtenção de aposentadoria de inúmeros outros funcionários do Banespa; juntou formulários específicos de tempo especial (DSS 8030), e respectivos laudos periciais, que não atendiam as exigências da OS INSS/DSS nº 564, a fim de obter a conversão do tempo de serviço de atividade especial em tempo comum; 2) MARCOS concedeu o benefício, indevidamente, a conversão do tempo de serviço de atividade especial em tempo comum, o que proporcionou acréscimo de tempo para a concessão do benefício.

A denúncia não procede.

No tocante à materialidade do crime, verifico que foi juntado aos autos o processo administrativo nº 35366.000438/2001-04 (fls. 10/261) relativo ao procedimento de concessão de aposentadoria por tempo de serviço de IZILDA ALBANEZ (NB 42/110.050.646-0), bojo no qual constam, entre outros, os seguintes documentos: (i) requerimento de benefícios - aposentadoria por tempo de serviço datado de 16/10/1998, contendo a assinatura de MARCOS DONIZETTI ROSSI (fls. 11); (ii) conta de serviço de telecomunicações de IZILDA ALBANEZ, com endereço na Rua Santo Antônio de Pádua, 92, ap. 61, Vila Ursulina, São Paulo (fls. 12); (iii) Informações sobre Atividades com Exposições a Agentes Agressivos (Físicos, Químicos, Biológicos, etc.), para fins de Instrução de Processos de Aposentadoria Especial, da empresa Banco do Estado de São Paulo S/A, instruídas com Avaliação do Nível de Ruído (fls. 16/18); (iv) Declarações de funcionários do Banespa (fls. 19/21); (v) Informações sobre Atividades com Exposições a Agentes Agressivos (Físicos, Químicos, Biológicos, etc.), para fins de Instrução de Processos de Aposentadoria Especial, da empresa BANESPA S/A Serviços Técnicos e Administrativos, instruídas com Laudo Técnico Pericial Aposentadoria Especial SB-40 (fls. 22/26); (vi) Declarações de funcionários do Banespa (fls. 27/29); (vii) Informações sobre Atividades com Exposições a Agentes Agressivos (Físicos, Químicos, Biológicos, etc.), para fins de Instrução de Processos de Aposentadoria Especial, da empresa Banco do Estado de São Paulo S/A, instruídas com declarações de funcionários do Banespa, Laudo de Avaliação do Nível de Ruído e declaração do Banespa (fls. 30/39); (viii) Resumo de Documentos para Cálculo de Tempo de Serviço, contendo carimbo e rubrica de MARCOS DONIZETTI ROSSI (fls. 39/42); (ix) Resumo de Benefício em Concessão, contendo carimbo e rubrica de MARCOS DONIZETTI ROSSI (fls. 43/46); (x) Resumo de Documentos para Cálculo de Tempo de Contribuição (fls. 48/49); (xi) Resumo de Benefício em Concessão (fls. 50/53); (xii) Auditoria do Benefício (fls. 54/55); (xiii) Informações do Benefício (fls. 56/57); (xiv) Memorando nº 545/2000 do INSS sobre aposentadoria de ex-funcionários do BANESPA S/A (fls. 62/65); (xv) Reavaliação do mérito concessório do benefício de IZILDA ALBANEZ (fls. 66/67); (xvi) Defesa apresentada por IZILDA ALBANEZ, instruída com documentos (fls. 72/93, 96/99); (xvii) Relatório da Missão

de Auditoria Extraordinária (fls. 100/110); (xviii) Resposta do INSS à defesa apresentada por IZILDA ALBANEZ (fls. 118); (xix) Relatório da Auditoria do INSS (fls. 126/130).

No memorando nº 545/2000, elaborado pela Auditoria Regional do INSS (fls. 62/64), relata-se que os Laudos Técnicos e os formulários SB 40, que foram emitidos pelo Banespa a favor dos segurados para atestar a insalubridade (ruído) do ambiente laboral em que trabalharam, ou seja, a área de informática, não atendiam aos requisitos legais para justificar a conversão do tempo especial em tempo comum, concluindo, por conseguinte, a Auditoria do INSS, que eles não faziam jus ao benefício concedido, o mesmo ocorrendo em relação a IZILDA ALBANEZ (fls. 66/67).

Os argumentos contidos na defesa administrativa apresentada por IZILDA (fls. 72/77) não foram acolhidos pela Autarquia Previdenciária (fls. 118). Eis, basicamente, a conclusão exarada pelo INSS:

considerando o despacho de folhas 90/91 e o Parecer Médico-Pericial, folhas 93/100, concluímos que as contra-razões apresentadas *não alteram* a decisão exarada nestes autos a folhas 55, tendo em vista que não ficou comprovado o efetivo exercício de atividade, em condições especiais, junto ao BANESPA S/A - Serviços Técnicos e Administrativos, no período de 10/01/82 a 30/09/88 e junto ao BANESPA - Banco do Estado de São Paulo S/A, no período de 01/10/88 a 13/10/96, contrariando o contido no Artigo 64 do RBPS - Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 2.172 de 05/03/97, em face do não enquadramento da atividade, nas mesmas condições determinadas nos Artigo 62 e 63 do mesmo diploma legal.

Tal conclusão, válida para fins previdenciários, não poderá, porém, ser transportada automaticamente para a esfera penal, porquanto o requerimento de aposentadoria de IZILDA não foi instruído com documentos, material ou ideologicamente, falsos, mas sim com laudos devidamente assinados por um profissional habilitado e fornecidos por uma empresa idônea, o Banespa. Tais laudos são apenas questionáveis sob o ponto de vista técnico quanto ao seu conteúdo.

Com efeito, observo que o requerimento de benefício de IZILDA foi instruído com Laudos Técnicos que foram elaborados em papel timbrado do Banespa (fls. 17/18, 23/26, 34/36), bem como com os formulários SB-40, todos fornecidos pelo Banespa (fls. 16, 22, 30), deles constando os carimbos e assinaturas de engenheiro habilitado em segurança do trabalho e de funcionários desse banco, cuja autenticidade não foi questionada seja pelo INSS, seja pelo Ministério Público Federal.

A propósito, o Banespa, em declaração ao INSS, informou que o Sr. Luís Cirilo S. de Souza, que subscreveu alguns desses laudos, é seu funcionário, exercendo a função de Engenheiro de Segurança do Trabalho, estando apto por força de sua função a dar pareceres e laudos técnicos sobre segurança do trabalho no ambiente funcional das dependências do Banco (fls. 37). *Portanto, tais documentos não são falsos, seja material ou ideologicamente.* Ademais, vários funcionários do Banespa firmaram declarações com firma reconhecida, assumindo, inclusive, a responsabilidade penal nos termos do art. 299 do Código Penal pelo teor de suas declarações sobre o ambiente insalubre em que trabalhou IZILDA no Banespa (fls. 19/21, 27/29, 31/33). Assim, a validade técnica dos laudos feitos no âmbito do Banespa e as declarações de seus funcionários poderão ser questionadas pelo INSS para fins previdenciários, mas não transformam a aposentadoria concedida a IZILDA em *fraude*.

Os documentos juntados por IZILDA em sua defesa administrativa, por sua vez, trazem alguns subsídios relevantes para o deslinde desta ação penal. Verifico, por exemplo, que a Justiça do Trabalho reconheceu, para Paulo Bertoli Ricci, gerente adjunto de informática do Banespa, o adicional de insalubridade, porque “estava exposto a níveis acima dos toleráveis (fl. 139, *Condições Ambientais*, primeira alínea). Complementando o laudo, à fl. 149, o vistor do Juízo esclareceu que o autor trabalhava em condições insalubres, em grau médio.” (fls. 82/83)

O perito médico da Justiça do Trabalho, nessa reclamatória, informou que a área de informática do Banespa apresentava “Ruído: 86,4 - 86,2 dB(A)” e concluiu: “o reclamante é portador de disacusia neuro sensorila bilateral adquirido desde 10/81 a 01/93 e não deve mais trabalhar exposto a ruído acima de 85 dB(A).” (fls. 84/88). Observe-se que essa conclusão corrobora as dos laudos do engenheiro do Banespa e relativiza as do laudo médico-pericial do INSS (fls. 103/110).

Outro funcionário do Banespa, Antonio Hélio Marques, que teria trabalhado nesse banco no período de 11/01/82 a 30/12/92, como “operador de computador”, obteve no Conselho de Recursos da Previdência Social decisão favorável, que lhe reconheceu o direito à insalubridade em razão da função exercida no Banespa como operador de computador. Os considerandos dessa decisão esclarecem os motivos que levaram os conselheiros da 14ª JR/SP a dar provimento ao recurso do segurado:

CONSIDERANDO que a empresa, através do formulário Sb - 40, se responsabiliza pelas informações prestadas, as quais forma obtidas com base em laudo técnico existente na mesma; CONSIDERANDO que o Laudo Técnico assinado por engenheiro devidamente registrado no SSMT, muito embora tenha sido efetuado somente em 1997, porém, esclarece o responsável que os equipamentos ainda existem no CPD e que tal providência somente agora foi tomada devido a inexistência de laudo, à época, e concluiu pela existência de pressão sonora de 86 decibéis; CONSIDERANDO que as atividades exercidas sujeitas a ruído acima de 80 decibéis encontram enquadramento no código 1.1.6, Decreto 53831/64, independentemente do limite de idade de 50 (cinquenta) anos, conforme Parecer CGJ/MPAS/223/95; CONSIDERANDO que as informações trazidas aos autos confirmam que os equipamentos “TANDEM” eram os únicos existentes no CPD e, somente em data atual começam a ser substituídos; CONSIDERANDO que não pode o empregado ser prejudicado pelo fato da empresa não ter providenciado à época, avaliação técnica (...).

O Banespa declarou ao INSS em 31/08/2000 que elaborou em 07/03/1997 um Laudo Pericial para avaliar o nível de pressão sonora dos equipamentos COBRA modelo TANDEM instalados no Centro de Processamento de Dados BANESPA - DEPRO - NASBE situado na Av. Raimundo Pereira de Magalhães, 2.500 - CEP - 0514-900 São Paulo - SP (fls. 91), o que também demonstra que os laudos técnicos que instruíram o requerimento de IZILDA não são *falsos*.

Reportagem de Luís Nassif, publicada em outubro 1997 em Dinheiro, informa que, na agência do INSS da Vila Mariana, o tempo médio de concessão hoje é de 34 dias, enquanto em 1995, os segurados aguardavam 224 dias pela concessão de benefício (fls. 92/93), o que pode ter motivado a procura por aquela agência e não por outras. O requerimento de IZILDA, aliás, está instruído com uma conta de luz em seu nome com endereço em São Paulo (fls. 12).

O registro de empregado do Banespa atesta, a seu turno, que IZILDA exerceu, de 01/10/88 a 01/04/96, o cargo de operadora de computador (fls. 96).

É certo que o parecer médico-pericial da Auditoria do INSS é no sentido de considerar

deficientes os documentos apresentados pela segurada e pela empresa (fls. 103/110), mas, como já visto, há opiniões de técnicos divergentes a respeito, inclusive, da Justiça do Trabalho, embora a Auditoria do INSS seja irredutível em não reconhecer as condições ambientais adversas na área de informática do Banespa na época em que IZILDA lá trabalhou.

Do exposto, é de se concluir que a possibilidade, ou não, de considerar como de tempo especial o período em que IZILDA exerceu suas funções de operadora de computador no Banespa é uma questão técnico-pericial e não uma questão penal.

Daí a conversão do tempo especial em comum feita por MARCOS, nem tampouco o requerimento de aposentadoria formulado por IZILDA, por si sós, não constituem a materialidade do crime de estelionato contra o INSS, porquanto, para que o crime de estelionato se caracterize, objetivamente, com base no processo administrativo acima mencionado, é preciso que o Ministério Público Federal comprove, estreme de dúvidas, a conduta dolosa por parte dos réus, os quais, segundo a denúncia, agiram “previamente ajustados e em identidade de propósitos”, a fim de obter, “para IZILDA, vantagem indevida, induzindo e mantendo em erro o INSS, mediante meio fraudulento”.

Na espécie dos autos, pois, a caracterização objetiva do crime somente ocorre *se e quando* caracterizado, no aspecto subjetivo, o liame concursal entre IZILDA e MARCOS, ambos perfeitamente cientes da absoluta imprestabilidade dos laudos técnicos que instruíram o requerimento de IZILDA para a conversão do tempo especial em comum, com vistas à concessão fraudulenta do benefício por ela pleiteado.

A instrução, porém, não trouxe nenhum subsídio nesse sentido.

Reproduzo, a seguir, os depoimentos testemunhais colhidos em Juízo para subsidiar a análise da autoria e culpabilidade.

Gregório Sérgio da Fonseca Bezerra (fl. 453):

que ele depoente é médico especializado em medicina do trabalho e ocupacional e é perito da previdência social; que foi com outros colegas, inclusive Dr. Luiz que aguarda para depor, participar de uma auditoria no Estado de São Paulo, e mais especificamente fazer diligência de segurança e saúde do trabalho no Banespa; que recorda-se da auditoria feita em torno da pretensão de Izilda Albanes de que tem cópia do laudo assinada por ele depoente e por Dr. Luiz Carlos Santos Regueira cuja cópia entrega neste ato ao Juiz e que retraía perfeitamente o trabalho foi exaustivo mesmo porque as condições haviam sido modificadas e as fontes que prejudicavam a saúde dos trabalhadores também não mais se encontravam no local; além disso houve uma certa dificuldade em por em funcionamento uma máquina que diziam ser ruidosa e que também dificultou análise perfeita que do laudo pericial consta as conclusões a que chegaram os peritos e lido e achado conforme é confirmado pelo depoente. (...) que foram vários os casos semelhantes ao de Izilda, acreditando o depoente que eram em torno de 40; que não se recorda se em todos os casos havia a participação do servidor Marcos Donizeti. (...) que a auditoria examinou bem todos os locais, inclusive constatou que pessoas que nem sequer trabalhavam normalmente junto da impressora Tanden Cobra, também alegavam prejuízo na saúde por causa da referida impressora; que não sabe se Marcos Donizeti, que ele depoente não consegue identificar na memória, era quem dava a palavra na contagem de tempo inicial.

Luiz Carlos Santana Regueira (fls. 456/456):

que ele depoente juntamente com seu colega Dr. Gregório Sérgio Fonseca Bezerra, na qualidade de médicos especializados em segurança de trabalho e ocupacional, foram deslocados

para o Estado de São Paulo a fim de fazer uma auditoria em 43 casos de conversão de tempo comum em tempo especial no Banespa e mais especificamente no centro de Pirituba; que ali constataram que efetivamente havia indícios de irregularidades e que a alegada fonte de ruído era uma impressora Tander Cobra que nem sequer estava mais em funcionamento; que a comissão fez um trabalho exaustivo tendo lavrado um laudo cuja cópia ora é apresentada ao Juiz devidamente rubricada e assinada pelos peritos para melhor esclarecimento ao MM. Juiz Deprecante; que lido o referido laudo o confirma na íntegra e no mesmo estão todos os detalhes importantes apurados pela auditoria, desde exame documental até os procedimentos utilizados e as conclusões a que chegaram; que não se lembra especificamente do funcionário Marcos Donizeti; que houve dificuldade de por em funcionamento a impressora apontada e não tendo havido colaboração para pô-la em funcionamento da parte do Banespa (*sic*); que existiam várias falhas na documentação, que infringiam as normas vigentes inclusive laudos técnicos posteriores ao tempo de trabalho em análise, ou seja, laudos extemporâneos; que no parecer ora anexado a auditoria fez análise documental especificamente a Izilda Albanez. (...) que a auditoria feita pelo depoente e Dr. Gregório dizia respeito apenas a parte de medicina médico (*sic*) pericial, enquanto a parte administrativo em que se apurava a participação de funcionários coube a outra equipe e por isso ele depoente não pode se recordar de quem teria ou não participado da fraude (...).

Clovis Favetta (fls. 545):

que o depoente desconhece os fatos denunciados; que o depoente conhece apenas o denunciado Marcos Donizetti Rossi, não conhecendo a denunciada Izilda Albanez; que conheceu Marcos no ano de 2001, nesta cidade, por ocasião de um churrasco; que Marcos trabalhava como professor na UEM e também na UNIPAR; que hoje parece que Marcos trabalha em uma outra instituição de ensino; que desconhece o envolvimento do denunciado Marcos em qualquer atividade ilícita; que não conhece a primeira denunciada, nada sabendo sobre ela. (...) que depois que conheceu Marcos, tomou conhecimento que ele chegou a ser preso na cidade de Umuarama, não sabendo o motivo; que depois que Marcos saiu da cadeia, comentou com o depoente que tinha sido preso em razão de atos relativos à utilização de sua senha, em seu anterior local de trabalho, em uma instituição federal, por outra pessoa; que Marcos não comentou quem utilizou a sua senha.

Ivan Walisson Carrito (fls. 547):

que conheceu o denunciado Marcos Donizetti Rossi em agosto de 2002, quando ele começou a trabalhar como professor na Universidade Estadual de Maringá, local em que o depoente trabalha; que o depoente desconhece os fatos denunciados; que no ano passado a polícia compareceu à Universidade e levou Marcos preso; que então o depoente ficou sabendo que o denunciado tinha alguma pendência; que depois que foi solto, Marcos apenas comentou com o depoente que se tratava de alguma pendência relativa a aposentadorias no local em que ele trabalhava em São Paulo, antes; que o depoente é responsável pelo setor financeiro e recursos humanos do campus da UEM de Umuarama; que o denunciado Marcos trabalhou durante 2 anos como professor colaborador e no referido período, não envolveu-se com qualquer irregularidade na Universidade; (...) que quando acabou o contrato, Marcos fez um novo concurso para professor colaborador e foi aprovado, não sabendo quando vai assumir, que nunca houve qualquer reclamação quanto à conduta do denunciado; que não conhece a primeira denunciada, nada sabendo sobre ela.

Maria Lúcia Gomes de Lima (fls. 587):

que conheceu o acusado MARCOS DONIZETTI quando ele trabalhou em São Paulo, pois uma

irmã dele trabalhava com a depoente no Ministério da Saúde, sabendo que ele trabalhava no INSS; que conheceu toda a sua família, desconhecendo qualquer fato que desabone a sua conduta; que não tem conhecimento do fato narrado na denúncia e nunca soube que o réu estivesse envolvido na concessão de benefícios irregulares; que pelo que sabe o padrão de vida do réu não é alto, mas sim de classe média, não havendo percebido qualquer mudança brusca, ao menos até o ano de 2000, quando saiu de São Paulo, sabendo que ele residia em imóvel alugado; que desconhece qualquer contato do réu com funcionários do BANESPA; que não conhece a co-ré; que nos encontros sociais com o acusado não falavam de especificidades do trabalho, no máximo havendo comentários genéricos em relação às condições do serviço público.

José Pedro Sasso (fls. 602/604):

o depoente foi colega de trabalho da Sra. Izilda Albanes de 81 a 97, no Banespa. O depoente trabalhou como operador de computadores e a Sra. Izilda também. O depoente é aposentado e o tempo em que exerceu essa função de operador de computador foi considerado especial para efeito de aposentadoria. O depoente se aposentou em 31.12.97, sendo que no caso do depoente foi apresentado laudo pericial a respeito da sua atividade especial. Não conhece o co-réu Marcos Donizetti Rossi. (...) o local de trabalho do depoente e da dona Izilda era CPD, onde funcionavam todas as máquinas relativas à computação, tais como impressoras e classificadoras de cheques, máquinas essas muito barulhentas. Trabalhava-se em três turnos e por se tratar de núcleo de atendimento às agências, era necessário gerar relatórios 24 horas do dia, inclusive nos finais de semana. De acordo com o laudo no caso do depoente o nível de ruídos era acima de 86 decibéis. Conhece dois colegas de trabalho que ficaram com problemas auditivos, sendo um deles Antônio Hélio Marques e o outro Mário Bimbo Jr. ou Filho, não tem certeza. Conhece a pessoa de Luiz Cirilo Santos Souza, funcionário do Banespa e engenheiro ocupacional, que ajudou a fazer o laudo no local de trabalho, assinando-o. Até quando se aposentou em 97, um dos equipamentos que produziam ruído, ainda funcionava no CPD do Banespa, onde o depoente trabalhou. Recorda-se que no final de 96 ou início de 97, foi colocada uma reportagem que saiu no Estadão ou Folha, assinada por Luiz Nassif, no quadro de avisos do local apelidado de fumódromo, onde os funcionários podiam tomar café e fumar, na qual se mencionava que a agência Vila Mariana do INSS era a que concedia o benefício de aposentadoria em 16 dias, portanto a agência que mais se aproximava da meta do INSS em encurtar o prazo de concessão de benefício, entre o protocolamento e a concessão, para 15 dias. Hoje mesmo ouviu na Rádio CBN reportagem noticiando que a agência Vila Mariana do INSS continua sendo a mais rápida em termos de concessão de benefício. (...) o depoente requereu sua aposentadoria na agência Vila Mariana assim como a grande maioria dos funcionários do Banespa, em virtude da mencionada reportagem. Esclarece que os funcionários que já haviam dado entrada no pedido de aposentadoria na agência Água Branca e os que se valeram do convênio Prisma, não puderam requerer aposentadoria na agência Vila Mariana, mas os que não estavam nessas condições procuraram a agência Vila Mariana. Não tem conhecimento se o benefício do depoente foi concedido pelo co-réu Marcos. O benefício do depoente foi concedido, se não se engana, após vinte dias do protocolamento. O depoente protocolou pessoalmente o pedido de aposentadoria, mas pediu orientação a um despachante em São Roque sobre a documentação necessária para tanto.

Kimiko Tanaka (fls. 605):

A depoente conheceu Marcos Donizetti porque ele morava no mesmo prédio onde a depoente mora. Tinha amizade com a irmã de Marcos, de nome Maria Abadia. Desconhece os fatos.

Marcos não mora mais no prédio faz aproximadamente 4 a 5 anos. Quando morou no prédio, a depoente nunca ouviu falar sobre fatos que desabonassem a pessoa de Marcos.

Dulcedina Teixeira Lessa (fls. 606) disse o seguinte:

A depoente conheceu irmã do co-réu Marcos no período entre 81 e 85, quando trabalhou, durante um ano, na agência Nove de Julho do então INPS. Conheceu Marcos nessa época, sendo que de lá para cá não tem tido mais contato com ele. Sabe que Marcos está sendo processado por estelionato contra a Previdência Social, porque já depôs como testemunha em outros processos. Desconhece os fatos objeto de apuração neste feito. (...) não se lembra sobre a reputação de Marcos Donizetti na época.

Oswaldo Paulo Caboatan (fls. 607/608):

o depoente trabalhou com a co-ré Izilda no Banespa, no mesmo setor de operação de computadores. O depoente é aposentado, sendo que o seu pedido de aposentadoria foi concedido pela agência Vila Mariana, em 97. Nessa época, devido à privatização do Banespa, havia um programa de demissão voluntária, bem como alteração na Lei Previdenciária. Em 96 ou 97, numa área reservada para funcionários, o depoente viu uma reportagem de jornal sobre a agência Vila Mariana do INSS, como sendo a mais habilitada e informatizada. Sabe que o banco fez três levantamentos para emissão de SB 40 participando da pesquisa o setor de recursos humanos. Sabe que, se não se engana, o nível de ruído no local de trabalho era de 89 decibéis. De posse do laudo emitido pelo Banespa, o depoente esteve na Associação dos ex-Bancários do Banespa para validá-lo. Da mesma maneira esteve no Sindicato dos Bancários, onde obteve o “OK” desse laudo. Da mesma maneira, também esteve na diretoria de recursos humanos do banco e se certificou da validade do laudo. Só depois, juntamente com mais colegas, ingressou com pedido de aposentadoria na referida agência. (...) havia no local de trabalho onde o depoente trabalhava as seguintes máquinas impressoras: “Rhonney buli, 1403, 3211, e, 3207”, da IBM, esclarecendo que essas máquinas faziam tanto barulho que alguns colegas usavam tampão no ouvido, sendo que mais tarde o setor de gráfica passou a usar proteção auditiva e respiratória. Quando se aposentou, as máquinas 1403 e 3211 e um xerox laser ainda estavam em operação no setor. Conhece a pessoa Luiz Cirilo Santos de Souza como sendo a pessoa responsável pelo levantamento de nível de ruído realizado no local de trabalho do depoente, pessoa essa reconhecida pelo próprio banco como especialista no assunto. Sem reperguntas da defesa de Marcos. (...) o pedido de aposentadoria do depoente foi deferido após aproximadamente dois meses e meio. Sabe que uma das pessoas que assinaram o deferimento de aposentadoria do depoente é Marcos Donizetti, por causa dos processos nos quais o depoente era chamado a depor. Houve época em que o benefício do depoente foi suspenso, mas voltou a receber mediante concessão de tutela antecipada. O depoente não consegue explicar por que a aposentadoria do depoente foi suspensa, mas tenta explicar. Há funcionários com o mesmo SB 40 do depoente que continuam recebendo o benefício, por ter optado em dar entrada pelo setor de recursos humanos do banco, caso em que a concessão pode ter demorado um pouco mais. Só porque o depoente deu entrada na agência Vila Mariana com a mesma papelada, referindo ao SB 40, teve suspenso o seu benefício, o que não consegue entender, pois, com já disse, certificou-se da validade do SB 40 nos órgãos já acima referidos.

Estevão Gonçalves de Araújo (fls. 617):

Conheço a ré Izilda há mais de dez anos, sei que ela é aposentada pelo INSS. Ela era operadora de computador, trabalhamos juntos. O INSS concedeu aposentadorias especiais para os fun-

cionários do Banespa, que trabalhavam nas áreas insalubres, dentre eles Izilda. Trabalhamos juntos no Banco Banespa. Deixei o estabelecimento em dezembro de 1997. Nada sei sobre a acusação de fraudes. Não conheço o co-réu Marcos.

Observo que os depoimentos de José Pedro Sasso e Oswaldo Paulo Caboatan esclarecem por que muitos ex-funcionários do Banespa requereram a aposentadoria na agência Vila Mariana. IZILDA, no interrogatório em Juízo, informou que se encontra aposentada atualmente e recebe benefícios do INSS “normalmente” e esclareceu que ao ser informada do cancelamento de sua aposentadoria, procurou advogado que formulou pedido de tutela antecipada para que não ocorresse interrupção no pagamento, o que foi deferido. Ela informou também que não conhece MARCOS, nem teve contato com ele, corroborando a fala deste, ao ser interrogado em Juízo.

Em nenhuma parte dos depoimentos acima transcritos consta referência ao conhecimento mútuo entre IZILDA e MARCOS, muito menos que estivessem “previamente ajustados e em identidade de propósitos”. É possível que algum intermediário tenha atuado entre IZILDA e MARCOS e este tenha obtido vantagem pecuniária indevida, aproveitando-se do cargo que exercia no INSS, como dá a entender a denúncia, além dos numerosos casos semelhantes envolvendo o mesmo réu MARCOS. Mas nenhuma prova foi produzida nesse sentido, seja na esfera administrativa, seja na judicial.

É de notar que o requerimento de aposentadoria de IZILDA estava instruído, como visto, com documentos idôneos, embora tecnicamente questionáveis, fornecidos pelo Banespa, uma empresa idônea. Não vislumbro, nesse contexto, qualquer conduta dolosa por parte de MARCOS, embora figure no documento “Concessão S.U.B” como quem proferiu despacho concessório e formatou a concessão (fls. 54/55). Se MARCOS se houve com culpa (negligência, imperícia ou imprudência) ao efetuar legais a respeito, houve infração disciplinar, mas não a ponto de caracterizar tal conduta como criminosa, ao menos com base nos elementos coligidos nestes autos, porquanto o estelionato só se caracteriza quando satisfatoriamente comprovado o dolo, não bastando uma simples conduta culposa.

Dou, pois, como não caracterizado o estelionato circunstanciado em seu prisma subjetivo em relação a ambos os réus e os absolvo com fulcro no *in dubio pro reo*.

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE a denúncia e ABSOLVO MARCOS DONIZETTI ROSSI (RG nº 14.729.786/SSP/SP e CPF nº 111.284.118-06) e IZILDA ALBANEZ (RG nº 10.588.837 e CPF nº 914.675.868-20) da imputação nela feita, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Remetam-se os autos ao SEDI para mudança da situação processual dos réus.

Arquivem-se os autos oportunamente.

P.R.I.C.

São Paulo, 09 de agosto de 2012.

Juiz Federal TORU YAMAMOTO

- Sobre o crime de estelionato praticado contra o INSS visando a obtenção de benefício previdenciário indevido, veja também os seguintes julgados: ACr 95.03.028486-4/SP, Relatora Juíza Federal Vera Lucia Jucovsky, publicada na RTRF3R 67/121 e ACr 0004016-25.2001.4.03.6181/SP, Relatora Desembargadora Federal Ramza Tartuce, publicada na RTRF3R 104/455.

AÇÃO ORDINÁRIA

0011004-70.2009.4.03.6120

Autor: JOÃO VICENTE DOS SANTOS

Réu: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA – INCRA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juíza Federal: VERA CECÍLIA DE ARANTES FERNANDES COSTA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/10/2012

PEDIDO DE OUTORGA DO INSTRUMENTO DEFINITIVO DE TITULAÇÃO NO PROJETO DE ASSENTAMENTO BELA VISTA DO CHIBARRO/ARARAQUARA

Vistos etc.,

Trata-se de pedido de entrega definitiva de título de propriedade com pedido de liminar de manutenção na posse do imóvel até o trânsito em julgado da demanda, condenando-se o INCRA ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em fornecer justo título de posse e domínio definitivos do *lote 90*, do Assentamento Bela Vista do Chibarro fixando-se o valor da terra para sua aquisição.

Fundamenta o pedido na posse ininterrupta da terra por dezessete anos com a produção de culturas diversas, na inexistência de contrato de arrendamento para cultivo de cana de açúcar, no cumprimento das regras do INCRA (Lei 4.504/64 e Decreto 59.428/66).

A inicial foi emendada (fls. 86 e 88/91).

Foram concedidos os benefícios da justiça gratuita (fl. 92).

O INCRA foi citado e contestou o pedido alegando descumprimento de cláusulas resolutórias e obrigação de ressarcimento. Juntou documentos (fls. 95/178).

Foi deferida a expedição de ofícios ao DAAE e CPFL (fl. 181).

Houve réplica (fls. 185/200).

O DAAE forneceu as informações solicitadas (fl. 202).

O autor juntou documentos (fls. 204/209).

A CPFL fez solicitações (fl. 217), o INCRA forneceu as informações solicitadas (fls. 220/221) e a CPFL forneceu as informações (fls. 229/260).

O autor pediu prova testemunhal e juntou documentos (fls. 265/275).

O INCRA pediu prova testemunhal (fl. 276).

Foi designada audiência (fl. 277), mas na data designada se constatou a desnecessidade da prova (fl. 286), deferindo-se a utilização de prova emprestada (fls. 287/289).

O MPF pediu a realização de perícia contábil e pelo deferimento do título (fls. 291/198).

O INCRA foi intimado a apresentar o valor do imóvel (fls. 299).

O INCRA juntou laudo do valor do ressarcimento (fls. 306/333).

O autor se manifestou sobre o laudo (fls. 336/338).

O MPF reiterou o pedido de realização de perícia contábil (fl. 340).

É O RELATÓRIO.

DECIDO:

Inicialmente, entendo desnecessária a realização de perícia contábil já que existe nos autos avaliação do imóvel feita com base nos dados no Instituto de Economia Agrícola, instituição vinculada à Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo e que, portanto, é apta a indicar o valor do imóvel rural com mais segurança do que um mero contador.

Vale ressaltar que considerando que a desapropriação do imóvel ocorreu a mais de vinte anos, é mais justo e razoável eventual preço a ser fixado tenha por base o valor atual do que se fazer a mera atualização monetária do valor da indenização paga pelo Estado.

Dito isso, passo ao julgamento do pedido.

A parte autora veio a juízo postular a condenação do INCRA na obrigação de fazer consistente no fornecimento de título definitivo de propriedade do lote que ocupa no PA Bela Vista do Chibarro, em Araraquara/SP.

Instrui o feito com contrato de assentamento (fls. 11/14), comprovante de endereço da companhia de energia elétrica (fl. 15), certidão de casamento (fl. 16), certidão de nascimento de filho (fl. 17), comprovante de inscrição cadastral na Receita Federal como contribuinte individual (fl. 18), cadastro no ICMS (fl. 20), relatório de inscrição de imóvel rural (fls. 21, 24), ITR – exercício 2006 (fl. 22), cadastro do ITR (fl. 23), CAFIR (fls. 25/26), declaração de aptidão ao PRONAF (fl. 27), certidão de emissão de talonário de notas fiscais de produtor rural (fl. 28), notas fiscais de produtor rural (fls. 29/57), nota de crédito rural liquidado (fls. 58/60), cópia de contrato de compra e venda de insumos e mudas, com compromisso de entrega de cana (fls. 61/62), notas fiscais de aquisição de cana (fls. 63/68), extrato de fundo agrícola (fl. 69), atendimento no núcleo do INCRA (fls. 70/72), carta de rescisão de contrato com usina de açúcar e álcool (fl. 73), carta ao INCRA (fls. 76/78), formulário de título de domínio (fls. 79/81), planta da gleba rural (fl. 82).

O INCRA juntou aos autos carta enviada ao autor (fls. 120/125), laudo técnico de vistoria – produção do lote, conservação ambiental e situação cadastral da família (fls. 126/130), cópia de compromisso particular de produção e comercialização de cana-de-açúcar do projeto independência 2001 (fls. 131/132), notificação ao autor (fl. 133), termo de comparecimento (fl. 134), recibo de créditos (fls. 135/137), contrato de crédito (fls. 138), compromisso do autor sobre arrendamento do imóvel (fl. 139), carta do autor (fl. 140), cartas à Usina (fls. 141/142), atendimento no núcleo do INCRA (fls. 143/147), levantamento socioeconômico (fls. 148/151), carta ao assentado (fls. 152/153), representação ao Ministério Público (fl. 154/155), informação sobre a titulação do parceiro (fls. 156/159), carta ao superintendente do INCRA (fls. 160/175) e cópia de decisão judicial (fls. 176/178).

O autor juntou aos autos também carta referente ao PA Bela Vista do Chibarro (fls. 192/194), ata do 16º orçamento participativo da Prefeitura de Araraquara (fls. 195/196), carta à CETESB e DAAE (fls. 197/198) e notícia de jornal (fl. 200).

O DAAE informou que não consta em seus cadastros registro de ligação no lote 90, do PA Bela Vista do Chibarro (fl. 202).

O autor juntou aos autos contas de energia (fls. 205/206), atendimento no núcleo do INCRA (fls. 207/209).

A CPFL forneceu os extratos de consumo de energia (fls. 229/260).

Pois bem.

Sendo inegável a condição da parte autora como parceiro no PA Bela Vista do Chibarro desde 1991, a CONTROVÉRSIA dos autos resume-se (1) ao descumprimento das cláusulas resolutórias e (2) ao ressarcimento ao INCRA para a outorga do domínio ao parceiro.

1) DAS CLÁUSULAS RESOLUTÓRIAS

Se nos direitos individuais nosso ordenamento garante a propriedade privada, dentre os temas que trata na Ordem Econômica, ao lado da política agrícola e fundiária o constituinte fez referência à Reforma Agrária nos seguintes termos:

Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.

No nível ordinário, a matéria encontra-se regulamentada e pela Lei nº 8.629/93, que dispõe:

Art. 18. A distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária far-se-á através de títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de 10 (dez) anos.

§ 1º. O título de domínio de que trata este artigo conterá cláusulas resolutivas e será outorgado ao beneficiário do programa de reforma agrária, de forma individual ou coletiva, após a realização dos serviços de medição e demarcação topográfica do imóvel a ser alienado.

§ 2º. Na implantação do projeto de assentamento, será celebrado com o beneficiário do programa de reforma agrária *contrato de concessão de uso*, de forma individual ou coletiva, que conterá *cláusulas resolutivas*, estipulando-se os direitos e as obrigações da entidade concedente e dos concessionários, assegurando-se a estes o direito de adquirir, em definitivo, o título de domínio, nas condições previstas no § 1º, computado o período da concessão para fins da inegociabilidade de que trata este artigo.

Nesse quadro, para os autores obterem o título de domínio sobre o lote devem cumprir as condições previstas no Contrato de Concessão de Uso.

No caso, o Contrato de Assentamento juntado aos autos (fls. 11/14) diz que compete ao INCRA implantar a infraestrutura física básica correspondente à construção de estradas, escolas e ambulatorios, conceder créditos alimentação, habitação e para fomento agrícola e expedir o Título de Propriedade sob condições resolutive ao PARCELEIRO desde que cumpridas das condições do Contrato e demonstrada capacidade profissional para exploração da parcela (CLÁUSULA SEGUNDA).

Nesse passo, já se observa falha na obrigação do INCRA relativa à infraestrutura física básica, tendo em conta a informação do Departamento Autônomo de Águas e Esgoto – DAAE – de que não há ligação de água no lote do autor (fl. 202).

Sem prejuízo, nas CLÁUSULAS QUARTA e QUINTA, constam as condições a serem cumpridas pelo PARCELEIRO e seus sucessores:

- a) demonstrar capacidade profissional durante o período de dois anos, a contar da data da sua localização na parcela;
- b) *cultivar direta e pessoalmente a parcela ressalvada a suspensão por três meses, salvo motivo de força maior, a juízo da administração do Projeto;*
- c) residir no local de trabalho ou em área pertencente ao Projeto, salvo justa causa reconhecida pela administração do Projeto;
- d) não desmatar indiscriminadamente, sem imediato aproveitamento agrícola do solo e obedecer aos dispositivos da Lei 4.771/66 (Código Florestal);
- e) não se tornar elemento de perturbação para desenvolvimento dos trabalhos do Projeto de Assentamento, não ter má conduta ou inadaptação à vida comunitária.

No que diz respeito à alegação de que no ano de 1995 o INCRA recebeu documento da Comissão do Assentamento informando que o autor se tornara um elemento de perturbação (fls. 122/122), não foi comprovada nos autos tampouco constam registros criminais em nome do mesmo. Logo, o argumento fica prejudicado, mesmo porque, o relatório sequer esclarece quais as providências tomadas na ocasião e qual o desfecho do caso, sendo evidente que a solução não foi a reintegração da posse.

Ainda a propósito das cláusulas resolutórias, o INCRA, contestou o pedido alegando descumprimento em razão de (1) cultivo de cana-de-açúcar na *metade* do lote no sistema de arrendamento/parceria com a Usina Zanin deixando de cultivar o lote em regime de economia familiar (art. 94, do Estatuto da Terra); (2) só ter comprovado comercialização de produtos agrícolas nos anos de 1993, 1994, 2005, 2006 e 2008 deixando por vários anos de cultivar no lote; (3) não ter comprovado compra de insumos.

Nesse quadro, a controvérsia (no que diz respeito às cláusulas resolutórias), se refere à letra b, da CLÁUSULA QUARTA do Contrato de Assentamento, ou seja, *cultivo direto e pessoal da parcela*.

Sobre isso, já tivemos oportunidade de nos manifestar analisando o “contrato de compra e venda de insumos e mudas, com compromisso de entrega de cana” entre a Usina Zanin e Assentados do PA Bela Vista do Chibarro, no seguinte sentido:

Consoante tal contrato, cabe:

- À USINA: vender insumos (adubos, herbicidas, corretivos, etc) e mudas de cana-de-açúcar;
- Ao ASSENTADO: plantar, cultivar, tratar e colher a cana e a vender à Usina (e somente à Usina).

Assim, há quem argumente que estaria descaracterizado o contrato de arrendamento rural que tem como requisitos: A) a comutatividade; B) a cessão do uso e gozo de imóvel rústico; C) a exploração de atividade agropecuária; D) pagamento de retribuição ou aluguel.

Nesse passo, sabendo que a classificação (nome) do ato ou fato jurídico, não altera sua natureza jurídica, analisemos cada um dos requisitos.

A comutatividade, a exploração de atividade agropecuária e o pagamento de retribuição pecuniária, não há dúvidas que são requisitos presentes nos contratos em questão firmados entre a parte autora e a Usina Zanin.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, “são comutativos os contratos em que as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equi-

valência de valores. Não se exige igualdade rigorosa destes, porque os bens que são objeto dos contratos não têm valoração precisa. Podendo ser, portanto, estimadas desde a origem, os contratantes estipulam a avença, e fixam prestações que aproximadamente se correspondem” e se contrapõem aos contratos aleatórios em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida (*Instituições de Direito Civil*, vol. III, Editora Forense, 1995, 4ª edição, pp. 39/40).

Resta, então, o requisito da “cessão do uso e gozo” de imóvel rústico que se alega inexistir naqueles contratos “de compra e venda de insumos e mudas, com compromisso de entrega de cana” mas que ou disfarça a exploração da mão-de-obra do assentado sem encargo trabalhista algum (se efetivamente a mão-de-obra para cumprimento do contrato for exclusiva do assentado e de sua família) ou realmente acontece quando a própria Usina fornece mão-de-obra para realização de alguma etapa da produção da cana-de-açúcar.

Sobre a mão-de-obra, diz o contrato que:

Cláusula Sexta

Toda a mão-de-obra necessária será fornecida pelo PRODUTOR, podendo ser própria ou de terceiros, caso em que a USINA assume o compromisso financeiro de efetuar todo o adiantamento de numerário que aquele necessitar, evitando assim que os serviços sofram qualquer interrupção.

Como se pode ver, a cláusula autoriza a utilização de mão-de-obra de terceiro (“podendo ser própria ou de terceiros”).

Ademais, em se tratando de mão-de-obra de terceiro (o que interessa à USINA que evidentemente não trabalha com o risco de que “os serviços sofram qualquer interrupção”), quem arca com o adiantamento dos custos disso é a USINA.

Em outro ponto do contrato consta a seguinte previsão:

Cláusula Décima-Segunda

Se o PRODUTOR encontrar dificuldades para execução de determinada tarefa, e sua inexecução comprometer ou trazer prejuízos para a lavoura a USINA, sendo consultada e dispondo dos meios necessários, poderá executar a tarefa. O pagamento relativo a tais tarefas será efetuado na forma e prazo previstos na Cláusula Oitava, item “a”.

Também aqui há autorização para execução de tarefas, leia-se, parte da etapa de produção da cana-de-açúcar, pela USINA e não por conta de “prejuízos para a lavoura” mas certamente para prejuízos “para a USINA” que, repito, evidentemente não trabalha com o risco de que “os serviços sofram qualquer interrupção”.

Nesse quadro, tenho realmente como caracterizada a natureza do contrato como arrendamento rural, cuja celebração era vedada expressamente pelo Estatuto da Terra, Lei 4.504/64:

Art. 94. É vedado contrato de arrendamento ou parceria na exploração de terras de propriedade pública, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo.

Vedada pelo Decreto nº 59.428, de 27 de outubro de 1966:

Art. 72. As parcelas não poderão ser hipotecadas, arrendadas ou alienadas por parceiros a terceiros, sem que haja prévia anuência do IBRA ou do INDA.

Assim como pela atual Lei 8.629/93:

Art. 21. Nos instrumentos que conferem o título de domínio ou concessão de uso, os beneficiários da reforma agrária assumirão, obrigatoriamente, o compromisso de cultivar o imóvel DIRETA E PESSOALMENTE, ou através de seu núcleo familiar, mesmo que através de cooperativas, e o de NÃO CEDER O SEU USO A TERCEIROS, A QUALQUER TÍTULO, pelo prazo de 10 (dez) anos.

Em suma, a parceria firmada contratualmente entre autor e usina de açúcar e álcool, não só é ilegal como configura descumprimento da cláusula contratual resolutiva, desde 2002, pelo menos.

Por outro prisma, é notório que a lavoura de cana-de-açúcar em escala industrial (ao menos os “aproximadamente 4,00 (quatro) alqueires” previstos no contrato com a USINA) não se coaduna com as finalidades da reforma agrária e não pode ser exercida somente pelo núcleo familiar da parte autora constituído por três pessoas (fl. 126).

Ora, definida no Estatuto da Terra, considera-se reforma agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade (art. 1º, § 1º).

A Reforma Agrária, no texto expresso do Estatuto, “visa a estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do país, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio” (art. 16, Lei 4.504/64).

De noção mais abrangente, o jurista Rafael Augusto de Mendonça Lime diz que “a reforma agrária é a modificação da estrutura agrária deficiente de um país ou de uma região, para torná-la eficiente, de acordo com a política do Poder Público, a ser executada segundo instituições jurídicas agrárias especialmente elaboradas, modificando as existentes” (*Propriedade Rural*, Leandro Ribeiro da Silva, 2ª edição, Editora Lumen Juris, 2008, p. 119).

Nesse contexto, é evidente que o objetivo de aumento da produtividade não se dirige ao atual usineiro (que substituiu o latifundiário de ontem).

Ademais, é questionável a aceitação dessa prática (arrendamento de lotes de projetos de assentamento rural para produção de cana-de-açúcar em escala industrial) como instrumento de justiça social no campo eis que a monocultura notoriamente afugenta o trabalhador rural desse meio.

Os perigos da monocultura

A produção de biocombustíveis é promessa de ganhos para a economia brasileira. Mas, se não for bem planejada, pode fazer ressurgir extensas plantações de uma só cultura e trazer problemas como falta de alimentos e poluição

Da Redação

Revista Atualidades Vestibular - 09/2007

Em março de 2007, os presidentes Luiz Inácio Lula da Silva, do Brasil, e George W. Bush, dos

Estados Unidos, assinaram acordo de cooperação bilateral para pesquisa e desenvolvimento de combustíveis produzidos com matéria orgânica, os biocombustíveis. Os dois países, que já são líderes na produção de combustível vegetal, saem, assim, na frente na corrida pela liderança do setor. A iniciativa abre novas perspectivas para o Brasil, pois o país é um dos mais adiantados nessa tecnologia, que vai determinar os rumos da produção mundial de combustíveis nos próximos anos.

No Brasil, a produção de biocombustível, em particular o etanol feito da cana-de-açúcar, vinha sendo impulsionada desde o início desta década pelo aumento da frota de veículos com motores flex, que funcionam com mais de um tipo de combustível.

Recentemente, houve novo estímulo à produção quando países ricos começaram a tornar público que pretendem adotar alternativas para os derivados de petróleo. As discussões ainda estão na mesa dos governos.

De concreto para o Brasil, já existe um acordo bilateral com a Alemanha para a produção de 100 mil veículos movidos a álcool. Ao importar os veículos do Brasil, os alemães terão como cumprir seu compromisso com o Protocolo de Kyoto, que prevê a redução da emissão de poluentes.

Plantio extensivo

A adoção de um biocombustível como o álcool em escala internacional traria benefícios econômicos ao Brasil. Ocorre que esses ganhos podem vir acompanhados de terríveis prejuízos sociais e ambientais, se não forem tomadas as medidas necessárias para evitar o pior. Isso porque a produção de combustível vegetal pode reconduzir o país à prática da monocultura da cana-de-açúcar.

A monocultura é o plantio extensivo de um único vegetal. Ela traz desvantagens ambientais ocorrem porque exaure o solo com o tempo e reduz a biodiversidade. As desvantagens sociais ocorrem porque reduz o uso da mão-de-obra no campo e afugenta as populações rurais.

E ainda há desvantagens econômicas, pois apresenta enormes riscos, já que uma única doença ou praga ou a queda do preço do produto no mercado podem pôr a perder toda a cadeia produtiva regional.

Apesar da multiplicidade do agronegócio brasileiro, pode-se dizer que em grandes áreas do país já se pratica a monocultura da soja, a principal estrela da agricultura nacional e responsável até 2005 por 44% de toda a área cultivada do país.

Hoje, no entanto, o maior temor é que o interesse internacional pelo biocombustível seja tão grande que a cana-de-açúcar se torne uma cultura predominante de extensão ainda maior do que a da soja. A produção de óleo em larga escala também exigirá o cultivo de enormes extensões, e cada produtor tende a escolher uma única planta, para facilitar e baratear o plantio. O biodiesel pode ser produzido com óleos vegetais extraídos de diversas matérias-primas, como palma, mamona, soja, girassol, dendê e algodão, entre outras. Como se vê, o leque de recursos naturais no Brasil é muito grande, mas, dentre os vegetais mais adequados para a produção de biocombustível, está a cana - largamente conhecida pelos agricultores brasileiros há cinco séculos.

Liderança no setor

O Brasil é o maior produtor mundial de açúcar e álcool.

(http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/ambiente/conteudo_258387.shtml)

Também sob a ótica dos riscos da monocultura, realmente não se pode acolher o argumento dos autores de que tal prática é regular e não desnatura seu perfil de agricultor familiar tampouco configure descumprimento das cláusulas resolutivas.

Veja-se que o Decreto 59.428/66 já dizia que as parcelas em projetos e colonização federal deveriam ser atribuídas a pessoas entre 21 e 60 anos, que exercessem, ou quisessem efetivamente exercer, atividades agrárias e tivessem comprovada *vocação* para seu exercício,

se comprometessem a residir com sua família na parcela, *explorando-a direta e pessoalmente*, possuísem boa sanidade física e mental e bons antecedentes e demonstrassem *capacidade empresarial* para gerência do lote *na forma projetada* (art. 64, II a V).

Portanto, quem efetivamente não quiser exercer atividade agrária, que procure outra.

Em essência, se é correta a máxima popular de que *o que é tratado não é caro* há que se convir que este foi o trato feito entre o parceleiro e o Estado: este dá a terra e aquele a utiliza direta e pessoalmente. Então, se em algum momento esse trato se tornou excessivamente oneroso para o parceleiro (e nem acredito que seja o caso) deveria pedir a resolução do contrato (art. 478, CC) ou, em tese, na medida do possível, negociar a sua revisão (art. 65, II, *d*, da Lei 8.666/93).

Sem prejuízo observo que, tanto fica descaracterizado o cultivo direto e pessoal da terra que em julgado do TRF5 já se ressaltou que o fornecedor de cana-de-açúcar é sempre contribuinte da Previdência, haja vista que a atividade de cultivo da cana não se realiza senão com a participação de empregados, ainda que avulsos (AC 310522, Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, Primeira Turma, DJ 13/05/2003).

No caso dos autos, verifica-se que o autor não vem efetuando recolhimentos como pequeno produtor rural (CNIS anexo) o que demonstra certa incoerência já em ao mesmo tempo em que pretende liberdade para escolher sua lavoura, se faz de rogado pretendendo as benesses legais conferidas ao segurado especial. Enfim, se quer o melhor dos mundos.

Não obstante a isso, há prova nos autos de que o autor produziu os seguintes itens:

Tipo	Data	Fls.
Mandioca	1993	29/30, 36/41
	1994	31/34
Cana-de-açúcar	2002/2003	67
Cana-de-açúcar	2004	65
Alface, pimentão, couve-flor, abobrinha, espinafre abóbora seca, pimenta, berinjela, brócolis	2005	42/43, 49/57
Cana-de-açúcar	2005	63/64
Brócolis, cenoura, laranja, acelga, abacate	2006	48
Cana-de-açúcar	2006	66
Vagem, abobrinha, pepino, mandioca, abacate, tomate	2008	44, 45/47
Cana-de-açúcar	2009	68

A propósito, assiste razão ao INCRA quanto a ausência de prova de efetiva atuação na terra deste que tomou posse do lote, embora, em certa medida, isso possa ser presumido, ou seja, a circunstância de não terem sido trazidas notas fiscais dos demais anos não significa, necessariamente, que o parceleiro teve outra fonte de renda que não a lavoura.

A questão é que, se o parceleiro esteve durante os anos de 1991/1992, 1995/2001 e 2007 sem explorar economicamente o lote ou cultivar direta e pessoalmente a parcela, como é possível que o INCRA não tenha se dado conta disso?

Claro que vinte anos atrás não havia fotos de satélite, mas nada impedia os técnicos

autárquicos de circular o Projeto e verificar os lotes improdutivos.

Ora, como órgão da administração pública, incumbia ao INCRA fiscalização do cumprimento das cláusulas resolutivas ora arguídas em torpe defesa.

Como é cediço, a fiscalização é a prerrogativa do poder público prevista nos artigos 58, III, e 67 da Lei 8.666/93 de fazer com que a execução do contrato seja acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. Ao fiscal cabe anotar em registro próprio *todas* as ocorrências relacionadas com a execução do contrato *e determinar o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados*.

Ademais, antes que a Emenda 19/98 inserisse o princípio eficiência como imperativo da administração pública, a Lei 8.666/93 já era cautelosa em ressaltar que as decisões e providências que ultrapassem a competência do fiscal devem ser solicitadas a seus superiores *em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes* (art. 67, § 2º).

Sucessor do extinto, Instituto Brasileiro de Reforma Agrária que era o órgão competente para promover e coordenar a execução da reforma agrária (art. 16, parágrafo único do Estatuto da Terra), incumbe à entidade autárquica vinculada ao Ministério da Agricultura (art. 1º, do Decreto-Lei 1.110/70) as competências daquele:

(Estatuto da Terra)

Art. 37. São órgãos específicos para a execução da Reforma Agrária:

I - o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (I.B.R.A.);

(...)

§ 2º. O Instituto Brasileiro de Reforma Agrária tem as seguintes *atribuições*:

(...)

c) promover, direta ou indiretamente, a execução da Reforma Agrária, no âmbito nacional, orientando, *fiscalizando* e assistindo tecnicamente os órgãos executivos regionais, zonais e locais, bem como coordenando os órgãos federais interessados na execução da presente Lei e do seu Regulamento;

Resumindo, embora o réu conteste o pedido em razão do arrendamento de parte do lote para produção de cana-de-açúcar pela Usina Zanin, o fato é até este momento que não providenciou medidas efetivas de coibir tal prática.

Verifica-se, assim, a inércia da autarquia ré em manter a ocupação regular do lote, valendo lembrar o que, a propósito, o que diz o Código Civil:

Art. 1.224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, *se abstém de retornar a coisa*, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido.

Evidentemente não se cogita de perda da posse do INCRA na hipótese, mas de se chamar a atenção para a necessidade óbvia (e institucional) de alguma tomada de providências por parte deste.

Veja-se que o INCRA reconhece que o processo de reforma agrária passa por diversas etapas: pré-projeto de assentamento, assentamento em criação, assentamento criado, assentamento em instalação, assentamento em estruturação, assentamento em consolidação,

assentamento consolidado, assentamento emancipado (fl. 308).

Todavia, o próprio réu reconhece que o Projeto de Assentamento Bela Vista do Chibarro está estagnado na fase de Assentamento em Estruturação (fl. 309).

É certo que foi somente com a Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001 que houve previsão legal no artigo 18, da Lei 8.629/93 a respeito do valor da alienação (definido por deliberação do Conselho Diretor do INCRA - § 3º) e do prazo de pagamento (até vinte anos - § 4º) e da cláusula de inegociabilidade (computado o período da concessão para fins da inegociabilidade - § 2º).

Consoante a Medida Provisória 2.183-56/2001 foi estabelecido que:

Art. 7º. O órgão federal executor do programa de reforma agrária fica autorizado a baixar atos normativos internos disciplinando a aplicação dos arts. 17 e 18 da Lei no 8.629, de 1993.

Contudo, a demora para se concluir o processo para outorga do instrumento definitivo de titulação vai de encontro às políticas atuais do Ministério do Desenvolvimento Agrário que noticia a titulação de terras na Região Norte do País, solucionando problemas de regularização fundiária, trazendo autonomia produtiva para os agricultores, segurança jurídica e concretizando sonhos ou fundadas expectativas dos pequenos agricultores:

Titulação garante autonomia produtiva para agricultores familiares no Maranhão

23/06/2012 04:34

Resolver os *problemas de regularização fundiária* da Amazônia Legal, regulamentando terrenos ocupados por posseiros em terras públicas federais chamadas de “não destinadas”. Esse é o objetivo da força-tarefa, promovida pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), que entrega mais de 200 títulos de terra aos moradores da gleba Colone, no Maranhão. A titulação busca regulamentar a posse de áreas que não sejam consideradas reservas indígenas, unidades de conservação, marinha, locais reservados à administração militar e florestas públicas.

O coordenador estadual do Terra Legal, Jowberth Alves, afirmou que todo o trabalho realizado pelo programa é fruto de uma *intensa parceria entre diversos órgãos e instituições dos governos federal, estadual e municipais, juntamente com a sociedade civil*. “Os mais de 200 títulos que estamos entregando para os agricultores familiares da gleba Colone são resultado de incansável trabalho dos servidores do MDA e do Incra, com constante apoio da sociedade civil organizada, das prefeituras e do governo do estado, que tem atuado em conjunto para garantir o direito de posse para todos os ocupantes de áreas federais na Amazônia”, apontou. “Com o título definitivo que o Terra Legal está entregando nesta semana na gleba Colone, estamos *garantindo a autonomia produtiva para os agricultores familiares da região*”, ressaltou o delegado federal do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) no Maranhão, Ney Jefferson Teixeira, durante cerimônia de entrega de títulos definitivos para proprietários do município de Zé Doca (MA).

(...)

Segurança Jurídica e ampliação da produção

Para o casal de agricultores familiares Cacilda Costa Leal Pinheiro e João Muniz Pinheiro, que recebeu hoje a *garantia jurídica sobre a propriedade que ocupam há mais de 15 anos, o título definitivo é um sonho realizado*. “Sempre sonhamos com a condição de termos nossa propriedade dentro da lei. Agora, com o Terra Legal, temos essa condição”, destacou Cacilda. O casal vive da produção de peixes na Chácara São Jorge, com 12 hectares. O título definitivo vai permitir o incremento da produção com o acesso ao Pronaf, linha de crédito disponibilizada pela Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA). “Agora quero ajuda da assistência

técnica para melhorar meus açudes com o Pronaf e ampliar a venda dos peixes, talvez até para a merenda escolar”, conta Pinheiro, que nesta sexta-feira descobriu, durante conversa com os agentes de Ater presentes no evento, que é possível comercializar seus produtos para o Programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae), o qual o MDA é o articulador.

(...)

Programa Terra Legal Amazônia

Criado em 2009 e coordenado pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, o Programa Terra Legal Amazônia prioriza produtores de agricultura familiar e comunidades. Os benefícios do programa são diversos, com destaque para a redução do desmatamento e o aumento da produtividade de agricultores familiares.

Ao receber o título de posse do terreno, o dono se compromete a cumprir requisitos legais como a manutenção da área de preservação permanente ou o reflorestamento da área desmatada. (http://www.mda.gov.br/portal/noticias/item?item_id=10071664)

Ora, se todos os parceiros tomaram posse dos lotes mais ou menos na mesma época e se até agora não há notícia de nenhuma titulação, algo está errado.

Assim é que o réu reconhece que na fase inicial do projeto este “deveria ter sido cadastrado no Sistema de Regularização e Titulação de Terras – SRTT, com as situações existentes”, reconhece que para ultrapassar a fase de estruturação é necessário o “Diagnóstico de Evolução do Projeto, constante na NE nº 9/2001” (fl. 309) e reconhece que o cálculo do valor da alienação e das condições de pagamento “deverão ser elaborados pela Equipe de Titulação da Divisão de Obtenção”, que deve ser acionada de forma “URGENTE” visando atender a solicitação da Procuradoria Federal de Araraquara, quanto ao cálculo da Titulação (fl. 316). Grifo nosso.

Em suma, ainda que o parceiro tenha descumprido a cláusula de cultivar a terra direta e pessoalmente, o réu, de fato, aceitou tacitamente tal situação mantendo-se inerte e descumprindo seu papel fundamental de condutor do processo de fixação do agricultor na terra.

E diga-se mais, o quadro demonstra não só o descumprimento de atribuições legais, mas negligência na arrecadação de renda e na conservação do patrimônio público em notório prejuízo ao erário (*art. 10, X, Lei 8.429/92*)!

Quanto à negligência na arrecadação (no caso dos autos, de cobrar o valor da parcela cedida ao particular), “pode se dar pela ação ou omissão do agente público, que através de uma determinada inércia ou passividade deixa de exercer a sua função com eficiência, em prejuízo ou comprometimento da arrecadação do tributo ou renda”. Por outro lado, quanto à negligência no que diz respeito à conservação do patrimônio público “o agente competente possui o dever de não abandoná-lo ou deixar que a deteriorização comprometa o acerto patrimonial do Estado. O dever de boa administração contida como consequência lógica do princípio da eficiência (art. 37, da CEF) exige do administrador o trato competente do patrimônio público, com a devida manutenção, não deixando ficar abandonados os bens públicos. (...). O agente público, na conservação do patrimônio público, deverá se equiparar ao particular, como se ele fosse verdadeiro dono do acervo, no sentido de manter uma efetiva e permanente conservação dos bens públicos” (*O limite da improbidade administrativa, comentários à Lei nº 8.429/92*, Mauro Roberto Gomes de Mattos, Editora Forense, 2010, pp. 341/343).

Nesse quadro, há que se convir que ao fechar os olhos para a prática ilegal do arrendamento e ao permitir que o particular o cultive da maneira como bem entende, o administrador efetivamente abandonou o bem público.

Concretamente, o Estado investiu na desapropriação da terra, investiu na seleção e co-

locação dos agricultores nos lotes, investiu nos créditos de alimentação, habitação e fomento agrícola concedidos e ficou por isso mesmo.

Veja-se que no contrato firmado em 1991, incumbia ao parceleiro “ressarcir ao INCRA as despesas previstas na Cláusula anterior, acrescidas de juros de até 12% ao ano, em prestações anuais, no prazo da assinatura deste Contrato, prestações estas a serem pagas *juntamente* com aquelas correspondentes ao valor da terra nua” (CLÁUSULA TERCEIRA).

Vinte anos se passaram desde que foram cedidos a parcela e os créditos, mas até agora nada foi cobrado do parceleiro.

No Decreto 59.428/66 constava que “o custo de cada parcela será calculado em função dos investimentos necessários à implantação do núcleo, nele se incluindo o preço pago pela desapropriação e o das valorizações resultantes das obras de infraestrutura incorporadas no respectivo projeto e das benfeitorias específicas para cada parcela”.

Ora, se o dispositivo deixava clara a noção de contraprestação devida pelo parceleiro na proporção do investimento feito na desapropriação, resta evidente que a ideia não era a de se deixar passar o período de carência, deixar passar o prazo de inegociabilidade muito menos de se manter inerte sem cobrar o valor da parcela.

Por tudo isso, se conclui que processo administrativo de legitimação de posse foi falho em diversos aspectos e o que se tem hoje é uma situação consolidada cuja reversão pode ser mais danosa do que sua legalização.

O caso nos remete à lição de Celso Antônio Bandeira de Mello que ressalta que “não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe o espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida. Portanto, não é repugnante ao Direito Administrativo a hipótese de convalidação dos atos inválidos” (*Curso de Direito Administrativo*, editora Malheiros, 1999, p. 338).

No caso, guardadas as devidas proporções já que se trata de uma omissão administrativa em face de um contrato (ou uma prática) ilegal e caracterizadora de quebra de um contrato administrativo, concluo que evidencia-se a hipótese de fato consumado ou situação consolidada cuja solução não se dá pela aplicação fria da norma.

Então, “considerando as peculiaridades do caso concreto e diante da primazia da segurança jurídica nas relações de Direito Público, em contraste com a aplicação pura e simples do princípio da legalidade, é salutar que se assegure a manutenção de situações jurídicas colmatadas *ex ope temporis*, [ainda que o ato administrativo tenha nascido de forma irregular]” (RMS 29970/PA, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, T5, DJe 28/03/2011 e RSTJ vol. 222 p. 649 – tratando de contratação temporária de professor estadual por 15 anos).

De aplicação jurisprudencial reiterada em casos de investidura no serviço público, a teoria do fato consumado “corresponde à convalidação de uma situação de fato ilegal, que se perdurou ao longo do tempo, dada a relevância e a preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da segurança jurídica, sobre o próprio princípio da legalidade estrita” (AgRg no MS 19.837/PI, Relator Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP, DJe 01/02/2010).

Aqui, ainda que se possa questionar a boa-fé do parceleiro que ostensivamente descumpre

a cláusula contratual sob alegação de um pretensão estado de necessidade (ou não poder agir de outro modo) a teoria prima pela primazia da norma mais favorável ao cidadão, que por longos anos foi mantido na posse do lote, dada a inércia da Administração.

É razoável, portanto, adotar-se a denominada *confirmação* assim entendida a “decisão da Administração que implica renúncia ao poder de anular o ato ilegal. No direito privado, é possível a parte prejudicada pelo ato ilegal deixar de impugná-los, nos casos de nulidade relativa; nesse caso, o ato se convalida. No direito administrativo, já vimos que a Administração não pode ficar sujeita à vontade do particular para decretar ou não a nulidade. Mas a própria administração pode deixar de fazê-lo por razões de interesse público quando a anulação possa causar prejuízo maior do que a manutenção do ato” (*Direito Administrativo*, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 25ª edição, Editora Atlas, 2012, p. 256).

Aqui, ainda que se possa cogitar de prejuízos a terceiros excluídos dos processos seletivos para obtenção da posse provisória da parcela, fala mais alto o brado pela estabilidade nas relações jurídicas.

Dessarte, diz Celso Antônio Bandeira de Mello, “conquanto que o Direito seja, como tudo o mais, uma constante mutação para ajustar-se a novas realidades e para melhor satisfazer interesses públicos, ele revela e sempre revelou, em épocas de normalidade, um compreensível empenho em efetuar suas inovações causando o menor trauma possível, a menor comoção, às relações jurídicas passadas que se perlongaram no tempo ou que dependem da superveniência de eventos futuros previstos” (*Grandes temas do direito administrativo*, Editora Malheiros, 2009, p. 169).

Na sequência, Celso Antônio cita Almiro do Couto e Silva:

Faz-se modernamente, também, a correção de algumas distorções do princípio da legalidade da Administração Pública, resultantes do esquecimento de que sua origem radica na proteção dos indivíduos contra o Estado, dentro do círculo das conquistas liberais obtidas no final do século XVIII e início do século XIX, e decorrente, igualmente, da ênfase excessiva no interesse do Estado em manter íntegro e sem lesões o ordenamento jurídico.

A noção doutrinariamente reconhecida e jurisprudencialmente assente de que a Administração pode desfazer seus próprios atos, quando nulos, acentua este último aspecto, em desfavor das razões que levaram ao surgimento do princípio da legalidade, voltadas todas para a defesa do indivíduo contra o Estado. Serve à concepção de que o Estado tem sempre o poder de anular seus atos ilegais a verdade indiscutida no direito privado, desde o Direito Romano, de que o ato nulo jamais produz efeitos, convalida, convalesce ou sana, sendo mesmo insuscetível de ratificação. Se assim efetivamente é, então, caberá sempre à Administração Pública revisar seus próprios atos, desconstituindo-os de ofício, quando eivados de nulidade, do mesmo modo como sempre será possível, quando válidos, revogá-los, desde que inexistam óbices legais e não tenham gerado direitos subjetivos.

Aos poucos, porém, foi-se insinuando a ideia de proteção à boa-fé ou da proteção à confiança, a mesma ideia, em suma, da segurança jurídica, cristalizada no princípio da irretroatividade das leis ou no de que são válidos os atos praticados por funcionários de fato, apesar da manifesta incompetência das pessoas que deles emanaram. (*apud Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado contemporâneo*, RDP 84/46, *opus cit.* pp. 170/171).

Enfim, se tantas vezes já foi aceita a validade de atos administrativos praticados por um indivíduo, servidor de fato, em situações especiais e consolidadas no tempo, *ubi eadem ratio*,

ibi eadem legis dispositio (onde existe a mesma razão fundamental prevalece a mesma regra de Direito), é possível relevar o descumprimento da cláusula resolutiva efetivada pelo autor e tantos outros integrantes das 211 famílias de parceiros do Projeto de Assentamento Bela Vista do Chibarro em Araraquara/SP *até agora, sendo certo que a partir deste momento nada justifica a tolerância a tal ilegalidade!*

Em consequência, concluo que o autor faz jus à outorga do instrumento definitivo de titulação do lote que ocupa pelo menos desde 1991.

A propósito, cito para concluir, as sensíveis anotações de Sandra Regina Martini Vial:

As relações entre o homem do campo e a terra já discutimos nos capítulos precedentes. Recordamos que, para Marx, a terra era como se fosse a continuidade do corpo do agricultor, vimos também este simbolismo representado pela poesia, pela mitologia e por romances, como Terra do Pecado, escrito por Saramago, do qual transcrevemos os seguinte trecho:

“Maria Leonor, essa, andava exaltada, quase febril, percorrendo a quinta de um extremo ao outro, palmilhando as folhas que lhe pertenciam para lá dos muros, ainda cansada, vendo, perguntando, dando tímidas ordens, sentido gradualmente que a terra lhe ia pertencendo de facto, porque vivia dela, porque a sentia como à sua própria carne, porque a amava com um amor feito de ciúme e de arreigado sentimento de posse. Roubarem-lha, agora, seria roubarem-lhe a vida e o pão.”

A terra penetra no corpo e na alma dos que nela trabalham e vivem por isso, a terra produz justiça e felicidade. Entretanto, o não acesso à terra aos camponeses é como roubar-lhes a vida e o pão. (Propriedade da terra, - análise sociojurídica, Editora Livraria do Advogado, 2003, p. 196).

2) DA OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO AO INCRA

A obrigação de ressarcimento ao INCRA é inequívoca diante do que constou na CLÁUSULA TERCEIRA do Contrato de Assentamento:

Constituem obrigações do PARCELEIRO aquelas previstas na Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964, e no Decreto nº 59.428, de 27 de outubro de 1966, destacando-se especialmente as seguintes:

“(...)

c) *ressarcir ao INCRA as despesas previstas na Cláusula anterior, (...) em prestações anuais, (...) contados da assinatura deste CONTRATO, prestações estas a serem justamente (sic) com aquelas correspondentes ao valor da terra nua.*”

Isso reflete o disposto na Lei 8.629/93, que dispõe:

“Art. 18. A distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária far-se-á através de títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de 10 (dez) anos.

(...)

§ 3º. O valor da alienação do imóvel será definido por *deliberação do Conselho Diretor do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA*, cujo ato fixará os critérios para a apuração do valor da parcela a ser cobrada do beneficiário do programa de reforma agrária.

§ 4º. O valor do imóvel fixado na forma do § 3º será pago em *prestações anuais* pelo beneficiário do programa de reforma agrária, amortizadas em até *vinte anos*, com carência de três anos e corrigidas monetariamente pela variação do IGP-DI.”

Sem prejuízo da previsão de deliberação pelo Conselho Diretor do INCRA, o Decreto 59.428, de 27 de outubro de 1966, invocado pelo réu como aplicável ao caso, dizia o seguinte:

Art. 67. O custo de cada parcela será calculado em função dos investimentos necessários à implantação do núcleo, nele se incluindo o preço pago pela desapropriação e o das valorizações resultantes das obras de infraestrutura incorporadas no respectivo projeto e das benfeitorias específicas para cada parcela.

§ 1º. Do custo será excluído o valor das obras de caráter público, como estradas não vicinais, pontes e serviços comunitários.

Não obstante, ainda que juridicamente válido Decreto 59.428/66, vale dizer, ainda que tenha sido recepcionado pela atual ordem constitucional, há que se convir que tomar por base o valor (corrigido que seja) da desapropriação do imóvel (ocorrida mais de vinte anos atrás) não assegurará a obtenção de um valor justo se incompatível com o valor de mercado.

É certo que a questão está regulamentada na Instrução Normativa 30/2006, que dispõe:

CAPÍTULO IV

DO CÁLCULO DO VALOR DA ALIENAÇÃO E DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

Seção I

Do Cálculo do Valor da Alienação por meio de TD

Art. 24. Caberá ao CDR aprovar o valor do imóvel a ser alienado e a prestação anual a ser paga pelo beneficiário, mediante instrução de processo piloto de fixação de preços, cuja pauta de valores resultante será encaminhada à Administração Central do Incra para registro e publicação no Boletim de Serviço.

Art. 25. Para os imóveis desapropriados para fins de reforma agrária, o valor da alienação das parcelas/fração ideal será fixado com base na avaliação administrativa realizada pelo Incra, a saber:

I - será considerado o valor do depósito judicial inicialmente efetuado pelo Incra, incluindo terra nua e benfeitorias - VTI/ha, atualizado pelo índice previsto na legislação em vigor;

II - caso o valor do depósito inicial corrigido esteja trinta por cento a maior ou a menor do valor do mercado de terras, definido pelo setor competente para o Município ou Microrregião de localização do imóvel, será adotado o valor do mercado de terras.

De fato, não consta dos autos o valor da desapropriação de todo o imóvel, o que poderia ser trazido em fase de liquidação de sentença.

Entretanto, considerando que a desapropriação do imóvel ocorreu a mais de vinte anos, tenho como mais adequada a aplicação do disposto no artigo 26, da IN 20/06:

Art. 26. Quando se tratar de projeto implantado em terras incorporadas ao patrimônio da União mediante arrecadação, ou recebidas pelo Incra em doação, ou expropriação com base no artigo 243 da Constituição Federal, bem como na Lei 8.257/91, o valor da alienação será fixado utilizando-se os mesmos critérios para aqueles implantados em áreas desapropriadas, ressaltando que a valoração dar-se-á apenas sobre o valor mínimo de mercado do Valor da Terra Nua - VTN, salvo quando ocorrer indenização de benfeitoria em casos de reversão ao patrimônio público.

Ora, se para fins de desapropriação se considera justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observadas a localização do imóvel, a aptidão agrícola, a dimensão do imóvel, a área ocupada e ancianidade das posses e a funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias (art. 12, da Lei 8.269/93), não é razoável que o valor a ser pago pelo parceleiro seja mero resultado de operações aritméticas de atualização monetária num período de mais de vinte anos.

Razoável, repito, a apuração do valor com base nos dados no Instituto de Economia Agrícola, instituição vinculada à Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo e que, portanto, é apta a indicar o valor do imóvel rural com mais segurança do que um mero contador.

Seja como for, apresentado o valor pelo INCRA, o autor impugna a avaliação do valor do imóvel nos seguintes pontos: (a) os créditos recebidos não devem ser incluídos no valor; (b) não se podem considerar a casa de saúde, igreja e outros no valor imóvel; (c) que o INCRA havia apresentado valor diverso na contestação; (d) que o INCRA não poderia se valer de tabela que considera imóveis de mais de 242 hectares.

Quanto à inclusão dos créditos recebidos, de fato, o artigo 18, da Lei da Reforma Agrária diz que “os créditos concedidos aos beneficiários do programa de reforma agrária serão excluídos do valor das prestações e amortizados na forma a ser definida pelo órgão federal executor do programa.” (§ 6º).

Assim, o reembolso dos créditos deveria ser feito independentemente do procedimento para outorga do domínio.

Entretanto, a CLÁUSULA TERCEIRA do contrato entre as partes dispõe que incumbe ao PARCELEIRO “ressarcir ao INCRA as despesas previstas na Cláusula anterior, acrescidas de juros de até 12% ao ano, em prestações anuais, no prazo da assinatura deste Contrato, prestações estas a serem pagas *juntamente* com aquelas correspondentes ao valor da terra nua”.

Sem prejuízo, verifica-se que o autor recebeu três créditos no ano de 1990 (fls. 135/137) e um em 2009 (fl. 138).

Então, apesar do longo tempo decorridos, nota-se que os primeiros recibos, expressamente, fazem remissão ao artigo 68, §§ 1º e 2º, do Decreto. 59.428/66, que dizem:

Art. 68. As amortizações dos débitos assumidos pelos parceiros serão satisfeitas no *prazo máximo de vinte anos*, sendo permitido o reajustamento das prestações nas condições estipuladas no Art. 109 do Estatuto da Terra.

§ 1º. As modalidades de amortização serão estipuladas quando da apresentação do projeto e em função da destinação econômica das parcelas.

§ 2º. O limite máximo das taxas será o fixado em lei.

Nesse passo, se já parece um grande negócio receber uma terra para pagar em vinte anos, parece ainda melhor negócio receber um crédito para ser pago em vinte anos.

Seja como for, embora o legislador, por certo, não imaginou que o início dos pagamentos se desse depois de vinte anos, o fato é que os créditos devem ser cobrados juntamente com o valor da terra.

Logo, antes da outorga definitiva da titulação, não só o valor da terra deve ser pago, mas também reavidos créditos concedidos nos seguintes valores atualizados até 30/06/2011 na forma da IN 30/2006 (fl. 330):

Crédito alimentação	R\$ 244,04
Nova parcela do crédito alimentação	R\$ 338,51
Crédito Fomento	R\$ 660,83
Crédito Fomento	R\$ 2.656,81
Total	R\$ 3.900,19

No que diz respeito à casa de saúde, igreja e outros no valor imóvel, constata-se que embora tais benfeitorias tenham sido referidas no informação técnica, há que se convir que não entraram no cálculo na medida em que a autarquia se valeu de valores apresentados pelo Instituto Econômico Agrícola de forma genérica para as propriedades da região de Araraquara (http://ciagri.iea.sp.gov.br/nia1/precior.aspx?cod_tipo=2&cod_sis=9) que se baseia nos seguintes princípios:

Levantamento de preços de terras agrícolas

O levantamento de preços de terras agrícolas é realizado, nos municípios do Estado São Paulo, pelo Instituto de Economia Agrícola (IEA - APTA) em conjunto com a Coordenadoria de Assistência Técnica Integral (CATI).

Os valores de *terra nua* referem-se a diferentes categorias, conforme as seguintes definições: *Terra de cultura de primeira*: potencialmente apta para culturas anuais, perenes e outros usos, que suporta manejo intensivo de práticas culturais, preparo de solo, etc. É terra de produtividade média e alta, mecanizável, plana ou ligeiramente declivosa e o solo é profundo e bem drenado.

Terra de cultura de segunda: apesar de potencialmente apta para culturas anuais e perenes e para outros usos, apresenta limitações bem mais sérias do que a terra de cultura de primeira. Pode apresentar problemas de mecanização, devido à declividade acentuada. Porém, o solo é profundo, bem drenado, de boa fertilidade, necessitando, às vezes, de algum corretivo.

Terra para pastagem: imprópria para culturas, mas potencialmente apta para pastagem e silvicultura. É terra de baixa fertilidade, plana ou acidentada, com exigências, quanto às práticas de conservação e manejo, de simples a moderadas, considerando o uso indicado.

Terra para reflorestamento: imprópria para culturas perenes e pastagens, mas potencialmente apta para silvicultura e vida silvestre, cuja topografia pode variar de plana a bastante acidentada, podendo apresentar fertilidade muito baixa.

Terra de Campo: terra com vegetação natural, primária ou não, com possibilidades restritas de uso para pastagem ou silvicultura, cujo melhor uso é para o abrigo da flora e da fauna.

Os valores de *imóveis rurais com benfeitorias* são divididos por tamanho.

Também há estimativas de *aluguel de pasto* e informações sobre *arrendamento*, com *pagamentos em espécie* (quantidades fixas por alqueire) e *em dinheiro* (R\$/alqueire/ano).

Todas essas informações são apresentadas para o Estado de São Paulo, por Escritório de Desenvolvimento Rural (EDR) e por Região Administrativa (RA).

Assim, considerando a área de todo o Projeto de Assentamento (3.427,4510 hectares), o INCRA se valeu dos dados relativos às *propriedades acima de 242,00 hectares na região de Araraquara*:

ANO	MENOR	MAIOR	MÉDIO	MODA	MEDIANA
2011	R\$ 12.396,69/ha	R\$ 24.793,39/ha	R\$ 14.075,41/ha	R\$ 12.396,69/ha	R\$ 12.396,69/ha
2012	R\$ 14.462,81/ha	R\$ 20.661,16/ha	R\$ 18.870,52/ha	R\$ 18.870,04/ha	R\$ 18.595,04/ha

Nesse passo, a parte autora se equivoca na impugnação quanto à consideração do imóvel como um todo, eis que embora a matrícula ainda seja única, o lote cujo domínio será transferido tem somente 17,25 hectares (fls. 23 e 82).

Ocorre que, considerando as propriedades superiores à 242,00 hectares, o IEA apresenta os valores menores do que considerando as *propriedades entre 7,26 e 24,20 hectares na região de Araraquara* (limite dentro do qual se insere o lote objeto desta demanda), como se vê no quadro seguinte:

ANO	MENOR	MAIOR	MÉDIO	MODA	MEDIANA
2011	R\$ 16.528,93/ha	R\$ 24.793,39/há	R\$ 17.630,85/há	R\$ 16.528,93/ha	R\$ 16.528,93/ha
2012	R\$ 15.702,48/ha	R\$ 28.925,62/ha	R\$ 24.144,04/há	R\$ 24.793,39/ha	R\$ 24.793,39/ha

A propósito, não porque o valor do hectare de imóveis menores é maior do que o de grandes propriedades, mas porque o valor da terra deve não só se aproximar do justo preço, mas também deve levar em conta o valor da indenização feita na desapropriação, considero correta a referência adotada pelo INCRA.

Em outras palavras, tenho como correta a consideração do valor do hectare considerando as propriedades superiores à 242,00 hectares.

De outra parte, observo que não se poderia acolher o valor *médio* das estatísticas, já que se trata de valor apurado aritmeticamente a partir da soma do conjunto de valores e de sua divisão pela quantidade de valores.

O mesmo se diga do valor *mediano* que é apurado pela ordem crescente dos dados pegando-se o do meio (em caso de número ímpar de dados) ou a média dos dois valores do meio (em caso de número par de dados), ou seja, também se trata de valor apurado aritmeticamente.

Então, se o valor da *moda*, que é o que corresponde ao valor que aparece o maior número de vezes dentre as avaliações (dados) coletadas, é o que mais se aproxima do valor justo e o valor *maior* tende a ser excessivo, é certo que o artigo 26, da IN 20/06 estabelece que a valoração deve se dar sobre o valor mínimo (leia-se, *menor*) de mercado:

Art. 26. Quando se tratar de projeto implantado em terras incorporadas ao patrimônio da União mediante arrecadação, ou recebidas pelo Incra em doação, ou expropriação com base no artigo 243 da Constituição Federal, bem como na Lei 8.257/91, o valor da alienação será fixado utilizando-se os *mesmos critérios para aqueles implantados em áreas desapropriadas*, ressaltando que a valoração dar-se-á apenas sobre o *valor mínimo de mercado do Valor da Terra Nua - VTN*, salvo quando ocorrer indenização de benfeitoria em casos de reversão ao patrimônio público.

Vale ressaltar que se a recente Instrução Normativa (2006) refere-se ao *valor mínimo*, o Estatuto da Terra já “respeitava a propriedade privada, porém, possibilitava o acesso à terra em decorrência da desapropriação de latifúndios, loteados e transferidos aos camponeses, que seriam pagos na forma da legislação em vigor a *preços moderados* e em *suaves prestações*.”

Dessa maneira, tornar-se-ia produtiva a terra, já que o trabalhador, em condições de obtê-la moderadamente, poderia cultivá-la” (*Propriedade Rural*, Leandro Ribeiro da Silva, 2ª edição, Editora Lumen Juris, 2008, p. 113).

Isso mostra que não só ao dar prazo de pagamento de vinte anos, mas também na avaliação do imóvel a intenção do legislador certamente não era a de fazer da reforma agrária um investimento gerador de lucros para o Estado.

De toda a sorte, quanto à proposta da inicial, de adoção do valor de módulo rural do Estado do Paraná, município de Palmital, com 17 hectares em R\$ 11.197,38 (fl. 08) não pode ser acolhido eis que não corresponde aos valores da terra paulista nesta região.

Quanto à proposta provisória feita na contestação de R\$ 339.163,65 (apurado pela divisão do valor total da área do PA dividido pelos 211 lotes), redundaria num preço de alqueire de R\$ 20.879,51, em 2011, que é inferior aos valores maior, médio, mediano e moda de 2012, mas bem superior ao valor mínimo do mesmo ano.

Por tais razões, concluo que a outorga do título deva se dar pelo valor mínimo do mercado de forma que considerando o tamanho do lote de 17,2 hectares e o valor mínimo em 2012 (nesta data) de R\$ 14.462,81/ha, fixo o valor do lote em R\$ 248.760,33 (duzentos e quarenta e oito mil, setecentos e sessenta reais e trinta e três centavos).

Quanto à forma de pagamento, também está prevista na IN 30/2006:

Seção II

Das Condições de Pagamento do TD

Art. 32. O valor estabelecido para a alienação incluirá somente o valor calculado na forma da Seção I deste Capítulo, não sendo reembolsável pelos beneficiários os custos despendidos com os serviços prestados pelo Incra, tais como: elaboração do Plano de Desenvolvimento e de Recuperação do Assentamento, serviços de medição, demarcação topográfica e georreferenciamento, assessoria técnica e infraestrutura de interesse coletivo.

Art. 33. Estabelecido o valor do imóvel rural, o pagamento será realizado em prestações anuais e sucessivas, amortizadas em até vinte anos, corrigidas monetariamente com base no índice previsto na legislação em vigor, *com carência de três anos para primeiro pagamento*, sobre o valor constante no TD.

§ 1º. O vencimento das prestações será considerado até o último dia do mês a que se faz referência no TD.

§ 2º. Quando o pagamento da prestação anual for efetuado até a data de seu respectivo vencimento, o beneficiário terá direito a desconto de cinquenta por cento incidente sobre o valor da atualização monetária.

§ 3º. Será concedido desconto na proporção de trinta por cento da prestação anual do Título de Domínio, para o caso de beneficiários com idade superior a sessenta anos, com base no inciso II do art. 3º, da Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).

§ 4º. O pagamento das prestações anuais, referente a alienação de parcela/fração ideal, será efetuado junto a instituição financeira ou agente credenciado, mediante carnê de pagamento, boleto bancário ou outro documento emitido pelo Incra e entregue juntamente com o TD.

§ 5º. No caso de carnê de pagamento previsto no parágrafo anterior, na hipótese de extravio, o Incra emitirá segunda via do carnê completo, onde constará carimbo de “quitado” nas prestações já pagas, se for o caso.

Art. 34. Enquanto não definido outro instrumento, o pagamento das prestações anuais será efetuado junto ao Banco do Brasil ou instituição que vier a ser credenciada para essa finalidade, mediante Guia de Recebimento da União – GRU, cujo procedimento de emissão, registro e controle será por meio de ato próprio, estabelecido pela Superintendência Nacional de Gestão Administrativa – S. A.

§ 1º. Em caso de extravio, ou não recebimento da GRU, o beneficiário poderá requerer a segunda via à Superintendência Regional ou Unidade Avançada a qual esteja jurisdicionado.

§ 2º. Após o vencimento da prestação anual, incidirá sobre a mesma juros de mora, contados a partir do mês seguinte ao do vencimento, à razão de 1º ao mês calendário ou fração, calculados sobre o valor monetariamente atualizado, conforme o disposto no artigo 16 do Decreto-Lei nº 2.323/87, utilizando-se para sua apuração o sistema de débito instituído pelo Tribunal de Contas da União.

A propósito, importa ressaltar que embora a haja previsão de carência de três anos para início do pagamento, em razão do longo tempo decorrido, resta prejudicado tal prazo.

Ante o exposto, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, com fundamento na *teoria do fato consumado* e a *despeito da ilegalidade do arrendamento parcial do lote*, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido da parte autora para condenar o INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA a outorgar a JOÃO VICENTE DOS SANTOS do instrumento definitivo de titulação do lote 90, do Projeto de Assentamento Bela Vista do Chibarro/Araraquara mediante:

1) a rescisão imediata ou cessação no prazo máximo de seis meses ou até o final da próxima safra de cana-de-açúcar, o que ocorrer antes, do contrato de compra e venda de insumos e mudas, com compromisso de entrega de cana firmado pelo autor com a Usina Zanin, na hipótese de ainda estar em vigor;

2) o pagamento pelo autor, na forma da IN 30/2006 (art. 32 e ss), de R\$ 248.760,33 (DUZENTOS E QUARENTA E OITO MIL, SETECENTOS E SESSENTA REAIS E TRINTA E TRÊS CENTAVOS) nesta data, relativos ao valor da parcela, em até vinte parcelas anuais corrigidas pelo IGP-DI;

3) o pagamento de R\$ 3.900,19 (TRÊS MIL E NOVECENTOS REAIS E DEZENOVE CENTAVOS) atualizados até junho de 2011, relativos ao ressarcimento dos créditos recebidos.

Em consequência, sem prejuízo do início do pagamento das parcelas pelo autor independentemente do trânsito em julgado, condeno o INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA a cumprir, no *prazo de seis meses*, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 a ser revertida em favor da parte autora, as obrigações de fazer de (1) fornecer os dados para preenchimento da Guia de Recolhimento da União e (2) providenciar todo o necessário que lhe incumba (ou seja, excluído os pagamentos devidos pelo parceleiro) para concessão da titulação nos termos da Lei 8.629/93 e da IN 30/2006.

Considerando o prazo deferido ao INCRA fica, por ora, considerado o dia 30/04/2013 para os efeitos dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 33, da IN 30/2006.

Sem prejuízo, considerando os fatos verificados nos autos, encaminhe-se cópia integral dos autos ao Ministério Público Federal nos termos do artigo 14, da Lei 8.429/92, para que seja instaurada investigação destinada a apurar eventual prática de ato de improbidade.

Sem honorários em razão da sucumbência recíproca. Custas *ex lege*. Sentença sujeita a reexame necessário.

P.R.I.

Araraquara, 27 de novembro de 2012.

Juíza Federal VERA CECÍLIA DE ARANTES FERNANDES COSTA

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

0049498-09.2010.4.03.6301

Autor: AGELSON MARTINS DA SILVA

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: 4ª VARA CÍVEL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: FERNANDO HENRIQUE CORRÊA CUSTODIO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/03/2012 com retificação em 14/03/2012

Vistos, etc.

Trata-se de pedido de concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, pleiteado pelo autor na condição de companheiro, tendo em vista a união homoafetiva mantida com o falecido até a data do óbito.

É o relatório. *Decido.*

Quanto ao *mérito*, o pedido do benefício pensão por morte encontra respaldo legal no artigo 74 da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, que assim prevê:

Art. 74. A pensão por morte será devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Três são os requisitos necessários à obtenção do benefício de pensão por morte: *óbito do instituidor, qualidade de segurado daquele que faleceu e condição de dependente do requerente.*

No tocante ao *falecimento*, restou este devidamente comprovado pela certidão de óbito acostada aos autos, não havendo controvérsia.

O mesmo se diga da *qualidade de segurado*, comprovada por meio da demonstração de que o falecido percebia benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de serviço na data do óbito (NB 108.656.861-0).

Passo a examinar a suposta condição de *companheiro* do autor, em *união homoafetiva*.

No caso em tela, pretende a parte ver reconhecida a união estável que foi supostamente constituída, para fins de configuração da relação de dependência entre ambos, e conseqüente obtenção da pensão por morte ora pretendida.

A Constituição Federal, em seu artigo 226 reconheceu a família como entidade merecedora de proteção do Estado, incluindo aí a união estável, por força de seu parágrafo 3º.

Sucedo que é a seguinte a redação do dispositivo constitucional:

Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a *união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar*, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Portanto, em uma *interpretação meramente literal* da disposição constitucional, não haveria espaço para o reconhecimento - e consequente proteção pelo Estado - da união entre pessoas ditas do “mesmo sexo”.

Ou seja, não haveria que se falar, em termos de proteção jurídica, na existência da união homoafetiva.

Contudo, é evidente que a questão não é de tão fácil solução, como parece fazer crer a letra fria da Lei Maior.

Isso porque a Constituição Federal de 1988 é diploma inovador e avançado na proteção dos direitos humanos fundamentais, assegurando, dentre várias outras conquistas, a *absoluta isonomia entre toda e qualquer pessoa*, na forma do seu art. 5º, *caput*, primeira parte: “Todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza* (...)”.

Há que se ter em mente, também, que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, *sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3º, IV, da CF).

Portanto, mesmo que não esteja de forma explícita no texto constitucional, das bordas de seus princípios e objetivos deve se extrair a conclusão de que a união homoafetiva deve ser amparada e protegida pelo Estado.

Nesse ponto, há interessante discussão doutrinária no seguinte sentido: o Ordenamento Jurídico de dada Nação deve sempre prevalecer sobre o conjunto da sociedade, de modo que a sua evolução, suas novas necessidades e conceitos encontram-se estagnados pela ausência de mudança das normas jurídicas, ou é a sociedade quem deve prevalecer sobre as normas jurídicas arcaicas, de modo que o Direito deve sempre procurar dialogar com e disciplinar estas novas necessidades, desejos e anseios?

A meu ver, a resposta correta a tal indagação é a *segunda das soluções apresentadas*, sendo este exatamente o caso da união homoafetiva.

Isso porque, se o legislador constituinte, ainda em 1988 - ou seja, há *um quarto de século* - não vislumbrava a possibilidade de albergar sob a proteção e tutela estatais a união entre pessoas do mesmo sexo, atendendo aos anseios e entendimento da sociedade daquela época, o fato é que a sociedade brasileira muito evoluiu em matéria de reconhecimento da existência e necessidade de proteção da união homoafetiva até os dias atuais.

Trata-se de uma verdadeira revolução, que não pode ser simplesmente ignorada pelo Ordenamento Jurídico Pátrio.

Assim, se na época da promulgação da Constituição Federal se poderia interpretar a regra do seu art. 226, § 3º de forma literal, como exceção à garantia maior e basilar da isonomia entre todas as pessoas, vedada qualquer forma de “discriminação” - expressão aqui entendida como tratamento diferenciado - hoje tal interpretação se afigura anacrônica, divorciada da realidade de nossa sociedade.

Há que prevalecer, portanto, uma *interpretação sistemática*, onde a regra constitucional que assegura a proteção estatal à união estável (art. 226, § 3º) deve ser analisada e cotejada com as regras constitucionais que garantem o tratamento isonômico a todos, vedada qualquer forma de discriminação (art. 5º, *caput*), inclusive, como objetivo fundamental da nossa República Federativa (art. 3º, IV).

Não foi outra a conclusão albergada pelo *Supremo Tribunal Federal*, como guardião da Constituição Federal, conforme ementa de elucidativo julgado, síntese da posição atual da Corte Suprema, a seguir transcrito:

RE 477554 AgR/MG - MINAS GERAIS

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 16/08/2011

Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011

EMENT VOL-02574-02 PP-00287

EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - *LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - *Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade**

familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.

A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE.** - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. **A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS.** - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” ooooo em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina.

Decisão

Negado provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Participou deste julgamento o Senhor Ministro Luiz Fux, convocado (RISTF, art. 41). Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 16.08.2011.

Portanto, a união entre pessoas do mesmo sexo pode e deve ser reconhecida e tutelada pelo Estado como verdadeira união estável, desde que preenchidos os requisitos legais.

E, atendendo ao mandamento constitucional, a legislação *previdenciária* conferiu aos companheiros o mesmo tratamento conferido aos cônjuges. Presumindo a dependência econômica entre companheiros, assegura-lhes, reciprocamente, o direito à pensão por morte, consoante disposto no artigo 16, inciso I, §§ 3º e 4º.

Assim, a concessão do benefício em tela é condicionada exclusivamente à comprovação da relação protegida, sendo certo que o Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3048/99), em seu artigo 19, § 3º estabelece um rol *exemplificativo* de documentos que podem ser utilizados como meio de prova.

Portanto, não se trata de um conjunto de provas cuja apresentação é obrigatória, sendo que a exigência varia *conforme o caso*, consoante redação do próprio dispositivo.

Vige aí o princípio da *livre convicção motivada do juiz* (art. 131, do CPC).

Ou seja: ainda que fosse exigível por lei prova documental, não poderia o Decreto especificar - como já asseverado - a quantidade e a espécie de forma taxativa, pois cada situação particular exige solução específica.

Por fim, apenas saliento que a Lei nº 8.213/91, em se tratando do requisito da *dependência econômica*, prescreve que a mesma deve ser comprovada nos casos dos incisos II e III, exceto com relação ao inciso I do art. 16, na qual a dependência é presumida pela própria lei conforme seu § 4º: “A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e as demais deve ser comprovada.”

No *presente caso*, na tentativa de comprovar a aludida união, apresentou o autor:

- 1 - fotos comprovando a união entre o autor e o falecido (fls. 22/23 da petição inicial);
- 2 - carta de amor, datada de 1997 (fl. 26 da petição inicial);
- 3 - cheques comprobatórios da existência de conta conjunta, datados de 1997 (fls. 27/28 da petição inicial);
- 4 - cartão do convênio odontológico do falecido, onde consta o autor como beneficiário (fl. 33 da petição inicial);
- 5 - comprovantes de compra de alimentos em conjunto, datados *entre 1995 e 1998* (fls. 34/36 da petição inicial);
- 6 - demonstrativos de pagamento de salários em nome do falecido, datados de 1997 (fls. 37/38 da petição inicial);
- 7 - fichas de atendimento hospitalar em nome do falecido, onde consta o autor como companheiro, datadas de 1998 (fls. 40/42 da petição inicial);
- 8 - comprovante de despesas com o funeral do falecido, em nome do autor, datado de 04/11/1998 (fl. 43 da petição inicial);
- 4 - declarações de pessoas (total de 04) que presenciaram a união homoafetiva, de forma contínua e duradoura, por 09 (nove) anos, sendo amigos do casal (fls. 16/21 da petição inicial).

Tais documentos, a meu ver, são idôneos, cabais e pormenorizados de modo a comprovar, sem sombra de dúvidas, que, *na data do óbito, estava configurada a união estável, assim entendida como relacionamento público, duradouro e contínuo.*

Por decorrência, *desnecessária* a comprovação da dependência econômica, presumida

que se encontra pelo disposto no art. 16, I e par. 4º, da lei nº 8213/91.

Outrossim, nos termos do art. 124 da LBPS, não há óbice à concessão do benefício ora examinado.

Desta forma, é devido o benefício de pensão por morte para o autor desde a data do requerimento administrativo, qual seja 11/11/2009.

DISPOSITIVO:

Posto isso, *julgo PROCEDENTE o pedido*, com resolução de mérito do processo nos termos do art. 269, inc. I, do CPC, para condenar o INSS a conceder a CLÉLIA APARECIDA MARTINS SOUZA o benefício de “PENSÃO POR MORTE”, a contar de 20/01/2010 (data do requerimento administrativo do benefício), com renda mensal de R\$ 1.834,19 (hum mil, oitocentos e trinta e quatro reais e dezenove centavos), em valores de fevereiro/2012.

Fica o réu obrigado ao pagamento das prestações vencidas, calculadas no importe de R\$ 48.964,91 (quarenta e oito mil, novecentos e sessenta e quatro reais e noventa e um centavos), em valores de março/2012.

Nos termos do decidido acima, estando o autor sem receber o benefício, e em face de seu nítido caráter alimentar, ANTECIPO A TUTELA para determinar ao INSS que implante e pague o benefício ora concedido em nome da parte autora. Desta forma, *oficie-se ao INSS* para que, no prazo de 45 (*quarenta e cinco*) dias, implante e pague o benefício.

Sem condenação nas custas e despesas processuais, bem como em honorários.

P. R. I.

Juiz Federal FERNANDO HENRIQUE CORRÊA CUSTODIO

- Sobre o processo nº 0049498-09.2010.4.03.6301/SP, veja também a seguinte decisão, disponibilizada no diário eletrônico de 14/03/2012: “Tendo em vista que constou nome diverso do autor na parte do deferimento da tutela antecipada, corrijo de ofício o julgado para que passe a constar, no lugar de ‘CLÉLIA APARECIDA MARTINS SOUZA’, o nome do autor, qual seja, ‘AGELSON MARTINS DA SILVA’. No mais, mantenho a r. sentença em todos os seus termos. Int.”.
- Sobre a concessão do benefício de pensão por morte a companheiros que mantenham união homoafetiva, veja também o artigo doutrinário “Temas polêmicos em matéria previdenciária”, de autoria da Juíza Federal Márcia Hoffmann do Amaral e Silva Turri, publicado na RTRF3R 74/37 e os seguintes julgados: AC 2002.51.01.000777-0/RJ, Relatora Desembargadora Federal Tania Heine, publicada na RTRF3R 63/630 e AC 2002.61.83.003834-4/SP, Relator Desembargador Federal Santos Neves, publicada na RTRF3R 87/183.

AÇÃO ORDINÁRIA

0000372-71.2011.4.03.6004

Autor: LUIZ JORGE SANTANA DE SOUZA

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CORUMBÁ - MS

Juiz Federal: DOUGLAS CAMARINHA GONZALES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/09/2012

LUIZ JORGE SANTANA DE SOUZA ajuizou a presente ação em face da UNIÃO FEDERAL, sob o argumento de ter sido transferido para a Reserva Remunerada, quando seu direito era de ser Reformado, com fulcro no artigo 1º, inciso I, C, e 109, ambos da Lei nº 7670/88 e artigo 106, inciso II do Estatuto dos Militares.

O requerente alega ser servidor da Marinha do Brasil desde 08/07/1983, tendo ingressado na mesma sem qualquer problema de saúde, entretanto veio a contrair o vírus HIV – sem nenhuma ligação de causa ou efeito com seu trabalho – em 03/12/1999, durante período em que praticava serviço militar. Pelo exposto, enquanto ocupava o cargo de Terceiro Sargento foi julgado temporariamente incapaz para exercer seu serviço, sendo afastado por licença de saúde até a data de 07/01/2002 – quando foi considerado apto novamente, finalizando assim sua incapacidade –, período em que ocupava cargo de Segundo Sargento.

Por duas vezes em que foi submetido à inspeção de saúde, o autor foi considerado apto ao SAM – Serviço Ativo da Marinha –, entretanto com restrições. Durante esse lapso temporal, após sua promoção ao posto de Segundo Sargento, o requerente não pode mais cursar para ascender de cargo, mantendo a mesma graduação. Em 15/01/2010, o mesmo foi transferido para a reserva remunerada, o que se deu – segundo o autor – de maneira ilegal visto que seu direito era que fosse reformado, conforme as normas supracitadas.

Requer, portanto: a) concessão “inaudita altera pars” da Tutela Liminar, determinando a Reforma do autor e a suspensão da retenção de seu imposto de renda; b) que com a Reforma o requerente passe a receber remuneração de Segundo Tenente e os adicionais devidos; c) declaração de isenção do imposto de renda; d) condenação da ré a pagar indenização por danos materiais;

Acompanharam a inicial os documentos de fls. 17/38.

Considerando que é excepcional a concessão de tutela de urgência sem antes ouvir a ré, este juízo decidiu por postergar a análise do pedido para o momento da sentença (fls. 41/41 vº).

Devidamente citado (fl. 44), a UNIÃO apresenta contestação às fls. 45/47 vº, alegando que a análise do pedido feito pelo autor relativo ao reembolso da quantia retida pelo imposto de renda é de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional. No que tange a reforma do autor, o réu salienta que na ação civil pública de nº 2000.51.01.017478-1, que o MPF do Rio de Janeiro ajuizou, foi estabelecido que não mais reformar-se-ão os militares portadores de HIV, o que levou a unidade da Marinha responsável pela perícia e parecer médico – localizada na urpe supracitada – a determinar que o requerente fosse transferido para a reserva remunerada.

Observou também, que atualmente os medicamentos que tratam os portadores do vírus HIV, os possibilitam manter condições físicas satisfatórias, razão pela qual o autor não se encontra impedido de permanecer no SAM.

Esse Juízo determinou a citação da Fazenda Nacional, diante do pedido de repetição de indébito tributário.

Citada, a Fazenda Nacional apresentou contestação. Alega a ausência de ato de reforma, de sorte que não cabe interpretação extensiva para o fim de isentar o imposto de renda do autor. Argumenta, ainda, que não há de se admitir interpretação retroativa da decisão.

A liminar foi indeferida às fls. 105/108.

Réplica do autor às fls. 112/114.

É o relatório do necessário. DECIDO.

A *vexata quaestio* deduzida nos autos são duas: 1) a legitimidade do pleito de reforma do autor – e não a mera transferência para a reserva remunerada, como ocorrerá; 2) a isenção do imposto de renda de seus provimentos, por determinação da Lei nº 8.541/92.

Conforme ponderou a Advocacia Geral da União, a primeira questão tem envergadura constitucional, pois há de ser aferida sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, norte principal da Constituição da República, a teor de seu art. 1º, III. Em outros termos, deve-se aferir se a transferência compulsória do militar portador de AIDS (forma já manifesta da síndrome, com efeitos deletérios ao seu portador) ou de HIV – simples portador do vírus que ocasiona a síndrome da imunodeficiência adquirida, distinção usual na comunidade científica, ora reproduzida no sítio oficial do governo brasileiro sobre o assunto¹ - é uma forma de discriminação ou não.

O art. 106 do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80) garante a reforma *ex officio* ao militar que “for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas”.

As hipóteses possíveis de causar incapacidade definitiva para as Forças Armadas estão descritas no artigo 108 da mesma lei, cujo inciso V inclui a Síndrome por Imunodeficiência Adquirida (AIDS), por força da Lei 7670/88:

Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de:

I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública;

II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações;

III - acidente em serviço;

IV - doença, moléstia ou enfermidade adquirida em tempo de paz, com relação de causa e efeito a condições inerentes ao serviço;

V - tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, lepra, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, mal de Parkinson, pênfigo, espondiloartrose anquilosante, anefropatia grave e outras moléstias que a lei indicar com base nas conclusões da medicina especializada;

VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço. (...)

¹ <http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-hiv>, onde se lê HIV é a sigla em inglês do vírus da imunodeficiência humana. Causador da Aids, ataca o sistema imunológico, responsável por defender o organismo de doenças. As células mais atingidas são os linfócitos T CD4+. E é alterando o DNA dessa célula que o HIV faz cópias de si mesmo. Depois de se multiplicar, rompe os linfócitos em busca de outros para continuar a infecção. Ter o HIV não é a mesma coisa que ter a aids. Há muitos soropositivos que vivem anos sem apresentar sintomas e sem desenvolver a doença. Mas, podem transmitir o vírus a outros pelas relações sexuais desprotegidas, pelo compartilhamento seringas contaminadas ou de mãe para filho durante a gravidez e a amamentação. Por isso, é sempre importante fazer o teste e se proteger em todas as situações.

2º Os militares julgados incapazes por um dos motivos constantes do item V deste artigo somente poderão ser reformados após a homologação, por Junta Superior de Saúde, da inspeção de saúde que concluiu pela incapacidade definitiva, obedecida à regulamentação específica de cada Força Singular.

Art. 109. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos itens I, II, III, IV e V do artigo anterior será reformado com qualquer tempo de serviço.

Fiel a um juízo de valor constitucional baseado no fundamento primário da Constituição da República de 1988, a dignidade da pessoa humana, diretriz que confere base de tratamento a todas as relações jurídicas firmadas entre o Estado e seus cidadãos, vislumbro que o alcance normativo da norma em epígrafe para os militares portadores assintomáticos da AIDS, isto é, aos portadores de HIV (vide nota de rodapé nº 1) não é admissível. Pois, sua extensão normativa automática aos assintomáticos certamente implicaria numa *Caputis Diminutio* aos militares que queiram continuar na ativa, de forma que seria um amesquinamento da dignidade desses militares.

Essa interpretação decorre do raciocínio da não discriminação, premissa básica para o tratamento digno do soropositivo ao HIV, pois confere normalidade e dinamismo comum à vida do soropositivo, circunscrevendo-o com as suas rotinas habituais e o convívio social natural de sua vida. Tal atitude é especialmente importante para sua proteção psicológica, para sua autoestima e da visão que a sociedade lhe dirige, comportamentos que influenciam significativamente na conduta e na consciência do ser humano, social por natureza.

Tal orientação é baseada não no conceito concreto do autor, mas num juízo de valor abstrato de todo e qualquer militar soropositivo, justamente para conferir tratamento isonômico e prestigiar a leal conduta estatal em face desse grupo sensível de pessoas. É justamente o que já ocorrera na França na defesa dos direitos fundamentais de anões, cujo costume bárbaro era o seu arremesso, a título de entretenimento numa casa noturna, conforme tradição medieval, conduta barrada pelas autoridades administrativas e judiciais² – célebre aresto judicial que confere tratamento paradigmático à defesa do grupo e por consequência aos direitos fundamentais, independentemente da vontade individual.

Nesse passo, agiu bem a Marinha do Brasil ao não promover a reforma do autor, pois o autor é portador assintomático do vírus HIV, situação que o diferencia atualmente do doente da AIDS, conforme apontado na decisão judicial do TRF da 2ª Região que julgou parcialmente procedente a ação civil pública cujo pedido é justamente o oposto que o autor requer. Eis o teor da ementa que ora interessa no julgamento da Apelação Cível nº 2002.02.01.019469-5:

Relator(a)

Desembargador Federal NEY FONSECA

Sigla do órgão

TRF2

Órgão julgador

PRIMEIRA TURMA

Fonte

DJU - Data: 12/02/2003 – Página: 178

Decisão

² Vide: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/anao.pdf>.

A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso da União Federal e negou provimento ao recurso do Ministério Público Federal, nos termos do voto do Relator.

Ementa

CONSTITUCIONAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MILITAR – TESTE OBRIGATÓRIO PARA DETECÇÃO DO VÍRUS HIV – IMPOSSIBILIDADE DE REFORMA OU LICENÇA COMPULSÓRIA DOS ASSINTOMÁTICOS. I – As peculiaridades da vida castrense determinam a necessidade da realização periódica e obrigatória de exame para detecção do vírus HIV em todos os militares da ativa e nos candidatos às Forças Armadas.

II – A realização do teste de HIV tem como fim proteger a saúde de terceiros, bem como o patrimônio público, sendo garantido o sigilo do resultado.

III – *Detectado o HIV em militar da ativa, não cabe sua reforma ou licença compulsória. Sendo portador assintomático, deve o mesmo ser readaptado para função que se coadune com sua saúde física.*

IV – Apelação do Ministério Público Federal improvida. Apelação da União Federal parcialmente provida.

Data da Decisão

17/12/2002

Fiel a essa orientação, a reforma do autor não é possível, fiel ao princípio da dignidade da pessoa humana e sua condição viável de trabalho, consignada documentalmente à época que passou para reserva militar.

Assim, resta inaplicável o artigo 110, § 1º, da Lei nº 6.880/80, ao caso:

Art. 110. O militar da ativa ou da reserva remunerada, julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes dos incisos I e II do art. 108, será reformado com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuir ou que possuía na ativa, respectivamente.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo aos casos previstos nos itens III, IV e V do artigo 108, quando, verificada a incapacidade definitiva, for o militar considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho.

Outra sorte tem o autor quanto ao pedido de isenção de imposto de renda, pois aqui a *ratio legis* é justamente conferir isenção tributária aqueles acometidos de doenças graves, justamente para que possam ter maior fôlego financeiro na compra de medicamentos e tratamentos de saúde, de forma que a União se desincumbe.

Eis o teor da Lei do Imposto de Renda ao caso:

Art. 6º Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas:

XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma;

Observe-se, desde já, que o preceito em questão alberga os proventos de aposentadoria em geral, seja de reforma ou não, de sorte que a premissa estabelecida no julgamento da supra quanto à reforma não é prejudicial ao caso em apreço.

Em matéria de tributação, é factível o princípio da capacidade econômica, cujo preceito em concreto confere a natureza pessoal de tratamento privilegiado ao contribuinte portador das doenças supra apontadas. Ora, como o autor é comprovadamente soropositivo do HIV, sua isenção é de direito.

Enfim, o legislador aplicou um tratamento de isenção aos portadores de doenças graves para o fim de salvaguardar o mínimo existencial de pessoas que passam por tratamento de saúde, como é o caso do autor. Assim, resta irrelevante se a doença encontra-se assintomática ao autor, pois a necessidade de tratamento médico encontra-se presente e eminente aos portadores do HIV, de sorte que a *ratio legis* encontra-se concretizada.

Legítima, portanto, a isenção aos proventos de sua aposentadoria, desde a sua concessão.

Acresça-se que a prova da ocorrência do HIV ao autor encontra-se comprovada nos autos desde a concessão de sua aposentadoria, consoante certificam os documentos de fls. 58, 64, 78, e 81, com o apontamento da CID do HIV, de forma que resta atendida a dicção do art. 30 da Lei nº 9.250.

Nesse sentido, os julgados a seguir:

(...) 3. Embora o art. 30 da Lei nº 9.250/95 imponha, como condição para a isenção do imposto de renda de que trata o art. 6 da Lei nº 7.713/88, a emissão de laudo pericial por meio de serviço médico oficial, tal dispositivo não vincula o magistrado, o qual, pelo princípio da persuasão racional (CPC, art. 131), formará o seu convencimento com liberdade no exame das provas, desde que baseado nos elementos probatórios constantes dos autos. 4. Apelação e remessa oficial improvidas. (APELREEX 200981000128027, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 10/02/2011 - Página: 13)

(...) 1. A isenção de imposto de renda para portadores de neoplasia maligna é prevista no inciso XIV, do artigo 6º, da Lei nº 7.713/88. 2. A exigência da Lei 9.250/95, de que o laudo comprobatório da moléstia seja emitido por serviço médico oficial, pode ser suprida pela existência de outras provas, inclusive laudo emitido por médico particular, que demonstre a subsistência da doença. Vigoram no sistema processual brasileiro os princípios do livre convencimento motivado e da persuasão racional na apreciação das provas (art. 131 e 436 do CPC). 3. Apelação e remessa oficial não providas. (AMS 200634000169134, JUIZ FEDERAL GUILHERME DOEHLER (CONV.), TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA: 22/08/2008 PÁGINA: 375)

DISPOSITIVO

Ante o exposto, *julgo parcialmente procedente o pedido*, na forma do art. 269, I, do CPC para o fim de reconhecer a isenção tributária do imposto de renda dos proventos de aposentadoria de Luiz Jorge Santana de Souza. Por consequência, condeno a ré a restituir os impostos de renda incidentes no IRPF do autor desde a concessão de sua aposentadoria, atualizados monetariamente pela SELIC (operação que já aponta os juros e correção monetária de forma conjunta), na forma do Provimento COGE nº 64.

Diante do *periculum in mora* firmado brocardo *solve et repete* e nos percalços do precatório, *antecipo os efeitos da tutela para o fim de determinar a inexigibilidade do imposto de*

renda em face dos proventos de aposentadoria do autor. Expeça-se ofício à Receita Federal do Brasil, especificando o CPF do autor para cumprimento dessa decisão.

Sentença não sujeita ao reexame necessário, a teor do art. 475, § 2º, do CPC.

Condeno a ré a arcar com as custas e os honorários advocatícios arbitrados em 15% (quinze) por cento do valor da condenação.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Corumbá, 26 de setembro de 2012.

Juiz Federal DOUGLAS CAMARINHA GONZALES

AÇÃO ORDINÁRIA

0011946-94.2011.4.03.6100

Autor: JOÃO PAULO DE ARRUDA FILHO

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: DJALMA MOREIRA GOMES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/11/2012

Vistos, em sentença.

Trata-se de Ação Ordinária ajuizada por JOÃO PAULO DE ARRUDA FILHO em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando a condenação da requerida ao pagamento de indenização pelos danos materiais e morais por ele suportados em decorrência da atuação da Procuradoria da Fazenda Nacional nos autos da Execução Fiscal nº 2002.39.00.002923-7.

Narra o autor, em síntese, que foi surpreendido com o bloqueio de suas contas bancárias, quando constatou que a ordem para a constrição originou-se da ação de execução fiscal registrada sob o nº 2002.39.00.002923-7, em trâmite perante o Juízo da 6ª Vara Federal de Belém, Estado do Pará.

Esclarece o demandante que mencionada ação executiva foi ajuizada pela União Federal, por intermédio da Procuradoria da Fazenda Nacional, referindo-se a Dívida Ativa com origem em Imposto Territorial Rural - ITR, exercício de 1996, constando da exordial o nº de CPF 475.346.641-87 e como endereço a Av. Serzedelo Correa, nº 15, Belém, Estado do Pará.

Ocorre que o CPF indicado jamais foi de sua titularidade, cujo número correto é 007.353.028-45.

Informa que o MM. Juiz de Direito, constatando o erro quanto à pessoa, determinou que a exequente se manifestasse, ocasião em que a exequente apenas abordou a questão do endereço equivocado, alegando, ainda, que o executado fora citado por edital. Dessa forma, o Juízo de Direito também ignorou o erro quanto a pessoa.

Posteriormente, alega que foi expedido pelo Juízo de Direito da Comarca de São Félix do Xingu o mandado de registro de penhora para constrição de bens em seu nome. Contudo, a Oficial do Registro de Imóveis daquele município informou que havia deixado de efetuar a penhora pois o imóvel gerador do tributo executado fora transmitido pelo demandante, em 1999, para a Agropecuária Caraíbas Ltda, conforme respectiva matrícula.

Assevera, assim, que a Procuradoria da Fazenda Nacional deveria ter pleiteado ao Juízo da execução a substituição do polo passivo pela Agropecuária Caraíbas Ltda.

Contudo, a demanda executiva teve seguimento, culminando, após a retificação de seu CPF, com a ordem para o bloqueio de valores pelo Sistema BanceJud. Com isso, de 04/03/2011 a 20/04/2011 estiveram bloqueados, além do valor do débito (R\$ 19.494,69), o montante de R\$ 27.882,05.

Aduz o requerente que a constrição de tal quantia acarretou a não realização de uma aquisição imobiliária, pelo que a União Federal deve reparar a violação sofrida.

Em consequência dos atos praticados no processo executivo, se viu obrigado a ingressar com uma exceção de pré-executividade, a qual se encontra pendente de sentença.

Irresignado, ajuíza a presente ação.

Com a inicial vieram documentos (fls. 17/75).

Citada, a União Federal ofereceu contestação às fls. 85/81v. Destacou, inicialmente, que a questão da legitimidade do ora autor para figurar no polo passivo da ação executiva ainda não foi apreciada pelo Juízo competente, daí porque inexistente o flagrante ajuizamento de ação indevida por parte da Fazenda Nacional. Ademais, o prejuízo alegado pelo autor refere-se ao bloqueio de valores depositados em suas contas bancárias. No entanto, tal bloqueio não decorreu de ato do Procurador da Fazenda Nacional, mas sim de ato judicial, o qual, regra geral, não importa em responsabilização do Estado pelos danos porventura decorrentes, salvo se comprovados o dolo ou a má-fé. Pugna, assim, pela improcedência dos pedidos formulados. A contestação foi instruída com os documentos de fls. 92/212.

Réplica às fls. 215/223.

Instadas as partes, o demandante pugnou pela produção de prova testemunhal, documental e pericial (fls. 222/223), ao passo que a União Federal requereu o julgamento antecipado da lide (fl. 225).

As decisões de fls. 226 e 232 determinaram que o requerente esclarecesse se fora proferida sentença nos autos da execução fiscal nº 2002.39.00.002923-7.

Em manifestações de fls. 227/228 e 233/234 o postulante informou que o feito ainda não havia sido sentenciado.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Fundamento e DECIDO.

O feito comporta o julgamento antecipado da lide, uma vez que trata-se de matéria de direito e de fato já comprovados pelos documentos juntados aos autos, não havendo necessidade de produção de outras provas, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil.

Verifico que estão presentes as condições da ação, nada se podendo objetar quanto à legitimidade das partes, à presença do interesse processual e à possibilidade jurídica do pedido. Estão igualmente presentes os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, pelo que passo ao exame do *mérito*.

A possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas de direito público pelos danos por elas causados a particulares vem há muito contemplada pela Constituição da República. A Carta de 1988 assim dispõe, no 6º do seu art. 37:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Vale dizer, a Carta Magna contempla a responsabilidade objetiva do Estado, quando “seus agentes, nessa qualidade”, causarem danos a alguém.

Trata-se, portanto, de responsabilidade por ato *comissivo* de agente público, hipótese em que, pela *teoria do risco administrativo* adotada por nosso ordenamento constitucional (pela qual o Estado só se exime ou abranda sua responsabilidade se demonstrar a culpa do lesado),

para que se dê a indenização, basta a (a) comprovação do dano, (b) a demonstração da ação estatal e (c) o nexo causal entre o dano e a ação do agente público.

Pois bem.

Com o ajuizamento da presente ação objetiva o demandante a *reparação* pelos danos materiais e morais suportados em decorrência dos atos praticados no processo executivo registrado sob o nº 2002.39.00.002923-7. Mais especificamente, “Referente ao dano material, o peticionário Requer que esse R. Juízo de Direito, tenha como base o valor da transação imobiliária, não concretizada com do Espólio de Pedro Paulo Matarazzo, qual seja, R\$ 50.000,00.” “Referente aos Danos Morais, que esse R. Juízo de Direito, tenha por base o montante bloqueado das contas bancárias, no montante de R\$ 47.376,74.” (fl. 16)

Para fundamentar sua pretensão, assevera o autor i) não ser parte legítima para figurar no polo passivo da ação de execução fiscal nº 2002.39.00.002923-7, uma vez que o imóvel gerador do tributo executado (Imposto Territorial Rural ITR, exercício de 1996), não é de sua propriedade desde o ano de 1999, quando foi transmitido para a pessoa jurídica Agropecuária Caraíbas Ltda. (fls. 04; 33 e 34); ii) que a errônea indicação de seu CPF pela Procuradoria da Fazenda Nacional quando do ajuizamento da ação executiva impossibilitou a sua correta citação e, em consequência, impediu o pleno exercício do direito de defesa (fl. 218); iii) que instada a se manifestar em relação ao “erro quanto a pessoa”, a Procuradoria da Fazenda Nacional apenas abordou a questão do endereço do executado (fl. 04); iv) que a exequente requereu penhora do montante da dívida pelo Sistema Bacen Jud, tendo o Juízo deferido o pedido até o limite do débito exequendo (fl. 05), porém, de 04/03/2011 a 20/04/2011 estiveram bloqueados, além do montante do débito (R\$ 19.494,69), o valor de R\$ 27.882,05 (fl. 06) e v) em decorrência da constrição efetuada, foi dissolvido um negócio para aquisição de uma propriedade com o Espólio de Pedro Paulo de Matarazzo (fl. 70)

Após a contestação da União Federal, o demandante, rebatendo as alegações aduzidas em defesa, delimitou a lide no seguinte sentido:

EM RESUMO: A REQUERIDA AJUIZOU AÇÃO COM CPF E ENDEREÇO ERRADO DO REQUERENTE, muito embora ser de fácil consulta em suas bases de dados, IMPOSSIBILITANDO SUA CORRETA CITAÇÃO E, EM CONSEQUÊNCIA, SEU PLENO EXERCÍCIO DE DEFESA. ALERTADA DESTE FATO e, principalmente, DE QUE O IMÓVEL FORA HÁ MUITO ALIENADO, NADA FEZ OU REQUEREU PARA CORRIGIR OU EVITAR O PREJUÍZO DO REQUERENTE.

AO CONTRÁRIO, AINDA PEDIU O BLOQUEIO DAS CONTAS CORRENTES DO REQUERENTE, CAUSANDO-LHES GRAVES PREJUÍZOS.

Assim, A PROCURADORIA - E NÃO O R. JUIZ DE DIREITO, COMO QUER FAZER CRER A REQUERIDA - *indiscutivelmente cometeu um ato ilícito.*

Dessume-se, pois, que o postulante imputa à Procuradoria da Fazenda Nacional a *autoria* pelos danos alegados.

Sem razão, contudo.

Imperioso registrar, desde logo, que a questão da *legitimidade/ilegitimidade* do ora requerente para figurar no polo passivo da ação executiva está sendo discutida nos autos do respectivo processo nº 2002.39.00.002923-7, em razão da apresentação de exceção de pré-executividade pelo executado (fls. 40/63). É da competência da Justiça Federal de Belém, Estado

do Pará, decidir se o demandante é legítimo ou não para figurar na condição de executado.

O mesmo raciocínio deve ser adotado para o exame da alegação de que o *equivoco*, por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional, na indicação de seu CPF quando do ajuizamento da ação executiva obstou o pleno exercício do seu direito de defesa. Caso o Juízo da 6ª Vara Federal de Belém decida pela ocorrência de vício (desde que superada a preliminar de ilegitimidade), poderá determinar a anulação do ato citatório.

Entretanto, tais questões devem ser submetidas à apreciação daquele Juízo, constitucionalmente competente para decidi-las.

Em que pese o autor atribuir a autoria do dano experimentado à forma como a Procuradoria da Fazenda Nacional atuou no processo executivo nº 2002.39.00.002923-7, não se pode olvidar que o prejuízo, tal como alegado, adveio da *decisão judicial* que determinou o bloqueio de numerário por meio do Sistema BacenJud, com a sua consequente *operacionalização*.

Ora, a não realização da transação imobiliária (dano material) teve por fundamento a *penhora dos valores* constantes das contas correntes de titularidade do postulante, que foi judicialmente deferida. O bloqueio de suas contas bancárias além do *limite* legal e pelo período de 04/03/2011 a 20/04/2011 (dano moral) foi uma decorrência da própria *concretização* do ato de constrição (fl. 11).

Em outras palavras, o dano alegado pelo autor não teve origem no *simples* ajuizamento da ação executiva ou do fato de constar o seu CPF de forma equivocada na petição inicial ou mesmo da atuação da Procuradoria da Fazenda Nacional. O prejuízo aduzido decorreu da própria atuação do Poder Judiciário.

Não se quer dizer, anoto, que o Juízo da 6ª Vara Federal de Belém conduziu o processo executivo de forma equivocada. Pelo contrário, se o demandante for considerado legítimo para figurar no polo passivo do feito executivo (essa questão ainda não foi dirimida), revela-se juridicamente possível a ordem para a constrição por meio do sistema BacenJud, encontrando-se devidamente fundamentada (fl. 37). No entanto, quando o Magistrado efetivamente encaminha a ordem para a penhora judicial, o sistema não lhe permite a escolha de quais contas serão atingidas. Assim, todas as contas vinculadas a um determinado CPF serão bloqueadas à procura do correspondente numerário. É, dessa forma, rotineiro que ocorra o bloqueio de diversas contas, sendo que o somatório dos valores constritos acaba ultrapassando o limite do débito exequendo. Embora não seja recomendável, cuida-se de situação, de fato, habitual.

Sem adentrar, portanto, na correção ou não da decisão judicial que deferiu o pedido para a denominada penhora *on line*, uma vez que, por certo, tal providência compete ao próprio Juiz do processo ou aos Tribunais hierarquicamente superiores, se instados a tanto, imperioso ressaltar que a jurisprudência firmou-se no sentido de que o Estado não responde por seus *atos jurisdicionais*, salvo os casos expressamente previstos (art. 5º, LXXV, CF) e quando comprovados dolo ou má-fé, o que não vislumbro.

O Supremo Tribunal já assentou que, salvo os casos expressamente previstos em lei, a *responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos de juízes*. (RE 553.637-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 4-8-2009, Segunda Turma, DJE de 25-9-2009.) Vide: RE 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 5-3-2002, Segunda Turma, DJ de 12-4-2002.

O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na jurisprudência

do STF. (RE 219.117, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 3-8-1999, Primeira Turma, DJ de 29-10-1999.)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATO JUDICIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PENHORA DE LINHA TELEFÔNICA. INTIMAÇÃO REGULAR DA PROPRIETÁRIA E DA RECLAMADA. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA DEVIDAMENTE OBEDECIDOS. Trata-se de ação indenizatória julgada improcedente, na qual se objetiva a condenação da União ao ressarcimento de prejuízo econômico decorrente da perda de linha de telefonia fixa de propriedade da autora, em razão de adjudicação levada a efeito em execução de reclamação trabalhista. O artigo 188 do Código de Processo Civil prevê que “computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”, estando, portanto, tempestiva a contestação. Atendem-se aos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o Magistrado concede às partes o direito de conhecer. Basta, portanto, que seja dada ciência às partes do que ocorre no processo, com a oportunidade de resposta. O Juízo da 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo cumpriu regularmente os procedimentos legais inerentes ao processo executivo em questão, garantindo à parte executada a oportunidade de manifestação e defesa naquele feito, eis que a empresa requerida na execução da reclamação nº 2170/93 foi devidamente notificada da penhora da linha telefônica que utilizava em 19/11/1993, não tomando, no entanto, nenhuma medida em sua defesa. Foi designada a praça pública, tendo a proprietária da linha telefônica, ora apelante, sido devidamente notificada quanto à data do leilão, assim como a empresa reclamada. Além disso, o edital do leilão foi publicado dois meses antes da realização da hasta pública. Na Justiça Trabalhista, considera-se suficiente a notificação postal para ciência da penhora (Tribunal Regional do Trabalho - 3ª Região, Quinta Turma, Processo: 00979-2003-092-03-00-9, publicado em 29/06/2010, Relatora Juíza Convocada Gisele de Cassia VD Macedo) Os princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa foram devidamente atendidos, de modo a não restar configurada a prática de qualquer ato irregular ou mesmo omissivo por parte da Justiça Trabalhista na hipótese em tela. *A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei e tão somente na hipótese de comprovação da ocorrência de dolo, fraude ou desídia no exercício das funções, o que, conforme plenamente demonstrado, não ocorreu na espécie.* (Precedente do STF: RE 219117, Relator Min. ILMAR GALVÃO, j. 03/08/1999, Primeira Turma, DJ 29/10/1999) Apelação a que se nega provimento. (AC 00535335819954036100, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/10/2011 PÁGINA: 275 FONTE REPUBLICACAO)

CIVIL. PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. BLOQUEIO DE NUMERÁRIO EM CONTA BANCÁRIA. ATO JUDICIAL PRATICADO DENTRO DA LEGALIDADE. ERRO JUDICIÁRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ART. 37, PARÁGRAFO 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO. FIXAÇÃO EM CONFORMIDADE COM OS CRITÉRIOS PREVISTOS NAS ALÍNEAS “A”, “B” E “C”, DOS PARÁGRAFOS 3º E 4º DO ART. 20 DO CPC. APELAÇÕES IMPROVIDAS. 1. A regra geral é a da ausência de responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais (praticados pelo juiz na sua função típica), salvo nos casos de comprovação da existência de dolo ou culpa, pois o ato judicial somente é passível de indenização em casos de comprovada culpa do Estado, na espécie negligência, imprudência ou imperícia, hipótese que não se configurou no caso concreto, vez que o bloqueio de ativos foi feito com motivação da autoridade judicial, que reconheceu restar comprovada a existência de sociedade de fato entre o empresário

executado na Reclamação Trabalhista e a empresária ora apelante. 2. A ordem judicial de bloqueio/penhora de numerário, quando suficientemente fundamentada, e obediente aos pressupostos que a autorizam, não se confunde com o erro judiciário a que alude o artigo 5º, inciso LXXV da Constituição Federal, ainda que a parte que sofreu a penhora venha, ao final da demanda judicial, comprovar a sua ilegitimidade para suportar a constrição. 3. Impossibilidade de se aplicar a teoria da responsabilidade civil objetiva prevista no artigo 37, parágrafo 6º da Carta Republicana aos fatos relatados nos autos. 4. Hipótese em que não se reconhece a responsabilidade da União pelo ato judicial de constrição intentado contra a conta corrente da apelante, tendo em vista que agiu o Magistrado do Trabalho com zelo, acerto e no cumprimento de dever, recaiando ainda, a seu favor, o fato de que seus atos gozam de presunção iuris tantum de idoneidade e não há qualquer elemento nos autos a elidir tal presunção. 5. No caso em apreço a apelante busca transformar uma situação que lhe é desfavorável, tentando transmutar para ato ilícito um fato acobertado pelo manto da legalidade. Logo, não merece acolhida a sua pretensão de reparação de danos, impondo-se a manutenção da sentença recorrida por seus próprios fundamentos. 6. O percentual de honorários sucumbenciais fixado na sentença recorrida está em conformidade com as peculiaridades do caso vertente, estando adequado aos critérios contidos nas alíneas “a”, “b” e “c”, dos parágrafos 3º e 4º do art. 20, do CPC, razão por que não merece ser majorado. 7. Apelações improvidas. (AC 200682010004038, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 04/03/2010 - Página: 444 - Nº: 41)

Nessa senda, tenho que os atos praticados no feito executivo tombado sob o nº 2002.39.00.002923-7 não denotam *desídia ou erro grosseiro* do Estado, seja em relação à Procuradoria da Fazenda Nacional (que, no exercício do direito de ação, atuou para a cobrança do crédito tributário), seja em relação ao Poder Judiciário (que, no intuito de conferir a prestação jurisdicional, motivou as decisões proferidas).

A situação vivenciada pelo autor se situa entre os percalços comuns da vida, cujos incômodos não comportam a reparação pretendida, por se enquadrarem no que, habitualmente, se denomina pela jurisprudência dominante de mero *dissabor*.

Com tais considerações, tenho que não merecem acolhida os pedidos formulados.

DIANTE DO EXPOSTO, julgo IMPROCEDENTES os pedidos formulados, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil. Custas *ex lege*.

Condeno o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados, moderadamente, em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 20, 4º, do Código de Processo Civil, os quais deverão ser atualizados em conformidade com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, de 21/12/2010, do Conselho da Justiça Federal.

Transitada em julgado a presente sentença, arquivem-se os autos com as formalidades legais.

P.R.I.

São Paulo, 31 de outubro de 2012.

Juiz Federal DJALMA MOREIRA GOMES

AÇÃO CIVIL PÚBLICA **0000067-87.2012.4.03.6122**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Rés: UNIÃO FEDERAL E PARAPUÃ AGROINDUSTRIAL S/A
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE TUPÃ - SP
Juiz Federal: BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/09/2012

Vistos etc.

Trata-se de ação civil pública, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF) em face da UNIÃO FEDERAL e da empresa PARAPUÃ AGROINDUSTRIAL S/A, cujo pedido cinge-se a compeli-los a promover e elaborar Plano de Assistência Social (PAS), relativo às safras do setor sucroalcooleiro, apresentando-o ao Ministério da Agricultura e à Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT – vinculada ao Ministério do Trabalho e Emprego), na forma prevista na legislação, devendo a aplicação dos recursos recair em Assistência Médica e Hospitalar (preventiva, curativa e reabilitacional), Assistência Farmacêutica, Assistência Odontológica (preventiva, curativa e reabilitacional), Assistência Social, visando a erradicação do trabalho infantil, Assistência Educativa, Assistência Educacional, Assistência Recreativa e Auxílios complementares, mantendo contabilidade específica e contas bancárias exclusivas para a gestão dos recursos.

Segundo o MPF, a Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965, nos seus artigos 35, 36 e 37, previu o Programa de Assistência Social do setor sucroalcooleiro, obrigando produtores a aplicarem percentuais incidentes sobre o preço oficial do saco de açúcar ou sobre o litro oficial de álcool, individualmente ou por meio de suas respectivas associações de classe, em prol da assistência médica, hospitalar, farmacêutica e social dos trabalhadores industriais e agrícolas das usinas, das destilarias e dos fornecedores.

Referida lei, regulamentada pelo Decreto-lei nº 308, 28 de fevereiro de 1967, seguido da Resolução nº 7, de 18 de julho de 1980, do Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA), órgão extinto pela Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, não estaria sendo cumprida por ausência de fiscalização pela União e de apresentação do plano do PAS pelas empresas do setor.

No entender do MPF, a Lei nº 4.870/65 teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, tal como Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional nº 1.941/2001, que substituiu o de nº 738/98 (que dava pela sua não recepção pela nova ordem constitucional), inclusive com ratificação pela Lei nº 9.528/97, ao dar redação à alínea “o” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91.

Por conta do exposto, o MPF requereu fosse a tutela jurisdicional antecipada, a fim de obrigar a ré Destilaria Flórida Paulista – Floralco Ltda. a promover e apresentar o Plano de Assistência Social para o setor, sob pena de multa diária, submetido à fiscalização da União Federal. O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido, conforme decisão de fl. 41.

Citada, a empresa PARAPUÃ AGROINDUSTRIAL S/A contestou o pedido, suscitando preliminares de inadequação da Ação Civil Pública ante a natureza tributária do pedido e ilegitimidade ativa do MPF e, no mérito, rogou fosse o pedido julgado improcedente.

Segundo a União Federal, que contestou o feito às fls. 88/109, preliminarmente, o pedi-

do de estruturação de órgãos administrativos é juridicamente impossível e, no mérito, aduziu que não há omissão ilícita por parte da Administração a ensejar controle judicial, haja vista a desestruturação administrativa relativamente à fiscalização das atividades da indústria canavieira, inclusive referente à fiscalização do PAS, situação que se agravou com a extinção do Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA) e do cargo de Fiscal de Tributo do Açúcar e do Alcool. Juntou legislação às fls. 111/149.

O MPF manifestou-se em réplica, reiterando o pedido de antecipação da tutela jurisdicional. Às fls. 178/187, juntou cópia da representação formulada pela Associação dos Fornecedores de cana-de-açúcar da Alta Paulista, pertinente ao cumprimento do Plano de Assistência Social por parte de empresas do setor sucroalcooleiro, localizadas no município de Lucélia.

É o sucinto relatório.

Julgamento antecipado da lide:

Conheço diretamente do pedido, porquanto desnecessária dilação probatória, restringido-se a lide à questão de direito e incidente, pois, a hipótese do art. 330, I, do CPC.

Preliminares suscitadas pelas Rés:

Conheço e afasto as preliminares levantadas pelas rés.

Versando a demanda a implantação de programa de assistência social aos trabalhadores do setor sucroalcooleiro, sob obrigatoria fiscalização da União, a natureza coletiva da pretensão é evidente, pois identificado grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas com a parte contrária por relação jurídica de base (art. 81, II, do CDC) que, neste caso, decorre do contrato de trabalho celebrado entre a empresa Ré e seus trabalhadores.

É dizer, o MPF atua na tutela de direito transindividual de natureza indivisível (direito social de uma categoria específica de pessoas), sendo a Ação Civil Pública o veículo processual adequando à tutela dessa pretensão. E 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.

A eventual natureza tributária da contribuição, mesmo que acolhida no mérito da ação, não ensejaria a ilegitimidade do MPF nem consubstanciaria falta de interesse de agir. Isso porque não está o MPF pleiteando judicialmente o recolhimento de exação (mera causa de pedir), mas a implantação de programa de assistência previsto em lei (efetivo pedido). Daí que tem legitimidade o MPF, na forma do art. 6º, VII, *d*, da Lei Complementar 75/1993 e do art. 81, par. único, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Por outro lado, não obstando a ordem jurídica a pretensão formulada pelo MPF, configura um *sem-sentido* falar-se em impossibilidade jurídica do pedido. Sabe-se que o sistema jurídico, de forma excepcionalíssima, quase não mensurável, impede seja determinada pretensão deduzida em juízo (por exemplo, dívida de jogo). No caso em apreço, a pretensão formulada pelo MPF não encontra óbice na ordem jurídica, sendo, pois, juridicamente possível.

Ressalto, outrossim, que a competência desta Justiça Federal para o julgamento da presente demanda é incontestes, haja vista a presença da União no pólo passivo, caracterizando-se a hipótese do art. 109, I, da CF/88.

Do mérito:

No mérito, para o que interessa ao caso em apreço, dispõem os arts. 35 a 37 da Lei nº

4.870, de 1º de dezembro de 1965:

Art. 35. A parcela resultante do percentual estabelecido na alínea b do art. 23¹ será aplicada em programas de assistência social aos trabalhadores da agro-indústria canavieira, tendo por objeto:

- a) higiene e saúde, por meio de assistência médica, hospitalar e farmacêutica, bem como à maternidade e à infância, complementando a assistência prestada pelas usinas e fornecedores de cana;
- b) complementação dos programas de educação profissional e de tipo médio gratuitas;
- c) estímulo e financiamento a cooperativas de consumo;
- d) financiamento de culturas de subsistência, nas áreas de terras utilizadas pelos trabalhadores rurais, de acordo com o disposto no art. 23, do Decreto-lei nº 6.969, de 19 de outubro de 1944;
- e) promoção e estímulo de programas educativos, culturais e de recreação.

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 percentagens:

- 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) de 2% (dois por cento) sobre o valor oficial do litro de álcool de qualquer tipo produzido nas destilarias.

§ 1º Os recursos previstos neste artigo serão aplicados diretamente pelas usinas, destilarias e fornecedores de cana, individualmente ou através das respectivas associações de classe, mediante plano de sua iniciativa, submetido à aprovação e fiscalização do I.A.A.

§ 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.

Art. 37. Na execução do programa de assistência social, o I.A.A. coordenará, sempre que possível, sua atividade com os órgãos da União, dos Estados e dos Municípios e de entidades privadas que sirvam aos mesmos objetivos e procurará conjugá-la com os planos de assistência de que trata o artigo anterior.

Pelo que se tem, a Lei nº 4.870/65 contemplou os trabalhadores do setor canavieiro com o Programa de Assistência Social (PAS), cujos objetivos foram fixados no art. 35 do referido ato normativo. Para fazer frente às inelutáveis despesas, o legislador delineou a fonte de recursos,

1 Art 23. As parcelas referidas nas letras a e b do artigo anterior terão a seguinte aplicação:

- a) até 70% (setenta por cento) para investimento na agricultura, compreendendo pesquisa, experimentação, transporte, mecanização, irrigação, fomento e aperfeiçoamento de padrões, e, na indústria compreendendo investimento e financiamento para relocação, fusão, equipamento e reequipamento de usinas, destilarias e financiamento de fábricas de sub-produtos e derivados;
- b) até 10% (dez por cento) para financiamento e custeio de serviços de assistência aos trabalhadores da agro-indústria canavieira e seus dependentes;
- c) o saldo para complementar o financiamento da entresafra, e de adubos a fornecedores de cana. (Revogado pelo Decreto-Lei nº 308, de 28.2.1967).

cujá renda advinha de percentuais incidentes sobre o açúcar, a cana e o álcool comercializados pelo respectivo setor.

Anote-se que o Decreto-lei nº 9.827, de 10 de setembro de 1946 (art. 8º), já previa um programa assistencial voltado aos trabalhadores do setor sucroalcooleiro, tendo recebido apenas novos contornos jurídicos pela Lei nº 4.870/65, cujo art. 36 foi ratificado pelo Decreto-lei nº 308/67 (art. 8º).

Dessarte, para o deslinde da controvérsia, mister a análise da natureza jurídica desse programa, bem como de sua recepção pela ordem constitucional de 1988.

Embora exista certa controvérsia sobre a natureza jurídica do programa assistencial previsto na Lei 4.870/1965, tenho que não ostenta ele natureza tributária, mas de obrigação de fazer de cunho social, com todas as implicações daí decorrentes.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, ao inaugurar o Título “Da Ordem Social”, estatui que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193).

Logo em seguida, ao tratar da Seguridade Social, prescreve em seu art. 194 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”, competindo ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos, dentre outros: seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, equidade na forma de participação no custeio, e diversidade da base de financiamento.

Ora, a obrigação prevista na Lei 4.870/1965, arts. 35 e 36, afina-se perfeitamente com os valores e princípios previstos constitucionalmente para a Ordem Social e a Seguridade Social. Privilegia o valor trabalho, ao prever para os trabalhadores do setor sucroalcooleiro a realização de direitos sociais inerentes à saúde, higiene, educação, cultura, recreação, cooperativismo, além de serviços de assistências médica, hospitalar, farmacêutica e social; integra-se à Seguridade Social e a seus objetivos, sendo seletiva ao distribuir os benefícios do programa a esses específicos trabalhadores, que a eles fazem jus diante da árdua faina a que se dedicam.

Além disso, a Seguridade Social não obtém seus recursos unicamente dos orçamentos públicos ou das contribuições sociais, porquanto o princípio da solidariedade que lhe rege impõe também à sociedade, *nos termos da lei*, o seu financiamento (art. 195, *caput*, da CF/88), realizando a Lei 4.870/1965 os objetivos da equidade na forma de participação no custeio e da diversidade da base de financiamento atribuindo ao abastado setor canavieiro a realização do programa assistencial de seus trabalhadores. Atende também ao postulado da função social da propriedade (e das empresas) mas, sobremaneira, consagra o valor da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e IV; 5º, XXIII; 170; e 193, todos da CF/1988).

N’outro vértice, por não ter os cofres públicos como destinatário, a obrigação prevista na Lei 4.870/1965 não atende à consagrada definição de tributo prevista no art. 3º, do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, primoroso Voto proferido pelo Exmo. Juiz Federal Rubens Calixto na Apelação Cível 0001500-45.2006.4.03.6120/SP, publicado em 14/12/2011, do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Assim, não ostentando natureza tributária, mas de obrigação de fazer de índole assis-

tencial², o P.A.S. foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, conferindo concretude aos valores constitucionais da Ordem Social e sendo, pois, obrigatório *ex vi legis*.

E a fonte de recursos para o custeio do P.A.S. encontra-se delineada no art. 36, *caput*, da Lei 4.870/1965, que prevê percentuais mínimos a serem aplicados (de 1% a 2%) sobre o “preço oficial” do saco de açúcar de 60 (sessenta) quilos, da tonelada de cana e do litro de álcool, cujos valores “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.”.

Nessa senda, cumpre consignar que não vigora mais, como base de cálculo da obrigação alusiva ao P.A.S., o “preço oficial” previsto na Lei 4.870/1965 pois, a partir da Portaria nº 294/1996, do Ministério da Fazenda, os preços acima mencionados passaram ao regime de preços liberados, o que não retira validade ao comando legal, conforme reconheceu o próprio Ministério da Fazenda, por meio do Parecer PGFN/CAF/nº 1.941/2001 (fls. 17/26, dos autos em apenso).

Isso porque, antes da liberação dos preços, o M.I.C.T. editou a Portaria 304/1995, prevenindo que “considera-se preços oficiais: a) o saco de açúcar de qualquer tipo, de cinquenta quilos, ainda que acondicionado em sacos de pesos diferentes: o seu preço de liquidação, excluídos os tributos e outros encargos sobre eles incidentes; b) da tonelada de cana: o seu preço básico estadual, no campo; c) do litro de álcool de qualquer tipo: o preço de venda, excluídos os tributos e outros encargos sobre eles incidentes”.

Ainda que assim não fosse, a obrigação de fazer o P.A.S. subsiste à base do preço de mercado dos produtos canavieiros, pois a retirada destes do regime de controle de preços estatal em nada abalou a vigência do art. 36, da Lei 4.870/1965, ante o princípio da hierarquia das leis, não podendo a edição de Portaria por Órgão do Poder Executivo revogar o texto de Lei Ordinária. O essencial, na redação do artigo 36 da Lei nº 4.870/65, não é expressão “preço oficial”, mas sim a idéia de *preço*, de modo que as contribuições previstas nos art. 36 e 64 da Lei 4.870/65 não perderam sua base de cálculo, visto que existe uma expressão econômica que permite a sua quantificação: o preço de mercado.

Na mesma linha, penso que não pode ser acolhido o argumento de que a citada lei onera apenas um segmento social, na medida em que este segmento utiliza a força de trabalho dos destinatários da ação social em comento, o que afasta qualquer objeção calcada no princípio da isonomia ou no princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

Também não socorre as Rés a alegação de que, com a extinção do Instituto do Açúcar e do Alcool – IAA, a obrigação relativa ao P.A.S. deixou de ser exigível. 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, motivo pelo qual essas atribuições atualmente pertencem à União.

Nessa esteira, enquanto subsistente a previsão legal do P.A.S. do setor sucroalcooleiro, deve a União exercer a fiscalização e análise dos respectivos programas, na forma da Lei 4.870/1965, art. 36, § 1º, atividade que não é cumprida, sendo irrelevante para esse fim a

² Vide, a respeito, a posição da Advocacia-Geral da União referida às fls. 50/51, do apenso, no mesmo sentido da conclusão deste julgador.

extinção do IAA. Não se trata de impor um dever de fiscalização *ad aeternum*, mas de fiscalização enquanto vigente a norma.

A propósito, confira-se as informações prestadas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) ao Autor desta ação (fls. 44/52, do apenso), dando conta de que “somente tem efetivado outras providências, inclusive a fiscalização dessas atividades (Lei 4.870/1965 – art. 36, § 1º), mediante determinações judiciais” (fl. 52, do apenso).

Ademais, tendo a União reconhecido que não efetua as providências relativas ao P.A.S., exceto mediante determinação judicial, e tendo o Convênio por ela firmado com o Estado de São Paulo (fls. 114/117, do apenso) – a fim de estabelecer ações conjuntas de forma a permitir a análise e a fiscalização do P.A.S. – perdido sua vigência em 15 de setembro de 2000, resta a conclusão de que, desde esta data (ano de 2000), as ações relativas ao programa não são implementadas ou fiscalizadas pelo Poder Público nesta unidade federativa.

Patente, pois, a omissão administrativa da União na fiscalização dos P.A.S.'s do setor sucroalcooleiro, não havendo que se falar em improcedência do pedido de criação de órgãos administrativos, pois não é esse o objeto da inicial, que visa a compelir a União a exigir e analisar os Planos de Assistência Social, bem como fiscalizar seu fiel cumprimento.

Por isso, e partindo do pressuposto de que a União já dispõe de órgão e agentes (integrantes da estrutura do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA) para o desempenho das funções relacionadas ao P.A.S., torna-se desnecessário provimento jurisdicional para que esse ente político estruture um setor exclusivamente para tal mister, o que inclusive atentaria contra a separação e independência dos Poderes da República (arts. 2º e 84, da CF/1988).

Por oportuno, cumpre asseverar que, nos termos do art. 36, § 3º, da Lei 4.870/1965, “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”. Trata-se da *sanção* imposta pelo ordenamento jurídico ao descumprimento da norma, tornando-a assim imperativo autorizante a reger o presente caso, cuja procedência é de rigor, na esteira de farta e abalizada Jurisprudência³.

Finalizando, observo que a satisfatória execução do julgado recomenda a manutenção de contabilidade específica para os recursos do P.A.S., bem como conta bancária exclusiva para esse fim, indispensáveis para o efetivo controle e fiscalização das atividades da empresa ré.

Dispositivo:

Posto isso, resolvo o mérito da lide, nos termos do art. 269, I, do C.P.C., julgando PROCEDENTE o pedido inicial para condenar:

a) a União Federal a exigir, analisar (aprovando ou rejeitando) e fiscalizar o cumprimento dos Planos de Assistência Social (P.A.S.) pela empresa PARAPUÃ AGROINDUSTRIAL S/A, em relação à presente (2012) e futuras safras; e

b) a ré PARAPUÃ AGROINDUSTRIAL S/A a realizar os depósitos a que se refere o § 2º, do art. 36, da Lei 4.870/1965, bem como a elaborar e executar o Plano de Assistência Social (P.A.S.) nos termos desta Lei, em relação à presente (2012) e às futuras safras, apresentando-

³ A respeito, confira-se o julgamento do E. TRF da 3ª Região no AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002753-53.2006.4.03.6125/SP, de relatoria do Exmo. Desembargador Federal Walter do Amaral, em Acórdão de 28 de fevereiro de 2012.

o(s) ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – M.A.P.A. –, e mantendo contabilidade específica para esses recursos, bem como conta bancária exclusiva para esse fim.

Considerando a verossimilhança das alegações iniciais, conforme a fundamentação desta sentença, e o perigo que a demora no desfecho da lide pode causar aos trabalhadores a serem beneficiados com o Plano de Assistência Social (P.A.S.), que desde o ano 2000 (pelo menos) não é executado ou fiscalizado pelas Rés, com esteio no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil e no art. 11 da Lei nº 7.347/85, *defiro parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela*, a fim de, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil Reais), impor: a) à UNIÃO o dever de, em 60 dias, exigir, analisar e fiscalizar a aplicação dos recursos do P.A.S. (Plano de Assistência Social) pela empresa PARAPUÃ AGROINDUSTRIAL S/A, relativo à presente e futuras safras; b) à empresa PARAPUÃ AGROINDUSTRIAL S/A a obrigação de, em 60 dias, elaborar Plano de Assistência Social (P.A.S.) relativo à presente e futuras safras, apresentando-o ao órgão federal competente (M.A.P.A.), bem como efetivar a aplicação das quantias devidas a esse título nos moldes do art. 36 da Lei 4.870/65, com manutenção de contabilidade específica para os recursos e de conta bancária exclusiva para esta finalidade.

Custas *ex lege*. Incabível condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85, sistematicamente interpretado, pois não há má-fé por parte das requeridas. Se o Ministério Público, em sede de ação civil pública, não paga honorários, com exceção dos casos de má-fé, também não deve recebê-los, senão de quem age de má-fé (Nesse sentido: STJ, RESP 785.489/DF, rel. Min. Castro Meira).

Publique-se, Registre-se e Intimem-se. Cumpra-se.

Tupã, 20 de julho de 2012.

Juiz Federal BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ

- Sobre a elaboração, execução e fiscalização do Plano de Assistência Social (PAS) para trabalhadores da agroindústria canaveira, veja também os seguintes julgados: AC 0013521-44.2005.4.03.6102/SP, Relator Desembargador Federal Baptista Pereira, publicada na RTRF3R 108/251; Ag AC 0001068-69.2010.4.03.6125/SP, Relator Desembargador Federal Fausto De Sanctis, publicado na RTRF3R 112/61 e AC 0013539-65.2005.4.03.6102/SP, Relatora Desembargadora Federal Vera Jucovsky, publicada na RTRF3R 113/306.

AÇÃO ORDINÁRIA

0004323-27.2012.4.03.6105

Autora: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO - AMATRA XV

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE CAMPINAS - SP

Juíza Federal: RAQUEL COELHO DAL RIO SILVEIRA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/11/2012 com retificação em 21/11/2012

Vistos.

Trata-se de ação de conhecimento, ajuizada pela ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO – AMATRA XV, já qualificada na inicial, em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando, em síntese, seja declarada a inexigibilidade do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza sobre o terço de férias.

Requer a autora, outrossim, seja a ré condenada a pagar aos seus associados os valores indevidamente recolhidos a tal título, acrescidos dos consectários legais.

Alega, em síntese, que o terço de férias é um direito social, tutelado constitucionalmente, que visa à melhoria da condição social dos trabalhadores, não se enquadrando nos conceitos de salário, renda ou proventos de qualquer natureza, razão pela qual não configura hipótese de incidência do imposto de renda.

Devidamente citada, a ré contestou o feito, às fls. 247/255, argüindo, em preliminar de mérito, no que tange à repetição do indébito, a prescrição quinquenal. No mérito propriamente dito, pugnou pela total improcedência do pedido.

Réplica às fls. 161/171.

As partes protestaram pelo julgamento antecipado da lide (fls. 171 e 173).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Fundamento e Decido.

Julgo o feito antecipadamente, nos termos do art. 330, I, CPC.

Prescrição

Filio-me ao entendimento segundo o qual, para as ações ajuizadas após 09/06/2005, o prazo para o contribuinte pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação é de cinco anos, contados do pagamento antecipado, por força do art. 3º, da LC nº 118/2005.

Portanto, uma vez que a presente ação foi ajuizada, em 28/03/2012, acolho a preliminar de mérito argüida pela ré e reconheço a prescrição quinquenal, a ser contada retroativamente à data da propositura da demanda.

Mérito propriamente dito

Dispõe o art. 43, do Código Tributário Nacional, *verbis*;

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.

Rubens Gomes de Souza, *apud* Sacha Calmon Navarro Coelho¹, leciona:

O conceito tributário de renda está baseado na distinção entre renda e patrimônio. Patrimônio (ou capital) é o montante da riqueza possuída por um indivíduo em um determinado momento. Renda é o aumento ou acréscimo do patrimônio, verificado entre dois momentos quaisquer de tempo (na prática, esses dois momentos são o início e o fim do exercício financeiro). Desse conceito básico decorre que uma determinada soma de riqueza, para constituir renda, deve reunir simultaneamente os três elementos seguintes:

provir de uma fonte patrimonial determinada e já pertencer ao próprio titular da renda [...];
ser periódica [...];

ser proveniente de uma exploração do patrimônio pelo titular da renda, isto é, do exercício de uma atividade que tenha por objeto fazer justificar o patrimônio.

Proventos, por seu turno, não possuem definição própria e são conceituados por derivação do conceito de renda, não havendo um consenso entre os doutrinadores. Há quem afirme que os proventos podem ser entendidos como uma forma específica de rendimento tributável, tecnicamente compreendida como o que é fruto de um acréscimo patrimonial decorrente de uma atividade que já cessou, porém ainda produz rendimentos. Para outros, em uma definição mais ampla, proventos correspondem a tudo aquilo que traduza um aumento patrimonial entre dois momentos de tempo.

O cerne da questão cinge-se em se perquirir se o acréscimo de, pelo menos, um terço a título de férias configura um acréscimo patrimonial advindo da renda ou proventos de qualquer natureza e, por consequência, a hipótese de incidência do imposto de renda.

Para tanto, mister se faz, inicialmente, buscar qual a natureza jurídica do terço de férias.

Pois bem. A Constituição Federal de 1988 assegura, em seu art. 7º, inc. VXII, o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

As férias podem ser definidas como um direito ao descanso mais prolongado, por motivo de trabalho e fadiga, tendo o mesmo fundamento do repouso semanal remunerado, vale dizer, têm razões biológicas, proporcionando um descanso ao corpo e à mente; econômico, pois aprimora a produção; social, pois permite um maior contato com a família; cultural, permitindo tempo para o lazer e aprimoramento do saber.

As férias são, portanto, necessárias, na medida em que o descanso semanal não basta para a recuperação física e nem é suficiente para que se atinjam as finalidades sociais e econômicas que a esta recuperação se associam.

Obviamente, as férias devem ser remuneradas, caso contrário o trabalhador não conseguiria usufruir deste período.

¹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

A CF de 1988 inova em relação à anterior ao prever um acréscimo de, pelo menos, 1/3 a mais do que o salário normal.

Referido terço constitui um “plus”, um extra, que não se incorpora ao salário e nem com este se confunde. Trata-se de um reforço financeiro cuja *ratio essendi* é propiciar ao trabalhador meios de melhor usufruir suas férias, auxiliando no cumprimento das finalidades destas.

Ou seja, partindo-se das definições acima de renda e proventos, forçoso concluir que o terço de férias não se enquadra em nenhuma delas.

Com efeito, segundo os ensinamentos de Luciano de Almeida Pereira²:

Notadamente, as férias têm o fito de restituir o desgaste que a prática profissional traz ao trabalhador. Não se trata de algo que se observa mês a mês, tampouco que compõe seu patrimônio.

Por isso, não tem caráter salarial. Mostra-se, sim, como uma forma de compensação que, como oportunamente destacado, confunde-se com a própria idéia de indenização.

De toda sorte, não se encaixando no rol das verbas de índole salarial, não deve sofrer tributação pelo imposto de renda e proventos de qualquer natureza, seja qual for a modalidade de férias, encaixando-se, inclusive, seus derivados. (grifos do autor)

Prossegue o referido autor afirmando que, para que houvesse a incidência do tributo, deveria “haver um aumento patrimonial advindo de contraprestatividade. Indenizações, compensações ou gratificações que, de fato, trazem um adicional patrimonial, não compõem, contudo, o conceito de renda, tampouco de proventos.”

Como é cediço, a indenização é destinada a repor o patrimônio de alguém que teve um direito violado. A compensação, por seu turno, traz a idéia de equilíbrio, proporção e, no fundo, não deixa de ser uma forma de indenização. Por fim, gratificação pode ser considerada como uma forma de agradecimento, de caráter eventual, que tem por fim causar a quem a recebe uma sensação de reconhecimento por algo que tenha realizado.

Partindo-se das premissas acima, é nítido, portanto, que o terço constitucional de férias tem caráter compensatório, ou até mesmo indenizatório, já que não constitui mera liberalidade do empregador, nem contraprestação pelo serviço prestado, não podendo ser considerado renda e nem proventos de qualquer natureza.

Insta consignar que os tribunais pátrios vêm decidindo, reiteradamente, pela não incidência do imposto de renda sobre as férias vencidas e respectivo terço.

Do mesmo modo, tem prevalecido na jurisprudência o entendimento de que não incidem contribuições previdenciárias sobre referida parcela, justamente por não integrar o conceito de salário e não se incorporar aos proventos de inatividade.

De se ressaltar que o entendimento no sentido de que o terço constitucional tem natureza indenizatória, leva à mesma conclusão supra, conforme julgamento abaixo colacionado:

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO AO PLANO DE SEGURIDADE

² PEREIRA, Luciano de Almeida. A correta incidência tributária do imposto de renda e proventos de qualquer natureza nas relações de trabalho. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 89, p. 206-211, nov./dez. 2009.

SOCIAL SOBRE ADICIONAL DE FÉRIAS. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. PRELIMINARES AFASTADAS. PRESCRIÇÃO.

O assunto tratado nos autos envolve a inexistência do imposto de renda e da contribuição ao Plano de Seguridade Social sobre o adicional de férias recebido pelos juizes do trabalho associados à Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região, não se referindo a interesse exclusivo da Magistratura. Ao contrário, trata-se de tema que, em tese, interessa a todos os servidores públicos do país. Preliminar de incompetência absoluta do juiz de 1º grau (art. 102, I, “n”, da Constituição Federal) que se afasta.

A Associação dos Magistrados do Trabalho da 2ª Região, operando verdadeira substituição processual, pode ingressar em juízo em nome próprio para proteger os interesses de seus integrantes, na medida em que consta do artigo 2º de seu Estatuto a autorização para defender os interesses e direitos de seus associados, individual ou coletivamente, havendo também, ao contrário do que sustenta o recurso da União Federal, expressa autorização pelos substituídos em Assembléia Geral Extraordinária, cuja ata respectiva foi anexada aos autos. Preliminar de falta de interesse processual e ilegitimidade ativa da associação que se rejeita.

Também não merece acolhida a alegação de inadequação da via eleita, porquanto não estariam preenchidos os requisitos para a propositura de Ação Civil Pública. Com o advento da Lei nº 8.078/90 - CDC - houve profunda alteração no campo de abrangência da Lei nº 7.347/85 - LACP - especialmente no sentido de permitir a utilização de seu procedimento para toda e qualquer ação destinada à defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Justamente por não se constituir em uma ação civil pública o presente feito não exige a participação do Ministério Público Federal.

Quanto à prescrição, o pleno do STF, no julgamento do RE 566621/RS, reafirmou entendimento já encampado pela 1ª Seção do STJ de que a Lei Complementar nº 118/05 não possuiria caráter interpretativo, não sendo aplicável, portanto a casos anteriores à sua vigência. Entretanto, diferentemente do STJ, determinou o momento do ajuizamento da ação como critério de aplicação do novo prazo prescricional. Ou seja, a norma que previu o prazo prescricional de cinco anos somente seria aplicável aos processos ajuizados após 09/06/2005, tendo o pagamento do tributo ocorrido anteriormente ou não.

No caso dos autos, aplica-se o prazo quinquenal por ter a ação sido ajuizada em 2006, razão pela qual, neste aspecto, a r. sentença recorrida merece reforma para considerar prescritas as parcelas referentes aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Indevida a incidência de imposto de renda e contribuição ao Plano de Seguridade Social sobre o adicional de férias recebido pelos associados da recorrida, por se tratar de verba de natureza indenizatória. Precedentes.

Apelação parcialmente provida.

(TRF 3ª, 0003963-20.2006.4.03.6100/SP, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Marli Ferreira, DE 30/07/2012)

Assim sendo, de rigor a procedência do pedido, no tocante ao reconhecimento da inexistência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza incidente sobre o terço constitucional de férias, na medida em que este é um direito social, garantido constitucionalmente, de natureza jurídica compensatória e, de uma certa forma, indenizatória, representando um reforço financeiro cuja finalidade é permitir um melhor cumprimento das funções das férias.

Juros e Correção Monetária

No que tange à correção monetária, reputo-a devida, tendo em vista que a parte não pode locupletar-se pela sua não incidência, sob pena de prestigiar-se o enriquecimento sem causa do devedor.

Como é cediço, a correção monetária não representa um “plus”, mas sim mera atualização da moeda, que, com o passar do tempo, corroída pela inflação, vai perdendo seu poder aquisitivo. Trata-se de uma atualização da obrigação devida.

Conforme entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça,

a evolução dos fatos econômicos tornou insustentável a não incidência da correção monetária, sob pena de prestigiar-se o enriquecimento sem causa do devedor, sendo ela imperativo econômico, jurídico e ético indispensável à plena indenização dos danos e ao fiel e completo adimplemento das obrigações. (RSTJ 84/268)

A correção monetária não se constitui em um “plus”, senão em uma mera atualização da moeda, aviltada pela inflação, impondo-se como um imperativo de ordem jurídica, econômica e ética. Jurídica, porque o credor tem o direito tanto de ser integralmente ressarcido dos prejuízos da inadimplência, como o de ter por satisfeito, em toda sua inteireza, o seu crédito pago com atraso. Econômica, porque a correção nada mais significa senão um mero instrumento de preservação do valor do crédito. Ética, porque o crédito pago sem correção importa em um verdadeiro enriquecimento sem causa do devedor, e a ninguém é lícito tirar proveito de sua própria inadimplência. (RSTJ 74/387)

Assim sendo, se o procedimento adotado atingiu o patrimônio dos associados da autora, a restituição pretendida deve dar-se em dimensão que recomponha integralmente esse patrimônio, segundo índices que retratem efetivamente a variação da inflação.

Desse modo, o valor do indébito será corrigido na forma da Súmula 162 do E. STJ, pela taxa SELIC, com exclusão de qualquer outro índice de correção, na qual já estão embutidos os juros moratórios (Lei 9.250/95, art. 39, § 4º).

Dispositivo

Isto posto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, pelo que extingo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, CPC, para o fim de declarar a inexigibilidade do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza sobre o terço constitucional de férias.

Outrossim, condeno a ré a pagar aos associados da autora os valores indevidamente recolhidos a tal título, devidamente atualizados e acrescidos de juros, conforme fundamentação retro, observada a prescrição quinquenal.

Tendo a autora decaído de parcela mínima do pedido, condeno a ré em honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da causa, devidamente atualizado.

Custas “ex lege”.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Campinas, 31 de outubro de 2012.

Juíza Federal RAQUEL COELHO DAL RIO SILVEIRA



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.

(*) N. E. - Enunciados de acordo com a publicação no Diário Oficial.

- 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.

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 (re-messa oficial) foi recepcionado pela vigente Constituição Federal.

- Vide Relevante Questão Jurídica na AC nº 94.03.017049-2, publicada na RTRF3R 28/289.

SÚMULA Nº 11

Na execução fiscal, a Fazenda Pública está obrigada a adiantar as despesas de transporte do oficial de justiça.

- Vide Incidente de Revisão de Súmula no Ag nº 95.03.023526-0, publicado na RTRF3R 36/306.

SÚMULA Nº 12

Não incide o imposto de renda sobre a verba indenizatória recebida a título da denominada demissão incentivada ou voluntária.

- Vide IUJ AMS nº 95.03.095720-6, publicado na RTRF3R 40/338.

SÚMULA Nº 13

O artigo 201, parágrafo 6º, da Constituição da República tem aplicabilidade imediata para efeito de pagamento de gratificação natalina dos anos de 1988 e 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108043-2, publicado na RTRF3R 92/489.

SÚMULA Nº 14

O salário mínimo de NCz\$ 120,00 (cento e vinte cruzados novos) é aplicável ao cálculo dos benefícios previdenciários no mês de junho de 1989.

- Vide PRSU nº 93.03.108044-0, publicado na RTRF3R 92/493.

SÚMULA Nº 15

Os extratos bancários não constituem documentos indispensáveis à propositura da ação em que se pleiteia a atualização monetária dos depósitos de contas do FGTS.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021024-5, publicado na RTRF3R 92/538.

SÚMULA Nº 16

Basta a comprovação da propriedade do veículo para assegurar a devolução, pela média de consumo, do empréstimo compulsório sobre a compra de gasolina e álcool previsto no Decreto-lei nº 2.288/1986.

- Vide PRSU nº 2005.03.00.021039-7, publicado na RTRF3R 92/547.

SÚMULA Nº 17

Não incide o imposto de renda sobre verba indenizatória paga a título de férias vencidas e não gozadas em caso de rescisão contratual.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021042-7, publicado na RTRF3R 92/555.

SÚMULA Nº 18

O critério do artigo 58 do ADCT é aplicável a partir de 05/04/1989 até a regulamentação da Lei de Benefícios pelo Decreto nº 357 de 09/12/91.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021048-8, publicado na RTRF3R 92/596 e Despacho publicado na RTRF3R 102/782.

SÚMULA Nº 19

É aplicável a variação do Índice de Reajuste do Salário Mínimo, no percentual de 39,67%, na atualização dos salários-de-contribuição anteriores a março de 1994, a fim de apurar a renda mensal inicial do benefício previdenciário.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021050-6, publicado na RTRF3R 92/614.

SÚMULA Nº 20

A regra do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal abrange não só os segurados e beneficiários da Previdência Social, como também aqueles que pretendem ver declarada tal condição.

- *Vide* PRSU nº 2002.03.00.052631-4, publicado na RTRF3R 92/507.

SÚMULA Nº 21

A União Federal possui legitimidade passiva nas ações decorrentes do empréstimo compulsório previsto no Decreto-lei nº 2.288/86.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021040-3, publicado na RTRF3R 92/550.

SÚMULA Nº 22

É extensível aos beneficiários da Assistência Social (inciso V do artigo 203 da CF) a regra de delegação de competência do parágrafo 3º do artigo 109 da Constituição Federal, sendo exclusiva a legitimidade passiva do INSS.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021046-4, publicado na RTRF3R 92/569.

SÚMULA Nº 23

É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ.

SÚMULA Nº 24

É facultado aos segurados ou beneficiário da Previdência Social ajuizar ação na Justiça Estadual de seu domicílio, sempre que esse não for sede de Vara da Justiça Federal.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021045-2, publicado na RTRF3R 92/559.

SÚMULA Nº 25

Os benefícios previdenciários concedidos até a promulgação da Constituição Federal de 1988 serão reajustados pelo critério da primeira parte da Súmula nº 260 do Tribunal Federal de Recursos até o dia 04 de abril de 1989.

- *Vide* PRSU nº 2005.03.00.021049-0, publicado na RTRF3R 92/601.

SÚMULA Nº 26

Não serão remetidas aos Juizados Especiais Federais as causas previdenciárias e assistenciais ajuizadas até sua instalação, em tramitação em Vara Federal ou Vara Estadual no exercício de jurisdição federal delegada.

SÚMULA Nº 27

É inaplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, em ação rescisória de competência da Segunda Seção, quando implicar exclusivamente em interpretação de texto constitucional.

SÚMULA Nº 28

O PIS é devido no regime da Lei Complementar nº 7/70 e legislação 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.



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Gabinete da Revista
revista@trf3.jus.br
Tel.: (11) 3012-1500